

FUNDAMENTOS DISTRIBUTIVOS DEL DERECHO DE CONTRATOS. EL PROBLEMA DE LA INCERTIDUMBRE Y DEL INFORTUNIO CONTRACTUALES

José Antonio Sánchez Rubín

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

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

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



TESIS DOCTORAL

FUNDAMENTOS DISTRIBUTIVOS DEL DERECHO DE CONTRATOS. EL PROBLEMA DE LA
INCERTIDUMBRE Y DEL INFORTUNIO CONTRACTUALES

JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ RUBÍN

2022



TESIS DOCTORAL

FUNDAMENTOS DISTRIBUTIVOS DEL DERECHO DE CONTRATOS. EL
PROBLEMA DE LA INCERTIDUMBRE Y DEL INFORTUNIO CONTRACTUALES

José Antonio Sánchez Rubín

2022

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

director: Dr. Diego Martín Papayannis

Co-director: Dr. Cristian Banfi del Río

Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universidad de Girona

SIGLAS Y ABREVIACIONES

Las siglas y abreviaciones utilizadas en este trabajo se enumeran a continuación.

Código Civil chileno – CC

Código de Comercio chileno – CCo

Constitución Política de la República – CPR

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías – CISG

Ley 19.628, de protección de derechos del consumidor – LPDC

Marco Común de Referencia – DCFR

Principios del Derecho Contractual Europeo – PECL

Para Gloria Gabriela



CERTIFICADO DE DIRECCIÓN DE TESIS

El Dr. Diego Martín Papayannis y el Dr. Cristián Banfi del Río, profesores de la Universitat de Girona y de la Universidad de Chile, respectivamente,

DECLARAMOS:

Que el trabajo titulado “Fundamentos Distributivos del Derecho de Contratos. El Problema de la Incertidumbre y del Infortunio Contractuales”, presentado por José Antonio Sánchez Rubín para la obtención del título de doctor, se ha realizado bajo nuestra dirección y cumple con los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmamos el presente documento.

A red, stylized signature mark consisting of a central vertical stroke with two curved strokes extending outwards and upwards, resembling a stylized 'A' or a similar symbol.

A red, stylized signature mark, identical to the one on the left, consisting of a central vertical stroke with two curved strokes extending outwards and upwards.

Girona, 29 de agosto de 2022

AGRADECIMIENTOS

Los estudios doctorales en cuyo marco esta investigación fue realizada gracias al financiamiento otorgado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (actual Agencia Nacional de Investigación), materializada a través de la Beca Doctorado Nacional 2016.

Cualquier expresión de agradecimiento como modo de cierre del nada de simple proceso de crear una investigación que resulte, al mismo tiempo, desafiante y motivadora comienza con el reconocimiento a quienes, durante este periplo, han contribuido a la formación académica y personal del suscrito. En primer lugar, mi más afectuoso agradecimiento a Cristian Banfi del Río, quien hizo posible el hecho mismo de estar redactando agradecimientos de una tesis doctoral. Del mismo modo, mi gratitud hacia Diego Papayannis es tan importante como lo fue su influencia en el camino teórico emprendido en este trabajo. Bien puede decirse que parte importante de esta investigación se vincula con la adopción del diálogo intelectualmente provocativo que tuve el placer de compartir con Cristian y Diego a lo largo de estos años.

También quiero agradecer a Jordi Ferrer quien para fue receptivo desde el primer momento a recibirme en la Universidad de Girona. Del mismo modo, agradezco a todos los miembros del Programa de Doctorado de la Universidad de Chile y de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, agrupaciones que tuve el honor de integrar en este proceso. A mis compañeros de doctorado (Alex, Claudia, Daniela, Emma, Esteban, Ezio, Gustavo, Lucila, Margarita, Magdalena, Miguel y Piero), porque la certeza de que otros viven el mismo proceso que uno lo hace, de una manera ingenua pero gratificante, un periplo menos individualista de lo que parecería.

Agradezco también a Sandy Steel de la Universidad de Oxford por su generoso y desprendido consejo en una época que, después de tantas convulsiones, ya parece lejano; y a quienes tuvieron la gentileza de comentar, en diversos lugares, secciones de este trabajo: Carlos Peña, Carolina Fernández Blanco, Edgar Aguilera, Enrique Barros, Fernando Atria, Juan Pablo Mañalich, Riccardo Mazzola, Marco Segatti, Roberto Gargarella y Pablo Aguayo.

A mis colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile Gabriel Hernández, Jonatan Valenzuela, Magdalena Bustos y, especialmente, a Mauricio Tapia, mi profesor de derecho civil.

También es imprescindible expresar mi cariño por quienes tuvieron el arduo peso de soportar la carga emocional de tolerar a un doctorando torturado por sus conflictos internos. A Macarena y José Antonio, mis viejos, quienes apoyaron las decisiones difíciles, pero a la larga gratificantes, que he tomado. Quiero decirles a ambos que disfruten, pues nadie lo merece más que ustedes. También quiero agradecer a mi hermana, Triana, porque su voz, cuando emerge, enternece y reconforta. A mis tíos María Gloria, Rocío y José Ignacio, actores no tan secundarios de toda esta historia. A Álvaro, por su compañía en la lejanía. A Mariquita, Adolfo Luis, Ana María y Luis Ernesto, quienes me hicieron sentir en todo momento como en casa. A mis amigos, quienes sabrán de una u otra forma cuando esta tesis sea defendida. Felipe y Marcelo por los años de amor fraterno. A Felipa, Felipe, Gato y Raúl, compañeros de una y mil batallas discursivas (y también de otras menos nobles). A los integrantes de Andes Cama, con la esperanza de romper mufas y cambiar unas rachas por otras. A Cristian, por su apoyo en los complejos momentos de años agitados. A mi familia gatuna, Bagheera, Oliverio y Suki, cuya afectuosa indiferencia alegró el proceso de preparación de este trabajo.

Y, por supuesto, a Lucila Fernández Alle, mi alma gemela. Mi gratitud y admiración a quien me enseñó felicidad. Y también a quien cuyo nombre no conocemos, pero que amamos desde el primer día.

ÍNDICE

Introducción

1. Planteamiento del problema.....	12
2. Hipótesis de trabajo.....	14
3. Objetivos generales y específicos.....	14
4. Aspectos metodológicos.....	15

Primera Parte: Las teorías distributivas del contrato

Capítulo Primero. Teorías distributivas puras. La concepción distributiva de los acuerdos voluntarios

5. Generalidades.....	19
6.1. Introducción al concepto de justicia distributiva: Ética a Nicómaco.....	20
6.2. Concepciones contemporáneas de la justicia distributiva.....	24
7. Justicia distributiva y justicia contractual.....	26
8. Tesis distributivas puras y tesis distributivas mixtas.....	31
9. La concepción distributiva de los acuerdos voluntarios de KRONMAN.....	33
9.1. El equilibrio contractual según el paradigma de justicia formal del contrato.....	34
9.2. El equilibrio contractual según el paradigma de justicia sustantiva del contrato.....	42
9.2.1. La justicia conmutativa y el desequilibrio contractual.....	43
9.3. El principio del paretianismo y el aprovechamiento ilegítimo.....	47
9.3.1. La fisonomía del aprovechamiento.....	46
9.3.1.1. Coacción y error.....	49
9.3.1.2. Contratos, aprovechamiento y explotación.....	52
9.3.2. La justificación paretianista del contrato-institución.....	53
9.3.3. Aplicación práctica del principio del paretianismo.....	57
9.4. El paretianismo bajo escrutinio.....	59
9.4.1. Primera objeción: La crítica de la estructura bilateral.....	60
9.4.2. Segunda objeción: La crítica de la autonomía.....	64
9.4.2.1. El paretianismo y los deberes positivos.....	65
9.4.2.2. El paretianismo y la voluntariedad.....	66

9.4.2.3. Paretianismo, autonomía e igualdad.....	68
9.4.3. Tercera objeción: La crítica de la insuficiencia.....	69
9.4.3.1. ¿Es el paretianismo un concepto de justicia distributiva?.....	69
9.4.3.2. Reevaluación del carácter distributivo del principio del paretianismo.....	71
9.4.3.3. La indeterminación del patrón distributivo paretianista.....	73
10. Conclusiones del capítulo.....	75

Capítulo Segundo. Teorías distributivas dualistas. La justicia en las transacciones de
BENSON

11. Generalidades.....	76
12. Consideraciones previas.....	78
13. La justicia en las transacciones de BENSON.....	79
13.1. Sobre las interpretaciones deontológicas del derecho privado.....	79
13.2. La concepción transaccional del contrato de Benson.....	82
13.2.1. El fundamento filosófico de la concepción transaccional del contrato.....	84
13.2.1.1. Personalidad e igualdad de los contratantes: la concepción jurídica de la personalidad de Benson.....	85
13.2.1.2. Los derechos a la integridad corporal y de propiedad como expresiones de los poderes morales constitutivos de la personalidad.....	88
13.3. La concepción transaccional del contrato.....	89
13.3.1. La concepción transaccional del contrato y la justicia distributiva.....	90
13.3.2. El compatibilismo externalista de BENSON.....	93
13.3.3. Prioridad lexicográfica del contrato y la condición de integridad.....	98
13.4. La concepción transaccional del contrato bajo escrutinio.....	100
13.4.1. Primera objeción: La crítica de la incoherencia.....	100
13.4.2. Segunda objeción: La crítica de la incompletitud.....	104
13.4.3. Tercera objeción: Bienes primarios, derechos fundamentales y el objeto de justicia distributiva.....	108
14. Conclusiones del capítulo.....	110

Segunda Parte: La concepción igualitarista del contrato-institución

Capítulo Tercero. El contrato-institución

15. Generalidades.....	112
16. El contrato-institución.....	112
17. La concepción consensual del contrato-institución.....	115
17.1. La voluntad en el sistema de las fuentes de las obligaciones.....	115
17.2. De la voluntad al consentimiento.....	120
17.2.1. ¿Equivalencia de la obligación contractual y la obligación promisoria?.....	120
17.2.2. La función informativa del consentimiento.....	122
17.3. Consentimiento y libertad de configuración del contenido de los intercambios voluntarios.....	124
18. Funciones del contrato-institución.....	127
18.1. La función de estabilización de los intercambios voluntarios.....	128
18.1.1. El comportamiento oportunista en la racionalidad individual.....	128
18.1.2. El contrato-institución en la práctica de los intercambios voluntarios: La función de estabilización de los intercambios voluntarios.....	134
18.2. La función de neutralización de infortunios.....	135
18.2.1. Riesgos e ignorancia en las empresas cooperativas.....	136
18.2.2. El contrato-institución en la práctica de los intercambios voluntarios: La función de neutralización de infortunios en la práctica contractual.....	137
18.2.2.1. Extinción de la responsabilidad contractual por circunstancias sobrevinientes.....	138
18.2.2.2. Moderación de la responsabilidad contractual.....	141
18.2.2.3. Irresponsabilidad por los perjuicios imprevistos.....	142
19. Conclusión parcial.....	145

Capítulo Cuarto. Justificación igualitarista del contrato-institución

20. Generalidades.....	146
21. Justificación del contrato-institución y la promoción de la autonomía.....	147
21.1. Del ideal de libertad al ideal de autonomía significativa.....	148
21.2. La resignificación de la autonomía en el contrato-institución.....	150
21.3. La interpretación de KIMEL.....	154

21.4. La promoción de la autonomía significativa como propósito justificativo del contrato-institución.....	156
22. El problema de lo inesperado: El estatus moral de las decisiones en contexto de ignorancia o incertidumbre.....	158
22.1. La incidencia de la suerte en la responsabilidad moral.....	160
22.2. Precisiones conceptuales.....	164
22.3. Criterios normativos de responsabilidad y suerte moral.....	165
22.4. Déficit justificativo a propósito del contrato-institución	167
23. Justificación igualitarista del contrato-institución y el igualitarismo.....	169
23.1. Sobre el liberalismo igualitario.....	169
23.2. La justicia como equidad de RAWLS.....	171
23.2.1. La justicia distributiva y los bienes primarios.....	172
23.2.2. RAWLS y la arbitrariedad moral.....	174
24. La objeción de la estructura básica, revisitada.....	176
24.1. La ambigüedad del concepto de estructura básica.....	178
24.2. La objeción de la estructura básica contra la justificación distributiva del contrato-institución.....	179
25. Justificación distributiva del contrato-institución.....	179
25.1. La incidencia directa de los principios de justicia en el contrato-institución.....	180
25.2. La incidencia indirecta de los principios de justicia en los intercambios privados.....	182
26. Suerte moral, justicia distributiva y el contrato-institución.....	183
26.1. La construcción de un criterio normativo de equalizaciones contractuales: Suerte bruta y suerte circunstancial	184
26.2. El contrato-institución como neutralizador de la suerte bruta.....	188
27. Conclusiones del capítulo.....	189
<i>Final Remarks</i>	191
Bibliografía	193

Resumen.

El propósito de la presente investigación tiene por objeto presentar una concepción distributiva del derecho contractual. Con este objeto, en la Primera Parte del trabajo se analiza críticamente dos aproximaciones teóricas que, sin perjuicio de sus diferencias, responden afirmativamente a esta pregunta, a saber, la tesis distributiva pura de los intercambios voluntarios de Anthony KRONMAN y la tesis compatibilista de la concepción transaccional del contrato de Peter BENSON. En la Segunda Parte, se muestra la propuesta del autor, la cual puede resumirse en dos argumentos centrales: en términos descriptivos, se explica el derecho de contratos como una institución que cumple una función principal, la de estabilización de los intercambios voluntarios, y otra secundaria, de neutralización del infortunio contractual; en términos justificativos, se presentan las nociones de autonomía significativa y de la mala suerte moral como los ideales filosóficos que fundamentan esas funciones. Así, se espera mostrar, que la naturaleza distributiva del derecho contractual, lejos de tener una presencia marginal en sus reglas, encarna propiamente las reglas que hacen posible la contratación.

Resum.

El propòsit de la present investigació té per objecte presentar una concepció distributiva del dret contractual. Amb aquest objecte, a la Primera Part del treball s'analitza críticament dues aproximacions teòriques que, sens perjudici de les seves diferències, responen afirmativament a aquesta pregunta, és a dir, la tesi distributiva pura dels intercanvis voluntaris d'Anthony KRONMAN i la tesi compatibilista de la concepció transaccional del contracte de Peter BENSON. A la Segona Part, es mostra la proposta de l'autor, la qual es pot resumir en dos arguments centrals: en termes descriptius, s'explica el dret de contractes com una institució que compleix una funció principal, la d'estabilització dels intercanvis voluntaris i una altra secundària, de neutralització de l'infortuni contractual; en termes justificatius, es presenten les nocions d'autonomia significativa i de la mala sort moral com els ideals filosòfics que fonamenten aquestes funcions. Així, s'espera mostrar que la naturalesa distributiva del dret contractual, lluny de tenir una presència marginal a les seves regles, encarna pròpiament les regles que fan possible la contractació.

Abstract.

The purpose of this research is to present a distributive conception of contract law. For this purpose, in the First Part of the work, two theoretical approaches are critically analyzed that, despite their differences, answer this question in the affirmative, namely, the pure distributive thesis of voluntary exchanges by Anthony KRONMAN and the compatibilist thesis of the Peter BENSON'S transactional conception of the contract. In the Second Part, the author's proposal is shown, which can be summarized in two central arguments: in descriptive terms, contract law is explained as an institution that fulfills a main function, that of stabilizing voluntary exchanges, and another secondary, of neutralization of the contractual misfortune; In justifying terms, the notions of significant autonomy and moral bad luck are presented as the philosophical ideals that support these functions. Thus, it is expected to show that the distributive nature of contract law, far from having a marginal presence in its rules, properly embodies the rules that make contracting possible.

INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La principal temática abordada en esta investigación se sitúa en el contexto de la discusión filosófico-jurídica sobre la pertinencia de introducir consideraciones de justicia distributiva en la justificación de las reglas del derecho de contratos¹. En este debate, que ha ocupado una parte importante de la literatura contractual desde mediados del siglo pasado, se han identificado dos concepciones rivales sobre la justificación de la institución contractual, a saber, aquellas que hacen descansar la justificación conceptual del contrato con prescindencia de los efectos que genera (teorías *ex ante*) y otra según la cual este ejercicio precisamente descansa en ellos (teorías *ex post*)². Como explica HEVIA, si el primer grupo de teorías se concentran en los “valores que buscan promover”, las segundas responden a una revisión *histórica* de cómo la acción de los contratantes es justa a la luz de los derechos y obligaciones que detentaban³.

Las concepciones contractuales *ex post*, asociada con expresiones filosóficas de orden deontológico⁴, niegan terminantemente cualquier incidencia de la justicia distributiva en el orden contractual. Como son descritas por Kevin KORDANA y David TABACHNICK, ellas descansan en los “términos endógenos del contrato”⁵, en tanto propone que su fundamento se agota en los términos particulares del respectivo acuerdo⁶. Los proponentes de concepciones deontológicas del contrato pertenecientes a la Escuela de Toronto, como Arthur RIPSTEIN, Peter BENSON y Martín HEVIA, conforman los principales exponentes de estas teorías⁷. Las posiciones identificadas como *ex post*, por su parte, centran la cuestión de la justificación del ordenamiento contractual en sus efectos, los cuales no se limitan al contenido de la convención que es determinado por las partes⁸. Una expresión paradigmática de esta clase de justificaciones son las teorizaciones

¹ A lo largo de este trabajo, esta cuestión será ocasionalmente referida como la pregunta distributiva.

² TABACHNICK y KORDANA, 2005: 598.

³ HEVIA, 2015: 2505.

⁴ HEVIA, 2015: 2506.

⁵ TABACHNICK y KORDANA, 2005: 598.

⁶ Este tipo de presupuestos metodológicos también tienen lugar en la teorización sobre el derecho privado en general. Por ejemplo, posiciones no instrumentales como aquella propuesta de Ernest J. WEINRIB, tienden a identificar un principio moral que surge de sus principales rasgos institucionales del derecho privado, sin perjuicio de otros resultados que puede generar. WEINRIB, 1995: 48-49.

⁷ La consideración de la teoría promisorio de Charles FRIED, basada en la idea de autonomía kantiana, como una especie de teoría deontológica es discutida por autores como los citados. HEVIA, 2015: 2505; BENSON, 1989: 1095; WEINRIB, 1992: 50.

⁸ TABACHNICK y KORDANA, 2005: 599.

adscritas al análisis económico del derecho, como aquellas propuestas por POSNER y COOTER y ULEN que se concentran en la capacidad de la institución de producir resultados eficientes en términos paretianos.

Ante la pregunta por la plausibilidad de atribuir un rol o un fin distributivo y redistributivo al derecho de contratos, lo cierto es que ambos grupos teóricos responden de distinta manera. Conforme al primero de los paradigmas señalados, su sola premisa metodológica da sentido a su negativa respuesta: si las reglas del derecho contractual deben desprenderse de elementos intrínsecos o internos a la relación contractual, eminentemente derivadas de la voluntad de las partes, no hay lugar para emplear la institución como una herramienta para la distribución de la riqueza. En el plano dogmático, las teorías de la voluntad, dominantes desde la época de las grandes codificaciones hacia principios del siglo pasado, atribuían al consentimiento el rol de verdadera norma fundamental de la cual se derivaban las reglas básicas que rigen esta clase de intercambios voluntarios⁹. Luego, en tanto un efecto de la convención no responda al ejercicio del libre ejercicio de voluntad individual, éste no puede ser considerado como expresión genuina del derecho de contratos, pues de lo contrario implicaría un sometimiento de los derechos de los contratantes a los designios de terceros, incluyendo los de la comunidad. Sin ir más lejos, este es el trasfondo de la denominada ideología de la voluntad a la que responde una versión conservadora del derecho privado: las personas, *qua* sujetos de derecho, pueden libremente asumir obligaciones que resulten en limitaciones de su propia libertad¹⁰. Es por ello por lo que se atribuye a su voluntad el “rol creador” de las obligaciones contractuales, de tal forma que ella constituye el elemento que “modela la fuerza y el alcance obligatorio del contrato” como se desprendería del art. 1545 CC¹¹. Del mismo modo, si lo debido es *exactamente* aquello que fue prometido¹², la responsabilidad contractual sólo puede ser impuesta en atención al marco fundado en la voluntad de las partes, sin perjuicio de que sea posible concebir otros beneficios que su atribución podría

⁹ GORDLEY, 1981: 1624; MORENO, 2014.

¹⁰ DOMÍNGUEZ, 1983: 151.

¹¹ *Ibíd.* En un sentido similar, TAPIA, 2018: 35 y ss.

¹² FRIED, 1981: 4-5. Cabe anotar que esta afirmación de FRIED presenta mayor relevancia de la que se observa a simple vista, ya que puede sustentar una objeción al diagnóstico crítico del acercamiento del derecho de contratos a la responsabilidad extracontractual, señalado célebremente por Grant GILMORE en su *The Death of Contract* (GILMORE, 1974: 90-91). Además, sirve para fundamentar la negativa a la reparación de los *expectation damages* como consecuencia de la protección de *promissory expectations*, y el argumento de Lon FULLER y William PERDUE en cuanto a la protección de prevenir los daños provenientes “*arising from reliance*” y “*to facilitate reliance on business agreements*”. FULLER y PERDUE, 1936: 57; JOHNSON, 1983: 279.

representar en favor de la comunidad¹³. Consecuentemente, la justificación conservadora de las reglas contractuales también asume que las reglas contractuales deben ser evaluadas con prescindencia de cualquier principio moral proveniente de la comunidad. Si, en cambio, se responde la pregunta distributiva desde las premisas de las concepciones *ex post* del contrato, el resultado podría ser más favorable. Entre estas teorías, es especialmente relevante el principio del paretianismo plantado por Anthony KRONMAN, el cual consiste en una evaluación de los efectos de la convención en términos de los efectos que ésta produce en el contratante menos favorecido, y que permitiría justificar diversas reglas contemporáneas del derecho privado, como lo son por ejemplo las reglas que establecen deberes de información en el proveedor provenientes del derecho del consumo. Ahora bien, en este punto inicial, cabe dejar planteado que en este trabajo intento construir una propuesta de una concepción del derecho contractual que, desde el plano de la justificación de las instituciones sociales, permite atribuir a los juicios distributivos un papel central en la interpretación de sus rasgos centrales de manera compatible con el *locus* filosófico y político de los sistemas sociales contemporáneos.

2. HIPÓTESIS DE TRABAJO

La hipótesis central de este trabajo es que la justificación del derecho contractual debe, *a lo menos*, considerar al principio de justicia distributiva, debido a que este ordenamiento cumple funciones que, a su vez, responden a presupuestos que, en la literatura sobre la justicia social, son genéricamente identificados como el liberalismo igualitario.

3. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

Esta investigación doctoral persigue dos objetivos generales. El primero de ellos es una reconstrucción crítica de las concepciones contractual que se han mostrado favorables a la introducción del ideal de justicia distributiva. El segundo objetivo general es proponer que la introducción de razones distributivas al orden contractual es necesaria para su justificación. Ello se debe a que el orden contractual puede caracterizarse como una institución social cuyas funciones tienden a la atribución de responsabilidad de los contratantes conforme a un juicio normativo de su conducta en el cual la noción de control es central. Esta idea, consistente con el igualitarismo liberal, atiende a la intuición general

¹³ JOHNSON, 1983: 276.

de que la riqueza o el bienestar de las personas no puede depender de inequidades moralmente arbitrarias.

En cuanto a sus objetivos específicos, en la Primera Parte de esta investigación se describirán las implicancias institucionales del principio de justicia distributiva en la evaluación del derecho contractual. A continuación, se revisarán dos formas representativas de recoger este principio, en términos de sus respectivas aptitudes para proveer tanto explicaciones de la práctica contractual, como para articular justificaciones moralmente admisibles. En la Segunda Parte del trabajo, se presentará una reconstrucción de la práctica contractual que describe el derecho de contratos como una institución social, asumiendo como punto de partida la identificación del consentimiento como su elemento normativo paradigmático. También se expondrá que esta forma de concebir la institución no sólo permite superar los límites conceptuales de las teorías tradicionales de la voluntad, sino que además permiten mostrar una descripción de este orden normativo en términos de las funciones que desempeña en el sistema social. El derecho contractual, descrito como contrato-institución, permitirá encarar la problemática distributiva desde un punto de vista novedoso y, como se pretende demostrar, cómo es que la justicia distributiva es apta para justificar parcialmente el contrato, en tanto ordenamiento que resuelve, normativamente, la tensión existente entre las nociones de responsabilidad, de un lado, y de suerte, por otro.

4. ASPECTOS METODOLÓGICOS

Siendo el sentido de toda teorización explicar un determinado fenómeno de forma general, Jules COLEMAN ha explicado que las teorías de nivel medio, es decir, aquellas que dan cuenta de la dimensión normativa o argumentativa de una práctica jurídica a la luz de un principio apto para organizarla, enfrentan el peligro de ser excesivamente particularistas, o bien, el riesgo de que el principio escogido responda más a una elección personal del teórico que a lo inherente a la práctica¹⁴. Son éstas las causas que explican parte de los desencuentros entre los defensores del lugar que debe ocupar la justicia distributiva en el derecho de contratos. Es decir, el desacuerdo está directamente relacionado con la manera en la cual la tensión entre los ideales de libertad e igualdad, tanto en el plano de sus fundamentos políticos y morales como en el de la práctica jurídica, es resuelta en su aplicación al orden contractual.

¹⁴ COLEMAN, 1992: 9.

Con el fin de resolver esta tensión, la metodología seguida en este trabajo corresponde a lo que se ha llegado a identificar como concepciones normativas del contrato las cuales, de acuerdo con la definición ofrecida por Melvin EISENBERG, son aquellas que pregonan que “el contenido del derecho de contratos *debe* depender de las reglas que son generadas por proposiciones políticas, morales y empíricas debidamente ponderadas y armonizadas”¹⁵.

Este presupuesto permitirá evaluar, en la Primera Parte de esta investigación, las teorías contractuales desde su capacidad para *explicar* o *describir* la práctica contractual y su aptitud para *justificar* o *evaluar* dicha institución, tomando el resguardo de que ambas son empresa teóricas que, si bien son distintas, se encuentran normalmente vinculadas. En la nomenclatura de SMITH, estas son identificadas como las preguntas analítica sobre la naturaleza del contrato (qué es el contrato) y normativa sobre su justificación de (cuál es su justificación, si la hay)¹⁶.

En el desarrollo de la Segunda Parte, además de este marco teórico general, también se recurrirá a otros presupuestos metodológicos. En el Capítulo Tercero, dedicado a la cuestión analítica del contrato, se tomarán elementos provenientes de la distinción de John SEARLE entre hechos brutos y hechos institucionales, para describir el derecho de contratos, y de las teorías de la elección racional, para exponer los problemas paradigmáticos de la cooperación interpersonal. A partir de ambos supuestos, se construirá la descripción del orden contractual como contrato-institución, el cual resuelve los problemas de racionalidad individual del comportamiento oportunista, por un lado, y de ignorancia o incertidumbre, por otro.

En el Capítulo Cuarto y final, se responderá a la pregunta normativa sobre la justificación del contrato-institución. En síntesis, se sostendrá que las razones por las cuales debe existir un orden jurídico como el contrato institución tienen que ver con las funciones que desempeña, y la interpretación de su impacto en términos de justicia social, particularmente, con el ideal de la justicia distributiva¹⁷. Así, y más allá de la común caracterización del problema distributivo que fuera presentada, se sostendrá que si el contrato-institución está justificado, lo es por su aptitud para realizar un ideal de *moralidad pública* igualitario, en tanto no sólo *facilita* a las personas la persecución cooperativa de sus respectivas concepciones sobre el bien, sino también porque por su

¹⁵ EISENBERG, 2018: 15.

¹⁶ SMITH, 2004: 42.

¹⁷ RAWLS, 2001: 50.

intermedio ellas sólo son individualmente responsables de los estados de cosas que, contractualmente relevantes, puedan tenerse como parte de la autoría de sus planes de vida.

Finalmente, y en otro orden de consideraciones, debe precisarse que la propuesta metodológica con respecto al tratamiento del contrato será el recurso al método del derecho comparado, considerando dos aspectos. Desde el enfoque comparado funcionalista¹⁸, los ordenamientos contractuales que serán revisados, el derecho chileno y el derecho inglés, en tanto ordenamientos representativos de dos de las familias jurídicas más tratadas en la literatura contractual, a saber, el derecho continental de inspiración francesa y el propio *common law*.

¹⁸ ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, 1998: 33-34.

PRIMERA PARTE

LAS TEORÍAS DISTRIBUTIVAS DEL CONTRATO

CAPÍTULO PRIMERO
TEORÍAS DISTRIBUTIVAS PURAS
LA CONCEPCIÓN DISTRIBUTIVA DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS

5. GENERALIDADES

En este Capítulo se iniciará la revisión de concepciones normativas del contrato, particularmente en lo referido a la recepción del principio de justicia distributiva en los ordenamientos contractuales objeto de esta investigación. Un lugar común de esta discusión radica en que su plausibilidad descansa en la asociación de este principio con la reivindicación de la necesidad de contar con una idea de justicia substantiva, en tanto condición de justificación del derecho de contratos y de las obligaciones contractuales¹⁹. Esta intuición puede ser presentada a través de la exposición de John RAWLS sobre el contraste entre las nociones de justicia formal y de justicia substantiva en lo relativo a la justificación de las instituciones sociales. En concepto de este autor, si bien la justicia formal (esto es, el principio de justicia que ordena la igualdad de trato a personas situadas en casos similares) puede ser compatible con un determinado principio de justicia substantiva, esta no es un tipo de relación conceptual que sea de carácter necesaria²⁰. Por ejemplo, la justicia formal es apta para justificar una norma que declara la esclavitud de todos los individuos que pertenezcan a una determinada raza, pero difícilmente podría sostenerse que esa es una regla *justa*²¹.

Así las cosas, de lo que se tratará de escudriñar en este capítulo es si el principio de justicia distributiva puede ser, precisamente, el principio de justicia substantiva relevante para el derecho contractual. Para presentar este argumento, este capítulo seguirá el siguiente orden. Se introducirá una breve referencia a la justicia en la distribución en la teoría de la justicia aristotélica, para luego examinar el desarrollo contemporáneo de las teorías contractuales distributivas. Con ocasión de esta revisión, se mostrarán las dos maneras en que usualmente suele encararse la pesquisa de la justificación contractual de esta clase, las cuales van desde un distributivismo puro hasta la admisión, con ciertos matices, de cierta coexistencia armónica de ambos principios de justicia. A continuación, se profundizará sobre la concepción contractual de Anthony KRONMAN exponiendo, además

¹⁹ BAGCHI, 2014; BENSON, 1989: 1079; PAPAYANNIS, 2016: 326; SMITH, 2004: 137.

²⁰ RAWLS, 1971: 58-59. Véase también BENSON, 2019: 448

²¹ De todas formas, cabe puntualizar que RAWLS defiende la idea de que, en último término, es necesario contar con un criterio sustantivo de justicia, que en su concepción de justicia social proviene de la aplicación de los principios de justicia que rigen la estructura básica configura la sociedad.

de sus ventajas para justificar algunas reglas contractuales, sus desventajas que, a fin de cuentas, impiden hacer descansar la tarea justificativa del contrato (considerado como un todo) en el principio del paretianismo. Finalmente, se presentarán las conclusiones parciales del capítulo.

6.1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA: ÉTICA A NICÓMACO

Para introducir el estudio de las nociones contemporáneas de justicia distributiva y justicia correctiva, los autores suelen comenzar presentando el origen histórico-conceptual de esta noción, el cual se remonta a la filosofía clásica, particularmente el libro V de la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES. En esta obra, el Filósofo presenta una concepción de justicia que puede sintetizarse en tres ideas centrales: primero, la virtud de la justicia (y el vicio correlativo de la injusticia) se refiere al comportamiento hacia el prójimo (*alteritas*); segundo, que la definición de lo justo e injusto tiene lugar en términos de legalidad e igualdad y de ilegalidad y desigualdad, respectivamente; y, tercero, que junto a la justicia e injusticia general, referidas a la virtud total, existe una especie de justicia particular que se refiere a parte de ella²².

En tanto ideal evaluativo, la justicia aristotélica es apta para fundamentar juicios normativos referidos al comportamiento de las personas en relación con otros, sea el prójimo, sea el gobernante²³. En este orden de ideas, la justicia o injusticia es una propiedad atribuible a las personas que puede significar tanto la virtud *total* referida a la sumisión a la ley, que ordena “vivir de acuerdo con todas las virtudes”²⁴; como, en un ámbito *particular*, por asociación a la idea de igualdad, como un juicio sobre la repartición de bienes compartidos por los miembros de la comunidad, o sobre los tratos voluntarios e involuntarios entre los individuos²⁵.

Es en este último nivel, el de la justicia particular, donde la teoría aristotélica ha presentado mayor rendimiento para las teorías sobre el derecho privado, en tanto ha sido aplicada para comprenderlo, explicarlo y/o justificarlo como un conjunto de normas jurídicas que operativizan la justicia correctiva y distributiva la justicia. Esta descripción del panorama teórico requiere, desde luego, explayarse sobre ambas categorías de justicia. Por una parte, la justicia correctiva, también referida como justicia en las transacciones y como justicia conmutativa, es una virtud particular predicable respecto de los tratos

²² ARISTÓTELES, 1998: 241.

²³ ARISTÓTELES, 1998: 241.

²⁴ ARISTÓTELES, 1998: 243.

²⁵ ARISTÓTELES, 1998: 243-244.

mutuos de carácter voluntario e involuntario²⁶. Entre los primeros, ARISTÓTELES considera esencialmente contratos privados, como la compraventa y la fianza pues, en su origen, son “iniciados voluntariamente”; mientras que entre los segundos menciona tratos clandestinos, como el hurto o el adulterio, y otros violentos, como el homicidio u el robo²⁷. En las interpretaciones contemporáneas de la justicia aristotélica, los comentaristas han sintetizado transacciones involucrarías, en cambio, extracontractual y, según algunos, penal²⁸. En cualquier caso, como explica Diego PAPAYANNIS, la justicia correctiva tiene que ver con la rectificación de “ciertas interacciones en las que un individuo, realizando un acto incorrecto, se aprovecha de otro”²⁹.

Una infracción a este ideal de justicia implica, consecuentemente, una violación a una igualdad previa en la cual se situaban las partes. Esta es metafóricamente referida como una igualdad “aritmética”³⁰, que puede expresarse en términos del injusto y su remedio de la siguiente manera: mientras el injusto correctivo involucra una relación entre quien comete la injusticia y quien soporta sus consecuencias, el remedio judicial es el restablecimiento de esa igualdad ordenando la privación de la respectiva ganancia a quien comete la infracción³¹. Luego, lejos de fijarse en las características personales de los agentes de la relación gobernada por este ideal de justicia, lo único relevante para estos efectos es la desigualdad en términos de la ganancia que uno obtiene y de la pérdida que el otro sufre³². Si, como dice ARISTÓTELES “la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia”³³, entonces la violación de la igualdad se verifica en términos de la ganancia injusta de una persona a expensas de otra³⁴.

En términos contemporáneos puede decirse, siguiendo a James GORDLEY, que en los tratos privados se “opera sobre el principio de que nadie debe beneficiarse con la pérdida de otros”³⁵. De esta manera, mientras en el injusto correctivo existe unidad entre el injusto y la pérdida³⁶, el remedio se debe expresar en la restitución de una cantidad que represente

²⁶ ARISTÓTELES, 1998: 247.

²⁷ ARISTÓTELES, 1998: 244.

²⁸ GORDLEY, 1981: 1590.

²⁹ PAPAYANNIS, 2014: 191.

³⁰ KELSEN destaca la naturaleza eminentemente alegórica de la fórmula aristotélica de la justicia correctiva. KELSEN, 1971: 130.

³¹ ARISTÓTELES, 1998: 248.

³² ARISTÓTELES, 1998: 248.

³³ ARISTÓTELES, 1998: 248.

³⁴ WEINRIB, 1995: 63.

³⁵ GORDLEY, 1981: 1589.

³⁶ KELSEN reconoce explícitamente esta posición. KELSEN, 1971: 132.

lo que legítimamente pertenecía a la persona perjudicada y que ahora pertenece a la otra³⁷. De esta manera, en el orden contractual, los intercambios deben recaer sobre bienes de igual valor, y en el plano extracontractual, el agente del daño debe restablecer a la víctima de su acción al estado que se encontraba previamente³⁸.

En contraste a la justicia correctiva, la justicia distributiva o justicia en la distribución, es formulada en términos que evocan un procedimiento formal cuyo propósito es repartir *proporcionalmente* cosas poseídas en común, como el honor o el dinero, entre los miembros de la comunidad³⁹. Atendiendo a estas características, la distributiva es una clase de clase particular vinculada a la igualdad de trato en la repartición de bienes comunes de la comunidad, teniendo en cuenta que dichas asignaciones apuntan a facilitar los medios que permitan a los ciudadanos vivir una buena vida⁴⁰.

Desde el punto de vista de los sujetos que participan de la relaciones gobernadas por ella, cabe precisar que la justicia distributiva es atinente a las relaciones entre la comunidad y sus miembros, sin perjuicio de lo cual éstas no son, necesariamente, iguales⁴¹. Es, en estos términos, una igualdad geométrica o proporcional. Como es evidente, la idea de que aquellos que son iguales reciban lo mismo⁴², no coincide con la igualdad aritmética entre lo que *a* y *b* obtienen de una interacción dominio de la justicia correctiva), sino que ordena una asignación en función de una proporción que responde a la idea de mérito, noción eminentemente abstracta cuyo contenido particular es contingente a la forma de gobierno que adopta la comunidad. En un pasaje, ARISTÓTELES dice “todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos, pero no todos coinciden en cuanto al mérito mismo, sino que los demócratas lo ponen en la libertad, los oligárquicos en la riqueza o nobleza, los aristócratas en la virtud”⁴³.

Examinada analíticamente, la justicia distributiva expresa una conjunción de elementos que representan una manera en la cual la parte y el todo se relacionan. Dichos elementos comprenden, además de los referidos a los sujetos entre quienes debe efectuarse la distribución, el objeto en el cual se materializa la porción sobre el total distribuido y el

³⁷ WEINRIB, 1995: 62. Con todo, debe anotarse que existe una amplia discusión respecto a la naturaleza de la pérdida y la ganancia relevante en la justicia correctiva, en particular, sobre si ellas son fácticas o, contrariamente, estrictamente normativas. Sobre este particular WEINRIB, 1995: 115; PAPAYANNIS, 2014: 245.

³⁸ GORDLEY, 1981: 1590.

³⁹ DEL VECCHIO, 1982: 51.

⁴⁰ GORDLEY, 2007: 1737.

⁴¹ DEL VECCHIO, 1982: 51.

⁴² ARISTÓTELES, 1998: 244.

⁴³ ARISTÓTELES, 1998: 244.

criterio distributivo que sustenta la pretensión de cada persona con derecho a ella⁴⁴. Tómese, a modo ejemplar, la aplicación de este ideal de justicia en la gobernanza de una competición deportiva, como una carrera de 100 metros planos. De acuerdo con los elementos que se han expuesto, la justicia distributiva ordenaría que el jurado premie a los participantes conforme la satisfacción de la condición de victoria (por ejemplo, el arribo a la meta en el menor tiempo), asignando una porción de un premio total correspondiente a su orden de llegada a la meta.

Antes de finalizar esta sucinta explicación sobre la formulación clásica de justicia, es necesario precisar que críticos de ARISTÓTELES han denunciado que este ideal de justicia no propone un estándar normativo conforme al cual una determinada asignación es justa. Como apuntara Hans KELSEN, si bien ARISTÓTELES es explícito en que el contenido normativo de la justicia distributiva debe sujetarse al criterio del mérito, nada dice acerca de qué debe entenderse por dicha noción, lo que parece especialmente llamativo dado que éste sería el tipo de cuestiones que debería resolver⁴⁵. Con todo, basta por el momento anotar que la justicia distributiva aristotélica, en su vocación de gobernar las relaciones de la parte con el todo, consiste en un imperativo de igualdad de trato ante ley. Todo esto, desde luego, sin perjuicio de lo que dirá en la próxima sección sobre las lecturas contemporáneas del concepto de justicia distributiva⁴⁶.

Así las cosas, entre ambas clases de justicia existen diferencias que determinan, en buena parte, el rendimiento de su aplicación en distintos ámbitos. Junto a su diferencia evidente en cuanto a su estructura (expresadas, como vimos, en su caracterización como igualdad aritmética e igualdad geométrica respectivamente), probablemente su principal diferencia tiene relación con sus ámbitos de aplicación, en tanto mientras la justicia distributiva reglamenta las relaciones entre la comunidad de los individuos (es decir, las relaciones de las partes con el todo), la justicia correctiva hace lo propio respecto de las relaciones entre los integrantes de la comunidad (una relación entre las partes que conforman ese todo pero distintos a ella)⁴⁷. También es importante notar el distinto peso que en los juicios conforme a una y otra clase de justicia local tienen las peculiaridades de las

⁴⁴ KEREN-PAZ, 2007:5; PAPAYANNIS, 2014: 191; SERRANO, 140.

⁴⁵ KELSEN, 1971: 128. Es pertinente anotar que, en concepto de este autor, este vacío en la filosofía moral de ARISTÓTELES determina que la función de esta noción de justicia sea la de legitimación del derecho positivo, en la medida que la fórmula matemática de la justicia distributiva sólo puede ser aplicada una vez que el derecho positivo determina una determinada asignación. En este orden de ideas, para KELSEN el criterio distributivo es determinado por el derecho positivo, de forma tal que la justicia distributiva es, en esencia, una idea de igualdad ante la ley. KELSEN, 1971: 128.

⁴⁶ *Infra* §6.2.

⁴⁷ PAPAYANNIS, 2014: 192.

personas pues, como también se señalara, en términos correctivos lo único relevante son los componentes (fácticos o normativos) de la igualdad aritmética a ser restablecida. Como se verá, esta particular característica muestra una de las características centrales de las caracterizaciones deontológicas del derecho privado, a saber, la naturaleza eminentemente formal en el tratamiento de las partes de las relaciones jurídicas que gobierna⁴⁸.

6.2. CONCEPCIONES CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

En la actualidad, la noción de justicia distributiva mantiene parte importante de los rasgos recién descritos, en el sentido que es tomada como un principio que fundamenta asignaciones *centralizadas* de bienes comunes conforme a un criterio que, en sus diferentes versiones, atiende a las particularidades de los sujetos involucrados. En este sentido, estos principios de justicia “son diseñados para fundar la distribución de los beneficios y las cargas de la actividad económica entre los individuos de una sociedad”⁴⁹. Sin embargo, como demuestra Serena OLSARETTI, entre los filósofos contemporáneos no existe consenso en cuanto a la noción misma de justicia y distributiva y a lo que cuenta como la esencia propia de la distribución⁵⁰, al punto tal que, según muestra Tsachi KEREN-PAZ, las divergencias teóricas conciernen los elementos identificados como constitutivos del concepto de justicia distributiva⁵¹.

Ahora bien, la amplia diversidad de propuestas distributivas en la filosofía contemporánea no obsta a que la justicia distributiva puede ser descrita genéricamente. Siguiendo a Robert HOCKETT, una descripción de estas características puede identificarse como una clase de justicia preocupada de la idoneidad de las asignaciones de recursos entre los individuos que integran la comunidad, sin perjuicio de las controversias en torno al criterio sustantivo que, en definitiva, las justifique⁵².

En las siguientes secciones, se profundizará sobre el tópico distributivo tomando, a modo referencial, una reconstrucción del principal referente teórico tanto para filósofos como para teóricos del derecho privado en lo atinente a la justificación del derecho de contratos,

⁴⁸ Infra §13.1.

⁴⁹ LAMONT y FAVOR, 2008, citados en GARDNER, 2019: 78.

⁵⁰ A modo ilustrativo, pueden ser consideradas como atinentes a las preocupaciones distributivas tesis tan diversas como el igualitarismo de Thomas NAGEL, el prioritarismo de Derek PARFIT, la igualdad de recursos de Ronald DWORKIN; el igualitarismo de la suerte defendido, entre otros, por G.A. COHEN; la justicia como equidad de RAWLS; la justicia de las pertenencias de Robert NOZICK, entre muchos otros. Para un panorama general, OLSARETTI, 2018.

⁵¹ KEREN-PAZ, 2007:5; SERRANO, 140.

⁵² HOCKETT, 2005: 1187.

a saber, la justicia como equidad de John RAWLS. Esta teoría de justicia social propone un ideal político de justicia aplicable a las instituciones sociales, en particular, a aquellas que configuran el trasfondo institucional de una sociedad bien ordenada⁵³. En efecto, la justicia como equidad es interpretada en términos tales que sus principios de justicia están orientados a fundamentar la idea de la sociedad como un sistema de cooperación *justo* a lo largo del tiempo; luego, dichos principios son directamente aplicables a las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad⁵⁴.

Estos rasgos de la tesis rawlsiana muestra una importante consecuencia que introduce la adscripción a su criterio distributivo, a saber, no puede ser directamente aplicado sobre las transacciones particulares. Su preocupación distributiva, por el contrario, sólo atiende a la estructura básica de la sociedad, es decir, aquellas instituciones cuyo último propósito es asegurar un esquema de cooperación social justo sostenible de generación en generación, al cual los dos principios de justicia, incluyendo el de diferencia, apuntan resolver. En palabras de RAWLS: “La estructura básica ha de ser configurada de tal manera que, si todos siguen las reglas de cooperación públicamente reconocidas y cumplen con los derechos que ellas especifican, las distribuciones particulares de los bienes puedan ser tenidas como justas (o al menos, no injustas), cualquiera sea su resultado”⁵⁵.

Antes de finalizar con esta síntesis sobre la justificación distributiva de las instituciones sociales, es necesario introducir la distinción entre nociones “estáticas” y “dinámicas” de la justicia distributiva, presentada por Martín HEVIA⁵⁶. Esta atiende a una inquietud de pueden operar las instituciones de orden distributivo y redistributivo, como el sistema tributario, una vez que los intercambios voluntarios e involuntarios, dominio de la justicia correctiva, tiene lugar ya establecida una asignación inicial distributivamente justa. La visión estática de la justicia distributiva implicaría, en consecuencia, una constante interferencia en las transferencias libremente realizadas por los agentes, en tanto cualquiera de ellas harían necesaria una ulterior rectificación a fin de restablecer el patrón distributivo inicial⁵⁷. En contra de esta caracterización, HEVIA interpreta a las corrientes contemporáneas sobre la justicia distributiva como concepciones dinámicas, en el sentido que ellas no sostienen la idea conforme a la cual la distribución inicial deba, a todo evento,

⁵³ RAWLS, 2001: xvii.

⁵⁴ RAWLS, 2001: 50.

⁵⁵ RAWLS, 2001: 50.

⁵⁶ HEVIA, 2013: 11.

⁵⁷ El comentario, en particular, es sobre la caracterización de los principios de justicia distributiva como patrones distributivos (*patterned distribution principles*) expuesta por NOZICK en *Anarchy, State, and Utopia* (NOZICK, 1999: 160). Para la respuesta de HEVIA, véase HEVIA, 2013: 42-44.

ser reinstaurada⁵⁸. Los alcances de esta distinción serán particularmente relevantes en el último capítulo de esta investigación, con motivo de la evaluación del argumento distributivo en materia de justificación del derecho de contratos⁵⁹.

En definitiva, la ausencia de un ulterior criterio para evaluar cualquier distribución como justa dan sentido a que el problema distributivo según esta clase de justicia responde a un patrón de justicia procedimental pura dando lugar a la noción rawlsiana de trasfondo de justicia procedimental⁶⁰. Como será examinado, estas razones sustentan la objeción de la estructura básica, conforme a la cual las distribuciones particulares conducidas por la vía de los intercambios privados no son, en estricto rigor, materia del principio de justicia distributiva, en general, y el principio de diferencia rawlsiano, en particular⁶¹.

7. JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y JUSTICIA CONTRACTUAL

En la particular situación del contrato, la relación entre el derecho contractual y la justicia distributiva está decisivamente marcada por el debate en torno a la admisibilidad de orientar sus reglas hacia la redistribución de la riqueza, esto es, “la corrección compulsiva de las alteraciones del patrón distributivo inicial, ordenando un esquema de transferencias desde quienes *injustamente* tengan más recursos en favor de quienes *injustamente* tengan menos”⁶².

Sin pretender desconocer la relevancia de los argumentos que entregan los enfoques económicos del contrato ni del rendimiento justificativo de la eficiencia para las instituciones sociales⁶³, el foco de esta sección está en la clase de discusiones donde predominan las razones que KRONMAN identifica como de “moral pública” y, en especial, aquellas argüidas en la discusión liberal sobre la aptitud del derecho contractual como mecanismo para obtener una distribución justa de la riqueza⁶⁴.

Los defensores de una concepción tradicional o conservadora del contrato suelen negar la pertinencia distributiva y redistributiva de esta institución a partir de la extendida

⁵⁸ HEVIA, 2013: 11-12.

⁵⁹ Infra §26.

⁶⁰ RAWLS, 2001: 51. Esta traducción de la expresión “*background procedural justice*” es tomada de la edición castellana de Erin KELLY de *Justice as Fairness*, publicada por Paidós.

⁶¹ Sobre este punto se profundizará al tratar la objeción de la estructura básica, como es identificada por COHEN. Infra §24.

⁶² KRONMAN, 1980: 498-499.

⁶³ En este marco, la discusión se concentra en la justificación en términos de eficiencia de la idoneidad del derecho de contratos para estos fines. KAPLOW y SHAVELL, 1994: 667; KEREN-PAZ, 2007; KRONMAN, 1980: 507-510; PAPAYANNIS, 2021a: 62.

⁶⁴ La etiqueta “moral” es empleada por KRONMAN para referirse a su discusión contra las posiciones liberales contrarias al uso distributivo del derecho contractual. KRONMAN, 1980: 501.

interpretación de la concepción de justicia como equidad de RAWLS, previamente bosquejada, conforme a la cual los principios de justicia social son neutrales ante el derecho privado. Como explican KORDANA y TABACHNICK, la razón conceptual para esta actitud está eminentemente basada en la interpretación restrictiva del concepto de estructura básica de la sociedad que excluye al derecho de contratos⁶⁵.

El debate también se nutre de otros argumentos. Entre los autores adscritos a la Escuela de Toronto se sostiene que, dada la estructura característicamente correlativa de las relaciones de derecho privado, el principio de justicia idóneo para fundamentar este orden normativo es el de justicia correctiva, la categoría opuesta a la justicia distributiva. En esta posición se enfatiza que la justicia distributiva es un principio que involucra una descripción de las relaciones de derecho público entre el ciudadano y la comunidad, mientras que la justicia correctiva sí responde a la estructura de las interacciones *vis-à-vis* paradigmáticas del derecho privado.

Con respecto a esta idea, WEINRIB sugiere que la “justicia correctiva es el término dado a la estructura relacional del razonamiento propio del derecho privado”, donde “las partes cumplen, respectivamente, los papeles activo y pasivo de una misma injusticia”⁶⁶. En opinión de este autor, el derecho privado es internamente inteligible como una estructura consistente con el esquema de la justicia correctiva, dado que su identidad responde a la “idea organizativa” de correlatividad que se expresa, en el orden de la responsabilidad civil, en términos de que “demandado y demandante han hecho y sufrido, respectivamente, la misma injusticia”⁶⁷. Adicionalmente, sostiene que “la unidad de la relación demandante-demandado descansa en la correlatividad entre la producción y el sufrimiento del daño”, correlatividad que implica que la pérdida y ganancia derivadas de ellas, justa o injustamente, son dos aspectos correlativos de un “único evento” o, más gráfico aún, correlatividad “que representa la unidad de las relaciones de derecho privado”⁶⁸. Así es como, en pocas palabras, WEINRIB funda la aseveración conforme a la cual la justicia correctiva, se vincula a “mantener y restablecer la igualdad conceptual con

⁶⁵ KORDANA y TABACHNICK, 2010: 598. Esta tendencia ya había sido observada por KRONMAN quien mostró, no sin cierta ironía, como algunos autores liberales coincidían con sus pares libertarios sobre este respecto sin perjuicio de sus radicales diferencias sobre la distribución y redistribución forzosa. KRONMAN, 1980: 473.

⁶⁶ WEINRIB, 2012: 2.

⁶⁷ WEINRIB, 2012: 10.

⁶⁸ WEINRIB, 1995: 73, 75.

la cual las partes celebraron la transacción”, como ideal de justicia propio del ámbito del derecho privado⁶⁹.

Aplicadas estas ideas al ámbito de la práctica contractual, Diego PAPAYANNIS explica que el rol de la justicia correctiva de acuerdo con estas concepciones del contrato es “una cuestión *puramente* inter-partes”⁷⁰. Consecuentemente, según propone HEVIA, el ideal de justicia apto para justificarlo es el de justicia correctiva en tanto principio de justicia aplicable a las relaciones interpersonales⁷¹. La estructura correlativa de los derechos de los contratantes que participan de la relación contractual, del cual se desprenden nociones tan importantes como la de la bilateralidad y la del efecto relativo de los contratos)⁷², resulta ser, en definitiva, el rasgo central de este ordenamiento⁷³.

Ahora bien, dado los términos de la igualdad correctiva, no cabe considerar aspectos *peculiares* (y, en ese sentido, contingentes) de la persona del contratante, los que sí son recogidos en la versión aristotélica de la justicia distributiva, a través de la noción abstracta de mérito, y otras propias de la discusión distributiva contemporánea, como la de necesidad. De hecho, en su propuesta de concepción jurídica de la justicia correctiva, WEINRIB complementa la noción de correlatividad con una noción *normativa* de personalidad, entendida como un concepto abstracto que sirve de presupuesto para la atribución de responsabilidad y de derechos⁷⁴.

En cambio, estos autores argumentan la inidoneidad del principio de justicia distributiva para el derecho contractual. Entre otras razones que arguyen, la interpretación distributiva del derecho privado generaría una tensión (o, si se quiere, un colapso conceptual) sobre la *summa divisio* del derecho entre este derecho y el derecho público. Cabe matizar, empero, que sin perjuicio del extendido uso didáctico de la distinción para ilustrar los principales rasgos de ambas disciplinas, la propia práctica jurídica muestra abundante evidencia de que la distinción no es absolutamente nítida⁷⁵. Por lo pronto el derecho privado, en tanto integrante del sistema jurídico, tiene una esencia pública ya que sus normas son producto del ejercicio del poder estatal. En el caso del sistema jurídico

⁶⁹ WEINRIB, 1995: 13.

⁷⁰ PAPAYANNIS, 2016: 304 (énfasis añadido).

⁷¹ HEVIA, 2013: 3.

⁷² BURROWS, 2019: 18-19; GARDNER, 2010, 33; HEVIA, 2013: 157 y ss.; WEINRIB, 2012: 35-36.

⁷³ HEVIA, 2013 14; WEINRIB, 1995: 14.

⁷⁴ En efecto, dice WEINRIB, que mientras la noción de correlatividad “es la representación más abstracta de los términos en los cuales las partes interactúan en el derecho privado”, la personalidad corresponde a “la representación más abstracta de las partes como seres que interactúan entre sí” (WEINRIB, 2012: 11). Sobre este punto se volverá, tangencialmente, al profundizar sobre las concepciones deontológicas del contrato (Infra §13).

⁷⁵ A modo ilustrativo, véase ALESSANDRI, et. al.: 29; GORDLEY, 2006: 7 y ss.

chileno, por ejemplo, las normas positivas de su principal cuerpo normativo, el Código Civil, resultan del ejercicio de la potestad legislativa (*ex art. 1º CC*⁷⁶) para cuya vigencia es necesaria la satisfacción de un requisito elemental de publicidad (*art. 7º CC*⁷⁷)⁷⁸.

Además de estas razones, esencialmente vinculadas a la coercibilidad de las normas de derecho privado, también se ha argumentado que el derecho privado es una genuina cuestión pública en la medida que distribuye derechos y deberes de indemnidad⁷⁹. Así opina PAPAYANNIS, quien advierte que el carácter genuinamente privado del derecho de contratos, pregonado por autores como HEVIA, no puede implicar negar la dimensión pública en dicho ordenamiento⁸⁰. Mientras HEVIA, siguiendo la premisa rawlsiana de la división de responsabilidad⁸¹, afirma que las interacciones privadas son una cuestión gobernada por la justicia correctiva⁸², PAPAYANNIS postula que existen buenas razones para cuestionar que el orden de los contratos sea exclusivamente privado. Por ejemplo, si lo idiosincrático del deber de cumplir con las obligaciones contractuales es que su exigibilidad coercitiva (esto es, en el evento de su insatisfacción, el acreedor puede invocar en su auxilio el poder coercitivo estatal), entonces la determinación de qué “[q]ué 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*”⁸³.

Otra clase de opiniones críticas contra la pertinencia de la justicia distributiva en la evaluación de las reglas del contrato descansa en la inidoneidad de esta institución para fines de esta clase, particularmente, si se le compara con el sistema de impuestos como mecanismos de redistribución de la riqueza. En este orden de ideas, se ha planteado que los mecanismos impositivos resultan más neutros que el derecho contractual, en el sentido que, por diseño, las prohibiciones de ciertos intercambios discriminan particularmente a

⁷⁶ Art. 1º. “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.

⁷⁷ Art. 7º. “La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria.

Para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial.

Sin embargo, en cualquiera ley podrán establecerse reglas diferentes sobre su publicación y sobre la fecha o fechas en que haya de entrar en vigencia”.

⁷⁸ BARROS, 2001: 6.

⁷⁹ PAPAYANNIS, 2016: 339.

⁸⁰ PAPAYANNIS, 2016: 339.

⁸¹ Sobre este punto se profundizará más adelante, al evaluarse la objeción de la estructura básica (Infra §24).

⁸² HEVIA, 2013: 73.

⁸³ PAPAYANNIS, 2016: 339 (énfasis añadido).

la clase de ciudadanos que, en otra situación, podrían beneficiarse de ellos⁸⁴. Asimismo, también se apunta a que, en comparación con los sistemas de impuestos, la intervención a través de reglas contractuales resulta más intrusiva en la libertad individual que las reglas tributarias⁸⁵. En particular, la objeción supone que la redistribución a través del derecho de contratos requiere de un mayor frecuencia de intervenciones en las relaciones privadas, al menos en comparación con su alternativa tributaria⁸⁶.

Sin embargo, estas objeciones descansan en razones correspondientes a factores esencialmente contingentes pues, lejos de ser inherentes a estas instituciones, pueden incidir a favor o en contra por uno u otro método de redistribución⁸⁷. Si bien el impuesto a la renta resulta más neutral que las reglas del derecho del consumo que imponen la obligación de garantía, no puede decirse lo mismo de impuestos específicos que sólo gravan a determinadas actividades. Con todo, puede advertirse que asumir una tesis correctivista no implica, necesariamente, adscribir a un único criterio normativo en la evaluación del contrato. En efecto, conforme a la interpretación dominante de las ideas rawlsianas, si las instituciones participan de un esquema social más amplio, bien pueden *convivir* justificaciones de uno y otro orden, en términos de lo que HEVIA identifica como dualistas. Este autor, de hecho, reconoce la insuficiencia de la respuesta meramente correctiva y la necesaria complementación de valores distributivos en la justificación del contrato. Empero, la aplicación que podría tener dicho principio de justicia está estrictamente limitada a las reglas que configuran el referido trasfondo institucional sobre el cual los particulares contratan. Es en este sentido que es pertinente el referido principio de división de responsabilidad institucional, pues el fundamento de los rasgos centrales del contrato permanece en el ámbito de la justicia correctiva, de manera tal que el contrato es un instrumento para que las personas persigan libremente sus respectivos planes de vida, mediado el otorgamiento de su consentimiento⁸⁸.

Estas consideraciones de orden conceptual no deben ignorar que la práctica jurídica ha evolucionado de manera progresiva hacia cierta publicación, y que van más allá de su actual constitucionalización⁸⁹. En efecto, la evidencia chilena y comparada da cuenta de

⁸⁴ La objeción no es tan contundente si es que se observa, como lo hace KRONMAN, que no existen razones necesarias para identificar uno ni otra institución distributiva es, por naturaleza, neutral. KRONMAN, 1980: 502-503.

⁸⁵ KRONMAN, 1980: 502.

⁸⁶ KRONMAN, 1980: 503.

⁸⁷ KRONMAN, 1980: 502.

⁸⁸ HEVIA, 2013: 26.

⁸⁹ DOMÍNGUEZ, 1996: 4-6.

la introducción de correctivos tendientes a asegurar alguna equidad del trato entre las partes, como ocurre con la intervención del legislador dirigiendo contratos en el ámbito de la protección de los derechos del consumidor y, aun, muestran la utilización del derecho de contratos como instrumento para la redistribución de la riqueza, en ámbitos socialmente sensibles, como lo son el acceso a bienes básicos como la vivienda y las normas que imponen garantías de calidad respecto de ciertos bienes⁹⁰.

8. TESIS DISTRIBUTIVAS PURAS Y TESIS DISTRIBUTIVAS MIXTAS⁹¹

Junto con estas consideraciones, también corresponde a examinar las principales teorías contractuales sindicadas bajo el rótulo de teorías distributivas. De modo general, esta clase de concepciones comparten el rasgo común, siguiendo la descripción de BENSON, de la incorporación del principio de justicia distributiva como un atributo esencial del derecho de contratos⁹². Luego, en las concepciones de esta clase, la justicia distributiva tiene un rol evaluativo de las asignaciones *ex contractu*, conforme a una concepción ideal de una apropiada distribución de bienes sociales y económicos cuestión que se observa, por ejemplo, en la justificación de la fuerza obligatoria de esta clase de convenciones⁹³. O bien, como propone SANDEL, la moralidad contractual no solo responde al ideal de autonomía, apta para fundamentar la obligatoriedad por tratarse de obligaciones auto impuestas, sino también al de reciprocidad, que hace lo propio desde la idea del resultado justo vinculado con el beneficio mutuo que suponen los acuerdos cooperativos⁹⁴.

Estas observaciones también pueden ser revisadas desde la distinción entre justicia formal y justicia material⁹⁵, categorías que ilustran las distintas maneras en las cuales el derecho de contratos lidia con determinadas circunstancias fácticas acaecidas a lo largo del íter contractual. Mientras la justicia formal, que exige igualdad de trato a los sujetos de la misma clase, justifica la exclusión de consideraciones factuales distintas a las exigencias mínimas de voluntariedad, la justicia sustantiva, referida a los principios que informan la estructura básica de una sociedad, tiende a la inclusión de consideraciones factuales

⁹⁰ ACKERMAN, 1971; ATIYAH, 1979: 703; KRONMAN, 1980: 473; PAPAYANNIS, 2016: 353-356.

⁹¹ La terminología adoptada (teorías puras y mixtas), un escenario equivalente se presenta a propósito de algunas teorías deónticas, denominadas por algunos como “no distributivas” (BENSON, 1989: 1079). Alternativamente, propone KRAUS, en la literatura también se emplean los términos “monista” y “pluralista” según si la teoría en cuestión emprende la cuestión normativa desde un único valor, como lo es la autonomía en la versión de FRIED, o desde múltiples valores, como la autonomía y la eficiencia, en la tesis de la convergencia de TREBILCOCK (KRAUS, 2004: 53). En términos semejantes, HEVIA, 2013: 16.

⁹² BENSON, 1989: 1081-1082.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ SANDEL, 1998: 106.

⁹⁵ RAWLS, 1971: 58.

adicionales, vinculadas con las condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de esa autonomía formalmente igualitaria⁹⁶. Aplicadas al derecho contractual, en tanto la primera forma de justicia da consistencia a las concepciones tradicionales sobre el derecho de contratos, la segunda justifica la atribución de fines distributivos al derecho de contratos, de manera tal que la justicia material se convierte en un concepto teóricamente relevante para la justificación del instituto contractual y de las reglas que imponen la exigibilidad particular de las obligaciones nacidas a su amparo.

Pues bien, las versiones más difundidas de estas teorías presentan diferencias en cuanto a su extensión, pudiendo distinguirse dos grupos: las denominadas “tesis distributivas puras”, que pretenden justificar en términos distributivos el derecho de contratos como un todo, excluyendo cualquier otro principio moral disponible, y las llamadas “tesis distributivas mixtas”, que justifican en clave distributiva parte de la práctica contractual, valiéndose simultáneamente de otros principios para explicar las restantes partes de la misma.

La tesis puramente distributiva más representativa es la concepción de los acuerdos voluntarios de KRONMAN⁹⁷. Según esta propuesta, siendo los intercambios voluntarios relaciones marcadas por el aprovechamiento de una parte en desmedro de la otra, el único criterio moralmente apto para justificar su fuerza obligatoria debe atender al mejor interés de la parte menos favorecida. Valiéndose del principio que denomina paretianismo, el propósito de KRONMAN es argumentar que el derecho de contratos “debe ser usado para implementar objetivos de justicia distributiva allí donde otras alternativas para su obtención sean probablemente más caras o intrusivas”⁹⁸, lo que es interpretado por autores como BENSON como una concepción completamente distributiva del derecho de contratos⁹⁹. Si KRONMAN tiene razón, y la justicia distributiva es esencial para determinar la voluntariedad del acuerdo, entonces el principio del paretianismo puede resultar de utilidad para explicar y justificar la práctica contractual de manera extensiva, esto es, desde reglas particulares de este ordenamiento, por ejemplo, los deberes de información, hasta sus rasgos más prominentes, como lo son los remedios por incumplimiento.

⁹⁶ RAWLS, 1971: 58 y ss.

⁹⁷ En estricto rigor, el propósito tras *Contract Law and Distributive Justice* es defender la función distributiva del derecho de contratos. Su primera respuesta está construida para desactivar la posición libertaria encarnada destacadamente por NOZICK, opositora a la distribución como principio de la justicia social. El segundo argumento está dirigido a objetar la resistencia que el liberalismo rawlsiano muestra hacia la atribución de roles redistributivos al derecho de contratos. *Infra* §24.

⁹⁸ KRONMAN, 1980: 472. Énfasis añadido.

⁹⁹ BENSON, 1986: 1119.

Las tesis distributivas dualistas, por su parte, constituyen un grupo heterogéneo de teorías contractuales que admiten diversos grados de cooperación entre la justicia distributiva y otros principios eminentemente vinculados con tesis deónticas. Por ejemplo, SANDEL propone una concepción mixta del fundamento moral del contrato según la cual la moralidad del derecho de contratos *como un todo*, comprende la autonomía y la reciprocidad, ideales relacionados pero independientes entre sí¹⁰⁰.

Una versión alternativa corresponde a aquellas teorías que relacionan distintos dominios del derecho de los contratos a distintos principios que los justifican. Por ejemplo, PAPAYANNIS propone, ante la insuficiencia de la justicia correctiva como criterio de justificación del contrato, la pertinencia explicativa de la justicia distributiva en ámbitos reconocidos por la desigualdad sustantiva entre sus contratantes, como se asume parcialmente en algunas reglas del derecho común, como la prohibición del abuso de derecho y la teoría de imprevisión, o en órdenes públicos de protección como el derecho del consumidor o el derecho de familia¹⁰¹. En una línea similar, ACKERMAN identifica la cuestión por la justicia distributiva con las normas que facilitaron el acceso al mercado inmobiliario para las clases menos favorecidas¹⁰².

Finalmente, una tercera variación del dualismo distributivo puede identificarse a propósito de un trabajo reciente de BENSON quien, tomando la tesis rawlsiana de la división del trabajo institucional¹⁰³, propone una teoría contractual puramente deontológica, sin perjuicio de un rol indirecto, y acotado, de normas de justicia distributiva¹⁰⁴. En tal sentido, BENSON argumenta que, siendo éste un ordenamiento suficientemente fundado en su valor transaccional, y no distributivo, la incidencia indirecta de factores de esta naturaleza adquiere relevancia a partir de la vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho privado, discusión vigente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos¹⁰⁵.

9. LA CONCEPCIÓN DISTRIBUTIVA DE LOS ACUERDOS VOLUNTARIOS DE KRONMAN

¹⁰⁰ SANDEL, 1998: 106.

¹⁰¹ PAPAYANNIS, 2016: 356.

¹⁰² ACKERMAN, 1971.

¹⁰³ Según RAWLS, los principios de justicia de las instituciones son distintos a los principios aplicables a los individuos y sus acciones en circunstancias particulares. Sin perjuicio de que se volverá sobre esta idea más adelante, este enunciado da lugar a la denominada “tesis de la división de responsabilidades” que explicaría por qué, a juicio de autores como BENSON y HEVIA, la justicia distributiva no opera en el nivel de las transacciones particulares. Véase BENSON, 2019: 456; RAWLS, 1971: 54; 1977: 159-165; 1982: 170; HEVIA, 2013: 45.

¹⁰⁴ BENSON, 2019: 456-457.

¹⁰⁵ BENSON, 2019: 462-463.

Según se adelantó en la Introducción de este trabajo, en *Contract Law and Distributive Justice* KRONMAN formuló una concepción contractual distributivamente pura, sugiriendo un marco de justificación exclusiva y excluyentemente distributivo, tanto de la institución global como de sus reglas particularmente consideradas. En efecto, el propósito de su autor es defender la idea de que “las reglas del contrato deben ser usadas para implementar objetivos distributivos allí donde otras alternativas sean más costosas o intrusivas”¹⁰⁶. El argumento central de KRONMAN apunta a condicionar la justificación de las obligaciones contractuales, y en particular su exigibilidad, a la satisfacción del principio del paretianismo, el cual explícitamente exige considerar la posición en la que resulta la parte débil de la relación contractual. Este principio opera como un estándar contra el cual puede justificarse la regla contractual pues, entendidos los intercambios como explotaciones, ella está justificada si y solo si los resultados de ella mejoran a la larga la situación del contratante explotado.

Esta sección se desarrollará conforme al siguiente orden. Se comenzará explicando el principio del paretianismo como criterio de legitimidad de los intercambios voluntarios. A continuación, se evaluará la pertinencia de la tesis contractual de KRONMAN, a partir de las críticas de consistencia interna, de un lado, y de adecuación para explicar el fenómeno jurídico tal cual se presenta en la práctica, de otro lado.

9.1. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL SEGÚN EL PARADIGMA DE JUSTICIA FORMAL DEL CONTRATO

En términos sintéticos, la teoría contractual de KRONMAN tiene por objeto justificar el derecho de contratos, entendidas las relaciones contractuales como situaciones de aprovechamiento de una parte (la explotada) por la otra (la explotadora)¹⁰⁷. Esta propiedad, considera KRONMAN, es predicable respecto de todos los intercambios voluntarios, sin perjuicio de su licitud, e incluso respecto de contratos que benefician pecuniariamente a ambas partes, como lo son los contratos bilaterales onerosos del derecho chileno. KRONMAN ejemplifica esta descripción de la siguiente forma: el vendedor de un reloj sacaría provecho de la necesidad que el comprador tiene de la cosa vendida y el comprador haría lo propio valiéndose del interés de la contraparte en

¹⁰⁶ KRONMAN, 1980: 474. Énfasis añadido.

¹⁰⁷ KRONMAN, 1980: 478 y ss.

intercambiarlo por una suma determinada o determinable de dinero¹⁰⁸. También podría decirse que, mientras el vendedor neutral al riesgo explota la ventaja que le significa la ansiedad del comprador averso al riesgo para venderle el exceso de mercadería que, en lo inmediato, éste no necesitará, mientras que el comprador se aprovechará de la (a su juicio) irresponsabilidad de su vendedor para satisfacer su interés de protegerse de la inminente tormenta.

Podría cuestionarse la caracterización de todas las relaciones contractuales como aprovechamientos. Después de todo, respecto de los ordenamientos contractuales conservadores, suele afirmarse que la injusticia del intercambio no debería afectar la eficacia del acto jurídico, lo que se aprecia en la marginalidad de las hipótesis de ineficacia de los contratos económicamente desproporcionados y de las instancias de control estatal¹⁰⁹. Como en su momento sentenció ALESSANDRI:

La ley no tiene por qué proteger a un contratante consciente y capaz de comprender lo que hace con perjuicio evidente de los intereses del otro. La protección legal debe dispensarse a los que carecen de criterio o capacidad necesaria para administrar sus bienes, pero de ninguna manera a los que están en la plenitud de su capacidad jurídica y, por lo tanto, en aptitud de poder darse cuenta cabal y exacta del acto o contrato que ejecutan¹¹⁰.

Esta opinión sirve para contextualizar el tratamiento tradicional de la justificación de la práctica contractual y de las obligaciones contractuales. *Grosso modo*, el argumento clave de estas concepciones conservadoras del contrato puede sintetizarse de la siguiente forma: si el rasgo central de la práctica contractual es el acuerdo voluntario, entonces el derecho de contratos está justificado si y sólo si es apto para reflejar, fielmente, la voluntad libremente expresada por sus suscribientes.

A partir de esta descripción, surge con cierta claridad que una suerte de premisa dogmática del derecho contractual decimonónico es que la igualdad no es una condición necesaria de los intercambios privados¹¹¹. La marginalidad del ámbito de aplicación de reglas como aquellas que establecen la lesión en el Código Civil francés de 1804, muestra

¹⁰⁸ De acuerdo con el art. 1440 CC, un contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. Véase para más detalle, LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 99.

¹⁰⁹ Véase a modo ejemplar, LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 319. en el derecho civil chileno y BURROWS, 2016: 95 y ss. y WHITTAKER, 2008 (a) en el derecho de contratos inglés.

¹¹⁰ ALESSANDRI, 2011: 740.

¹¹¹ GORDLEY, 1981: 1602.

la excepcionalidad de vincular la fuerza obligatoria de estas convenciones a razones de equidad, pues éstas son ajenas a la naturaleza privada de los intercambios. Puesto en otros términos, no corresponde a terceros al acuerdo, como un juez, realizar la evaluación del mérito o conveniencia de la negociación. Como explicita GORDLEY, en estos ordenamientos “el argumento fue el mismo, ya sea que se ofreciera su remedio o se caracterizara como una excepción fundada en la equidad. De acuerdo con los principios generales del derecho contractual, una parte está obligada a lo que con el acuerdo infringiría ‘la libertad’ y ‘la fuerza vinculante’”¹¹².

A primera vista, pareciera que aun hoy estos postulados reflejan apropiadamente la comprensión del derecho de contratos desde su punto de vista interno ya que, después de todo, es transversal al derecho de contratos su comprensión como un ámbito normativo informado decisivamente por el principio de libertad contractual¹¹³. Sin perjuicio de algunos matices, aun es plausible sostener que la obligación contractual válida es jurídicamente vinculante pues, por definición, es “autoimpuesta”¹¹⁴.

En vista de esta tradicional concepción sobre el derecho de contratos, podría suponerse el problema de justicia contractual es uno de justicia formal y además de justicia procedimental pura: si conforme a la primera la justicia contractual debe limitarse al imperativo de igualdad de trato hacia los individuos que conforman la clase contratante, la segunda forma de justicia es pertinente en la medida que los intercambios voluntarios estén gobernados por reglas tales que sus efectos sean tenidos como justos, cualquiera sea su resultado, en tanto emanan del consentimiento libre y espontáneo de sus partes¹¹⁵.

Empero, algunos problemas dogmáticos tensionan la justificación formal de los intercambios contractuales *qua* voluntarios, y parecen abrir la puerta para introducir consideraciones de justicia sustantiva en el derecho privado. Esto es claro en el derecho civil chileno, cuyas reglas y doctrinas referidas al tópico del desequilibrio contractual (como lo son las que establecen la lesión, el estado de necesidad y la teoría de la imprevisión), si bien podrían entenderse pertenecientes al dominio de la justicia sustantiva, son absorbidas por soluciones doctrinarias apoyadas en principios o conceptos jurídicos indeterminados, como el de buena fe objetiva, que ha servido para matizar la

¹¹² GORDLEY, 1981: 1602.

¹¹³ Véase, para referencia general en el derecho chileno, DUCCI, 2010: 28; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 275. Para una referencia en el *common law* inglés, véase ATIYAH, 1979; WHITTAKER, 2008 (b).

¹¹⁴ SANDEL, 1998: 108.

¹¹⁵ RAWLS, 1971: 58-59; 84-85.

premisa formalista original, sin cuestionarla decisivamente¹¹⁶. En el ámbito del *common law*, bien conocida es la relativización de la predominancia de la libertad contractual como rasgo decisivo y excluyente del derecho de los contratos, lo que es ostensible en áreas de activa regulación estatal en el ámbito contractual, como ocurre en el estado especial del derecho del consumidor¹¹⁷.

Es por estas razones que la severidad de esta clase de justificaciones debe ser tomada con cuidado, pues de la distinción entre principios de justicia formal y justicia sustantiva no se sigue la absoluta indiferencia del orden contractual hacia las circunstancias que inciden en las decisiones y comportamientos de los sujetos de derecho, y hacia aquellas que determinan el contexto en el cual la contratación tiene lugar.

Por el contrario, la evidencia doctrinaria parece mostrar cierta sensibilidad del derecho de contratos hacia esta clase de situaciones, aun cuando se admita con gradación. En un extremo, la indiferencia del orden contractual por las circunstancias sustantivas en las cuales el consentimiento es otorgado se demuestra a propósito del estado de necesidad, doctrina conforme a la cual la ineficacia total o parcial de la convención contractual puede ser declarada, si y solo si, concurren circunstancias que afectan materialmente la libertad positiva, en el sentido de BERLIN¹¹⁸, de uno o ambos contratantes. Para explicar este aserto, tómese la hipótesis basal de un contrato entre partes plenamente capaces que concurren a su celebración libres de toda coerción y engaño. Para que esta relación cuente como un caso de estado de necesidad, los ordenamientos contractuales exigen la concurrencia de elementos fácticos de una entidad tal que, sin abrogar por completo la voluntad de los contratantes, restringen gravemente la libertad de actuar contractualmente. Tómese, a modo ilustrativo, un famoso caso de la jurisprudencia francesa de 1886 rescatado por la doctrina civil chilena¹¹⁹. Ante el inminente hundimiento de un barco de vapor en las orillas del río Sena, el capitán de la embarcación aceptó celebrar un contrato de salvataje en condiciones que pudieran considerarse como poco favorables.

De la manera en que estos casos son resueltos en el derecho chileno, se desprende que el estado de necesidad contractual admite dos significados¹²⁰. En su primer sentido, esta

¹¹⁶ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 438.

¹¹⁷ BURROWS, 2016: 48; WHITTAKER, 2008 (b).

¹¹⁸ BERLIN, 1969: 178.

¹¹⁹ Casación, 27 abril 1887 (S. 1887. 1. 372; D. 1888. 1. 263). En FIGUEROA, Curso de Derecho Civil. Tomo II, 86

¹²⁰ No se aprecian razones conceptuales para excluir de la categoría de actos celebrados bajo estado de necesidad aquellos que afecten a ambas partes. En tal caso, sin embargo, la cuestión parece menos

doctrina se refiere a hipótesis en las cuales situaciones fácticas apremiantes, tales como naufragios, terremotos e inundaciones¹²¹, resultan determinantes para que la parte afectada por ellas consienta en la convención¹²². Como explica BARROS, apoyándose en consideraciones de derecho comparado:

[e]l abuso de un estado de necesidad de la contraparte es ilícito porque envuelve un aprovechamiento injusto de la ventaja estratégica irremontable que tiene la otra parte al contratar. Se configura cuando una de las partes se encuentra en una situación que la lleva a contratar a un precio exorbitante para salvar su situación de urgente peligro¹²³.

En su segundo sentido, en cambio, el estado de necesidad contractual es pertinente en el ámbito de las eximentes de responsabilidad civil contractual, en tanto plantea la exención de aquel deudor que “deja de cumplir para evitar otro mal mayor”¹²⁴.

Ahora bien, sin perjuicio estas diferencias conceptuales, la solución del ordenamiento contractual chileno es idéntica en ambos casos pues, en ausencia de una regla positiva, la circunstancia de haber sido celebrado bajo circunstancias apremiantes no obsta a la eficacia del contrato. Este extremo de indiferencia es aún más ostensible si se observa que su revisión no se sostiene en conceptos de justicia sustantiva propiamente tal, sino desde la improcedencia de reglas que responden a la premisa de justicia formal. En efecto, el estado de necesidad se acerca a la fuerza¹²⁵, ya que ambas operan en supuestos ilustrados por situaciones fácticas que, siendo determinantes para la celebración del acto jurídico, están vinculadas a una debilidad circunstancial que no se desprende con rasgos constitutivos de la parte afectada¹²⁶. A diferencia del referido vicio de la fuerza, el estado de necesidad bien puede provenir de un hecho de la naturaleza y no es causado con el

dramática, por una razón bastante simple, pues es razonable presumir que los contratantes estarán dispuestos a revisar el contrato de mutuo acuerdo. El genuino problema se presenta con motivo del ejercicio de las acciones judiciales fundadas en el aprovechamiento unilateral de la dificultad económica que sufre la contraparte. Véase ALESSANDRI, 2010: 50; BARROS, 2017.

¹²¹ ALESSANDRI, 2010: 50.

¹²² ALESSANDRI, 2010: 50; 2009: 191; BARROS, 2017; FIGUEROA, 2010: 86; RODRÍGUEZ, 2012: 76.

¹²³ BARROS, 2017.

¹²⁴ ABELIUK, 2014: 837; BARCIA, 2010: 104.

¹²⁵ Algo similar ocurre respecto del estado de necesidad eximente de responsabilidad contractual pues, más allá de una hipótesis marginal circunscrita al contrato de depósito recogida en el art. 2178 del CC, el éxito de su procedencia está condicionado a que pueda asimilarse a otra institución diferente, como lo son el caso fortuito y la ausencia de culpa (ABELIUK, 2014: 837). De esto se desprendería que, en el derecho chileno, el estado de necesidad no es una doctrina autosuficiente en términos de su procedencia, cuestión que puede explicar el interés relativamente bajo que suscita en comparación con las doctrinas que la hacen operativa.

¹²⁶ FIGUEROA, 2010: 86.

propósito de obtener el consentimiento del afectado¹²⁷. De esto se sigue una de las principales razones por las cuales el estado de necesidad no afecta la eficacia del contrato pues, dada la ausencia de algún reconocimiento positivo, no es suficiente para configurar un vicio del consentimiento que acarree la nulidad del acto¹²⁸.

La situación en el derecho de contratos inglés, si bien menos escéptico, igualmente restringe a un grado de excepcionalidad a estas reglas. En virtud de la doctrina conocida como *exploitation of weakness*, un contrato puede ser anulado si el demandante concurrió a su celebración como efecto de una debilidad -mental o circunstancial- que fue explotada para ese efecto por su contraparte, el demandado¹²⁹. La sanción de ineficacia se fundamenta en la explotación de la debilidad, y su carácter excepcional tiene que ver con que exige, copulativamente, satisfacer tres elementos: una clara injusticia sustantiva del acuerdo, una conducta de mala fe del demandado y el hecho de que el demandante haya actuado sin haber podido obtener consejo informado y competente de una persona calificada¹³⁰.

Ahora bien, no es correcto desprender de estas reglas la indiferencia absoluta del orden contractual a los desequilibrios prestacionales. En efectos, como fue adelantado, el derecho de contratos priva de todos sus efectos jurídicos a aquellos actos o contratos celebrados bajo circunstancias fácticas tales que impiden el consentimiento libre de las partes, o dan lugar a uno enfermo. En su definición dogmática tradicional, un contrato es considerado como un acuerdo de voluntades¹³¹, de manera que éste es una exigencia conceptual, una verdadera condición necesaria, de los contratos. Sin el acto voluntario constitutivo, no puede hablarse propiamente de un contrato ni de obligaciones contractuales. Este es, paradigmáticamente, el caso de las incapacidades, que son determinadas en atención a rasgos particulares del o los contratantes o en atención a la libertad bajo la cual el consentimiento fue otorgado.

Respecto de quienes el derecho de contratos califica como dementes, impúberes y sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, este ordenamiento niega terminantemente cualquier efecto jurídico a sus voluntades¹³². En otras situaciones, en

¹²⁷ ALESSANDRI, 2010: 51; 2009: 191. En el mismo sentido, FIGUEROA, 2010: 86; RODRÍGUEZ, 2012: 74; VIAL, 2011: 114.

¹²⁸ Véase ALESSANDRI, 2010: 50; 2009: 191; FIGUEROA, 86; VIAL, 2011: 114.

¹²⁹ BURROWS, 2016: 209.

¹³⁰ BURROWS, 2016: 210-211.

¹³¹ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 3.

¹³² De acuerdo con el art. 1447 CC, “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución”.

cambio, el derecho de contratos niega efectos a la voluntad de una o ambas partes sin considerar circunstancias personales de los contratantes, como ocurre cuando el consentimiento es otorgado bajo un error grave en la apreciación de las circunstancias fácticas involucradas en el negocio, coerción (física o mental) o engaño¹³³. Este grupo de casos, que en el derecho chileno es calificado como de consentimientos viciados, también es tratado como hipótesis de una nulidad menos grave, denominada nulidad relativa, situaciones en las cuales la parte que sufrió estas circunstancias puede, mediante un nuevo acto de voluntad, ratificar lo declarado¹³⁴. Son situaciones que responden a consentimientos que, si bien existentes, son enfermos.

El primer grupo de condiciones reúne a aquellas situaciones personales definidas *ex ante* por el legislador referidas a la capacidad de los agentes y a la integridad del consentimiento otorgado. Siguiendo los criterios tradicionales del ordenamiento civil chileno, la capacidad absoluta de ejercicio afecta la facultad de ejercer autónomamente todo derecho de los que el sujeto de derecho pudiera ser titular, como asimismo le impiden cualquier obligación, ya que esta clase de incapacidad se relaciona estrictamente con la aptitud natural del agente para construir y expresar una voluntad¹³⁵. El demente, el impúber y la persona que no puede darse a entender claramente carecen de toda voluntad o de la capacidad para expresarla¹³⁶. Luego, un acto o contrato celebrado por una de estas personas adolece de la falta de uno de sus elementos constitutivos, afectando gravemente la eficacia del acto jurídico, pues fundamenta la declaración judicial de oficio de su nulidad absoluta *ex art. 1683 CC* o, para una antigua doctrina, su inexistencia¹³⁷.

Mientras la incapacidad de la clase anterior implica la negación de voluntad jurídicamente relevante¹³⁸, y la consiguiente ausencia de un elemento sin el cual un contrato nunca podrá

¹³³ Conforme al art. 1451 CC, estas situaciones constituyen vicios del consentimiento, los cuales son referidos respectivamente como error, fuerza y dolo. En el ámbito de la legislación especial, resultan particularmente interesantes las situaciones equivalentes que han sido recogidas a propósito del contrato de matrimonio, el derecho del consumo y los diversos contratos gobernados por órdenes públicos de protección.

¹³⁴ La ratificación no es la única peculiaridad que la nulidad relativa presenta en contraste con la nulidad absoluta, pero ella es la más pertinente para la materia tratada. Cabe recordar que, conforme al art. 1684 CC, dispone “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes”.

¹³⁵ ALESSANDRI, 2010: 48.

¹³⁶ Art. 1447 inciso primero CC: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente”.

¹³⁷ Para un panorama general, véase VIAL, 2011: 238 y ss.

¹³⁸ Debe tomarse en cuenta que el derecho civil chileno distingue de esta incapacidad, denominada absoluta, la incapacidad relativa, categoría que no dice relación con un impedimento natural o biológico para formular la voluntad, sino que es una incapacidad impuesta por el legislador para proteger patrimonialmente a ciertas personas atendida su inmadurez o su comportamiento imprudente (ALESSANDRI, 2009: 49 y 52).

existir, el consentimiento vicioso tiene que ver con circunstancias concretas que inciden en su manifestación en un caso particular¹³⁹. Si bien existe voluntad en el contratante, como consecuencia del vicio el consentimiento manifestado no fue otorgado libre y espontáneamente, lo que fundamenta la declaración judicial de la ineficacia del acto jurídico o contrato, conforme a las reglas de la nulidad relativa¹⁴⁰.

De acuerdo con las reglas del derecho de contratos chileno, afectan al consentimiento en los términos expuestos las hipótesis basales, expresa y taxativamente positivadas, denominadas -consecuentemente- vicios del consentimiento. Quien consiente en un contrato debido a un error, producto de un apremio físico o psicológico o de un engaño permite fundamentar la declaración de nulidad que, a diferencia de la nulidad fundada en la ausencia de voluntad de su emisor (o, más gráficamente, fundada en la ausencia de todo consentimiento), no se funda en una debilidad constitutiva del contratante, sino en circunstancias materiales que incidieron en el acto del contratante. Si bien la ineficacia por la vía de la nulidad relativa produce los mismos efectos que la nulidad absoluta, la existencia de alguna voluntariedad en el consentimiento en estas hipótesis permite ratificar o confirmar el consentimiento expresado de manera errónea, forzada o fraudulenta¹⁴¹. Este rasgo, pareciendo marginal, marca una diferencia conceptual entre estas hipótesis, sobre las que se volverá más adelante al tratar de la agencia racional y la racionalidad en el error contractual¹⁴².

De esta descripción se desprendería, para un defensor de la visión tradicional sobre la contratación privada, que la capacidad representa, probablemente, el único compromiso general del modelo codificado con las circunstancias fácticas del contratante¹⁴³. Fuera de este caso, pareciera que el derecho de contratos es indiferente a la ocurrencia de eventos

Sobre los efectos prácticos que esta distinción genera en la operatividad de la capacidad de ejercicio, una breve referencia puede encontrarse en DUCCI, 2010: 123.

¹³⁹ Sobre las relaciones las hipótesis de ausencia de consentimiento y de consentimiento viciado, véase ALESSANDRI, 2009: 161-162.

¹⁴⁰ Por mandato del art. 1682 CC. inciso final, en concordancia con el art. 1681 del mismo cuerpo legal: “Art. 1682: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. “Art. 1681. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”.

¹⁴¹ ALESSANDRI, 2010: 259.

¹⁴² *Infra* §18.

¹⁴³ Después de todo, en la postura de ALESSANDRI, la capacidad es un elemento constitutivo de los actos jurídicos. ALESSANDRI, 2009.

que no conforman el núcleo mínimo de supuestos de aplicación de las reglas que determinan la validez de las convenciones. A modo de corolario de lo anterior, debe recalarse que en estos ordenamientos las convenciones se tienen por justas por el solo hecho de su celebración válida, lo cual es consecuencia de la adscripción al ideal de justicia formal: el imperativo de tratar a los ciudadanos como personas libres e iguales exige que una relación contractual vincule a sus partes solo en atención a situaciones genéricamente tipificadas por el derecho¹⁴⁴.

Con todo, pueden plantearse matices a la afirmación de la indiferencia ante las circunstancias bajo las cuales el consentimiento es prestado por las partes, pues aun en esta concepción conservadora, existen reglas y doctrinas que hacen eco de esta dimensión de los contratantes, tales como los vicios del consentimiento en el derecho chileno, y doctrinas como *duress* en el derecho inglés¹⁴⁵.

En definitiva, la concepción conservadora del contrato, en tanto lo define como un reducto de la justicia formal y de la justicia procedimental pura, excluye la incidencia de cualquier elemento que no pueda vincularse a la voluntad de las partes. En esta versión, la preocupación por las circunstancias fácticas de la contratación se restringe a lo mínimamente necesario para que el acuerdo cuente como un reflejo de la voluntad libre de sus partes. Dado que se trata de un elemento constitutivo del contrato, resulta consecuente que, en general, estas circunstancias fundamenten efectos más severos, aunque sean poco extendidos.

Demostrada, en principio, la pertinencia del examen de las circunstancias bajo las cuales las partes consienten en una relación contractual corresponde examinar cuándo esta preocupación es relevante al enfrentar las hipótesis, si lo hubiere, de aprovechamiento que plantea KRONMAN.

9.2. EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL SEGÚN EL PARADIGMA DE JUSTICIA SUSTANTIVA DEL CONTRATO

En atención a lo dicho, ¿puede sostenerse que la equidad es una exigencia de los intercambios voluntarios gobernados por el derecho contractual? Como se expuso, la justicia formal es generalmente indiferente a las circunstancias de los contratantes que no afectan su capacidad innata de decidir. En tanto el contratante podría haber decidido de otra forma, desistiéndose de contratar o negociando cláusulas más favorables, no

¹⁴⁴ RAWLS, 2001: xvi.

¹⁴⁵ BURROWS, 2016: 195.

existirían razones suficientes para fundamentar su revisión. Ésta es, precisamente, la razón que subyace al escepticismo frente a la recepción de la doctrina del estado de necesidad, al cual el derecho de contratos no asocia ningún efecto jurídico si no concurre, conjuntamente, alguna de las circunstancias que configuran un vicio del consentimiento, paradigmáticamente la fuerza, o bien un comportamiento reprochable del contratante favorecido¹⁴⁶. *A fortiori* habría de concluirse que, respecto de contratantes libres de toda afección del consentimiento, no existirían razones para revisar el contenido de lo pactado. Sin embargo, este tipo de enunciados deben ser matizados, tomando en cuenta que existen normas que gobiernan de la propia práctica contractual que no serían interpretadas correctamente bajo esa premisa, sin perjuicio de las objeciones que pudieran presentarse si se atiende a las premisas morales que justifican el derecho contratos que aconsejan superar concepciones estrictamente formales sobre la justicia contractual. Piénsese, por ejemplo, en el caso de prestaciones recíprocas cuyos valores pecuniarios, en términos comparativos, son gravemente desiguales o virtualmente inconmensurables, temática que suele calificarse como un problema perteneciente al dominio de la concepción de justicia en un sentido sustantivo o material¹⁴⁷.

En contra del paradigma tradicional, en esta sección se defenderá que el derecho de contratos admite una interpretación que descansa en criterios de justicia sustantiva, resultante de la progresiva sensibilidad hacia las circunstancias materiales atinentes al momento de la contratación. En esta línea, se sostendrá que la justificación de los intercambios voluntarios también debe considerar condiciones ajenas a la merca corrección formal del procedimiento de formación del contrato. Esto es, que la sola existencia de un acto constitutivo de la convención contractual siguiendo las reglas formales establecidas por la ley no es condición suficiente para afirmar la justicia del contrato. En las secciones siguientes, se mostrarán dos principios de justicia que podrían ocupar aquel rol justificativo: la justicia conmutativa y el principio distributivo del paretianismo¹⁴⁸.

9.2.1. LA JUSTICIA CONMUTATIVA Y EL DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL

¹⁴⁶ BURROWS, 2016: 210.

¹⁴⁷ LÓPEZ, 2015: 133.

¹⁴⁸ Producto de la controversia en la literatura especializada en torno al sentido de la expresión correctiva, aquí se toma la expresión conmutativa en el sentido empleado desde AQUINO. DEL VECCHIO, 1982: 61, N. 9; ENGLARD, 2009: 7; GORDLEY, 1981: 1589.

El desarrollo dogmático del equilibrio contractual muestra que, ante todo, esta noción se trata de un concepto relacional, en el sentido que presupone que las prestaciones puedan ser tenidas como equivalentes o, como propone GORDLEY, que ninguna parte se enriquezca injustamente a costa de la otra¹⁴⁹. Esta idea de igualdad en el intercambio es una manifestación de la justicia conmutativa, principio moral que exige que las prestaciones contractuales sean equivalentes o, lo que es lo mismo, de igual valor¹⁵⁰.

Ahora bien, cabe preguntarse sobre cómo puede expresarse este ideal de justicia en la práctica contractual. Específicamente, el problema en cuestión tiene relación con la asimilación del valor de una cosa con el de su precio. Si las partes de una compraventa acuerdan el pago de una suma determinada de dinero, probablemente ellas piensan que existe una correlación entre ambos valores, sin perjuicio de lo cual es probable que no exista tal equivalencia. ¿Supone, entonces, que los contratantes tienen información perfecta sobre el objeto de la transacción?, ¿cómo puede ser compatible la equivalencia de las prestaciones con el respeto de la autonomía de los contratantes expresada en los términos de la convención respectiva?, ¿cómo la eventual intervención estatal, por ejemplo a través de un juez, puede ser compatible con dicha autonomía?, ¿quién está en mejores condiciones para avaluar el valor de las prestaciones, los intervinientes del negocio o un tercero ajeno a éste?¹⁵¹.

Una respuesta, propuesta por el propio GORDLEY, consiste en separar la cuestión por el valor subjetivo de los bienes (que es, por defecto, incommensurable) de aquella referida al precio que los contratantes pactan en la convención, siendo precisamente éste el genuino ámbito del ideal de equivalencia prestacional en el derecho de contratos¹⁵². En este sentido, si bien asume que las partes son autónomas para acordar soberanamente los términos del intercambio, lo hacen operando sobre la premisa tácita de que ellas lo hacen “al precio requerido por la justicia conmutativa”¹⁵³. Sobre esta idea me detendré en los párrafos siguientes.

Jurídicamente, los contratos se perfeccionan, formalidades mediante, con el consentimiento, el cual se forma con el acuerdo sobre los elementos de la esencia del contrato¹⁵⁴. En un caso como el de la compraventa, rezaría el argumento en cuestión, el

¹⁴⁹ GORDLEY, 1981: 1589.

¹⁵⁰ AQUINO, Suma Teológica, II-II q.62 a.4. Revisado en IBÁÑEZ, 2010: 207.

¹⁵¹ GORDLEY, 1981: 1600.

¹⁵² GORDLEY, 1981: 1592.

¹⁵³ GORDLEY, 1981: 1623.

¹⁵⁴ Art. 1444 CC. “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no

ejercicio de la autonomía se extiende al acuerdo sobre la cosa vendida y el precio, mas no alcanza a la determinación del precio acordado, ni a su correlación con su valor de mercado. La idea tras este aserto es que no cabría intervención judicial en el primer aspecto, mas sí en el segundo en la medida que, mientras aquella es una función de sus deseos y circunstancias (“el objeto que compro me es más valioso o lo necesito más que otro bien que podría comprar con esos recursos”), la segunda es una decisión relativamente uniforme en todos los individuos de la clase contratantes (“el precio del contrato es el mejor precio disponible”). Consecuentemente, mientras respecto de la primera clase de decisiones la persona del contratante es insustituible (pues, difícilmente, alguien podría encontrarse en una mejor posición para actuar conforme a los intereses de aquel), en la segunda clase de decisiones, que el precio al cual accede sea el mejor precio disponible, sí puede ser tomada por otros, ya que esta información, a diferencia de la primera, está disponible para todos los agentes.

Así delimitada la autonomía, la decisión sobre si el precio acordado es el mejor precio disponible en el mercado sí puede ser revisada judicialmente¹⁵⁵. Por ejemplo, si el precio acordado resulta absurdo, la convención adolecería de problemas de seriedad y libertad del consentimiento expresado (problema atendido, genéricamente, por las reglas de la *consideration* y de los vicios del consentimiento), mientras que si el precio pactado denota ignorancia sobre el valor de mercado del bien, la ausencia de indicios de que las partes están donando exigiría aplicar normas que son, en efecto, instancias de la justicia conmutativa, como lo son la *consideration* y la doctrina de *unconscionability*, en el *common law*, y la lesión e incluso la buena fe objetiva, en el sistema continental.

A partir de estas conjeturas, la interpretación de la evidencia doctrinaria podría inclinarse hacia una noción objetiva del equilibrio contractual, queriendo significarse con ello que es determinada con prescindencia de las apreciaciones de los contratantes. A diferencia de la clase de contratos conmutativos recogida por el Código de BELLO, que es definida desde el punto de vista de los contratantes¹⁵⁶, la noción de equilibrio contractual atiende al valor de mercado del objeto de la convención.

produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

¹⁵⁵ GORDLEY, 1981: 1617-1618.

¹⁵⁶ Art. 1441 CC. “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

Pues bien, una visión tradicional en el derecho privado, observando normas como el antiguo art. 1118 del Código NAPOLEÓN¹⁵⁷, propondría que, por regla general, el desequilibrio en las prestaciones no afecta la validez del contrato¹⁵⁸. En el medio chileno, por ejemplo, la noción de desequilibrio suele ser tratada con motivo de la institución de la lesión, que fundamenta la revisión judicial del contrato y, aun, declarar la nulidad relativa del acto jurídico. En la doctrina, de hecho, suele señalarse que su fundamento fáctico inmediato radica en la constatación de un desequilibrio grave entre las prestaciones que las partes se deben¹⁵⁹, y su fundamento mediato es identificado con el principio de justicia conmutativa¹⁶⁰. Sin embargo, debe anotarse que no todo desequilibrio de esta clase obsta a la eficacia de la convención cuestionada, lo que responde a múltiples razones. Ante todo, porque en el derecho chileno la aplicabilidad de esta regla es excepcionalísima, lo que significa que está circunscrita a contratos expresamente previstos por el legislador sin reconocer una regla abierta o principio general que lo autorice¹⁶¹. Esta interpretación de la lesión es compatible con la concepción conservadora del derecho contractual, ya que apunta al desequilibrio de las prestaciones contractuales, es decir, a la dimensión pecuniaria de los derechos y las obligaciones nacidas en un contrato determinado. De ahí que, de acuerdo con la interpretación dominante de las reglas del Código de BELLO, se admita abiertamente la eficacia de aquel contrato desequilibrado, siempre y cuando haya sido libremente celebrado. Recuérdese que el consentimiento viciado y el consentimiento libre y espontáneo son conceptos jurídicos en cuya correlación no interviene ninguna referencia a la equivalencia de los términos del contrato, lo que resulta consistente con la justificación formal del derecho contractual pues la conmutatividad, *qua* criterio de justicia sustantiva, es marginalmente relevante en los ordenamientos conservadores. En estos el desequilibrio no representa ninguna utilidad práctica, lo cual se debe a que, por definición, estos contratos no habrán de producir sus efectos normales por la sola circunstancia de estar afectados por un vicio del consentimiento apto para fundamentar su anulabilidad. Luego, la regla general será

¹⁵⁷ Art. 1118. “El perjuicio sólo viciará los acuerdos en ciertos contratos o en relación con ciertas personas, como se explicará en la misma sección.”.

¹⁵⁸ GORDLEY, 1981: 1593.

¹⁵⁹ ALESSANDRI, 2010: 737.

¹⁶⁰ LÓPEZ, 2015: 115.

¹⁶¹ Los casos de lesión en el Código Civil chileno pueden enumerarse en relación con los contratos donde es expresamente recogida: la compraventa de bienes raíces (arts. 1888, 1889, 1890 y 1891 CC), la permuta de bienes raíces (art. 1900 CC) la aceptación de una asignación hereditaria (art. 1234 CC), la partición de bienes (art. 1348 CC), el mutuo con interés (art. 2206 CC), la anticresis (art. 2443 CC), y la cláusula penal (art. 1544 CC). FIGUEROA, 2010: 98.

que el equilibrio contractual ocupa un lugar secundario en el esquema del Código Civil chileno¹⁶².

Lo anterior muestra por qué la estrategia para involucrar en la justificación del derecho de contratos a la justicia conmutativa resulta excesivamente restringida, pues siempre requerirá de la positivización de casos expresamente reglados y de aquellos que admiten alguna analogía con los vicios del consentimiento. A mayor abundamiento, parece ser que el concepto de desequilibrio contractual, antes que en razones de justicia sustantiva, descansa y es admitido por razones provenientes de los clásicos enunciados consistentes con la justicia formal y su dimensión procedimental pura a la que se hizo alusión previamente.

9.3. EL PRINCIPIO DEL PARETIANISMO Y EL APROVECHAMIENTO ILEGÍTIMO

Otra posibilidad de plantear la pertinencia de ideales de justicia sustantiva es incorporando un principio o criterio de justificación externo al de la voluntad de las partes, en línea con el principio paretianista de KRONMAN. Este principio del paretianismo pareciera introducir un cambio en esa discusión pues, más que defender la pertinencia del derecho de contratos como un mecanismo de distribución y redistribución de la riqueza, la concepción contractual de KRONMAN se preocupa de los estados finales resultantes de los intercambios, antes que del desequilibrio de las prestaciones. En tal sentido, esta propuesta justificativa identifica la satisfacción de un requerimiento mínimo de moralidad en los intercambios. Asimismo, este mínimo está asociado a un estándar distributivo que conecta la premisa igualitaria según la cual todos tenemos el igual derecho básico de libertad (entendida como la exclusión de la interferencia de otros) con la caracterización de los intercambios voluntarios como relaciones caracterizadas por el aprovechamiento de un contratante en desmedro del otro¹⁶³. Luego, si esta explotación es susceptible de justificación, esa convención en particular en concreto debe ser admitida¹⁶⁴.

9.3.1. LA FISONOMÍA DEL APROVECHAMIENTO

¹⁶² En contra, LÓPEZ argumenta que el equilibrio contractual es un principio del Código Civil chileno, una “idea ético-jurídica” que aparece recogida en diversas reglas de este cuerpo legal que opera “como criterio de orientación, guía e interpretación para la solución de conflictos derivados de una asimetría contractual”. LÓPEZ, 2015:165. Para un panorama comparado y, en particular, sobre la tesis subjetiva de la lesión y otros remedios vinculados al desequilibrio contractual, véase GORDLEY, 1981: 1625 y ss.

¹⁶³ KRONMAN, 1980: 485.

¹⁶⁴ KRONMAN, 1980: 480.

Como puede apreciarse, la propuesta de KRONMAN también evoca la noción de desequilibrio, pero desde su propia formulación del concepto de aprovechamiento como un rasgo común a todos los intercambios voluntarios, aun aquellos que nos parecen moral y jurídicamente aceptables. Recuérdese que la preocupación central es la legitimidad de los intercambios voluntarios, entendidos como interacciones paradigmáticamente de aprovechamiento¹⁶⁵.

La pregunta que cabe hacerse es sobre qué puede contar como un aprovechamiento contractual en el sentido empleado por KRONMAN. En una primera aproximación, podría sugerirse que el aprovechamiento es un acto que puede predicarse respecto de una cierta clase de circunstancias subjetivas sobre las cuales los contratantes pueden obtener ventajas. Una clase de situaciones que podrían representar ventajas para los contratantes comprende aquellas constitutivas de la persona del contratante, como son sus dotes y talentos, naturales o adquiridos.

En el derecho chileno, la primera y principal ocasión para examinar estas circunstancias constitutivas de las partes es con motivo de la capacidad como requisito de validez del acto jurídico. Sin embargo, tal interpretación de la noción del aprovechamiento es conceptualmente trivial, porque la incapacidad como causal de nulidad es totalmente indiferente a quién favorece la convención para los efectos de declarar la nulidad¹⁶⁶. De hecho, es admisible que un contratante se valga de su inteligencia, conocimiento o experiencia para obtener condiciones contractuales favorables en la negociación, aun si su contraparte capaz es, comparativamente, menos inteligente o educada, tal como ocurre en la contratación que tiene lugar entre un contratante sofisticado y un lego¹⁶⁷.

Lo propio ocurre con las ventajas provenientes de circunstancias objetivas, entendidas como condiciones no constitutivas (o externas) de las partes, como lo son los contextos de escasez económica o de actividades monopólicas. En estas situaciones, nuevamente, no aparecen razones en el derecho de contratos que impidan celebrar convenciones bajo dichas circunstancias; por el contrario, el intercambio en estos contextos es permitido y aun deseable. Así las cosas, respecto a este grupo de circunstancias tampoco existen

¹⁶⁵ KRONMAN, 1980: 480.

¹⁶⁶ Sin perjuicio que, conforme al art. 1688 CC, los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad sean restringidos en protección del interés del incapaz con quien se contrató. Véase ALESSANDRI, 2010: 339.

¹⁶⁷ En ciertos ordenamientos especiales, particularmente en el derecho del consumo, el legislador interviene directamente a fin de mitigar esta clase de diferencias entre los contratantes. Al mismo tiempo, algunos autores han defendido la posibilidad de que el derecho de contratos, incluyendo las normas del derecho común, también atiendan a estas circunstancias.

razones en principio para tomar una posición más o menos favorable en torno a la legitimidad del aprovechamiento¹⁶⁸.

Otra manera de caracterizar el aprovechamiento sugiere observar, antes que a la naturaleza de las circunstancias que informan la contratación, la manera en que los contratantes se aprovechan de ellas. En principio, debería decirse que los contratantes podrán tomar ventaja de toda circunstancia que rodea la contratación, si y solo si no está prohibido por la ley ni es contrario a la buena fe. Sin embargo, es evidente que no trae nada nuevo observar que los contratantes no pueden sacar provecho de las ventajas obtenidas por medios prohibidos por la ley, pues ésta se sigue de múltiples reglas y doctrinas de los ordenamientos contractuales. En este orden de ideas, podría decirse que el tratamiento de la materia en el sistema de Código Civil chileno se limita a la exigencia general del consentimiento libre y exento de vicios (art. 1445 CC), concretada a través de las reglas que positivizan la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento (art. 1451, en relación con el art. 1682 inc. final CC) y el principio *nemo auditur* (art. 1683 CC), entre otras.

Ahora bien, una cuestión distinta se presenta respecto al contratante que, libre de toda coacción y engaño, consiente en un contrato que abiertamente lo perjudica. Las secciones siguientes enfrentarán esta temática planteado desde los problemas interrelacionados de la deliberación, el desacierto y el error.

9.3.1.1. COACCIÓN Y ERROR

Podría argumentarse, de mano de la interpretación tradicional o conservadora del derecho contractual, que el concepto de aprovechamiento está asociado con la exigencia dogmática de voluntariedad del contrato, de forma tal que la justificación del contrato refleje la voluntad de sus partes o bien corresponda a un acto voluntario de sus partes¹⁶⁹. A este respecto, inmediatamente cabe la pregunta de qué puede entenderse por voluntariedad.

Siguiendo a KRONMAN¹⁷⁰, podría especularse que la voluntariedad se traduciría en una exigencia de acciones *deliberadas* de los contratantes, es decir, actos cuyas consecuencias

¹⁶⁸ Una cuestión distinta, y que está vinculada con lo anterior, tiene que ver con la contrapartida a la del aprovechamiento, esto es, cuándo una parte debiese soportar las consecuencias patrimoniales de ciertas circunstancias que, por la razón que sea, no son atribuibles a su agencia.

¹⁶⁹ Es necesario precisar que al emplear la voz error, no se están considerándose las meras equivocaciones, como errores de escrituración reflejadas en el contrato, que no responden a una deliberación interna o a una preferencia del contratante, los denominados errores mecánicos. EISENBERG, 2018: 557.

¹⁷⁰ KRONMAN, 1980: 477.

(al menos, aquellas causalmente inmediatas) sean queridas por quien los ejecuta¹⁷¹. A favor de esta interpretación, podría argüirse incluso desde el derecho contractual tradicional que responde al ideal de la libertad individual, ya que exige que los actos unilaterales de oferta y aceptación sean *deliberados*, esto es, ejecutados con el propósito de contratar que supedite el carácter vinculante de acuerdos celebrados.

Sin embargo, resulta relativamente simple probar la inconsistencia de esta respuesta, pues nada obsta a que exista deliberación en casos en los cuales el contratante es coaccionado. Considérese, por ejemplo, las hipótesis de estado de necesidad, casos los cuales una parte sufre de un estado mental que le impide ponderar adecuadamente por cuál de las opciones disponibles, mutuamente excluyentes, ha de optar¹⁷². Podría añadirse una condición *sine qua non* de racionalidad individual, como puede desprenderse de las reglas de capacidad, con el fin de discriminar *ex ante* del problema distributivo las injusticias no estructurales que un contrato particular pudiera generar.

Empero, esto tampoco permite dar cuenta cómo una transacción puede expresar el principio de libertad individual. Supóngase, por ejemplo, que en el momento en el cual un contratante está meditando aceptar una oferta, es encañonado por su contraparte bajo la amenaza de que, de no aceptar la propuesta, apretará el gatillo. Aun ahí, nada relevante agrega la condición de racionalidad a las reglas generales del consentimiento. De hecho, en un caso tan extremo y violento como el propuesto, un agente racional cederá a la coacción así desconozca si el arma es real o de fogueo, pero el contrato podría ser declarado nulo.

Estas consideraciones permiten introducir el tópico de la incertidumbre epistémica, pues uno de los obstáculos que enfrentan los agentes racionales consisten con los problemas de información. En esta línea, COLEMAN ha propuesto que los contratantes enfrentan problemas de información que trascienden al mero desconocimiento de eventos futuros, pues también pueden extenderse a la apreciación de las ventajas de las distintas decisiones que habrán de tomar o descartar, durante la relación contractual¹⁷³. Esto es relevante, por ejemplo, en el ámbito de la distribución de las ganancias y los costos resultantes de la empresa cooperativa. La corrección de la decisión racional tocante a este aspecto responde, según argumenta el autor, a un principio de racionalidad de distribución, el cual ordena que las partes concedan, es decir, que acepten un resultado inferior a su respectivo

¹⁷¹ Semejante a la noción de deseos de primer orden, i.e. deseos, motivos y tomar decisiones, traducibles al enunciado “P quiere y escoge y se motiva a hacer X”. FRANKFURT, 2007: 12.

¹⁷² SCANLON, 1976: 170.

¹⁷³ COLEMAN, 1992: 110.

resultado “mejor esperado”, bajo la condición que sea Pareto superior a la utilidad que les representa el desacuerdo¹⁷⁴.

En consecuencia, podría sugerirse, la inquietud por el aprovechamiento justificaría que el derecho contractual incorpore resguardos de mínimos orientados hacia la maximización del interés de los contratantes, como lo hacen las reglas del derecho común de implementar la escrituración como formalidad en negocios jurídicos importantes (art. 1709 CC, en relación con el art. 1443 CC¹⁷⁵) o, en el derecho de consumo, que imponen ciertas condiciones de legibilidad de los términos de los acuerdos (art. 17 inc. primero LPDC)¹⁷⁶.

Esta alternativa tampoco resulta de mucho interés teórico, pues en los ordenamientos no es problemática la falibilidad de los contratantes. Considérese la incidencia del contexto de incertidumbre en la acción humana, y sus implicancias en la práctica contractual. Como explica Bernard WILLIAMS, una decisión racional puede, al mismo tiempo, ser incorrecta (y, del mismo modo, una elección correcta puede ser irracional), pues escoger racionalmente y escoger correctamente son afirmaciones analíticamente distintas. En el ámbito del derecho contractual, los errores en los que puedan incurrir los contratantes son marginalmente relevantes para la eficacia de estas convenciones, salvo en cuanto constituyan un vicio del consentimiento. Ante la ausencia de una definición positiva del error, la conceptualización doctrinaria tradicionalmente sostenida apela a un estado interno, intelectual, del contratante afectado, el cual implica una incorrecta o falsa apreciación de la realidad¹⁷⁷. En esa tesitura tradicionalista, alineada con las teorías contractuales de la voluntad, la manera de explicar el error como vicio del consentimiento es haciéndolo consistir en una desarmonía que afecta a la voluntad del contratante. Siguiendo a autores como JOSSERAND, quienes sostienen esta definición conciben al error que vicia el consentimiento como una situación en la cual la voluntad externa, única expresada, difiere de la voluntad interna¹⁷⁸. Luego, habría de concluirse que desde el

¹⁷⁴ COLEMAN, 1992: 112.

¹⁷⁵ “Art. 1709. Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias”.

“Art. 1443. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

¹⁷⁶ “Art. 17. Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor”.

¹⁷⁷ Véase ALESSANDRI, 2010: 22; VIAL, 2011: 77.

¹⁷⁸ ALESSANDRI, 2010: 22; BARCIA, 2010: 51.

momento que lo expresado en el contrato no es genuinamente querido como consecuencia del error, el derecho de contratos decididamente admite la ineficacia de la convención. El concepto de error como vicio del consentimiento también puede ser construido al margen de las teorías de la voluntad, recurriendo al marco teórico de la teoría elección racional introducida previamente. Siguiendo la posición doctrinaria de Víctor VIAL, el error puede ser visto como un problema de error, esto es, un “vicio del conocimiento”¹⁷⁹. Una persona puede entrar en una relación contractual teniendo una noción errada de una cosa, o no tener noción alguna de ella, pero una y otra situación acarrearán el mismo efecto: la nulidad relativa de la convención¹⁸⁰. Luego, siendo el error inteligible como un problema que no niega, sino que presupone la racionalidad del contratante, la rescisión es un problema sustentado, en lo nuclear, en el desconocimiento del contratante. Con todo, debe considerarse que allí donde el error es jurídicamente relevante, el derecho de contratos responde de manera preventiva y reactiva¹⁸¹. *Ex ante*, lo hace incorporando obligaciones de información al contratante que se encuentra en mejor posición para conocer el hecho; *ex post*, introduciendo excepciones y defensas a favor del contratante aquejado por un vicio de conocimiento grave¹⁸².

9.3.1.2. CONTRATOS, APROVECHAMIENTO Y EXPLOTACIÓN

La noción de aprovechamiento en la propuesta distributiva de KRONMAN, implica que la justificación del derecho de los contratos solo puede descansar en su compatibilidad con el principio de libertad individual¹⁸³. En consecuencia, existirían buenas razones para atender, además del proceso deliberativo, a las circunstancias bajo las cuales el acuerdo fue obtenido¹⁸⁴. Conceptualmente, la cuestión vuelve a presentarse como la necesaria correspondencia que ha de existir entre las reglas del derecho de contratos y el enunciado de libertad individual. Ya se ha dicho que los intercambios celebrados por personas privadas de razón o bajo amenaza no son libres y que, por ese motivo, no son

¹⁷⁹ VIAL, 2011: 77.

¹⁸⁰ VIAL, 2011: 78.

¹⁸¹ Esta mirada está emparentada con las teorías contractuales cercanas al *Law & Economics*, las cuales explican y justifican el derecho contractual a partir de su función de resolver problemas de información y fallas de mercado. POSNER, 1986: 81; COLEMAN, 1992: 3.

¹⁸² Recuérdese que, en un plano explicativo, COLEMAN concibe el derecho de contratos como una práctica orientada a la solución de las fallas de mercado, incorporando reglas que operan en distintos momentos: *ex ante*, introduciendo recursos endógenos (como normas contractuales supletorias) y exógenos (como agencias públicas) a la relación contractual que subsanan el problema de información; y, *ex post*, integrando al contrato cláusulas default a las cuales un agente racional, pero bien informado, habría accedido. COLEMAN, 1992: 127 y ss.

¹⁸³ KRONMAN, 480.

¹⁸⁴ KRONMAN, 478.

jurídicamente exigibles. Sin embargo, desde la perspectiva de este autor, estas no parecen ser todas las circunstancias que deben ser consideradas por el derecho para afirmar la obligatoriedad de la convención contractual en cuestión. Esto es así porque la preocupación de KRONMAN está en la compatibilidad de la explotación contractual con la libertad individual, afirmación que no parece inverosímil desde una perspectiva dogmática ya que, como se revisó anteriormente, esto suele ser tolerado siempre y cuando las exigencias formales mínimas sean respetadas.

Volviendo al aprovechamiento, y su incidencia en la vinculatoriedad del contrato, explica el autor que:

[S]in embargo, en cada caso el promitente está declarando que su consentimiento, aunque deliberadamente concedido, carece de voluntariedad debido las circunstancias bajo las cuales fue otorgado -circunstancias que de una u otra forma restringieron el abanico de alternativas a un punto tal que su elección solo es nominalmente libre-¹⁸⁵.

En definitiva, el principio paretianista puede ser interpretado como un criterio de justicia sustantivo, en tanto la sola satisfacción de los estándares de mínimos de justicia formal y de equidad entre las prestaciones recíprocamente debidas no sería, por sí misma, suficiente para satisfacer el imperativo de libertad individual. El desequilibrio contractual, comprendido como aprovechamiento ilegítimo, traslada el foco de la justicia sustantiva desde el desequilibrio entre las prestaciones a las que cada parte se obliga, hacia la tarea de justificar cuándo la parte acreedora puede aprovechar sus ventajas sobre la parte deudora, conforme a estándares de justicia distributiva.

9.3.2. LA JUSTIFICACIÓN PARETIANISTA DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

En esta sección se evaluará la utilidad que el principio del paretianismo presenta para justificar el derecho de los contratos, desde la cuestión particular de los derechos del acreedor ante el incumplimiento. Pero antes debe determinarse qué representa este principio en la justificación del derecho de contratos.

Ya se ha asentado que la exigibilidad de la obligación contractual, mirada desde las defensas que pudiera invocar el deudor de la obligación contractual cuya justificación cuestiona, deberá considerar las circunstancias bajo las cuales éste concedió su consentimiento. Aquí resulta clave el concepto de aprovechamiento. Si la pregunta era

¹⁸⁵ KRONMAN, 1980: 479.

cuándo una obligación contractual es voluntariamente contraída, este concepto la transforma en la pregunta sobre cuándo ha de permitirse a una de las partes explotar su ventaja en detrimento de la otra¹⁸⁶, es decir, si “al acreedor debe permitírsele explotar su ventaja en el detrimento de la otra parte, o si permitiéndolo privará a la otra parte de su libertad que es necesaria, de un punto de vista libertario, para que la promesa realmente sea voluntaria y por tanto vinculante”¹⁸⁷. Luego, el contrato será vinculante y la obligación contractual judicialmente exigible, si y solo si la persona perjudicada por la ventaja resulta mejor en comparación al estado de cosas resultante de su prohibición, esto es, de un ejercicio (prospectivo o retrospectivo) que resultan o pudieran resultar de un intercambio en concreto¹⁸⁸.

Con todo, cabe advertir que el paretianismo no es una teoría utilitarista. Como previene KRONMAN, aun cuando el ejercicio comparativo que fundamenta este principio se trata de una comparación de estados finales en términos de la utilidad económica, ella no tiene por objeto su evaluación en términos de maximización del balance neto de satisfacciones¹⁸⁹. En el ámbito jurídico, la expresión paradigmática del análisis utilitarista de la institución corresponde a los autores adscritos al Análisis Económico del Derecho, cuyas explicaciones asumen que los agentes emprenden comportamientos tendientes a la maximización de su interés, de manera tal que el rol del derecho de contratos es explicado como un esquema extrínseco de incentivos y desincentivos que promueven conductas eficientes o disuaden conductas ineficientes¹⁹⁰. Así, la eficiencia no es otra cosa que un resultado posible de un juicio evaluativo que atiende, exclusivamente, a los efectos observables de una determinada conducta.

En el ámbito de estas explicaciones, COLEMAN expresa que una asignación de recursos es “Pareto óptima” si y solo si cualquier reasignación posterior solo puede incrementar los bienes de una persona a expensas de otra, mientras que una asignación es “Pareto eficiente” en relación con otra si y solo si nadie resulta peor por esa distribución y el bienestar de al menos una persona es incrementado¹⁹¹.

¹⁸⁶ KRONMAN, 1980: 480.

¹⁸⁷ KRONMAN, 1980: 480.

¹⁸⁸ KRONMAN, 1980: 491-492.

¹⁸⁹ KRONMAN, 1980. Esta síntesis del utilitarismo, en RAWLS, 1971: 24.

¹⁹⁰ SMITH, 2004: 109.

¹⁹¹ Similar a este esquema de justificación ampliamente empleado por los autores de la tradición del análisis económico del derecho, otro modelo que puede encontrarse en la literatura de la teoría contractual es aquél fundado en el parámetro de la eficiencia Kaldor-Hicks, según el cual la eficiencia de un resultado se evalúa en términos de la comparación entre los beneficios obtenidos por el favorecido por la regla y los costos asumidos por el desfavorecido por ella (SMITH, 2004: 110-111). Un panorama general sobre la contraposición de estos modelos de eficiencia puede revisarse en COLEMAN, 1980: 510.

De esta manera, el derecho de los contratos se justifica en tanto favorece resultados eficientes. Al decir de POSNER, “la función fundamental del derecho contractual (reconocido, al menos, desde los tiempos de HOBBS) es disuadir los comportamientos oportunistas entre los contratantes, con el propósito de incentivar la actividad económica y hacer innecesarias medidas de autoprotección costosas”¹⁹². Luego, una norma del derecho de contratos estaría justificada en términos de su eficiencia (esto es, Pareto superior) en tanto “Y causa el estado de cosas Z, donde todos están mejor en relación al estado de cosas Z’ o, al menos, una persona es favorecida y nadie resulta en peor situación”¹⁹³.

El principio del paretianismo, si bien comparte su vocación comparativa entre estados de cosas, permite justificar una regla en atención a la situación relativa de una de las partes de la relación jurídica contractual, aquella en cuyo perjuicio el aprovechamiento impacta. Así las cosas, una regla contractual está justificada bajo el principio del paretianismo si y solo si “Y causa el estado de cosas Z’, en donde los contratantes se encuentran en una mejor situación con respecto a la que se encontraría en el estado de cosas Z”. El paretianismo, en ese sentido, no es una teoría utilitarista porque solo justifica el aprovechamiento atendiendo a la situación del sujeto explotado¹⁹⁴, de tal manera que es posible que una regla pueda ser justificada tanto en clave paretiana como en clave paretianista, si genera un estado de cosas Z’ que simultáneamente satisface ambas condiciones, también es plausible que pueda generar un estado de cosas Z’’ que no satisface, al menos, una de ellas. Por ejemplo, piénsese en el régimen jurídico que gobierna aquellos mercados en los cuales dominan las condiciones generales de contratación. No resulta difícil intuir que la regla del derecho de contratos que autoriza esta práctica contractual está justificada en términos de eficiencia, pero tampoco podría suponerse que autorizar al proveedor de un determinado bien a explotar su mejor posición en el mercado sea inocuo, en todos los casos, respecto de las personas a quienes los efectos de tal provecho pueden alcanzar. En efecto, como se ha hecho notar en la literatura, se suele apuntar que tal práctica contribuye a la disminución de los costos de transacción y, consecuentemente, el acceso a un determinado bien es favorecido¹⁹⁵. Sin pretender ingresar en esta discusión particular, basta con mencionar que estos contratos permiten la coordinación de los intereses de los contratantes (digamos, un número acotado de

¹⁹² POSNER, 1986: 81.

¹⁹³ EISENBERG, 2018: 54; PAPAYANNIS, 2016: 322.

¹⁹⁴ PAPAYANNIS, 2016: 323.

¹⁹⁵ DE LA MAZA, 2003: 114.

proveedores y un número amplio de consumidores) sin que sea necesario negociar el contenido de cada contrato¹⁹⁶. En alguno de estos casos, y sin perjuicio de reglas similares al art. 1566 del CC o al art. 16 de la LPC, un consumidor puede resultar en peor situación por haberse permitido al experto redactar los términos del contrato si, por ejemplo, alguna de sus cláusulas no negociables contempla condiciones de crédito que le resultan poco favorables.

Del mismo modo, puede ocurrir que la incorporación de alguna regla susceptible de justificación paretianista genere resultados ineficientes desde la justificación de Pareto. En la discusión sobre los subsidios a la vivienda social, una medida redistributiva como las leyes de protección a los consumidores que imponen garantías obligatorias en su favor o aquellas leyes que protegen a los arrendatarios, pueden producir efectos regresivos en el largo plazo, pues bien podría el vendedor traspasar los costos al consumidor aumentando el precio¹⁹⁷.

Se debe tener presente, conforme expresa el propio KRONMAN, que “la forma como este principio puede ser usado para dar contenido significativo a la idea de intercambio voluntario, ilustrando o ayudando a decidir qué clase de aprovechamientos deben ser permitidos y cuales no”¹⁹⁸. En dicho proceso, el paretianismo se presenta como un modelo teórico que, sin descuidar el presupuesto de la libertad individual, rescata la preocupación por la justicia material de los intercambios para el derecho común en la medida que introduce la noción de aprovechamiento como un rasgo transversal a todos los intercambios voluntarios, y prescindiendo de las características particulares de los agentes que intervienen en la transacción. Un caso como el del comprador experto, que será revisado en el próximo párrafo, no califica al sujeto por su experticia o ignorancia, o por una particular vulnerabilidad del vendedor, porque asume que toda relación jurídica contractual presenta alguna asimetría fáctica. En realidad, la pregunta importante para KRONMAN refiere a la legitimidad de que uno de los contratantes aproveche las ventajas –cualquiera sea su naturaleza– que tiene sobre el otro. El principio del paretianismo, además de emancipar la preocupación por la justicia material de la mera tipificación de cláusulas contractuales prohibidas, también deja a disposición de la reflexión sobre la teoría del contrato ámbitos más profundos que se agregan a las condiciones de exigibilidad de una convención particular, como lo son la justificación sustantiva de las

¹⁹⁶ DE LA MAZA, 2003: 114.

¹⁹⁷ ACKERMAN, 1971: 1096; CRASWELL y SCHWARTZ, 1994: 30 y ss.; SMITH, 2004: 129.

¹⁹⁸ KRONMAN, 1980: 489.

reglas contractuales específicas y la justificación de la fuerza obligatoria de los contratos en general.

9.3.3. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DEL PARETIANISMO

La expresión paradigmática de la aplicación del principio del paretianismo tiene lugar en el ámbito de los deberes contractuales de información cuyo sustrato fáctico, como expone EISENBERG, puede describirse de la siguiente manera: “Supongamos que A y B proponen hacer un contrato para la compra y venta de una mercancía. A conoce un hecho material, F, relativo a la mercancía, y también sabe o tiene motivos para saber que B no sabe F”¹⁹⁹. Usualmente asociados a ámbitos gobernados por los órdenes públicos de protección, los deberes de información son correctivos de la idiosincrática premisa formalista del derecho de los contratos que determina su indiferencia ante el uso de la información contractualmente relevante, ya que cada parte tiene la carga de informarse sobre el negocio jurídico que celebrarán, de tal forma que la asignación de esta carga de información es parte del contenido de la negociación misma²⁰⁰. Por el contrario, en ausencia de una cláusula especial, cada parte deba costear por su cuenta la generación de la información²⁰¹. Alternativamente, la información también pueden ser objeto de una distribución excluida del arbitrio de los contratantes, imponiendo deberes de información, cuyo ámbito paradigmático es el derecho del consumo, ordenamiento especial que tiene como principal cualidad la de constituir un orden público de protección en favor de la parte más débil de las relaciones contractuales que gobierna, el consumidor²⁰².

Estas especificaciones explican las razones dogmáticas por las cuales, en ausencia de estas normas especiales destinadas a la introducción de deberes de información, el derecho privado no parece introducir ulteriores criterios sustantivos que explícitamente favorezcan a alguna de las partes, siempre y cuando no concurren las acotadas hipótesis de ilegalidad que inciden determinadamente en el consentimiento otorgado por ellas. En el derecho chileno, DE LA MAZA explica que el legislador enfrenta el problema de las asimetrías de información imponiendo deberes de información típicos, paradigmáticamente en la ley de protección de derechos del consumidor, y deberes atípicos, que surgen desde cláusulas generales del derecho común como son las reglas

¹⁹⁹ EISENBERG, 2018: 595.

²⁰⁰ BARROS, 2010: 1025.

²⁰¹ BARROS, 2016: 486-487.

²⁰² Impone a una parte del contrato un deber de información implica que el costo de informarse recae sobre la persona, sin que tenga un derecho correlativo a requerir esa información de su contraparte.

que gobiernan los vicios del consentimiento (particularmente, el error y el dolo *in contrahendo*) y el derecho de la responsabilidad civil, genéricamente desde la norma del artículo 2314 CC²⁰³. Esta es, también, la regla general en el derecho inglés, pues un contrato no es nulo por el solo hecho de que una de las partes no haya informado a la otra de una circunstancia fáctica o legal relevante para el contrato salvo casos excepcionales, por ejemplo, en el contrato de seguro o el contrato de fianza²⁰⁴.

KRONMAN ilustra el rendimiento de su concepción en la justificación de los deberes de información a través de un caso hipotético (que, en lo sucesivo, será denominado como el “comprador experto”)²⁰⁵, en el cual un comprador dispone de mejor información obtenida luego de examinar el terreno. Este caso puede resumirse de la siguiente manera: el contratante *a* es dueño de un predio que oculta un depósito de cierto mineral valioso cuya existencia desconoce²⁰⁶. El contratante *b*, un geólogo de profesión, al realizar un estudio sobre ese terreno (“supongamos, desde el aire”, dice KRONMAN) descubre el yacimiento, y ofrece comprarlo por un precio inferior al valor real de la propiedad²⁰⁷. Una vez celebrado el contrato, *a* toma conocimiento del eventual mayor valor que tendría la finca y decide demandar la rescisión del contrato, argumentando en su contra una conducta fraudulenta de *b* por no revelar lo que él sabía de la propiedad²⁰⁸.

Como puede apreciarse, la propuesta distributiva de KRONMAN permite que uno de los contratantes aproveche su mejor conocimiento del objeto del contrato en desmedro de su contraparte, no revelándola a su contraparte, en la medida que sea compatible con el estándar mínimo de moralidad de libertad individual que presupone. Más específicamente, la regla que obliga a *a* informar a *b* del conocimiento (o la regla inversa, según se mire) estará justificada en la medida que ello mejore, *a la larga*, la situación de

²⁰³ DE LA MAZA, 2011: 116.

²⁰⁴ BURROWS, 2016, 33.

²⁰⁵ Este ejemplo es una adaptación del caso *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968) de la US Court of Appeals for the Second Circuit. Para un análisis desde el common law estadounidense, véase EISENBERG, 2018: 595.

²⁰⁶ Entre las justificaciones alternativas a la de KRONMAN para la imposición de deberes de información, autores como TREBILCOCK han argumentado a favor de la creación de deberes de información, desde principios morales que apuntan a la concepción de autonomía que será revisada más adelante y, también, a razones de eficiencia. TREBILCOCK, 1993: 112.

²⁰⁷ Puede ocurrir, desde luego, que la información que obtiene el geólogo no sea precisa, o que derechamente su mejor juicio esté construido sobre un error de cualquier clase. Del mismo modo, puede ocurrir que *a*, siendo consciente de un defecto en su propiedad, sencillamente no lo informe a *b*, de manera tal que *a* estaría explicando su mejor información sobre las características de la propiedad a costa de la ignorancia de *b*. Véase KRONMAN, 1980: 490-491.

²⁰⁸ KRONMAN, 1980: 489. A modo anecdótico, existe un caso de la jurisprudencia estadounidense (*Zimpel v. Trawick?*, 679F, Supp. 1502) que probablemente sirvió de inspiración para este ejercicio. Para más detalle, véase STRUDLER, 1997. Citado por DE LA MAZA, 2010, 78.

esta última²⁰⁹. *A contrario sensu*, la aplicación del principio del paretianismo obligaría a rechazar la demanda de *a* si de esta explotación no obtuviera un resultado eficiente (por ejemplo, por no ser capaz de explotarlo apropiadamente); en cambio, fundamentaría imponer a *b* un deber de informar sus hallazgos si, debido a la extracción de *b*, aumentara el costo de vida de *a* en la comunidad donde se encuentra la faena²¹⁰.

Con todo cabe advertir que el carácter no utilitarista de la concepción kronmaniana tiene correlato en el plano práctico, desde el momento en el cual la regla paretianista que impone un deber de información bien puede producir un resultado que genere ineficiencias. Así sería si, como consecuencia de la regla, se desincentiva la exploración de nuevos yacimientos de minerales²¹¹, pues podría defenderse desde la perspectiva de KRONMAN en la medida que la condición de beneficiar al deudor sea satisfecha.

9.4. EL PARETIANISMO BAJO ESCRUTINIO

Reconstruida la tesis del paretianismo, corresponde evaluarla como una concepción normativa del derecho contractual. Al efecto, la pregunta que se planteará, desde el punto de vista del principio de justicia distributiva, es si el paretianismo es un principio idóneo para los fines de justificar el derecho de contratos.

Como se ha expuesto, la teoría contractual de KRONMAN descansa en una descripción de la práctica contractual como esquemas relacionales caracterizados por el aprovechamiento y, como único elemento justificativo, el principio del paretianismo que exige la mejora del bienestar de la parte que sufrirá la desventaja. Esta descripción de la concepción kronmaniana explica que el paretianismo sea considerado un teoría distributiva con respecto a la evaluación del contrato, es decir, una teoría normativa sobre la atribución de fuerza obligatoria a esta clase de convenciones a la luz de un fin distributivo, como lo serían la distribución justa de la riqueza y/o la mejora del bienestar de los sectores menos favorecidos de una sociedad.

Desde luego, la elegancia de la concepción de KRONMAN no es suficiente para liberarla de fuertes críticas las cuales, puestas en términos esquemáticos, descansan en tres aspectos centrales de esta teoría contractual. En primer lugar, se cuestionará la aptitud de esta teoría para describir el derecho de contratos de manera coherente con los actuales desarrollos que se observan en su práctica. Esta crítica será denominada crítica de la

²⁰⁹ KRONMAN, 1980: 491.

²¹⁰ KRONMAN, 1980: 489-490.

²¹¹ En este sentido, EISENBERG, 2018: 598.

estructura bilateral. En segundo lugar, asumido que el paretianismo tiene por propósito justificar -en clave distributiva- la normatividad de los acuerdos voluntarios, se mostrara la manera cómo incide negativamente su comprensión de la igualdad que presupone en las consecuencias filosóficas de la tesis. Esta será la crítica de la autonomía. Finalmente, se evaluará el verdadero compromiso filosófico de la tesis de KRONMAN con el propio esquema de justificación distributivo, concluyéndose que, en su mejor versión, el paretianismo dista de ser una tesis genuinamente distributiva. Esta es la crítica de la insuficiencia²¹². Cada uno de los próximos párrafos estarán destinados al tratamiento de cada una de las críticas enunciadas.

9.4.1. PRIMERA OBJECCIÓN: LA CRÍTICA DE LA ESTRUCTURA BILATERAL

La primera crítica que enfrenta el paretianismo se concentra en su capacidad para reflejar la voluntad como el rasgo paradigmático y jurídicamente significativo de las obligaciones contractuales. Para autores como BENSON Y HEVIA, la concepción de los acuerdos voluntarios de KRONMAN trasgrede el límite subjetivo inmanentes vinculado a la relación contractual que se trate, de tal manera que no podría dar cuenta de la manera en la cual los intercambios voluntarios son esenciales para asentar la aceptabilidad moral de la fuerza obligatoria de las obligaciones contractuales²¹³. En seguida, si el principio paretianista ignora los límites ordinariamente reconocidos respecto de la extensión de los efectos de las obligaciones contractuales (determinada por el principio del efecto relativo de los contratos y el *privity*, equivalente anglosajón de aquél) debería afirmarse que, en sus propios términos, este principio no puede describir apropiadamente la práctica que pretende justificar²¹⁴.

En relación con esta crítica, una de las afirmaciones centrales asociadas a la Escuela de Toronto, según la explicación de PAPAYANNIS, es la primacía de la bilateralidad como

²¹² Resulta un tanto visible que, mientras las críticas de la estructura bilateral y de la autonomía están estrechamente vinculadas por ser críticas tributarias de comprensiones deontológicas del derecho de los contratos, la crítica de la insuficiencia asume la disponibilidad de una justificación teleológica del derecho de los contratos referida a la obtención de resultados que, genéricamente, tienen que ver con el bienestar de los sujetos relevantes.

²¹³ BENSON, 1989: 1138. En un sentido similar, HEVIA, 2010.

²¹⁴ La razón que sostendría el argumento correctivista contra la tesis paretiana, asumida ésta como distributiva, es la implicancia de que no justifica moralmente el contrato la circunstancia que este sea obligatorio por una razón externa la voluntad de las partes. después de todo, la justicia correctiva es *uno* de los elementos que dota de su justificación al contrato. Conectada con la objeción de la estructura bilateral, según la cual la descripción del contrato no es apta para dar cuenta de la conexión entre el derecho del acreedor al crédito y la obligación del deudor a prestar aquello a lo cual se ha obligado, se ha atacado al principio paretiano que este déficit le impide dar cuenta del sentido intrínseco de la obligación contractual. HEVIA, 2010; 2013.

rasgo conceptual del derecho de contratos, ya que muestra la especial manera en que los contratantes están normativamente vinculados, esto es, que el contrato vincula, exclusivamente, a las partes entre sí en virtud del consentimiento²¹⁵. En contraste, al vincular la normatividad del contrato con una concepción de voluntad evaluada por referencia al contexto de la interacción, el paretianismo sería incapaz de apreciar el rol central que la voluntad jurídica juega en los ordenamientos contractuales, y la particular manera como opera la institución contractual. Luego, se seguiría que la teoría contractual de KRONMAN no logra tomar en cuenta el sentido en el cual un contrato es una interacción de naturaleza privada, ni el rol central de la voluntad en su constitución, esto es, la creación de derechos y deberes recíprocos exclusivamente para las dos partes que concurren voluntariamente a su celebración²¹⁶.

Esta particular interpretación del paretianismo lleva a sus detractores a atribuirle una comprensión meramente incidental del papel que juega el intercambio voluntario de los contratantes²¹⁷. En palabras de HEVIA:

[E]l marco de interacción creado por los contratantes sólo es relevante en la medida en que representa una *ocasión* en que las ventajas y desventajas se expresan. El problema del uso de Kronman del principio de Pareto (...) es que no hay nada especial en la forma en que las interacciones voluntarias dan lugar a obligaciones que imponen un estatus normativo particular para ellas. Según este principio, la interacción voluntaria entre las partes de un contrato es meramente un medio para lograr la promoción de la justicia distributiva²¹⁸.

Si la crítica de la estructura bilateral es correcta, el paretianismo enfrentaría problemas para explicar reglas y doctrinas de la práctica contractual como la del efecto relativo o *privity* y las reglas del consentimiento, conforme a las cuales los efectos de la obligación contractual solo se extienden a sus contratantes lo cual se traduce en que las obligaciones contractuales solo pueden ser debidas entre quienes, en virtud del contrato, voluntariamente se obligaron²¹⁹. Con esto en mente, se objeta que por la justificación que

²¹⁵ PAPAYANNIS, 2016: 304.

²¹⁶ HEVIA, 2013: 20. A partir de la noción ralsiana de la división del trabajo institucional (sobre la cual se profundizará más adelante (Infra §25), HEVIA desprende que el derecho privado es un ámbito de deberes relacionales pues la persecución independientes de sus fines “sólo en tanto también permiten a otros perseguir sus propios planes” (HEVIA, 2013: 54).

²¹⁷ BENSON, 1989; HEVIA, 2013: 27.

²¹⁸ HEVIA, 2013: 27. Sin concordar plenamente con la crítica de HEVIA, sí parece efectivo que el paretianismo desdibuja la distinción entre las obligaciones contractuales y las demás obligaciones.

²¹⁹ HEVIA, 2013: 26.

entrega el principio del paretianismo, no se sigue que sólo *a* deba compensar a *b* por el incumplimiento pues, si lo único relevante de las interacciones contractuales es la realización de algún ideal de justicia distributiva, no existiría ninguna relación normativamente significativa entre ellas²²⁰. Extremando el argumento, un contrato así justificado podría incluso ser interpretado de forma tal que *b* dispondrá de los remedios contractuales, si y solo si dicho efecto incrementa el bienestar de la mayoría de las personas pertenecientes a la clase distributivamente relevante, pues el mero hecho de la celebración del acto jurídico bilateral no sirve de suficiente fundamento para afirmar su fuerza obligatoria²²¹.

Sin embargo, no es correcto afirmar que la aplicación del test fundado en el paretianismo exija, o siquiera permita, la extensión de la relación contractual a personas que no consintieron en ella. En este sentido, el error de la crítica de la bilateralidad radica en su confusión entre los fundamentos de la obligatoriedad de la relación contractual, de un lado, y los fundamentos de los efectos del contrato, por otro. Un rasgo distintivo del derecho privado es que la imposición de deberes jurídicos, cualquiera sea su naturaleza, no opera en el silencio del sujeto obligado, lo que suele ser sintetizado en el principio del *common law* identificado como *no liability for mere nonfeasance*.

Este enunciado nos refiere a la relación conceptual entre las nociones de obligación y de fuente de la obligación. En el esquema general del derecho continental las obligaciones precisan de un antecedente normativo que las fundamente.

Como será argumentado en el Capítulo Tercero, la obligación es un concepto unitario, de manera tal que su distintividad radica esencialmente en su fuente²²². Al decirse que *a* se obligó contractualmente para con *b* a ejecutar una determinada prestación (φ), se denota que asumió dicha obligación al ingresar voluntariamente en la relación bilateral toda vez que ambos consintieron en el contrato. Puesto de otra forma, φ solo puede ser debido por *a*, y únicamente *b* está autorizado para retener lo pagado y, aún más, exigirlo. La correlatividad del deber jurídico de *a* y del derecho subjetivo correlativo de *b* para exigirlo es, pues, un rasgo del contrato *qua* fuente de la obligación, mas no de la obligación propiamente tal.

Asentada la diferencia conceptual entre obligación y fuente, queda por escrutar la relación de la obligación con sus efectos. En el sistema chileno, la noción de efectos de las

²²⁰ Hevia, 2013: 28.

²²¹ *Ibíd.*

²²² *Infra* §13.2.

obligaciones es una expresión técnica que se refiere, desde la perspectiva del deudor, al deber de cumplir la prestación φ , y, desde la perspectiva del acreedor, a su derecho a ella. Ahora bien, retomando la distinción entre obligaciones de primer y segundo grado, si el incumplimiento de la obligación contractual de hacer φ es el antecedente normativo de la obligación de indemnizar (ι), entonces su fundamento jurídico inmediato es la declaración de voluntad proferida con la intención de obligarse a φ , mientras que ι es una obligación distinta cuyo fundamento mediato radica en dicho consentimiento a φ , pero cuyo fundamento inmediato es el incumplimiento $\neg\varphi$. Es por lo expuesto que BARROS acierta al diferenciar entre estar obligado y ser responsable: en la relación contractual entre a y b , el segundo está obligado a hacer φ a favor del primero en atención al solo antecedente normativo del contrato que celebraron²²³; los remedios contractuales, en cambio, solo pueden ser ejercidos por a si puede imputársele jurídicamente a b responsabilidad por el incumplimiento, a fin de obtener la prestación alternativa ι , no por el antecedente mediato de la convención, sino por el antecedente inmediato del incumplimiento²²⁴. Luego, la obligación de φ es distinta de la obligación de ι .

Una vez establecida esta distinción, es razonable preguntarse si es que el mismo principio moral o jurídico puede ser apto para justificar ambos conceptos. Si la obligación contractual es lexicográficamente prioritaria a la de sus efectos, el concepto de responsabilidad es sólo instrumental a ella. Por tanto, en primer lugar, cualquiera sea el principio que justifique la obligación contractual, no puede más que tener un rol indirecto o mediato en la justificación de los remedios contractuales y, en segundo lugar, que con prescindencia del principio que justifique la obligación contractual, la evaluación de las reglas que gobiernan sus efectos, su justificación directa o inmediata deberá considerar su capacidad de los remedios contractuales.

En este orden de ideas, si bien es verdadero que el principio del paretianismo fundamenta las obligaciones contractuales, no se desprende que, al mismo tiempo, este principio sea fundamento inmediato de los remedios contractuales. Mientras el objeto de la justificación paretiana sea la fuerza obligatoria de la convención contractual, en la medida que el consentimiento sea otorgado voluntariamente, los únicos intereses relevantes para

²²³ Es esta la razón por la cual el pago es simplemente, según define el art. 1568 CC, la prestación de lo que (ya) se debe.

²²⁴ Una cosa distinta tiene que ver con las diferencias que los distintos remedios contractuales presentan entre sí, que en la interpretación de BARROS informa la distinción entre responsabilidad en sentido amplio y responsabilidad en sentido estricto en relación con la exigencia de imputabilidad, una valoración de la conducta del deudor, que sólo afecta a la segunda. Con todo, el requisito de incumplimiento de la obligación de primer grado es (¡la única!) condición material *sine qua non* de todo remedio. BARROS, 2006: 175.

esos efectos son los de las partes que celebran la convención. En este sentido, la defensa que HEVIA hace de su crítica no parece ser suficiente para salvar su postura. No se trata, simplemente, de que el juicio en torno a la procedencia de los remedios contractuales presuponga una cuestión distributiva previamente resuelta. Después de todo, como se ha visto, el juicio atiende a las circunstancias que ilustran la contratación, pero no a aquellas que rodean al incumplimiento de la obligación ni el juicio de remedios. Un enunciado paretianista, por definición, es un juicio normativo *ex post* al incumplimiento que solo puede justificar que la convención sea exigible, no así que su incumplimiento es moralmente deseable²²⁵. Volviendo al caso del comprador experto, la falla de la crítica de la bilateralidad se observa en que lo que evalúa el principio paretianista es, ni más ni menos, si la obligación de primer grado está justificada a la luz del principio. Si rechaza esta posibilidad, necesariamente deberá acoger la defensa del deudor demandado, no como resultado de examinar la justificación del remedio, sino como consecuencia del test de aceptabilidad moral de la obligación contractual.

9.4.2. SEGUNDA OBJECCIÓN: LA CRÍTICA DE LA AUTONOMÍA

Si, como parece sugerir KRONMAN, el derecho subjetivo a la obligación o crédito del que es titular el acreedor contractual sólo puede ser justificado en atención al bienestar material de la persona en cuya contra puede hacerse valer, cabe preguntarse por las implicancias del fundamento de la institución contractual en términos del principio de libertad²²⁶. En tal sentido, si se extrema la posición kronmaniana, podría incluso cuestionarse que su principio justificaría dotar de efectos a un contrato en cuya virtud una persona se obligue para con otra a someterse unilateralmente a sus designios, siempre y cuando el cumplimiento de esa obligación mejore su situación material. En los directos términos que emplea BENSON, el principio en cuestión podría, así las cosas, justificar un contrato de esclavitud.

Esta es, sintéticamente expuesta, la crítica de la autonomía, la cual se remonta a las observaciones formuladas por BENSON sobre el estado de la literatura contractualista anglosajona de fines de la década de 1980, época en la cual predominaba la introducción de nociones de justicia distributiva en la cuestión de la justificación moral del derecho de

²²⁵ Podría señalarse que en términos prácticos justificar la obligación equivale a justificar la procedencia del remedio en el caso concreto de su incumplimiento. Pero, nuevamente, esto confunde el plano temporal y espacial en el que opera el principio con el objeto mismo de la justificación.

²²⁶ KRONMAN, 1980.

contratos, principalmente a través del principio de justicia contractual²²⁷. En contra de esta tendencia, dentro del cual BENSON incluye las teorías contractuales de SANDEL y KRONMAN²²⁸, la objeción central del autor descansa en la incompatibilidad de tales enunciados con el principio, lexicográficamente prioritario, de la autonomía individual el cual exigiría, en su entender, que la única justificación posible del instituto contractual sea la voluntad de sus contratantes (*voluntary basis of contract*)²²⁹. Este rasgo de la concepción bensoniana explica la razón por la cual la única justificación posible de la institución sea la interacción contractual en sus propios términos, y de por qué cualquier teoría que considere elementos foráneos a ella, como lo hacen las teorías distributivas, no sean aptas para justificarlo. En la crítica particular hacia el paretianismo, cuya reconstrucción será el objeto de los siguientes párrafos, se sugerirá que la justificación de KRONMAN es problemática para preservar los rasgos de individualismo e igualdad del contrato en tres órdenes de materias: la imposición de deberes positivos, y las ideas de voluntad y de autonomía.

9.4.2.1. EL PARETIANISMO Y LOS DEBERES POSITIVOS

En la reconstrucción de BENSON, un rasgo fundamental del paretianismo, en tanto teoría distributiva, es la asunción de que todos los recursos de una sociedad pertenecen a un fondo común correspondiente a todos los integrantes de la comunidad²³⁰. Si antes de la aplicación del principio paretianista nadie tiene derecho al uso exclusivo sobre un recurso, la explotación de un recurso por uno o múltiples individuos no puede dañar a quienes resulten excluidos. Luego, no podría ser función del paretianismo vindicar niveles de bienestar preexistentes de los individuos dado que no hay nada que pueda ser mantenido o restaurado. Consecuentemente, prosigue la crítica, para justificar un intercambio conforme al principio del paretianismo (recuérdese, mejorar el bienestar del contratante explotado) necesariamente habría de satisfacerse la condición previa de imponer a quien se adjudicó de esa forma el recurso que formó parte del fondo común, un deber positivo de beneficiar al contratante excluido de su uso²³¹.

²²⁷ BENSON, 1989: 1079.

²²⁸ No obstante, la crítica es expresamente extendida hacia las tesis deontológicas dominantes, particularmente, la defendida por FRIED en *Contract as Promise*. BENSON, 1989: 1079

²²⁹ BENSON, 1989: 1082. El Capítulo Segundo de este trabajo estará dedicado a profundizar en la concepción contractual de BENSON, de manera tal que en lo atinente a la presentación de la presente sección se introducirán las referencias pertinentes a dicho capítulo.

²³⁰ BENSON, 1989: 1134.

²³¹ BENSON, 1989: 1134.

Esta presunta consecuencia desconocería la independencia mutua de las partes y su consecuencia, a saber, que cada una puede hacer lo que desee en tanto no perjudica o afecte aquello que ya le pertenece a la otra. Este problema sólo empeora si la crítica de la estructura bilateral es correcta (esto es, que la justificación de un contrato exige al mismo tiempo justificar un número indeterminado de otros intercambios directa o indirectamente relacionados), pues ese deber positivo no sólo se imputa al contratante, sino también no existen restricciones para que pudieran extenderse a todos los demás sujetos excluidos del uso exclusivo del recurso objeto de aquella convención.

En definitiva, a juzgar por eventuales aplicaciones que podría tener el principio paretiano, parece cuestionable su compatibilidad con la concepción de libertad que dice presuponer. Esto es consecuencia de la reducción del problema justificativo a la evaluación de los estados finales resultantes de la distribución contractual de los derechos y deberes contractuales. Que el paretianismo pueda justificar normas contractuales que imponen deberes contractuales *más allá* del contenido del consentimiento de las contratantes, la independencia interpersonal no parece sostenerse. Además, si se comprende el derecho privado desde el principio de que no existe responsabilidad por *nonfeasance*, entonces el principio del paretianismo no sólo es censurable desde sus implicancias morales, sino también por su inidoneidad para justificar la práctica contractual.

9.4.2.2. EL PARETIANISMO Y LA VOLUNTARIEDAD

La indiferencia que el paretianismo muestra con respecto de la distinción entre *misfeasance* y *nonfeasance* trae otra dificultad para la defensa de este principio, pues del principio de libertad contractual, que puede ser sintetizado como la prohibición de que alguien sea forzado a contratar contra su voluntad, parece seguirse que es necesario hacer abstracción de las cuestiones contingentes a las partes, como lo son las necesidades y urgencias que el contrato podría satisfacer²³². De tener razón BENSON, el paretianismo no lograría dar con una adecuada explicación de por qué la voluntad sería una condición necesaria de los intercambios contractuales, pues ello presupone contar con una teoría de los derechos previos a las consideraciones de bienestar²³³. Y, debido a lo anterior, es que tanto BENSON como HEVIA tendrían razón al atribuir al paretianismo una valorización de

²³² BENSON, 1989: 1138.

²³³ BENSON, 1989: 1139.

las interacciones voluntarias como meras ocasiones para la obtención de fines distributivos, como lo es la satisfacción de un determinado patrón distributivo²³⁴.

De ser correcta esta interpretación de la propuesta de KRONMAN, el principio paretianista enfrenta un problema de transparencia que, difícilmente, puede salvar²³⁵ pues, difícilmente, los participantes de la práctica contractual entienden que sus razones para cumplir con lo pactado se desprenden de la deferencia hacia el bienestar de la contraparte. Claro está que, en determinadas ocasiones, este tipo de razones pueden ser pertinentes en el derecho contractual, si se piensa en los contratos gratuitos referidos en el art.1440 CC²³⁶. Respecto al contrato de donación, por ejemplo, es un lugar común en la doctrina afirmar que la causa de ese acto jurídico es la pura liberalidad del donante, *ex art. 1567 inc. 1º CC*²³⁷, pero de esto no se sigue que dicho contratos sean vinculantes por esa sola circunstancia. Afirmar lo contrario, implicaría confundir la causa del contrato con otro de sus elementos esenciales, el consentimiento²³⁸.

Así las cosas, el paretianismo fallaría en entregar razones para distinguir a los contratos de otras instituciones que también tienen fines distributivos y redistributivos pues, según interpretan esta crítica, para el paretianismo, el fundamento moral del contrato, antes que la voluntad del contratantes, se encuentra en un deber positivo de compartir²³⁹. De esto podría desprenderse que el paretianismo, en su intento de construir un fundamento de aceptabilidad moral alternativo al de la voluntad, es una noción que se autoderrota, ya que de tener éxito, la aplicación del principio del paretianismo termina por privar al contrato del contenido normativo que la práctica contractual identifica que le es propio²⁴⁰.

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ Como explica SMITH, una buena teoría sobre el derecho de los contratos debe ser consistente con la autocomprensión que los participantes de la práctica contractual tienen sobre ella, es decir, que “*the reasons legal actors give for doing what they do are their real reasons*”. SMITH, 2004: 24-25.

²³⁶ Art. 1440. “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

²³⁷ Art. 1467 inc. 1. “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente”.

²³⁸ Art. 1444. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Art. 1445. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1º que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

²³⁹ BENSON, 1989: 1140.

²⁴⁰ BENSON, 1989: 1140.

9.4.2.3. PARETIANISMO, AUTONOMÍA E IGUALDAD

BENSON concluye su crítica contra el paretianismo estresando las consecuencias de la ausencia de una noción que justifique la propiedad individual (en un plano pre distributivo), atribuyéndole por esa razón la incapacidad de satisfacer el imperativo categórico de tratar a los individuos pertenecientes a la clase contratante como fines en sí mismos²⁴¹.

En primer lugar, BENSON propone que el principio en cuestión es inconsistente con el principio de autonomía. Dado que KRONMAN suscribe una noción de igualdad definida en torno a la consideración de todos los recursos como bienes comunes, el paretianismo podría legitimar prácticas como la esclavitud y otras semejantes, pues existen esquemas de interacción voluntaria en los cuales, aun cuando las partes acuerden que *a* pueda usar el cuerpo de *b* conforme a sus propios designios, ambos resulten mejor en comparación con la situación en que no ocurra²⁴².

A primera vista, la objeción luce contundente puesto que, dada la particular comprensión que KRONMAN tiene de la voluntad como un concepto vacío, la aceptabilidad moral del contrato *justificado* por el principio del paretianismo es afirmada por la sola referencia a la legitimidad de la interferencia ajena en el contratante explotado, constatada por referencia al contexto en el cual tiene lugar el aprovechamiento. Sin embargo, podría alegarse que este argumento se construye sobre una *reductio* que atribuye a la tesis de KRONMAN una implicancia filosófica que no tiene. Y no parece de todo atendible considerando que, enfrentado a un contrato como el del caso, la pregunta central que un juez paretianista se haría no sería por los efectos patrimoniales desfavorables que sufre el *dominus* por el incumplimiento de Espartaco, sino que se detendría en el problema moral primordial de la aceptabilidad de una obligación donde la acción debida ϕ implica una renuncia inaceptable a la libertad personal, de manera tal que la razón que sustentará el probable rechazo de la pretensión del acreedor será referida a dicha circunstancia, y no a la pertinencia o impertinencia del remedio contractual. Si, entonces, la acción de cumplimiento es rechazada, no es por un problema de justificación del remedio, sino por

²⁴¹ BENSON, 1989: 1141.

²⁴² Dice BENSON: “The point is that for paretianism enslavement is, morally speaking, a possibility that can in principle be unqualifiedly legitimate and, for this reason alone, paretianism is unable to vindicate the moral ideal of personal boundaries required by the liberty principle and, according to Kronman, by a morally acceptable theory of rights”. BENSON, 1989: 1142.

la concurrencia de un vicio que afecta a la obligación de primer grado a la que es instrumental.

9.4.3. TERCERA OBJECIÓN: LA CRÍTICA DE LA INSUFICIENCIA

Si el paretianismo parece conducir a resultados inaceptables desde el punto de vista del principio de libertad, queda por preguntarse aún si es apto para fundamentar una teoría normativa de orden distributivo. Con ello en cuenta, corresponde ahora abocarse a la evaluación de la teoría contractual de KRONMAN desde esos supuestos distributivos, y en particular sobre su aptitud como teoría distributiva, ejercicio que resultará en la tercera objeción -y final- que se tratará en este trabajo, la cual será identificada como la crítica de la insuficiencia.

9.4.3.1. ¿ES EL PARETIANISMO UN CONCEPTO DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA?

Como fuera explicado, la justicia distributiva tiene que ver, esencialmente, con la justificación de la manera en la cual son asignados recursos de una sociedad determinada, a lo cual debe agregarse que esta asignación adquiere la forma de una relación entre el ciudadano y la comunidad, esto es, una relación que ARISTÓTELES ilustra como la que existe entre la parte y el todo. Esta característica de la justicia distributiva muestra la vocación pública de este principio, pues ella informa las asignaciones de los recursos de una sociedad *más allá* de aquellas obtenidas a través de los mecanismos privados de intercambio, según lo ordene un sujeto público sobre fundamentos que pueden tomarse como expresiones institucionalizadas del *ethos* de esa comunidad, como sería recompensar el mérito o proteger a las personas más vulnerables. En este sentido, la cuestión que se examinará es la plausibilidad de la comprensión del principio del paretianismo como un principio distributivo en los términos recién los expuestos.

Si se reexamina la construcción de KRONMAN se observa, ante todo, que el principio del paretianismo es un dispositivo teórico dirigido a reconciliar la preocupación típicamente distributiva por las condiciones materiales de los intercambios voluntarios, con los presupuestos libertarios de los que se desprende su indiferencia hacia estos estado de cosas. Su ventaja, en este sentido, es que puede demostrar que resultados más o menos cercanos a una noción de justicia material también pueden ser obtenidos por principios nominalmente opuestos, como el de la libertad individual²⁴³.

²⁴³ KRONMAN, 1980.

Sin embargo, esta clase de argumento envuelve una falacia *non sequitur* pues, de la aptitud compartida de dos teorías para fundamentar un mismo enunciado, no se sigue que exista entre ellas una relación conceptual de identidad. En este sentido, evaluar el eventual éxito de la tesis kronmaniana debe sólo probará que en la justificación libertaria de los intercambios voluntarios las circunstancias materiales que ella considera deben ser consideradas, mas no demuestra que ella sea por sí misma suficiente para justificar la institución contractual.

También debe notarse que KRONMAN no es claro con respecto a qué concepción de justicia distributiva adscribe²⁴⁴. En el mejor caso, lo que puede extraerse del test paretianista es que su aplicación puede anteceder a decisiones legislativas en favor de una clase de contratantes, mas no explicita qué consideraciones toma en cuenta para determinar que ella es merecedora de una clase especial de protección. Ciertamente, la pretensión de KRONMAN es mucho menos ambiciosa, ya que en último término es un principio cuya aplicación tiene el solo propósito de justificar la normatividad del consentimiento válidamente otorgado por los contratantes, pero indubitablemente la adopción de una perspectiva teleológica no transforma, por ese solo hecho, una tesis en distributiva. La introducción de este matriz, que pudiera ser utilizado para argumentar una defensa al paretianismo de alguna de sus críticas más usuales, será considerado para proponer, en cambio, que esta concepción del contrato es de carácter deontológica (antes que teleológica) y, por implicancia, no distributiva. Siendo esto consecuencia de que su fundamento inmediato radica en la libertad individual (entendida como libertad negativa), la justicia sustantiva que podría obtenerse como efecto de la aplicación de la regla paretianista es un simple resultado colateral de su aplicación.

En efecto, el propósito fundamental del principio del paretianismo es mostrar una visión distributiva del derecho de contratos compatible con los presupuestos del libertarianismo.

El propio KRONMAN lo explicita al formular el estándar paretiano:

Lo que propongo es una simple prueba, similar en forma al principio de diferencia de Rawls, en cuya virtud pueda decidirse qué tipos de aprovechamiento deberían permitirse y cuáles no, y argumentar que esta prueba es la que los libertarios deberían aceptar como más compatible con las premisas morales del propio libertarianismo²⁴⁵.

²⁴⁴ Cabe anotar que, tal como en *Contract Law and Distributive Justice*, KRONMAN permaneció silente sobre este particular en otros trabajos de su autoría. HEVIA, 2013: 19, n. 1.

²⁴⁵ KRONMAN, 1980: 474-475.

Si esto puede tomarse como una descripción metodológica del paretianismo, llama la atención que, antes de asumirse este punto como un argumento pro distributivo, el paretianismo parece ser una teorización con una pretensión más modesta que aquella que le atribuyen sus críticos. Esto, debido a que el principio propuesto parece ser, ante todo, un constructo teórico para reconciliar la preocupación por las condiciones materiales de los contratantes un constructo que transforma en necesaria para el libertarismo la consideración hacia las circunstancias que en concreto pueden afectar a contratantes reales.

De ser así, obsérvese que la preocupación por la parte contractual explotada se confunde con la vinculación del principio del paretianismo con la justicia distributiva. No obstante lo anterior, la pregunta de origen de la propuesta de KRONMAN parecía sugerir algo más, la justificación de la atribución de un rol distributivo, necesario y excluyente, al derecho de contratos: “Más allá de esto, se ha sugerido que el derecho contractual también debería emplearse como un instrumento de justicia distributiva, y que aquellos responsables de elegir o diseñar sus reglas -tribunales y legislaturas- deberían hacerlo teniendo en cuenta los efectos de esta clase, en un esfuerzo autoconsciente por lograr una división justa de la riqueza entre los miembros de la sociedad”²⁴⁶.

9.4.3.2. REEVALUACIÓN DEL CARÁCTER DISTRIBUTIVO DEL PRINCIPIO DEL PARETIANISMO

Si bien lo recién expuesto permite cuestionar la vocación distributiva de la tesis de KRONMAN, aun no parece ser suficiente para descartar todo cariz distributivo del principio. En atención a esto, lo que se intentará esclarecer en esta sección es la manera en la cual el test fundado en el principio del paretianismo podría conducir a una justificación distributiva del derecho de contratos, desde la perspectiva del tipo de relaciones que son objeto de su justificación.

Pues bien, según se adelantó, KRONMAN caracteriza al paretianismo como un principio “eminente igualitario”, que tiene como fundamento el interés de quienes sufren la explotación contractual²⁴⁷. Su preocupación distributiva, por tanto, recae sobre una particular clase de sujetos, la de los contratantes en cuyo perjuicio su contraparte pretende

²⁴⁶ KRONMAN, 1980: 472.

²⁴⁷ KRONMAN, 1980: 493.

obtener una ventaja. Pero, cabe preguntar, ¿es este interés suficiente para caracterizar su propuesta como distributiva?²⁴⁸

Responder esta interrogante equivale a situar el *locus* filosófico de la teoría kronmaniana, en tanto distributiva, en el contexto más general de la justificación de las instituciones sociales. Y, siendo explícita su vocación contractual, es conveniente observarlo en contraste con teorías que, teniendo una vocación distributiva más general, niegan un lugar relevante para este ideal de justicia en material contractual, a saber, la propiciada por la justicia como equidad de RAWLS.

Como explica RAWLS, la justicia política es, en esencia, la concepción de una sociedad como un sistema de cooperación social justo²⁴⁹. En contraste con el principio utilitarista orientado a la maximización del balance neto de satisfacción individual, el esquema rawlsiano se ocupa de la distribución de los bienes primarios (esto es, aquellos indispensables para la persecución individual de los planes de vida) de forma tal que favorezca a todos²⁵⁰. Dice RAWLS: “Todos los valores sociales (libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases sociales del autorrespeto) deben distribuirse por igual, a menos que una distribución desigual de alguno o todos estos valores beneficie a todos”²⁵¹. La distribución rawlsiana, pues, no exige que la libertad para perseguir los planes de vida individuales tenga menor peso ante los requerimientos de la comunidad. Por el contrario, dada la prioridad lexicográfica del primer principio de justicia, la aplicación del principio de diferencia sólo tiene lugar una vez que esté asegurado su establecimiento la redistribución puede tener lugar. Luego, es en este lugar de subordinación donde un esquema de desigualdades estaría justificado, si y solo si favorecen a todos, incluyendo a quienes resultan perjudicados por ellas²⁵².

²⁴⁸ Ha de tenerse en cuenta que Kronman directamente argumenta que, sin perjuicio de la cercanía formal entre el test paretianista y el test paretiano, su proyecto teórico no es de orden utilitarista. KRONMAN, 1980: 487.

²⁴⁹ RAWLS, 2001: 6. Sobre la posición de RAWLS se profundizará en el último capítulo de este trabajo.

²⁵⁰ GARGARELLA, 1999: 37; RAWLS, 1971: 22.

²⁵¹ RAWLS, 1971: 62. Esta idea general se encarna en dos principios de justicia, que son expresados de la siguiente manera: “(a) Todas las personas tienen el mismo derecho irrevocable a un esquema completamente adecuado de libertades básicas iguales, cuyo esquema sea compatible con el mismo esquema de libertades para todos; y (b) Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primero, deben vincularse a los cargos y puestos abiertos a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades; y segundo, deben ser para el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad (el principio de diferencia)” RAWLS, 2001: 43. Con todo, los alcances de los principios de justicia rawlsianos, en lo atinente a la justificación distributiva del derecho contractual, son desarrollados en el último capítulo de este trabajo. *Infra* §25.

²⁵² RAWLS, 2001: 43.

Volviendo a KRONMAN, se aprecia sin dificultad que las justificaciones propiciadas por el paretianismo y los principios de justicia rawlsianos, si bien cercanas, presentan entre sí algunas diferencias que deben ser destacadas. Ante todo, el principio de la diferencia justifica desigualdades estructurales si funcionan globalmente en beneficio de los peor situados mientras que, en el esquema de KRONMAN, el paretianismo autoriza los aprovechamientos interpersonales siempre y cuando, en el largo plazo, funcionen en beneficio de la clase de los explotados de esos contratos. Esta diferencia muestra, con claridad meridiana, dos implicancias teóricas relevantes. La primera, y más evidente, tiene que ver con las clases de sujetos cuyos intereses son relevantes para efectos de justificar medidas distributivas o redistributivas. Mientras el foco rawlsiano es amplio en tanto se preocupa de una clase que identifica como peor situados de la sociedad en términos de bienes primarios. El foco kronmaniano, en cambio, se limita a los intereses de los contratantes, cuestión que resulta natural para cualquier teórico contractual considerando que el efecto relativo del contrato y la doctrina del *privity* que identifican distintivamente esta clase de convenciones.

La exposición de estas diferencias permite resaltar la problematización de la caracterización del paretianismo como un principio distributivo aplicable a los intercambios contractuales. Mientras el principio paretianismo está formulado como un principio a justificar excluyentemente las reglas contractuales, entre las interpretaciones tradicionales del pensamiento rawlsiano domina la comprensión del principio de justicia distributiva no es, siquiera, pertinente a las interacciones privadas. El problema de la justicia social, según esa línea de pensamiento, es distinto del problema de la moralidad de las acciones cotidianas de los individuos, de manera tal que el ejercicio propiamente distributivo respecto de los bienes primarios es un *presupuesto institucional* al entramado de interacciones particulares que pueden tener lugar en una sociedad²⁵³. De ahí que tenga sentido observar que, eventualmente, el fruto de estas interacciones bien pueda significar un alejamiento del patrón distributivo justificado por los principios de justicia, de manera tal que, *a posteriori*, habrá de tener lugar un proceso redistributivo, primordialmente a través de la aplicación de un sistema impositivo²⁵⁴.

9.4.3.3. LA INDETERMINACIÓN DEL PATRÓN DISTRIBUTIVO PARETIANISTA

²⁵³ RAWLS, 1971: 3.

²⁵⁴ RAWLS, 1977: 164.

Finalmente, y en cercana conexión con la crítica de la insuficiencia distributiva, la aplicación del principio paretianista también parece propiciar efectos que difícilmente son compatibles con los postulados del principio de justicia distributiva y con la práctica contractual. En particular, se intentará mostrar que la amplitud de los términos en los cuales el principio es formulado permite, potencialmente, justificar reglas regresivas que directamente atentan con el fin distributivo que persigue, esto es, la prohibición de explotar al otro.

En efecto, si se analiza el principio paretianista (la explotación entre contratantes está prohibida salvo en cuanto ella favorezca, *a la larga*, al contratante explotado), la ausencia de algún criterio normativo adicional genera la consecuencia, incompatible con una descripción del derecho contractual, de ordenar ponderar, junto a los intereses ordinariamente relevantes en esta disciplina (principalmente el interés contractual negativo y, de admitirse, el interés contractual positivo), estados de cosas que, según sus reglas, están excluidos de su evaluación. En otras palabras, la aplicación del principio da lugar a una paradoja pues, mientras el deudor podría alegar el perjuicio “paretianista” para demandar la terminación del contrato, el acreedor no podría invocarlo para fundamentar la acción de indemnización respecto de los perjuicios indirectos del incumplimiento²⁵⁵.

Al anterior problema, que podría considerarse de sobre inclusión, se agrega el inconveniente de que la aplicación del principio también exigiría atender a la situación de terceros a la convención, fuera de las hipótesis jurídicas que autorizan a hacerlo. Si bien, como será visto, la distinción dogmática entre partes y terceros no es tajante, es un principio general del derecho de contratos que los efectos del vínculo obligacional no pueden extenderse directamente hacia quienes no lo han suscrito²⁵⁶. Empero, a la luz del principio, además de la situación relativa de los contratantes también sería relevante la relativa a sujetos que, sin perjuicio de estar indeterminados a la época del otorgamiento del consentimiento, podrían eventualmente ostentar la calidad de potenciales afectados derivado de esa relación²⁵⁷.

²⁵⁵ La indeterminación del principio del paretianismo también produce otros resultados difícilmente explicables. Por ejemplo, en el caso del comprador experto, puede admitir la obligación de informar en atención a factores que no son, propiamente, el problema del equilibrio económico, como lo sería la potencial e incierta peligrosidad del mineral para la salud del vendedor.

²⁵⁶ Dogmáticamente, la distinción entre partes y terceros no es tajante pues, dentro de la última clase de sujetos, algunos detentan una posición jurídica dependiente de los derechos de uno de los contratantes, como es la situación de los causahabientes.

²⁵⁷ BENSON, 1989, p. 1132.

En último término, también debe anotarse cierta ambigüedad en cuanto a la caracterización del contratante en cuyo interés la regla produce su efecto distributivo. La única consideración relevante la aplicación del principio es la consideración del aprovechamiento que sufre quien queda obligado a φ , *prejuzgando* que quien sufre la explotación es una persona menos favorecida que quien se favorece de esa debilidad, posición que puede generar resultados regresivos que ponen en entredicho la aptitud distributiva del principio. Volviendo al ejemplo del comprador experto, la calificación de la explotación de la ignorancia del vendedor por parte del geólogo no cambia, aún si el comprador es un geólogo recién egresado de su facultad de humildes orígenes, y el vendedor un magnate terrateniente que subutiliza el recurso. En el fondo, de acuerdo con la concepción de KRONMAN, quien se obliga contractualmente asume una limitación a su libertad cuya justificación sólo responde a una evaluación externa de esa limitación en atención a sus estados finales y utilidades. Luego, puede acotarse que, antes que una evaluación en términos de justicia sustantiva, el paretianismo ofrece una tesis igualitarista en clave libertaria.

Y esto no es un problema para la tesis, pues abiertamente persigue ese resultado. ¿Cómo sería compatible, en ese caso, la solución que propone KRONMAN con la declarada esencia distributiva del principio, esto es, la redistribución equitativa de la riqueza?²⁵⁸.

10. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

El mérito de las observaciones y críticas enunciadas es suficientemente robusto como para cuestionar la validez del principio del paretianismo. Los problemas sintetizados en las críticas de la estructura bilateral y de la autonomía, en efecto, ponen en evidencia que este principio es especialmente problemático como para dar cuenta, apropiadamente, de rasgos centrales del ordenamiento contractual. La ausencia de un fundamento sustantivo de justicia distributiva, anotada como la crítica de la insuficiencia, da cuenta que la manera en que el principio paretianista se ocupa de la situación material de los contratantes lo acercan más a una teoría libertaria del contrato, que a una teoría distributiva propiamente tal.

En este orden de ideas, de la misma forma que sus críticos le atribuyen instrumentalizar la relación contractual a una mera ocasión para hacer justicia distributiva, también puede afirmarse que la obtención de un resultado distributivamente justo es contingente al

²⁵⁸ Esto, desde luego, también es observado por críticos a las teorías distributivas, en razón el principio de igualdad formal como único resguardo a la libertad individual.

paretianismo. Con todo, la teoría contractual que propone KRONMAN puede ser replanteada a fin de salvar algunas de sus principales objetores, en particular con respecto a las críticas de la estructura bilateral y de la autonomía. Siguiendo la reconstrucción de PAPAYANNIS, la concepción de KRONMAN comprende dos tesis que, si bien vinculadas, no son enteramente dependientes una de la otra. La primera de ellas es asumir que el principio del paretianismo es una teoría sobre la normatividad del consentimiento en la práctica contractual. En esta interpretación, el propósito del principio es hacer efectivo el imperativo moral que se desprende del principio de libertad individual, en términos tales que sólo hay lugar en el derecho de contratos para aprovechamientos legítimos, mientras que la segunda tesis, se desprende de la respuesta de KRONMAN a los liberales rawlsianos quienes ven desfavorablemente la idoneidad del derecho de contratos como un mecanismo de redistribución de la riqueza²⁵⁹. De esta forma, la crítica de la estructura bilateral, y en particular su asunción de que el principio reduce al contrato a una instancia para concretar un ideal distributivo, es parcialmente desarticulada en tanto este resultado no puede inferirse válidamente de la primera tesis²⁶⁰.

Empero, reconoce PAPAYANNIS, de esta defensa se obtiene que el paretianismo, antes que una teoría justificativa del derecho de contratos como un todo, es meramente una tesis apta para justificar limitaciones a la libertad contractual. En otras palabras, el paretianismo es una tesis negativa antes que positiva sobre la validez de los intercambios voluntarios. pues más que justificar la fuerza obligatoria de las convenciones, fundamenta la ineficacia del consentimiento expresado en la medida que perjudique a la parte explotada²⁶¹.

Con todo, aun si la tesis de KRONMAN lograra sortear los problemas que usualmente las tesis distributivas del contrato enfrentan, como los problemas de la neutralidad y la objeción de la estructura básica²⁶², lo hace al costo de asumir abiertamente una concepción libertaria del fenómeno contractual. El proyecto de KRONMAN, en su empresa de defender la aptitud distributiva del derecho de contratos, termina construyendo una teoría libertaria de la institución.

²⁵⁹ PAPAYANNIS, 2016: 325-326.

²⁶⁰ PAPAYANNIS, 2016: 326.

²⁶¹ PAPAYANNIS, 2016: 327.

²⁶² *Infra* §24.

CAPITULO SEGUNDO
TEORÍAS DISTRIBUTIVAS DUALISTAS
LA JUSTICIA EN LAS TRANSACCIONES DE BENSON

11. GENERALIDADES

El fracaso del proyecto distributivo de KRONMAN no invalida las voces críticas al modelo conservador del contrato, que reclaman de esta institución alguna incidencia en la distribución y redistribución de la riqueza. Después de todo, el punto que señalan estos autores, este orden normativo no puede ser completamente justificado desde una propuesta exclusivamente deontológica, como lo son las teorías de la voluntad (tradicional en el ámbito del derecho contractual chileno) y promisorias (dominante en los ordenamientos anglosajones)²⁶³. En efecto, una lección que debe extraerse de la evaluación del paretianismo es no perder de vista la necesidad de contar con una concepción del contrato que, junto con mantener su integridad conceptual, satisfaga al mismo tiempo el criterio de aptitud para describir la práctica sobre la cual teorizan²⁶⁴. En un sentido más concreto, una buena teoría del contrato no sólo debe ocuparse de justificar la institución a partir de sus rasgos tradicionalmente paradigmáticos, sino que también proveer de una explicación y justificación de normas periféricas de la institución, y que cuyo desarrollo ha significado tensiones conceptuales.

De ahí, pues, que el propósito de esta sección será examinar los intentos que en la teoría del contrato se han dirigido a satisfacer estos requerimientos, lo que servirá como antecedente para evaluar la hipótesis principal de esta investigación que propone la necesidad de comprender el derecho contractual con elementos de justicia distributiva como un principio pertinente a los efectos de teorizar sobre el orden contractual²⁶⁵.

²⁶³ Para los efectos de esta sección, se tomará como la principal característica común entre las concepciones deontológicas, y particularmente de lo que SANDEL denomina liberalismo deontológico, la primacía de un concepto de *corrección* por sobre cualquier concepción substantiva sobre el *bien* que cada persona puede legítimamente perseguir (SANDEL, 1998: 1). La dicotomía expresada como lo “correcto” y lo “bueno” corresponde a los términos originales en inglés *right* y *good*.

²⁶⁴ Cabe puntualizar que, siguiendo a STAVROPOULOS, el concepto de práctica que aquí se emplea se refiere a las acciones legalmente relevantes de las instituciones políticas de un sistema determinado. STAVROPOULOS, 2014: 1.

²⁶⁵ Esta categoría se refiere a las reglas jurídicas que comparten supuestos fácticos vinculados a la incertidumbre, el desconocimiento de su futura ocurrencia a la época de la celebración del contrato, o bien de infortunio, no atribuibles a la agencia de los contratantes. En tales situaciones, dicha categoría funciona como un límite a las obligaciones contractuales y a los remedios derivados de su incumplimiento. *Infra* §18.

12. CONSIDERACIONES PREVIAS

El estado de cosas en el cual se encuentra el derecho de contratos es más complejo de lo que las formulaciones tradicionales o conservadoras describen. En efecto, tal y como son usualmente presentadas las concepciones deontológicas (es decir, caracterizando las obligaciones contractuales como obligación de no violar los derechos individuales de los contratantes²⁶⁶), la sofisticación del tráfico jurídico plantea la necesidad de adaptar las normas tradicionales incorporando, progresivamente, numerosas excepciones y matizaciones a la fidelidad hacia los modelos clásicos contractuales. El panorama contemporáneo del derecho contractual (particularmente, los desarrollos en torno a reglas tales como las que establecen el efecto relativo de los contratos o *privity*, aquellas que gobiernan la formación del consentimiento, la causa y la *consideration* y el efecto horizontal de los derechos fundamentales), muestran que la preocupación por la moralidad de las obligaciones contractuales ya no se restringe hacia la constatación de las condiciones eminentemente formales, sino que se ha expandido hacia preocupaciones que rompen con la unidad formal *vis à vis* del derecho de contratos, cediendo a la preocupación por los efectos que la contratación representa para una comunidad las cuales, como se ha sostenido en la literatura, no se restringen a la esfera privada de los contratantes²⁶⁷. En otras palabras, la evidencia doctrinaria muestra que en la práctica contractual conviven consideraciones que atienden a la integridad de la voluntad expresada, que da sentido al principio *pacta sunt servanda*, junto con la atención de cómo la institución puede afectar la calidad de vida de otros, contratantes y aun terceros, más allá de preocupaciones clásicas del derecho de los contratos, como lo son la exigibilidad de la obligación contraída y de la satisfacción del interés del acreedor.

En este orden de ideas, al no ser equivalentes la justificación de una práctica y la justificación de las acciones que tienen lugar dentro de ella, la atribución de una finalidad distributiva al derecho de los contratos no implica -al menos en términos necesarios- que su satisfacción pueda ser parte de la deliberación judicial. Una versión compatibilista o mixta de la justicia distributiva contractual, pues, modera las pretensiones atinentes a la justicia sustantiva, esto es, defender la capacidad de la institución de satisfacer fines heterónomos a la voluntad de los contratantes, *dentro* de los límites resultantes de la comprensión de los intercambios contractuales como una práctica institucional decisivamente informada por el rol del consentimiento de los contratantes.

²⁶⁶ SMITH, 2007: 140.

²⁶⁷ PAPAYANNIS, 2016: 340.

13. LA JUSTICIA EN LAS TRANSACCIONES DE BENSON

Una expresión del dualismo distributivo en la justicia contractual es la concepción de la justicia en las transacciones de BENSON. A grandes rasgos, esta es una tesis interpretativa del contrato según la cual la mejor comprensión del derecho de los contratos es aquella que lo justifica moralmente atendiendo tanto a los rasgos normativo-jurídicos expresados en sus reglas y doctrinas, como al papel que la institución juega en el contexto más amplio de las democracias liberales²⁶⁸. En este sentido, el rol que corresponde a la justicia distributiva es irrelevante en el concepto del contrato pues este es, exclusivamente, una institución de justicia correctiva o transaccional, sin perjuicio de la incidencia que otros principios tienen con respecto al sistema social en el cual se desenvuelve.

El propósito de esta sección es profundizar en los principales fundamentos que subyacen a la concepción transaccional del contrato y, a continuación, evaluar críticamente las virtudes y eventuales defectos que ella puede presentar. Para estos efectos, se revisará la tesis en función de la descripción de la posición de BENSON como una teoría deontológica del contrato, pero que tiende a un dualismo explicativo y justificativo producto de ciertas concesiones que realiza el autor para abarcar aspectos de la práctica contractual contemporánea.

En las siguientes secciones se intentará demostrar este punto que resulta del todo relevante para efectos de la discusión sobre la evaluación en términos distributivos del contrato. Para estos efectos se reconstruirá la concepción contractual de BENSON, considerando su caracterización como una justificación deontológica sobre una descripción de la institución en términos transaccionales, para luego evaluar el mérito de esta teoría enfocándose en su capacidad de dar cuenta de la práctica contractual y de las reglas usualmente identificadas como manifestaciones de justicia distributiva.

13.1. SOBRE LAS INTERPRETACIONES DEONTOLÓGICAS DEL DERECHO PRIVADO

La idea de que la justicia es la principal de las virtudes sociales, que la justicia debe imponerse por sobre otros ideales morales, o que concepto de lo “correcto” tiene prioridad moral ante el concepto de “bien”, es la premisa teórica principal del liberalismo deontológico²⁶⁹. Una tesis de estas características, al tratar de la justificación del derecho, determinaría la virtual irrelevancia de valores externos a la práctica jurídica propiamente.

²⁶⁸ BENSON, 2019: 11.

²⁶⁹ SANDEL, 1998: 1.

Expresado en otras palabras, si es que el derecho es una práctica normativa justificada, esto ha de fundarse en principios morales *intrínsecos* a él, de manera tal que consideraciones externas a ella, como aquellas que atiendan a la satisfacción de una cierta concepción moral del bien, son excluidas.

Una concepción deontológica del derecho privado especialmente influyente es aquella propuesta por WEINRIB en *The Idea of Private Law*, donde lo concibe como un “modo normativamente distintivo de interacción”²⁷⁰. Asumiendo el punto de vista interno de la práctica del derecho privado²⁷¹, este autor afirma que el rasgo prominente del derecho privado se encuentra en el esquema de la relación entre la víctima de un daño y el agente perpetrador, siguiendo en el plano institucional la estructura del proceso de adjudicación de los litigios de derecho privado y, en un plano conceptual, la exigencia de que la posición que las partes ocupan en el proceso responda a la condición de que el demandado haya causado daño al demandante²⁷². En este sentido, el carácter deontológico de la teoría se aprecia en la constatación de que la relación jurídica de derecho privado tiene como antecedente un vínculo conceptual entre el derecho violado y la acción prescrita por el ordenamiento jurídico. De esta forma, el derecho privado sería internamente inteligible como un orden normativo que se expresa en la manera de justificar la adjudicación de los litigios, en tanto lo declarado judicialmente se funda en los derechos de los que las partes son titulares²⁷³.

Atendiendo al protagonismo que WEINRIB atribuye a los rasgos de la relación de derecho privado, es clara la cercanía de su teoría con el ideal aristotélico de la justicia correctiva, de cuya descripción me he ocupado previamente²⁷⁴. Sin embargo, al tratarse de una aplicación concreta del principio a una práctica conceptualmente sofisticada, es necesario precisar el contenido de la igualdad “aritmética” explícita en la formulación de la justicia correctiva de ARISTÓTELES. A estos fines, WEINRIB incorpora la noción kantiana de derecho, de manera tal que, mientras la idea aristotélica de la justicia correctiva compone la dimensión estructural del derecho privado, la noción de independencia de KANT permite construir su sustrato normativo. En otras palabras, mientras la justicia correctiva es apta para identificar la estructura justificativa de las relaciones jurídicas que gobierna

²⁷⁰ WEINRIB, 1995: 2.

²⁷¹ WEINRIB 1995: 9. Este tipo de expresiones, denominados enunciados internos, son caracterizados por HART como aquellos que exclusivamente pueden ser proferidos por quienes se sitúan en este punto de vista del practica (HART, 2012, 88; SHAPIRO, 2006: 1165).

²⁷² WEINRIB, 1995: 10.

²⁷³ WEINRIB, 1995: 12.

²⁷⁴ Supra §7.

(recuérdese, entre demandante y demandado, entre victimario y víctima del ilícito extracontractual), es la noción kantiana la que entrega el sustento de igualdad normativa cuya infracción da contenido al esquema de corrección²⁷⁵. Sobre el particular, dice WEINRIB:

La solución, entonces, al problema planteado por la referencia de Aristóteles a la igualdad radica en una explicación que integre esa igualdad con la abstracción de la justicia correctiva de la particularidad y con la correlación del hacer y el sufrimiento. Sólo la exposición kantiana del concepto de derecho, al margen de los posteriores tratamientos que incorporan sus intuiciones, da cuenta de ello. Kant entendió el derecho como la manifestación jurídica de la agencia de autodeterminación. El rasgo fundamental de esta agencia es la capacidad del agente para abstraerse de las circunstancias particulares de su situación y, por tanto, no ser determinado por ellas. En la medida en que esta capacidad es un rasgo definitorio de la agencia auto determinante, todos los agentes auto determinantes son iguales con respecto a ella. En la teoría legal de Kant, la ley original gobierna la interacción entre el autor y el que sufre en términos que respetan su estatus moral como agentes auto determinantes²⁷⁶.

Profundizando en la noción kantiana de independencia, debe anotarse que ella está asociada a la capacidad de la personas para autodeterminarse y, más ampliamente, a la noción moral de personalidad²⁷⁷. En palabras de KANT, la libertad es “la independencia de ser constreñido por las elecciones de otros”²⁷⁸, de tal manera que se trata de una idea relacional²⁷⁹. En lo referente al derecho privado, una preocupación central de la teoría kantiana es mostrar la manera en la cual cosas *externas* a las personas pueden ser apropiadas por ellas²⁸⁰ y, consecuentemente, como ellas pueden perseguir *legítimamente* sus fines autónomamente determinados²⁸¹. Luego, el tipo de relaciones que el derecho privado gobierna puede ser ordenados de la siguiente forma²⁸². En primer lugar, el

²⁷⁵ WEINRIB, 1995: 84.

²⁷⁶ WEINRIB, 1995: 81-82.

²⁷⁷ Como interpreta RIPSTEIN, la distinción entre personas y cosas está anclada en la noción de independencia. Mientras a las personas, *qua* seres libres, puede imputárseles (es decir, ser juzgadas por) sus acciones, las cosas no son sino los medios de los cuales ellas pueden servirse para perseguir sus propios planes. KANT, 2002: 50; RIPSTEIN, 2009: 14.

²⁷⁸ KANT, 2002: 63.

²⁷⁹ De ahí que, en la explicación de HEVIA, se diga que A es independiente de B si A no está sometido a las elecciones de B. HEVIA, 2013: 71.

²⁸⁰ KANT, 1991; 68. Las formulaciones del derecho privado en comento descansan, de manera importante, en la teoría del derecho kantiana, en general, y en su clasificación del derecho privado, en particular. HEVIA, 2013: 70-82; RIPSTEIN, 2009: 20. 57-144; WEINRIB, 1995: 84-113.

²⁸¹ KANT, 1991; 68.

²⁸² HEVIA, 2015: 2508.

derecho de propiedad, o derecho de bienes, referido a relaciones jurídicas entre personas que deciden perseguir, por separado, sus respectivos planes de vida; en segundo lugar, el derecho de contratos, en el evento en que dicho propósito sea perseguido conjuntamente por ellas; y, finalmente, las reglas sobre el estatus, donde si bien las partes operan de manera interdependiente, una actúa en nombre de otra de forma que una actúa jurídicamente en nombre de la otra²⁸³.

A modo de cierre, permítaseme un último apunte sobre las descripciones deontológicas del derecho privado. La conjunción de las nociones de justicia correctiva e independencia explica la virtual irrelevancia de las consideraciones sobre el bienestar de las personas participes de las relaciones que gobierna. La estructura de justicia correctiva de las relaciones prescinde de “todas las evaluaciones comparativas”, esto es, “la justicia correctiva es tan despreocupada de la riqueza o necesidad comparativa de las partes, por examen, como lo es de sus virtudes comparativas o posiciones sociales”²⁸⁴. Por su parte, la noción de personalidad es eminentemente formal, producto de que su preocupación por las leyes morales (por oposición a las leyes de la naturaleza) tienen como destinatarios a todos “sin cuestión de sus inclinaciones, por el solo hecho de que tienen razón práctica”²⁸⁵. Debe recordarse que la idea de derecho kantiana presupone en los agentes morales la posibilidad de actuar racionalmente, esto es, *libres* para elegir sin estar determinado por sus impulsos²⁸⁶. Y, en esos términos, la justicia correctiva presupone un trato igualitario a las partes de la relación jurídica: “la igualdad en la justicia correctiva no reside lo que una parte es en comparación con la otra, sino en lo que ella ha hecho a la otra”²⁸⁷.

13.2. LA CONCEPCIÓN TRANSACCIONAL DEL CONTRATO DE BENSON

En atención a lo expuesto, no es extraño observar que las explicaciones deontológicas del derecho contractual puedan ser generalizadas en términos de que el fundamento de la vinculatoriedad de esta clase de convenciones radicaría, *exclusivamente*, en la obligación de no violar el derecho correlativo de la contraparte²⁸⁸. Consecuentemente, el enunciado justificativo de la fuerza vinculante del contrato se construye en términos de protección

²⁸³ HEVIA, 2015: 2509-2510.

²⁸⁴ WEINRIB, 1995: 79.

²⁸⁵ KANT, 1991; 44.

²⁸⁶ KANT, 1991; 42.

²⁸⁷ WEINRIB, 1995: 78. Esta idea, como se verá, tendrá consecuencias en el derecho contractual (Infra §13.2.1.).

²⁸⁸ SMITH, 2004: 141.

de la autonomía de los contratantes, esto es, que el crédito de *a* contra *b* a φ es una razón para que *b* no haga sino φ ²⁸⁹.

El vínculo conceptual entre la autonomía de los contratantes y su expresión en el contrato radica en los derechos *transferidos* en virtud de esta clase de convenciones²⁹⁰. De ahí que en la literatura sean identificadas como concepciones deontológicas paradigmáticas las teorías del contrato como transferencia (*transfer theories of contract*) las cuales, como indica su nombre, comparten la premisa básica según la cual un contrato *es* una transferencia de derechos, donde el objeto de ésta es el derecho a una acción futura del deudor²⁹¹. Luego, sería una cuestión conceptual del derecho contractual que no puede atribuírsele la persecución de fines que derroten los derechos transferidos por los contratantes, de tal manera que, ante la pregunta distributiva planteada en este trabajo, su respuesta es, en principio, negativa²⁹². En la literatura se ilustra estas concepciones contractuales a través del siguiente ejemplo: si *a* vende un reloj a *b*, lo transferido en virtud del contrato no es el derecho de dominio sobre esa especie, sino un derecho *ya existente* a que *a* realice un acto consistente en la entrega del reloj a *b*²⁹³.

En el marco de las concepciones deontológicas del contrato, Peter BENSON propone la concepción transaccional del contrato, según la cual este es un acto en cuya virtud los contratantes transfieren su propiedad por la ejecución de actos “representacionales” de sus derechos²⁹⁴. Traducido al plano jurídico, el contrato sería una interacción cuyas partes adquieren *directamente* de la otra un derecho sobre el objeto del contrato.

Atendida esta descripción, en la concepción de BENSON el incumplimiento contractual sí es una pérdida *efectiva* para el patrimonio del acreedor, pues la adquisición de los derechos de propiedad comprometidos en el intercambio ocurre desde el momento mismo en que los actos jurídicamente relevantes son realizados en la formación del contrato, con independencia de cómo resulte su ejecución. Como explica BENSON:

Sin perjuicio de que, ordinariamente, el incumplimiento consiste en la pura omisión del demandado, su significado normativo es un daño ilícito que interfiere con lo que la promesa ya ha adquirido legítimamente en la formación del contrato, más que la

²⁸⁹ En términos semejantes, véase SMITH, 2004: 141.

²⁹⁰ DAGAN y HELLER, 2017: 33.

²⁹¹ SMITH, 2004: 97-98.

²⁹² Supra §7.

²⁹³ SMITH, 2004: 98.

²⁹⁴ BENSON, 2019: 3; 366.

falla en entregar beneficiar al demandante. A pesar de su forma positiva, el principio *pacta sunt servanda* debe entenderse bajo esta luz²⁹⁵.

Para finalizar, cabe subrayar que la inteligencia del derecho contractual es consistente con el principio que autores proponentes de concepciones deontológicas del contrato consideran como *uno* de los ideales normativos que organizan el derecho privado en el sistema del *common law*, aquél según el cual no existe responsabilidad por omisiones (“*there is no liability for nonfeasance but only for misfeasance*”)²⁹⁶. A la luz de este principio, el incumplimiento contractual se concibe como interferencia ilícita del demandado en el derecho del demandante de poseer y gozar al tenor de la convención²⁹⁷. Consecuentemente, el daño que se indemniza por vía remedial es la pérdida patrimonial correspondiente al derecho adquirido por el solo hecho de la transacción, de lo que se sigue una importante consecuencia para la comprensión filosófica de la institución: su fundamento de justicia corresponde a la justicia correctiva o, como la denomina BENSON, justicia en las transacciones²⁹⁸.

Así, en tanto deontológica, la concepción transaccional señala que la racionalidad interna de este ordenamiento²⁹⁹ excluye consideraciones relacionadas a la obtención o satisfacción de valores y otros propósitos ajenos al contenido del contrato, incluyendo “a los intereses, necesidades y bienestar de los contratantes”³⁰⁰. En consecuencia, la atribución de efectos jurídicos únicamente requiere el antecedente del acto representacional realizado por los contratantes, de tal manera que aquellos se vinculan a la prohibición de no afectar, *ilícitamente*, los derechos que haya adquirido el otro³⁰¹.

13.2.1. EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LA CONCEPCIÓN TRANSACCIONAL DEL CONTRATO
Junto a la concepción transaccional del contrato, que no es sino la dimensión descriptiva de la tesis en discusión, BENSON propone la justicia en las transacciones como fundamento moral de la concepción transaccional del contrato, esto es, como la concepción filosófica apta para justificar el orden contractual, en atención a su coherencia

²⁹⁵ BENSON, 2019: 368.

²⁹⁶ BENSON, 1989: 197, 2019: 369.

²⁹⁷ BENSON, 2010: 747; 2019: 367.

²⁹⁸ BENSON, 2019: 30-31.

²⁹⁹ Vinculadas, por ejemplo, a las reglas del *common law* sobre la formación del contrato (como son la doctrina del *consideration* y las reglas de *offer and acceptance*), la justicia contractual (paradigmáticamente asociada con el *unconscionability*) y al cumplimiento (vinculado a los *remes*).

³⁰⁰ BENSON, 2019: 367.

³⁰¹ BENSON, 2019: 367-368.

con la concepción liberal de los ideales de libertad (entendida en su sentido negativo de la emancipación del individuo de todo lo dado) y de igualdad (concebida como la atribución de esa cualidad a todas las personas).

13.2.1.1. PERSONALIDAD E IGUALDAD DE LOS CONTRATANTES: LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONALIDAD

En tanto teoría deontológica, la concepción transaccional del contrato asume una caracterización abstracta de la personalidad jurídica que prescinde de toda consideración hacia las circunstancias contingentes a los sujetos y que, en cambio, enfatiza en su estatus normativo como agentes propositivos que detentan poderes morales, en el plano metafísico, y derechos, en el plano jurídico³⁰².

Como fue adelantado, con respecto a la idea de igualdad que las teorías deontológicas del derecho privado y el contrato sostienen, ellas tienen una íntima vinculación con sus nociones formales, como lo es el imperativo de igualdad de trato, y el presupuesto abstracto de personalidad jurídica que prescinde de las particularidades por considerarlas irrelevantes como criterios de justificación de su situación jurídica³⁰³. En lo atinente a la justificación del derecho de contratos, la pregunta que inmediatamente surge es cómo puede ser coherente con el paradigma liberal una institución que, por definición, involucra la prerrogativa de uno de los contratantes, la parte diligente, de invocar la coerción estatal para la satisfacción de su crédito³⁰⁴. En otros términos, ¿qué puede justificar un esquema social con el principio de neutralidad liberal que intervenga de manera tan decisiva en las decisiones de los individuos?, ¿qué hace admisible que el deudor no pueda retractarse a su solo arbitrio de un contrato que celebró con otro?, ¿cómo es compatible ello con la idea de libertad negativa que presuponen la comprensión tesis deontológica del contrato? HEVIA, por ejemplo, responde a esta pregunta asumiendo una posición dualista de la justificación de las instituciones sociales, es decir, separando la cuestión sobre la justificación de los deberes de la sociedad hacia las personas de los deberes que estas se deben entre sí a partir de sus interacciones privadas, a partir de la noción rawlsiana de la *división de responsabilidad*³⁰⁵. En este sentido, de la mano de una concepción rawlsiana de personalidad normativa (en el sentido de que asume de todas las personas ciertos rasgos) y política (en el sentido de que se limita a efectos de la moral política y no de la

³⁰² WEINRIB, 1995: 76 y ss.

³⁰³ Supra §13.1.

³⁰⁴ BENSON, 2019: 12-14, 368.

³⁰⁵ Sobre este punto se profundizará en el Capítulo Cuarto. Infra §24.

moralidad privada), la concepción contractual de HEVIA presupone que el contrato es una institución que, simultáneamente, permite a las personas perseguir libremente sus planes de vida que, en tanto racionales, decidan perseguir, sin que ello implique una alteración de su responsabilidad, en el sentido que los costos de sus decisiones sean *unilateralmente* trasladadas a los demás³⁰⁶. En palabras del autor citado, el contrato “es una forma de subordinar nuestros recursos a nuestra particular concepción del bien”³⁰⁷.

BENSON, en cambio, construye la igualdad normativa de los contratantes a partir de una “concepción jurídica de la personalidad”, noción *ad hoc* para el derecho contractual conforme a la cual el ejercicio de la personalidad está indisolublemente ligado al ejercicio de las facultades que otorga la propiedad, ya que este derecho “expresa el respeto (y, por tanto, se basa en) nuestra específica concepción de nosotros mismos como personas libres e iguales”, esto es, “personas en el sentido jurídico con el poder de afirmar nuestra independencia de todo lo dado”³⁰⁸.

Los contratantes, *qua* propietarios que se vinculan jurídicamente por el ejercicio de actos representacionales de sus propiedad, ejercen dos poderes morales inherentes a su personalidad. El primero, vinculado a su capacidad para distanciarse de sus deseos, necesidades y circunstancias que permite situarlos como fines relacionados consigo mismos (*self-relating ends*) y, el segundo, correspondiente a su capacidad de razonabilidad, en cuya virtud pueden visualizar al otro como titular de una dignidad inherente e intocable a ellos³⁰⁹. El primero de estos poderes morales consiste en la capacidad para auto comprenderse en abstracción de sus necesidades, preferencias, propósitos y demás peculiaridades, incluida su particular concepción del bien. Luego, su capacidad jurídica para *adquirir*, es decir contratar, no puede ser afectada por las circunstancias contingentes que pueden rodear la adquisición. Del mismo modo, esa potencialidad para *escoger* explica por qué pueden ser moralmente *responsables* por sus actos y no como meros portadores pasivos de las contingencias señaladas³¹⁰.

Además de la capacidad de independencia, las personas tienen también el poder moral de la capacidad de razonabilidad, esto es, la capacidad para reconocer y aceptar las consecuencias normativas derivadas de su independencia, tanto para sí como para con los

³⁰⁶ HEVIA, 2013: 54-55.

³⁰⁷ HEVIA, 2013: 55.

³⁰⁸ BENSON, 2019: 390.

³⁰⁹ BENSON, 2019: 371.

³¹⁰ BENSON, 2019: 369-371.

demás³¹¹. Así, pues, mientras el primer poder permite identificar la personalidad con una idea de racionalidad definida por la capacidad de los agentes para elegir autónomamente, la capacidad de razonabilidad permite fundamentar que pese sobre ellos la prohibición de tratar a otros como meros medios para fines externos, pues unos y otros ostentan una dignidad inherente a cuyo respeto todos están obligados³¹². La razón subyacente radica en la idea de que la única manera en que todas las personas pueden ser iguales es a través de la antedicha comprensión formal de la libertad, de forma tal que todos los elementos externos de los cuales las personas, *qua* dueños, ejercen su capacidad para distanciarse son moralmente irrelevantes³¹³. Explica BENSON:

el único factor moralmente sobresaliente es que alguien ha ejercido, reconociblemente, control reconocible sobre una cosa (ya sea sin dueño o transferido) para sus propios fines. Si bien esta condición siempre es determinada por factores contingentes, no es en virtud de aquellos que se respeta el derecho de propiedad del demandante. Por el contrario, como he tratado de enfatizar, cuando contamos como personas en el sentido jurídico, todos estos factores carecen de un significado moral inherente y son vistos como tales. Luego las personas, *qua* propietarios, no se consideran desde sus particularidades, ni tampoco son respetadas por ellas. Por el contrario, el acto del demandante es respetado sólo por ser una manifestación efectiva de la independencia de la personalidad jurídica de todos esos factores contingentes, lo cual refleja la diferencia normativa entre personas y cosas³¹⁴.

Ahora bien, de esta sola descripción de los referidos poderes morales constitutivos de la personalidad jurídica no se sigue cómo el mandato de respetar su dignidad inherente puede operativizarse. Si, por ejemplo, se tuviera que evaluar la institución de las encomiendas del derecho indiano, pareciera que es plausible plantear que la capacidad expresada en el primer poder moral no está comprometida y, aún más, que es ella misma la cual puede fundamentar un régimen de esclavitud *en atención* al esclavo. El absurdo de esta solución pone en evidencia que no basta la sola mención a la capacidad moral implicada en el primer poder moral descrito para informar el o los sentidos en los cuales esta formulación del imperativo categórico puede ser violado en términos contractualmente relevantes, toda vez que siempre será posible concebir un nivel de abstracción tal que la personalidad puede ser resguardada de cualquier clase de

³¹¹ BENSON, 2019: 371.

³¹² BENSON, 2019: 371.

³¹³ BENSON, 2019: 371.

³¹⁴ BENSON, 2019: 391.

intromisión, imposición y daño³¹⁵. La cuestión clave, como se verá a continuación, para resolver esta pregunta descansa en el distinto estatus ontológico de las personas y las cosas.

13.2.1.2. LOS DERECHOS A LA INTEGRIDAD CORPORAL Y DE PROPIEDAD COMO EXPRESIONES DE LOS PODERES MORALES CONSTITUTIVOS DE LA PERSONALIDAD

A la luz de la concepción jurídica de la personalidad, y de la agencia humana comprendida con el ejercicio de actos efectivos de control sobre una cosa, el rasgo moral distintivo que separa a las personas de las cosas surge de la exclusiva capacidad de las primeras para expresar su identidad como sujeto moral y, también, del deber de no intromisión respecto de las demás personas³¹⁶.

Para reconstruir este particular argumento será necesario acometer la tarea de profundizar en dos conceptos íntimamente vinculados con estas consideraciones, a saber, el derecho a la integridad corporal y el derecho de propiedad privada, los cuales pueden ser introducidos en esta exposición denotando que la adquisición derivativa de la propiedad, si bien paradigmática, es tan sólo *una* de las posibles manifestaciones del ejercicio de la personalidad pues, antes que el control sobre algo perteneciente al mundo exterior, las personas tienen un derecho inherente y más elemental a la integridad corporal.

De esta manera, mientras el derecho a la integridad corporal -concepto más elemental, y lógicamente previo al derecho de propiedad- representa la potencialidad de agencia humana, esto es, actos efectivos de control sobre una cosa, que aún reside en el fuero interno de la persona, la propiedad viene a completar el significado normativo manifestado en el derecho a la integridad corporal³¹⁷, pues recién a través del control que puede por su intermedio ejercer sobre una cosa los poderes morales de la personalidad logran, al fin, ser exteriorizados.

Como contrapartida al ejercicio de la libertad así definida, sobre los sujetos pesa un deber de no interferir en los derechos de otros pues, como se viene diciendo, es a través del ejercicio de ellos que pueden expresar su cualidad de persona. La necesidad de que la clase de control apta para exteriorizar los poderes morales sea ejercida a través del

³¹⁵ BENSON, 2019: 374.

³¹⁶ BENSON, 2019: 380.

³¹⁷ BENSON, 2019: 381. Es importante considerar para más adelante, que una razón que obsta a la plausibilidad moral de modelos distributivos en el concepto del derecho de contratos es que muchos de ellos suponen, precisamente, la imposición unilateral del ordenamiento contractual de un deber positivo a una de las partes para favorecer a la otra.

dominio -y, por tanto, sólo sobre cosas- fundamenta por qué, los contratantes *qua* propietarios, tienen sobre sí un deber recíproco de respetar la capacidad del otro para ser dueño y, naturalmente, las consecuencias que resultan del ejercicio de esa calidad³¹⁸.

13.3. LA CONCEPCIÓN TRANSACCIONAL DEL CONTRATO

Todo este desarrollo conceptual lleva, finalmente, al ámbito de la justificación del contrato concebido como transacción, y que traslada el carácter deontológico de los fundamentos morales de la personalidad hacia esta institución. En efecto, el vínculo entre la personalidad y la propiedad tiene lugar a través de los intercambios contractuales³¹⁹, de manera tal que el contrato ha de ser justificado en atención a su aptitud para expresar los poderes morales que tienen las personas que representan la libertad e igualdad abstractamente conceptualizadas, siendo para estos efectos moral y jurídicamente irrelevantes las particulares concepciones del bien que legítimamente persiguen³²⁰. Este vínculo será revisado a continuación.

En cuanto a la concepción jurídica de la personalidad, los poderes morales que son constitutivos de ella tienen un restringido alcance, en tanto se vinculan exclusivamente con la capacidad negativa de abstraerse de las circunstancias que BENSON clasifica como irrelevantes moralmente³²¹.

El contrato, por su parte, se forma por la sola ejecución de lo que BENSON denomina actos transaccionales los cuales cuentan, simultáneamente, como expresión individual de los poderes morales propios y como reconocimiento mutuo del otro como dueños de lo transferido, lo que explica por qué lo relevante jurídicamente para la vigencia del contrato es la interacción *de una cierta manera* antes que los particulares estados mentales de los contratantes que los motivan a contratar³²². En efecto, de acuerdo con la interpretación que hace el autor de las reglas de *formation* del *common law*, el derecho de contratos sigue un principio de igualdad formal en tanto en el momento en que la oferta es aceptada, las partes interactúan entregando y tomando control de la cosa objeto del contrato, el cual a su vez también es representado en términos abstractos, a través de su valor de

³¹⁸ BENSON, 2019: 381.

³¹⁹ BENSON, 2019: 395. En la concepción de BENSON no se mencionan otras formas de adquirir el dominio además del contrato y la ocupación que denomina originaria, las formas en las cuales ellas tienen lugar están limitadas a la ocupación, como adquisición original, y al contrato, como adquisición derivada, excluyendo otras reglas que forman parte del derecho privado del *common law*, como el testamento.

³²⁰ BENSON, 2019: 391.

³²¹ BENSON, 2019: 390.

³²² BENSON, 2019: 384.

intercambio³²³. En palabras de BENSON, “me apropio de una cosa como algo de lo cual tú eres dueño, es decir, lo hago mío en esa condición”³²⁴.

El resultado no es muy distinto, aunque por sus propias razones, con respecto a las de formación del contrato al derecho chileno, pues la oferta del comprador (“te compro X al precio de 100”) presupone, ante todo, que el destinatario de la oferta puede, en efecto, disponer de ella. Del mismo modo, la aceptación (“sí, acepto venderte X por un precio de 100”) presupone que el oferente pueda disponer del bien ofrecido a cambio. Ambos actos contarían, por lo tanto, como reconocimientos recíprocos del otro como titular de los derechos transados.

De esta clase de reglas, BENSON desprende que la transacción es un acto bilateral en cuya virtud el adquirente se apropia de algo que, hasta su perfeccionamiento, se encontraba bajo el control exclusivo del tradente, sin solución de continuidad³²⁵.

En síntesis, los fundamentos filosóficos y jurídicos de la concepción contractual de BENSON descansan, más que en la voluntad de los contratantes, en la descripción del contrato como un medio a través del cual las personas recíprocamente se reconocen y respetan como personas jurídicas libres e iguales³²⁶.

13.3.1. LA CONCEPCIÓN TRANSACCIONAL DEL CONTRATO Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Con lo expuesto hasta ahora es posible mostrar el peculiar sentido en que BENSON tiene una concepción inherentemente no distributiva del contrato, en tanto su definición del contrato lo caracteriza como una transferencia de derechos, particularmente, un derecho sobre “una acción del contratante a recibir el cumplimiento de lo acordado”³²⁷. En un ejemplo de SMITH para ilustrar esta clase de teorizaciones, como parte de la pregunta analítica del derecho de contratos, supóngase que *a* transfiere un reloj a *b*, por ejemplo, regalándoselo. Según la caracterización general de esta clase de teorías, *basta* para la existencia de la transferencia la manifestación, en términos de la intención de transferir, de un lado, y de recibirla, por otro. Luego, el incumplimiento por parte de *a* involucra una

³²³ BENSON, 2019: 386.

³²⁴ BENSON, 2019: 384.

³²⁵ Sin perjuicio de la asimilación de la titularidad de derechos de propiedad como expresión de la personalidad, la concepción transaccional del contrato no exige que los contratantes sean, efectivamente, los dueños legítimos de los derechos transados. La transacción, en esta concepción, no es más que un acto de reconocimiento recíproco como titulares de propiedad. BENSON, 2019: 384.

³²⁶ BENSON, 2019: 385.

³²⁷ SMITH, 2004: 98.

afectación actual de un derecho de *b* cuyo objeto, antes que ser un derecho sobre el objeto (un reloj o lo que sea), es un derecho, intangible, al cumplimiento³²⁸.

Su peculiaridad, en este sentido, es la clase derechos sobre los cuales se afirma la identidad transaccional del contrato pues, al margen de lo que otros autores enfatizan como naturaleza personal de los derechos involucrados en la relación contractual³²⁹, en la concepción de BENSON estos derechos involucrados son, propiamente, derechos reales o de propiedad sobre un objeto externo a la personalidad, jurídicamente definida, de las partes.

Volviendo al postulado sobre la igualdad de las teorías correctivistas sobre el derecho privado, la justicia correctiva *no* considera un juicio comparativo entre la riqueza o la necesidad de los contratantes sino en cuanto a igualdad *con respecto al daño* que una de las partes de la relación de derecho privado ha inferido a la otra³³⁰.

Ahora bien, cabe preguntarse, cómo puede esta concepción exclusivamente transaccional dar cuenta de aquellas normas, doctrinas y principios usualmente vinculados a aspectos de justicia sustantiva en el derecho de contratos. En particular, el autor pone a prueba su reconstrucción del derecho contractual contra diversas manifestaciones del imperativo de equilibrio contractual expresado en el *principle of equal value*, el *unconscionability* y las reglas que rigen la compensación de los perjuicios seguidos del incumplimiento.

Considérese, en particular, las reglas que responden a los desequilibrios en las prestaciones contractuales, justificadas por referencia al principio puramente transaccional que denomina *principle of equal value* o principio de equivalencia, que es una manifestación del estándar de igualdad aritmética, esto es, de justicia correctiva o conmutativa, entre las partes contratantes relevante tanto en la formación del contrato como en los efectos del incumplimiento³³¹. En la celebración del contrato, el principio de equivalencia introduce, como condición necesaria para su formación, un imperativo de justicia contractual que ordena que los objetos sobre los que recae la transacción puedan ser tenidos, razonablemente, como equivalentes, mientras que en la fase de ejecución ilustra el funcionamiento del sistema de remedios³³².

Otro caso problemático para la concepción de BENSON se puede encontrar a propósito de los denominados *unconscionable contracts*, es decir, aquellos contratos cuyos términos

³²⁸ SMITH, 2004: 98.

³²⁹ HEVIA, 2013: 75.

³³⁰ WEINRIB, 1995: 76.

³³¹ BENSON, 2019: 389.

³³² *Ibíd.*

son severamente opresivos para una de las partes, sin perjuicio de haber sido libremente celebrados³³³. Como sistematiza BEALE, la tendencia por defecto en el *common law* inglés, por herencia decimonónica, es a no intervenir en estos contratos por muy duros que sean los términos del contrato, salvo casos calificados asociados a circunstancias personales de los contratantes que afectan su poder negociador, como la pobreza e ignorancia, donde puede tener aplicación un *equity principle*³³⁴. En *Fry v Lane*, por ejemplo, se estableció que la corte podía intervenir a propósito de un contrato celebrado por una persona que, encontrándose en las circunstancias mencionadas, no recibió un consejo independiente a las partes involucradas en el negocio³³⁵. Así las cosas, el alcance de esta doctrina es limitado por tres circunstancias: los términos opresivos de la convención, la condición de sufrir de una desventaja en la negociación y, finalmente, la conducta *leonina* del contratante que aprovecha la vulnerabilidad de su contraparte para obtener una ventaja desmesurada en la negociación³³⁶.

Pues bien, a la luz de la concepción transaccional del contrato, el *unconscionability* es interpretado como si estableciere una suerte de presunción de la intención de las partes de realizar una transacción de cosas de igual *valor*, con una equivalencia normativa antes que económica entre las prestaciones, como elemento que también informe la doctrina de la *consideration for contract*³³⁷. Como se aprecia, si existe una intención de obtener prestaciones de igual valor, esto es en virtud de una interpretación puramente transaccional, y no distributiva, del principio de equilibrio contractual. La equivalencia de las prestaciones representa una igualdad abstracta entre las partes y, por tanto, es neutral ante rasgos no constitutivos de su personalidad jurídica, sus necesidades y sus poderes de negociación³³⁸. Como se aprecia, al ser un concepto puramente transaccional en el particular sentido de BENSON, el principio de equilibrio contractual no es una expresión de una justificación distributiva para intervenir heterónomamente la relación contractual para mantener una determinada cualidad económica del contrato, sino que está comprometido con una noción normativa deontológica que, expresada desde la concepción jurídica de personalidad, es propiamente justificada por la noción de justicia correctiva (o transaccional, en esta particular concepción).

³³³ BEALE, 2008: 660.

³³⁴ *Ibíd.*

³³⁵ *Fry v Lane* (1888) 40 Ch D 312.

³³⁶ BEALE, 2008: 662.

³³⁷ BENSON, 2019: 388.

³³⁸ *Ibíd.*

Así las cosas, piensa BENSON, lejos de introducir consideraciones externas a la concepción transaccional del contrato, la doctrina o regla de *unconscionability* representa un rasgo inherente y conceptualmente necesario del derecho del contrato porque, tal como la institución general, ella encarna una representación del carácter abstracto y formalmente igualitario de los contratantes *qua* personas jurídicas³³⁹.

En términos semejantes, esta particular comprensión del equilibrio contractual también se refleja en la comprensión del sistema de remedios, desde lo que BENSON denomina *compensatory justice*, el cual es señalado como un requisito de identidad en cuanto al valor del perjuicio causado por el incumplimiento y el monto de la reparación³⁴⁰.

La incommensurabilidad asociada con la evaluación subjetiva del valor de las cosas sugiere que existen buenas razones para atribuir a la pérdida sufrida por el contratante diligente un valor normativo que permita, en tanto equivalente, *corregir* la pérdida. En este caso, el argumento no distributivo descansa en un supuesto deontológico mencionado anteriormente en cuanto a lo que los participantes de la práctica contractual no tienen derecho a requerir del otro *algo más* que el respeto a su personalidad expresada en el ejercicio de su dominio, dado que el poder moral expresado como elemento de la personalidad consiste, precisamente, en abstraerse de toda circunstancia.

13.3.2. EL COMPATIBILISMO EXTERNALISTA DE BENSON SOBRE LA JUSTICIA CONTRACTUAL

Según se ha explicado, un rasgo extendido en concepciones contractual es como las de BENSON, es que se separa el problema de la justicia contractual correctiva del problema de la equidad, o de la justicia sustantiva. Como fuera revisado, entre los autores que adscriben a las comprensiones deontológicas del derecho privado el juicio en torno a su autonomía conceptual.

Pues bien, tratándose de la concepción transaccional del contrato, si bien descansa en un fundamento moral deontológico para dar cuenta *internamente* de la justificación de la práctica contractual, existen razones para interpretar que ello no agota la justificación de esta institución. Sin embargo, como será argumentado, la propuesta de BENSON es compatible con cierta preocupación de justicia sustantiva o distributiva aun cuando ella descansa en fundamentos morales opuestos respecto de la misma institución³⁴¹, posición que denominaré compatibilismo *externalista*.

³³⁹ *Ibíd.*

³⁴⁰ *Ibíd.*

³⁴¹ BENSON, 2019: 12.

El compatibilismo de BENSON descansa en el principio de división del trabajo institucional de RAWLS³⁴², el cual permitirá introducir un argumento central para su particular formulación de compatibilismo, consistente en identificar en los ejercicios justificativos de las instituciones sociales dos niveles: uno vinculado con las condiciones de aplicación de la institución en sus propios términos y otro con la justificación de que exista esa institución. El resultado de estas asunciones será que el contrato como institución social está *directamente* justificado en los términos no distribucionales referidos pero también, *indirectamente*, admite alguna incidencia distributiva en su justificación, que no emana de su carácter normativo sino del sistema social³⁴³. A modo de estipulación, BENSON afirma que el carácter no distributivo de su concepción transaccional sólo exige que nadie sea privado arbitrariamente de ejercer las facultades que se vinculan con la propiedad, ni de la capacidad de adquirirlo³⁴⁴. En tal sentido, y dado que la concepción transaccional tiene como pretensión sustentar una teoría *jurídica* que refleja el punto de vista interno de la práctica contractual, se limita a identificar qué razones son aptas para justificar los particulares efectos que el contrato genera *inter partes*, esto es, el fundamento de derecho objetivo apto para adjudicar al litigio contractual la demanda de un acreedor insatisfecho. Luego, no puede tratar la cuestión de si el ejercicio institucionalizado de la coerción estatal puede justificarse en el contexto más amplio del sistema social ni señalar las razones que justificarían la existencia de una institución que derrote el principio de neutralidad al privilegiar el interés de la parte cumplidora en perjuicio de la parte incumplidora³⁴⁵.

De esta manera, BENSON espera demostrar que la justificación completa del derecho de contratos también necesita atender al rol que la institución juega como parte de un sistema más amplio de justicia social y, en particular, a su compatibilidad con las demás instituciones que conforman el sistema social, *qua* esquema de moralidad y justicia más completo³⁴⁶. El *quid* del compatibilismo de BENSON es la evaluación las instituciones sociales en sus propios términos, es decir, su contenido normativo inherente justifica la introducción de ideales normativos distributivos en un ordenamiento conceptualizado como puramente no distributivo, en la medida que es indirecta en tanto el principio de justicia distributiva orienta a otras instituciones que también forman parte del esquema

³⁴² Se volverá sobre la noción de división del trabajo hacia el Capítulo Cuarto de este trabajo (Infra §24).

³⁴⁴ BENSON, 2019: 392.

³⁴⁵ BENSON, 2019: 12 y 14.

³⁴⁶ BENSON, 2019: 13.

social. La pertinencia de las normas de justicia distributiva para la concepción de la justicia en los intercambios, como puede notarse, puede formularse como expresión de la relación conceptual que puede existir entre la parte con el todo.

Asumido este punto de partida, la relación entre la institución deontológica del contrato y las instituciones distributivas con las que coexiste es construida desde el principio de la división del trabajo de RAWLS. Dado que el objeto primario de su concepción de justicia son las instituciones de una sociedad, existe una división del trabajo institucional entre, por un lado, los principios que justifican la estructura básica que define los derechos y deberes de las personas y que influye en sus respectivos prospectos de vida y, por otro, aquellos principios que se aplican *directamente* a las transacciones particulares³⁴⁷. Luego, el lugar de la justicia distributiva, reflejado en los principios de la justicia como equidad de RAWLS, sólo pueda tener lugar en esa estructura básica dejando, por tanto, abierta la cuestión por la justificación de las interacciones entre ciudadanos³⁴⁸.

Recurriendo a este principio, entonces, se vislumbra una posibilidad de compatibilizar una concepción deontológica del contrato con fines distributivos. En este sentido, en su interpretación de la institución, HEVIA rescata que mientras la sociedad tiene un deber de asegurar distribución justa de recursos, las personas tienen la responsabilidad especial, como dice una HEVIA siguiendo la interpretación de RIPSTEIN, de respetar recíprocamente la libertad de otros en la persecución de sus respectivas concepciones sobre el bien³⁴⁹. Luego, la evaluación del estado en el que pueden encontrarse los contratantes, en términos de la justicia en la distribución de sus bienes primarios, es exclusivamente dependiente de la justicia o injusticia del trasfondo institucional sobre el cual las transacciones particulares operan.

En la propuesta de HEVIA, por tanto, la coercibilidad de las obligaciones contractuales es, exclusivamente, dependiente “el uso de la coerción para hacer cumplir los contratos sólo puede justificarse para hacer cumplir normas que reflejen la igual libertad”, esto es, la igualdad formal de trato entre ciudadanos³⁵⁰. Esto, dada su comprensión del contrato como una manera de “la cooperación a pequeña escala en proyectos particulares, de modo

³⁴⁷ RAWLS, 1977: 164.

³⁴⁸ Este último punto, no tratado en la argumentación original de RAWLS, muestra la diversidad de los intereses teóricos de ambos autores, cuestión que debe ser tenida en consideración al momento de evaluar el trasplante de su principio de división del trabajo a la tesis contractual de BENSON. Por lo pronto, debe observarse que ninguno construye una teoría suficientemente amplia para comprender todas las instituciones sociales, razón por la cual el principio de división del trabajo institucional adquiere un rol clave.

³⁴⁹ HEVIA, 2004: 45.

³⁵⁰ HEVIA, 2004: 46.

que cada persona ponga sus poderes a disposición de los demás” al permitir “destinar sus recursos a su propia concepción del bien”³⁵¹.

Por su parte, BENSON enfrenta el problema de la compatibilidad y la admisión de la incidencia de tesis distributivas en el derecho de contratos comprendido exclusivamente en términos no distributivos, problema que intenta resolver demostrando que no hay nada en la concepción transaccional, una vez que es tomada en sus propios términos, que *a priori* descarte alguna función regulatoria que pudiera reclamarse para los principios distributivos. Para estos efectos, BENSON intenta demostrar que su concepción transaccional, si bien formal, no comparte una de las principales tesis del liberalismo conservador, aquella según la cual el problema de la justificación de la asignación de recursos no puede descansar en un principio distributivo. En efecto, de acuerdo a NOZICK, se restringe a la corrección formal de las adquisiciones de derechos individualmente considerados, cualquiera sea el resultado que ellas generen a nivel agregado -por ejemplo, afectando las condiciones de origen que pudieran ser consideradas justas o la igualdad para adquirir derechos- negando, consecuentemente, cualquier pertinencia a los principios distributivos, entendiendo que tienen por función corregir o conformar el resultado agregado de las transacciones individuales a un patrón distributivo original³⁵².

Sin embargo, BENSON defiende, esta crítica no está disponible para su tesis contractual toda vez que, como consecuencia de su concepción jurídica de la personalidad, aquella no puede considerar ni presuponer una situación inicial distinta de los poderes morales negativos que propone. En otras palabras, el único rasgo moralmente pertinente para fundar el contrato descansa en la capacidad moral, la potencia, para expresar sus poderes morales constitutivos y distanciarse de todas las circunstancias que las rodean. De ahí que el autor descarte que su concepción transaccional sea en sí misma incompatible con la primacía distributiva en el delineamiento del marco institucional en el cual tiene lugar la práctica contractual³⁵³.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el alcance teórico de la justicia en las transacciones trasciende a la sola justificación del contrato, pues también se refiere al rol que esta institución cumple en el contexto más amplio que conforma junto a otras instituciones,

³⁵¹ HEVIA, 2004: 55. Desde luego, esta comprensión se aleja propiamente de un enfoque puramente deontológico del orden contractual, en la medida que el contrato es funcional (en un sentido laxo) a la persecución de su concepción de bien. En este sentido, HEVIA es explícito (HEVIA, 2004: 55), lo cual acerca su concepción a tesis como la de FRIED y KIMEL, y lo aleja de las concepciones de WEINRIB y BENSON.

³⁵² NOZICK, 1999: 149.

³⁵³ BENSON, 2019: 451.

particularmente, el mercado. Con este fin, BENSON no sólo debe demostrar la compatibilidad de ambos dominios normativos, sino también la particular manera en la ella es posible. La importancia de esto es evidente una vez que se constata cuáles de esas instituciones responden a principios de justicia disímiles y que operan simultánea y complementariamente, lo cual es explicado por referencia a la concepción de sistema de necesidad. El rasgo moralmente prominente de esta noción, comprensiva de las dos dimensiones del trabajo institucional, es el de servir como un sistema de cooperación para que las personas satisfagan sus necesidades individuales, proveyéndoles de un sistema de transacciones voluntarias jurídicamente coercibles³⁵⁴. El sistema de intereses, como puede observarse, implica algo más que la mera agregación de los efectos atribuibles al derecho contractual y el mercado, pues su funcionamiento como un tándem institucional reflejan sus diferentes competencias institucionales y sus distintos fundamentos morales, particularmente, con distintas concepciones de personalidad³⁵⁵. Con relación al mercado, se puede predicar que presupone una concepción de personalidad conforme a la cual las personas son comprendidas como titulares de un poder moral para perseguir su determinada concepción del bien de manera tal que, al contrario del derecho negativo fundado en el derecho contractual, ellas pueden válidamente reclamar el igual derecho a los medios, circunstancias y oportunidades de participar en este sistema, es decir, el igual acceso al mismo para la satisfacción de esas necesidades. Por el contrario, atendidos los particulares presupuestos del derecho de contratos éste *debe* permanecer en un plano estrictamente formal, pues conforme a la concepción de personalidad jurídica que presupone, sólo puede aplicarse directamente a cada transacción voluntaria celebrada teniendo, para estos efectos, los recursos normativos suficientes para resolver por sí mismo todas las cuestiones que en su contexto puedan surgir³⁵⁶.

En definitiva, la compatibilidad del carácter deontológico del derecho de contratos y el carácter teleológico del mercado es defendida reduciendo el dominio contractual del sistema de necesidades a las condiciones formalmente necesarias establecidas por las reglas del derecho de contratos, cuyo conocimiento y coercibilidad hacen plausibles las transacciones individualmente consideradas y atribuyendo al mercado con el rol de un sistema de cooperación diseñado para satisfacer los intereses sustantivos de las personas. Los principios morales que fundamentan estas instituciones, consecuentemente, son

³⁵⁴ BENSON, 2019: 452.

³⁵⁵ BENSON, 2019: 453

³⁵⁶ *Ibíd.*

distintos, atendiendo a que la significación moral-normativa del sistema de necesidades es el de un sistema de cooperación social entre personas libres e iguales³⁵⁷. En síntesis, explica BENSON que:

La idea intuitiva es esta: dado que el bienestar de todos depende de este esquema de cooperación, la distribución de beneficios y cargas debe ser tal que provoque la cooperación voluntaria de todos los participantes. Pero esto puede esperarse entre iguales sólo si existen principios razonables para la justicia de fondo.

Tales afirmaciones, se debe enfatizar, están enraizadas en la naturaleza misma y el significado del sistema de necesidades como un sistema de cooperación social justa y productiva entre personas libres e iguales. Ahora bien, en la medida en que un régimen de derecho contractual —y de derecho privado en general— surge en respuesta a las necesidades de los individuos como participantes en este mismo sistema y, por lo tanto, lo presupone, no puede negar la legitimidad de todo lo que implica este sistema, incluidas, por lo tanto, las demandas bajo este segundo aspecto³⁵⁸.

13.3.3. PRIORIDAD LEXICOGRÁFICA DEL CONTRATO Y LA CONDICIÓN DE INTEGRIDAD

Hasta el momento se ha mostrado cómo el principio de división del trabajo de RAWLS hace posible la compatibilidad de la concepción transaccional del contrato con la preocupación filosófica por la situación de los grupos menos favorecidos de una sociedad, con la interpretación predominantemente conservadora del derecho de los contratos. En su concepción original, este principio implica la prioridad lexicográfica del enunciado de justicia deontológico (vinculado las libertades básicas referidas en el primer principio) por sobre el enunciado teleológico (el principio de distributivo de diferencia), de manera que las exigencias del primer orden deben ser satisfechas antes que las segundas tengan aplicación. Luego, la operatividad de esta propuesta requiere aplicar los principios de transaccionales y distributivos, usando los términos del autor, en tándem *compatible* con la autonomía normativa del orden contractual³⁵⁹.

Estas ideas fundamentarán la que aquí se denominará condición de integridad del carácter puramente correctivo del contrato. Si esta es cumplida, los principios distributivos sólo podrían tener una incidencia indirecta en el ámbito contractual, de forma tal que las controversias inherentes a la dimensión de esa práctica jurídica, en cuya definición

³⁵⁷ BENSON, 2019: 454.

³⁵⁸ BENSON, 2019: 454.

³⁵⁹ BENSON, 2019: 456.

participa la judicatura, sólo pueden ser resueltos por referencia a los propios términos de esa práctica³⁶⁰.

Para resaltar este aspecto de la justicia en las transacciones, nótese cómo sería resuelto el caso del comprador experto de KRONMAN presentado en la sección anterior³⁶¹. Si, como pregona la concepción transaccional del contrato, el estado patrimonial en el que a la larga resulte el contratante no es jurídicamente relevante, la acción del vendedor sería, a falta de alguna razón adicional, rechazada. Y es que ante la inexistencia de una regla que establezca un deber de información en el derecho de contratos, la creación de deberes de información no es coherente con la identidad normativa del derecho privado, ni con la subyacente concepción de personalidad.

Con todo lo dicho, podría preguntarse el lector por qué habría de dar cabida en la justicia de las transacciones otra clase de principios ajenos a los directamente pertinentes a los intercambios contractuales. Una posible razón es soslayar una eventual crítica de incompletitud atendiendo a que en la práctica contractual contemporánea -y, en general, en el derecho privado- se observa la constante incidencia de normas cuyos fundamentos difieren ostensiblemente de aquellos que, tradicionalmente, son asociados a la institución. En la práctica contractual chilena, por ejemplo, se constata la presencia de la constitucionalización del derecho privado, la que importa invocar derechos fundamentales como normas jurídicas que, en algunos casos, llegan incluso a servir de *ratio decidendi* en problemáticas tan variadas como lo son, por ejemplo, la reparación del daño moral por incumplimiento contractual.

Para prevenir esta objeción, la estrategia argumentativa de BENSON se dirige a demostrar que su teoría contractual sólo se limita a una específica manera en la cual los principios distributivos -y podría agregarse, no sin cautela, cualquier otra clase de principios no correctivos³⁶²- podrían incidir en el derecho de contratos, concretamente, con aquella que identifica como aplicación directa mientras que, *a contrario sensu*, sí es plausible la compatibilidad de la concepción transaccional con la aplicación de principios de otra índole en la medida que ella sea *indirecta*³⁶³. Es por ello por lo que, en oposición a la opinión favorable a la aplicación *directa* de los principios distributivos, la asunción del

³⁶⁰ BENSON, 2019: 457; WEINRIB, 1995: 21.

³⁶¹ Supra §9.3.3.

³⁶² En efecto, según será expuesto en su oportunidad, tomando este argumento aisándolo del marco teórico rawlsiano al cual la propuesta de BENSON está anclada, pareciera que abre la puerta para la incidencia -también indirecta- de principios como el de eficiencia.

³⁶³ BENSON, 2019: 462.

presupuesto de la división del trabajo institucional permite a BENSON proponer una suerte de límite inmanente en el contrato con respecto a la aplicación de principios morales generales y, particularmente, a la de los principios distributivos en el derecho de los contratos³⁶⁴.

Como puede apreciarse, la tesis de BENSON no se aleja de la caracterización tradicional de la justicia distributiva, en el sentido que excluye este principio del ámbito de la moralidad individual, de tal manera que es inidóneo para justificar las acciones particulares asociadas a la determinación y persecución de los planes de vida de las personas. Entonces, mientras cada transacción particular, *qua* expresión de poderes morales individuales, son gobernadas por un ámbito normativo autónomo no distributivo, sí puede concederse que ellas tienen lugar sobre un trasfondo social ya establecido justificado, al menos en parte, por la justicia distributiva³⁶⁵.

De concederse este argumento, debería concluirse que el carácter intrínsecamente correctivo del contrato no impide, al menos no en términos necesarios, la aplicación de los principios distributivos pues, como BENSON afirma siguiendo a CHEREDNYCHENKO, ellos también pueden tener alguna incidencia *indirecta* en el derecho contractual³⁶⁶.

13.4. LA CONCEPCIÓN TRANSACCIONAL DEL CONTRATO BAJO ESCRUTINIO

Sin perjuicio de la crítica que se ha elaborado denunciado razones eminentemente conceptuales e interpretativas que las teorías transaccionales del contrato como teorizaciones del derecho de contratos considerado como un todo, se desarrollará a continuación otro tipo de observaciones³⁶⁷. El foco de esta subsección estará en la evaluación del mérito de la teoría contractual de BENSON en lo atinente a la fundamentación de su acercamiento hacia los principios distributivos y el rol que, conforme a ella, éstos juegan cotidianamente en la práctica jurídica. En concreto, se revisarán tres objeciones que, se espera, puedan contribuir a interpretar la concepción de la justicia en las transacciones de BENSON y evaluarlo en su mejor versión, a saber, las críticas de la incoherencia, de la incompletitud y de los bienes primarios, derechos fundamentales y el objeto de justicia distributiva.

13.4.1. PRIMERA OBJECCIÓN: LA CRÍTICA DE LA INCOHERENCIA

³⁶⁴ BENSON, 2019: 463.

³⁶⁵ BENSON, 2019: 462.

³⁶⁶ BENSON, 2019: 463.

³⁶⁷ SMITH, 2004: 102.

Un problema que presenta el argumento no distributivo de BENSON tiene que ver con su manera de resolver la incompatibilidad que, en principio, exhibirían su concepción no distributiva del contrato con rasgos normativos del derecho contractual que sí responden a ese principio. Como fuera reseñado, el autor introduce una distinción entre lo que denomina aplicaciones verticales-directas y horizontales-indirectas de los principios distributivos, con el propósito de fundar cierta compatibilidad de esta clase de principios y los principios transaccionales en la justificación global del esquema contractual. Este argumento debe ser criticado debido a que la distinción planteada no está exenta de dudas e indefiniciones, tanto porque los términos en los cuales es planteada no son claros, como porque no parece proponer una respuesta coherente con la práctica contractual. Si esta distinción no puede sostenerse, entonces la coherencia misma del esquema global de la concepción contractual de BENSON queda comprometida.

Consecuentemente, es necesario esclarecer qué quiere decir el autor cuando menciona que la justicia distributiva tiene incidencia *indirecta* en el derecho contractual. Una interpretación posible, es sugerir que la relación conceptual es una relación *mediata* entre el antecedente institucional distributivo, como el principio de diferencia, y el consecuente individual, las transacciones individuales: presupuestas la prioridad lexicográfica de los principios no distributivos y la autonomía normativa del derecho contractual, la aplicación de los principios distributivos queda limitada a la justificación de la estructura básica, es posible aceptar su pertinencia siempre y cuando satisfaga la condición de integridad. Entonces, podría defenderse la aplicación de esos valores o fines distributivos en tanto la condición mínima de integridad sea satisfecha.

La tesis de BENSON también admite una interpretación más moderada, entendiendo que la atribución de un rol indirecto a la justicia distributiva pareciera ser, más bien, concederle una cierta función expresiva o figurativa al derecho contractual en términos de distribución de la riqueza. Así, en la medida que sea satisfecha la condición de integridad (esto es, el respeto de la autonomía normativa del derecho de contratos ante la aplicación de principios morales externos a su práctica), BENSON podría proponer lo siguiente: la aplicación directa o vertical de un principio distributivo implicar la posibilidad de adjudicación de litigios contractuales sobre la base de razones ajenas al estricto vínculo deontológico de los derechos generados en virtud de los intercambios voluntarios, o bien al margen de las reglas y doctrinas que la configuran.

Sin embargo, la aplicación indirecta u horizontal no generaría tal resultado en la medida que la influencia distributiva en el derecho de contratos se limitaría, como se vio, al plano

de la fundamentación de estas reglas y doctrinas. Esto no sería otra cosa que una expresión de las diferencias, en primer lugar, entre la posición del legislador y la posición del juez, implícita en la concepción práctica y, en segundo lugar, entre justificar una práctica y justificar una acción que tiene lugar dentro de ella³⁶⁸. De este modo, puede asociarse el efecto directo con el primer elemento, y el efecto indirecto con el segundo, de forma tal que la aplicación directa equivale a su identificación con el fundamento inmediato de la decisión judicial, y su aplicación indirecta equivale a aquella que, resultando opaca al juez que resuelve la controversia, convive con los principios deontológicos que están en el fundamento de la institución contractual.

A modo de ejemplo, si *a* y *b*, decididos a asociarse para acometer colaborativamente una empresa común, optan por celebrar un contrato de sociedad de responsabilidad limitada, la única manera en la cual pueden hacer operativa esa intención común es sometién dose a las reglas jurídicas que gobiernan dicho contrato contenidas tanto en la Ley 3918 de 1923 como en el Código Civil. En términos rawlsianos, esto equivale a decir que la única forma de participar de la práctica contractual es sometién dose a las reglas que la gobiernan³⁶⁹.

Si, entonces, la práctica contractual solo puede afirmarse desde las reglas que las establecen, adquiere sentido el presupuesto de “juridicidad” de la tesis de BENSON. Y, en esos términos, también resulta legible asumiendo la distinción entre la posición institucional del legislador y la del juez. Así, el efecto indirecto-horizontal puede plantearse como el efecto justificativo que tiene un principio no transaccional cualquiera en la justificación de una norma contractual *N*, en atención a los efectos que ella produce como resultado de la satisfacción de los requisitos que conforman su contenido correctivo interno. A modo ejemplar, puede plantearse que tanto las reglas que gobiernan el derecho real de dominio están distributivamente justificadas de manera indirecta, en la medida que su aplicación justificada como instanciación de la justicia correctiva produce un resultado justificado *ex ante* como materialización de un imperativo de respetar la autonomía de los ciudadanos garantizada en normas contractuales como el art. 19 N° 24 CPR.

Con todo, dado el compromiso estricto de la concepción contractual de BENSON con los principios deontológicos (manifestada en su contenido inherentemente transaccional), la afirmación de una cualidad distributiva es irrelevante para los efectos de su justificación.

³⁶⁸ RAWLS, 1955.

³⁶⁹ RAWLS, 1955: 26.

Es más, si el carácter indirecto del instituto contractual significa que éste sólo puede ser justificado en sus propios términos como correctivo, y que su existencia tiene lugar al interior de un sistema institucional más amplio en el que caben otras justificaciones como las distributivas, podría responderse que las propiedades del conjunto como de todo no son, necesariamente, propiedades de los elementos que lo integran. Esto es especialmente evidente ya que puede suprimirse la existencia del principio externo (justicia distributiva) sin que la integridad de la justificación por el principio interno (justicia transaccional o correctiva) pierda su coherencia. Visto de otra forma, al no existir regla contractual que explícitamente pueda justificarse por la sola referencia a la justicia distributiva, este principio es justificativamente inocuo.

A mayor abundamiento, cabe agregar que el contenido normativo sugerido en la concepción transaccional impone un mínimo que define los elementos constitutivos básicos que debe contener un derecho contractual deontológicamente justificado, pues así delimitado es lo suficientemente flexible como para ser compatible con diversos esquemas de asignación de bienes. En consecuencia, se aprecia con claridad que el derecho contractual justificado de ese modo no requiere de ningún contexto institucional particular para su viabilidad conceptual como lo serían, por ejemplo, la democracia de mercado y la economía de planificación central. Siendo el contrato un mecanismo de adquisición derivativa de la propiedad, resulta útil considerar la descripción de WALDRON sobre la discusión teórica alrededor de ella, particularmente, con respecto a la identificación de dos ámbitos que, si bien vinculados, son independientes entre sí: por un lado, la cuestión analítica que se ocupa de las definiciones de los conceptos relevantes en el derecho privado, como “contrato”, “propiedad” y “propiedad privada” y, por otro, la cuestión evaluativa o normativa referida a la justificación de una determinada atribución de recursos a los sujetos, a través de mecanismos como la propiedad colectiva, la propiedad común o la propiedad individual³⁷⁰. Esta distinción evidencia cómo la estrategia argumentativa construida a partir de la condición de integridad permite la compatibilidad de la institución contractual con muchas de las restricciones a la adquisición privada cimentadas en la naturaleza del bien. En el plano dogmático se describe que el fundamento de este tipo de regímenes se encuentra en circunstancias

³⁷⁰ WALDRON, 2010: 9.

contingentes de orden económico, político y aun histórico, sin que ello implique la necesaria convivencia en un mismo sistema social de distintos regímenes de propiedad³⁷¹. Cabe también preguntarse si la compatibilidad distributiva así construida también se obtiene respecto de otros fenómenos jurídicos que se observan en la práctica contractual, como lo son los ordenamientos especiales en el ámbito del derecho del consumo y en el ámbito de la contratación pública. La duda es pertinente en tanto no parece claro en qué sentido las disposiciones de los órdenes públicos de protección puedan satisfacer la condición de integridad bensoniana. Ello es así particularmente si se atiende a la evidente distancia entre los fundamentos de estos estatutos especiales, y la concepción transaccional de BENSON, especialmente considerando el peso que tienen en ella la concepción abstracta de la personalidad jurídica y la comprensión negativa de los deberes jurídicos.

Con todo, nada obsta a que en los ordenamientos contemporáneos un sistema contractual o “paracontractual” sea legislado como, por ejemplo, el régimen de contratación administrativa de la ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios; ni tampoco a que respecto de cierta clase de bienes el derecho de contratos y la propiedad privada sean restringidos o incluso excluidos, tales como los bienes de uso público (art. 589 CC) o aquellos cuya enajenación está prohibida por el estado (arts. 1464 N° 3 y 4 1466 CC). Del mismo modo, y aún con mayor razón, la concepción transaccional también es compatible con una propuesta teórica cercana al Estado mínimo, lo que evidentemente demuestra cierto parentesco con la tesis contractual libertaria. Esto se debe, básicamente, a que para unos y otros existe una razón dominante para mantener que los deberes jurídicos que surgen a su amparo sean esencialmente negativos³⁷².

13.4.2. SEGUNDA OBJECCIÓN: LA CRÍTICA DE LA INCOMPLETITUD

En estrecha conexión a los problemas de incompletitud expuestos en el párrafo anterior, la concepción transaccional de BENSON también puede ser criticada en términos de su incompletitud para justificar el derecho de contratos, considerado como un todo. En efecto, como se expondrá a continuación, si esta crítica de la incompletitud es efectiva,

³⁷¹ Para un panorama comparado en torno a las distintas explicaciones jurídicas referidas a la temática del dominio y la posesión de los bienes, véase GORDLEY, 2006: 50. Complementariamente, con respecto a la naturaleza del bien y, en especial, su utilidad económica como criterio de apropiabilidad privada de bienes de producción y recursos naturales, véase PEÑAILLLO, 2010: 14; SÁNCHEZ, 2021; WALDRON, 2010.

³⁷² De hecho, BENSON es explícito en reconocer estas posibilidades. BENSON, 2019: 460.

(i) no sólo el argumento de la división del trabajo institucional es irrelevante sino, peor aún, (ii) no refleja apropiadamente la práctica contractual y, consecuentemente, la concepción transaccional presenta un problema de incompletitud calificado por la incapacidad de explicar reglas y doctrinas de fundamento distributivo.

Para mostrar esta objeción a la tesis de BENSON, conviene evaluar el rendimiento justificativo que ella muestra ante un rasgo de creciente importancia en la práctica del derecho privado, como lo es el de su constitucionalización, entendiéndose por tal “la comprensión, aplicación y control de todos los principios y normas jurídicas a partir del Derecho Constitucional y retornando a él”³⁷³. En la génesis de este fenómeno ha tenido un importante papel la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales, pues una de sus manifestaciones paradigmáticas es la posibilidad de aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos de derecho privado en el entendido de que, en el fondo, y como se desprende de la definición anterior de CEA, es una consecuencia (práctica, si se quiere) del reconocimiento práctico del principio de la supremacía constitucional³⁷⁴. Diríase, en síntesis, que el efecto horizontal de los derechos fundamentales explica en muchos ámbitos del derecho privado en general y del derecho de contratos en particular, que la pretendida autosuficiencia normativa de dichos órdenes no sea, en estricto rigor, posible.

Las posibilidades de aplicación de estos pueden ser clasificadas, siguiendo por ejemplo a JANA, en las categorías contrapuestas de horizontalidad directa o inmediata, de un lado, u horizontalidad indirecta o mediata, del otro³⁷⁵.

Este preciso problema tiene que ver con las razones que generan cierta hostilidad tanto para una postura tradicionalista de los derechos fundamentales como para filósofos y juristas del derecho privado. En el primer plano, el efecto horizontal no puede ser explicado desde el clásico esquema hohfeldiano de correlativos jurídicos de derechos y no-derechos o abstenciones el que, sin embargo, sí es apto para la explicación de la relación jurídica entre el ciudadano y el Estado³⁷⁶. En la influyente formulación de ALEXY, el efecto horizontal de los derechos fundamentales informa una relación jurídica

³⁷³ CEA, 1996: 11.

³⁷⁴ A propósito de la descripción del efecto horizontal de los derechos fundamentales en el ordenamiento chileno, parece razonable considerar la advertencia de MARSHALL en el sentido de que las dificultades mencionadas se vinculan a la ausencia de una norma jurídica que establezca su aplicación general en otros ámbitos del derecho. MARSHALL, 2010: 45.

³⁷⁵ JANA, 2021, 79.

³⁷⁶ HOHFELD, 1919: 35.

entre un ciudadano y Estado en la cual, mientras si el ciudadano (a) tiene frente al Estado (e) un derecho de χ , entonces e tiene frente a a un deber con respecto a χ ³⁷⁷.

El efecto horizontal también es problemático desde teorizaciones relevantes del derecho privado. En el derecho privado, y en particular en el derecho contractual, el efecto horizontal tampoco parece avenirse con la fisionomía correlativa subyacente al principio de justicia correctiva tras la concepción transaccional, pues el esquema de ganancia y pérdida correlativas de esta categoría de justicia sólo podría ser asumido como una relación en la cual la parte acreedora a es titular, en virtud de la convención contractual, de un derecho a que la parte deudora d acometa la acción u omisión ϕ a cuya realización se ha obligado, de manera tal que el incumplimiento de la obligación se traduce en que tanto la pérdida de a y la ganancia de d es ϕ . Como explica WEINRIB, el mandato de justicia correctiva es la restauración de la igualdad *normativa* en la que se encontraban las partes al entrar en la relación jurídica la cual supone la identidad del injusto y del remedio. Este esquema de correlatividad es conceptualmente ajeno a las implicancias surgidas del fenómeno de constitucionalización y del efecto horizontal³⁷⁸.

Ahora bien, lo anterior tampoco significa que la doctrina en cuestión consista en la mera atribución de efectos *erga omnes* a los derechos fundamentales pues, siguiendo la explicación de ALEXY, el efecto horizontal implica algo más que una mera sustitución de los sujetos que eran relevantes en el vínculo jurídico ilustrado por el derecho y el deber de χ . Mientras éste vínculo ciudadano/estado tiene lugar entre un titular de un derecho y un no titular, la doctrina del efecto horizontal se trata en cambio de una relación entre ciudadano/ciudadano, esto es, entre sujetos titulares de derechos fundamentales. De allí que la doctrina del efecto horizontal sea también identificada como el alcance de los efectos de derechos fundamentales a *terceros*, es decir, a quienes no tienen el deber correlativo de respetarlo (o no, al menos, en los mismos términos que el Estado)³⁷⁹.

Las consideraciones previas, además de clarificar conceptualmente la fisionomía de esta particular doctrina, también permiten esclarecer la manera en la cual ella opera en la práctica jurídica. Cabe agregar en relación con el efecto horizontal que no sólo es plausible conceptualmente hablar de un efecto *mediato* de los derechos fundamentales en el plano del derecho privado (es decir actuando como “principios objetivos” o “valores *ius* fundamentales” en la adjudicación de los litigios de este orden), sino también de

³⁷⁸ WEINRIB, 2012: 15.

efectos *inmediatos* a través de la aplicación de las propias normas del derecho privado vigente³⁸⁰.

En este orden de ideas, en el medio chileno MARSHALL ha advertido, siguiendo a GARCÍA TORRES Y JIMÉNEZ-BLANCO y PEÑA, que existe una dimensión de cuestiones sustantivas, vinculada al fundamento del efecto horizontal en normas constitucionales o principios sustantivos de este ámbito, y otra de cuestiones procesales, relacionada con la aplicación de derechos fundamentales directamente a particulares en procesos judiciales o administrativos destinados para tal efecto³⁸¹.

En el derecho de contratos chileno, la vigencia de la doctrina del efecto horizontal de los derechos fundamentales se ha manifestado tanto en una dimensión procedimental como sustantiva. En el primer ámbito, es bien sabido que la ausencia de una acción de tutela de emergencia de alcances generales ha sido suplida por la acción constitucional de protección prevista en el art. 20 de la CPR que permite reclamar tutela jurisdiccional ante actos u omisiones arbitrarios o ilegales que priven, perturben o amenacen derechos y garantías fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física y psíquica (art. 19 N° 1 CPR) o el derecho de propiedad (art. 19 N° 24 CPR), de manera tal que parte de la práctica contractual chilena es definida por esta clase de pronunciamientos jurisdiccionales³⁸². En efecto, impulsado por estrategias judiciales como la cosificación o propietarización de los derechos, esto es, la extensión de la garantía constitucional de la propiedad hacia los derechos personales generados contractualmente³⁸³, el recurso de protección ha servido como instrumento procesal para resolver conflictos de eminente naturaleza contractual, siendo paradigmático el empleo de esta vía de tutela para evitar alzas unilaterales en los precios de las primas de los sistemas de salud gestionados por las instituciones de salud previsional³⁸⁴.

En cuanto al ámbito sustantivo, la invocación de derechos fundamentales ha servido como uno de los argumentos utilizados en la jurisprudencia chilena para atenuar el rigor formal del sistema de responsabilidad civil contractual establecido en el CC, particularmente en lo referido a la procedencia de la indemnización del daño moral causado por el

³⁸⁰ ALEXI, 1993: 511-513. Sin embargo, según advierte JANA, en el modelo alemán el efecto horizontal directo o inmediato tendría que ver con la vinculatoriedad de los derechos fundamentales también contra particulares. JANA, 2021, 74.

³⁸¹ MARSHALL, 2010: 45.

³⁸² RÍOS, 1994: 905.

³⁸³ VERGARA, 1991.

³⁸⁴ JANA, 2021: 101. Cabe clarificar que, en Chile, las prestaciones de salud son financiadas por un mecanismo similar al seguro, el cual es administrado por las referidas instituciones.

incumplimiento contractual³⁸⁵. Sobre este particular, en una muy comentada sentencia de la Excm. Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001³⁸⁶, el máximo tribunal dio a lugar a la reparación del daño moral sufrido por una persona que fue diagnosticada, incorrectamente, del virus VIH, invocando las garantías fundamentales establecidas en los numerales 1 y 4 del art. 19 de la CPR, el derecho a la vida y la integridad física y psíquica y el derecho a la honra, respectivamente, como un “argumento adicional”, según califican JANA y TAPIA, o un criterio hermenéutico, como afirma DOMÍNGUEZ H., en la adjudicación del conflicto³⁸⁷.

Las anteriores consideraciones muestran que la concepción transaccional es una tesis incompleta, en la medida que la un ámbito importante de la práctica contractual difícilmente pueden justificarse sólo por referencia en los principios transaccionales.

13.4.3. TERCERA OBJECCIÓN: BIENES PRIMARIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL OBJETO DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Finalmente, la concepción transaccional del contrato también puede ser criticada desde su capacidad para explicar (y, consecuentemente, justificar) aquellas normas del derecho contractual que, de la mano de la evolución legislativa y jurisprudencial, responden a la progresiva incidencia de las normas constitucionales en la práctica contractual. Sobre la constatación observada en la formulación de la objeción de incompletitud, se demostrará que la exclusión de dichos ámbitos de la teorización sobre el contrato no está debidamente justificada, ya que la supuesta ajenidad de los enunciados normativos contenidos en los derechos fundamentales descansa en la errónea asunción de la incompatibilidad entre ambos órdenes normativos atendiendo, exclusivamente, a sus respectivos fundamentos correctivos y distributivos. En consecuencia, si el argumento de su incompatibilidad es incorrecto, entonces la tesis de BENSON adolece del problema que será desarrollado a continuación.

Pues bien, tal y como fue expuesto BENSON atribuye un carácter inherentemente correctivo al derecho de contratos, de tal manera que en los planos de la explicación y justificación de la institución su concepción transaccional detenta una “autonomía normativa” que excluiría cualquier principio no correctivo de la teorización contractual³⁸⁸. Empero, si se sigue el argumento de la subsección anterior, un efecto de

³⁸⁵ Para una descripción del debate véase ABELIUK, 2009, 875; DOMÍNGUEZ H., 2006.

³⁸⁶ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, R.D.J., t. XCVIII, sec. 1ª, p. 234 y ss.

³⁸⁷ JANA y TAPIA, 2004: 181; DOMÍNGUEZ H., 2006: 231.

³⁸⁸ BENSON, 2019.

este estricto compromiso metodológico es el de la exclusión del efecto horizontal de los derechos fundamentales como un rasgo conceptualmente relevante de la práctica contractual. Sin perjuicio del efecto de incompletitud que ya fuera criticado, ¿tiene asidero esta conceptualización del impacto de los derechos fundamentales en el derecho privado?

Aunque BENSON no sea particularmente explícito, sus argumentos parecen descansar en la interpretación rawlsiana tradicional que limita la aplicación de los principios de justicia social a la estructura básica de la sociedad, así como en su corolario, que las preocupaciones distributivas no son pertinentes a los principios atinentes a la moralidad individual. De esta restricción (estructural si se quiere), se seguiría que los derechos fundamentales no serían pertinentes a fin de justificar los intercambios privados que tienen lugar sobre ese trasfondo institucional.

Sin embargo, de estos presupuestos no se sigue necesariamente que la referida restricción también se extienda a los derechos fundamentales. Como será argumentado en el Capítulo Cuarto, autores como PAPAYANNIS y KORDANA y TABACHNICK han propuesto interpretaciones de la concepción de la justicia como equidad, de acuerdo con lo cual el concepto de la estructura básica no impide que el derecho privado pueda cumplir fines distributivos. En este orden de ideas, el confinamiento de los principios de justicia a la justificación de la estructura básica podría ser sorteado si se concede que también el derecho privado tiene incidencia en los bienes primarios que no se limita, necesariamente, a los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados³⁸⁹.

Además de la plausibilidad de estas interpretaciones alternativas del argumento rawlsiano, la reconstrucción de BENSON tampoco es convincente toda vez que el principio de división del trabajo tiene por propósito delimitar la aplicación de los principios de justicia sólo respecto de las instituciones a las cuales pueden ser aplicados, sin que ello influya en el contenido o la extensión que pueda darse a los bienes primarios. En efecto, trasladando estas consideraciones a la justificación del derecho de los contratos, parece evidente que algunos de los valores sociales representados en derechos fundamentales también son directamente expresados por sus normas, lo cual no es más que una expresión de las relaciones entre las fuentes formales del derecho, particularmente, entre las normas constitucionales y las normas de orden legal. Es decir, el derecho privado operativiza, o cuentan como *expresión directa*, de valores fundamentales desde el punto de vista del

³⁸⁹ RAWLS define los bienes primarios como aquellas “cosas que una persona racional quisiera para sí, sin respecto de qué otras cosas desee”. RAWLS, 1971: 92.

orden social, tal como ocurre a propósito de la configuración del contenido del derecho de propiedad, y los mandatos constitucionales de dignidad, igualdad y las libertades básicas que son asociadas al derecho de contratos³⁹⁰.

En este orden de ideas, también es necesario considerar que la práctica del derecho privado está integrada en un contexto normativo más amplio, en el cual la incidencia de las normas constitucionales, y particularmente de los derechos fundamentales, es imperativo. En último término, resulta extraño sugerir que en las democracias modernas se identifiquen ámbitos normativamente asépticos a las reglas constitucionales, de manera tal que, salvo que la interpretación de BENSON pueda sortear esta crítica, su empresa teórica no puede prosperar³⁹¹.

14. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Sin perjuicio del juicio crítico a la tesis de BENSON, debe valorarse su adaptación del esquema rawlsiano de la justicia como equidad para resaltar las diferencias que hacen al derecho de contratos como una institución eminentemente deontológica. En tal sentido, cabe recordar que las preguntas filosóficas que movilizan a ambos autores, si bien similares en carácter, disienten en su objeto de interés. La justicia como equidad es una justificación de las instituciones básicas de la sociedad, y la justicia en las transacciones se limita al marco más acotado de una de aquellas instituciones. Por ello, sus respectivos argumentos se despliegan en sentidos opuestos.

Esto resalta el carácter deontológico de la concepción del contrato de BENSON que usualmente es compatible con gran parte de las reglas y doctrinas del derecho contractual las que, tradicionalmente, no reparan en ninguna consideración fuera de las formalmente determinantes para la validez de estas convenciones.

³⁹⁰ BENSON, 2019: 463.

³⁹¹ BENSON 2019: 463. Este argumento toca, parcialmente, un problema conexo que ha sido tratado en la dogmática *ius publicista* bajo el rótulo de “prescendencia de la dimensión legal del derecho”, más vinculada a un problema de fuentes del derecho, o el principio de distribución de competencias, que uno vinculado, propiamente, con los fundamentos filosóficos de las distintas instituciones. De todas maneras, esta es una razón considerada como pertinente en los ordenamientos que reciben el efecto horizontal de los derechos fundamentales para oponerse al efecto directo de los mismos, i.e., sin mediación de una norma legal, en las relaciones de derecho privado (MARSHALL, 2010: 54). Desde el derecho privado chileno, se ha discutido contra del efecto directo a partir del problema identificado como vulgarización del derecho privado (BARROS, 2011).

SEGUNDA PARTE

UNA CONCEPCIÓN IGUALITARISTA DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO-INSTITUCIÓN

15. GENERALIDADES

La Primera Parte de este trabajo estuvo dedicada a exponer dos concepciones sobre el contrato que recogen, con diversos matices, la cuestión distributiva. Mientras el objeto del Capítulo Primero fue el tratamiento de la tesis monista, o puramente distributiva, de KRONMAN, el Capítulo Segundo centró su atención en la justificación dualista o mixta de BENSON. Sin embargo, ninguna de estas tesis enfrenta, apropiadamente, la una de las principales objeciones a la atribución de un rol o propósito distributivo al derecho de contratos, cuyo fundamento está en el dispositivo teórico de la estructura básica de la sociedad, a través del cual RAWLS intenta delimitar el alcance de sus principios de justicia. En atención a estas consideraciones, la Segunda Parte de este trabajo se destinará a responder al desafío rawlsiano y, consecuentemente, a proponer una interpretación plausible del derecho de contratos en clave distributiva, como una institución social que tiene como justificación relevante la autonomía significativa, en tanto provee sustento teórico y material para su consecución. Así, se presentará la que se denominará concepción igualitarista del contrato que, en síntesis, propone que las funciones del contrato-institución son expresión de una institución social que responde a consideraciones consistentes con el igualitarismo liberal. Para estos propósitos, se atenderán, separadamente, a la cuestión de su definición y a la de su justificación o, de la forma en que lo expresa SMITH, como preguntas analítica y normativa, sin perjuicio de que también se expondrán las interrelaciones entre los respectivos ámbitos³⁹². En este orden de ideas, el foco del presente Capítulo Tercero será presentar una *descripción* del derecho contractual como una institución social calificada por la concurrencia de la voluntad de los contratantes, el contrato-institución. A continuación, sobre esta definición del derecho de contratos *como un todo* en el Capítulo Cuarto se emprenderá la *justificación* de la institución en términos de una conjunción entre, por un lado, el principio de la autonomía significativa y, por otro, el igualitarismo de recursos.

16. EL CONTRATO-INSTITUCIÓN

³⁹² Supra §4.

Al afirmarse que el derecho contractual *es* una institución social, se afirma que el contrato es una forma institucional de intercambios voluntarios, a diferencia de otras prácticas similares como la promesa, en tanto la lesión de los derechos del acreedor cuenta, en principio, como un elemento que justifica el ejercicio de la potestad pública de hacer cumplir lo debido y de indemnizar monetariamente al contratante perjudicado.

Ahora bien, comprender el derecho contractual como una institución exige identificar la convención previa (es decir, la regla constitutiva), en cuya virtud un intercambio cuenta como una expresión institucional del contrato. O, puesto de otra forma, qué implica el enunciado “*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*”, encontrado en la terminología de SEARLE, aplicado al derecho contractual, es decir, cuándo un intercambio voluntario cuenta como un contrato en los ordenamientos jurídicos estudiados.

Para estos efectos, conviene retomar la distinción de SEARLE entre enunciados referidos a hechos brutos y enunciados referidos a hechos institucionales, conforme a la cual los primeros denotan rasgos del mundo que son materia de la física y la biología pura, y los segundos versan sobre creaciones humanas, culturales y sociales. El punto puede ilustrarse a través del siguiente ejemplo. En un “Escenario I”, los sujetos *a* y *b* habitan en un estado pre-institucional, como lo sería un estado de naturaleza, en el que intercambian algunas de las cosas de las que logran apoderarse, como sería si regularmente *a*, a cambio de cierta cantidad de peces entregara a *b* cierta cantidad de fardos del trigo que cosecha. En cambio, en un “Escenario II”, *a* y *b* participan, junto a otros miembros de su comunidad, de una práctica de intercambios sometida a ciertas reglas previamente establecidas las cuales, junto con uniformar los intercambios estableciendo la expresión del valor de los bienes intercambiados a través de caracolas (“Regla 1”), en lo sustantivo ordenan al incumplidor del intercambio que entregue su valor equivalente en caracolas de lo acordado (“Regla 2”), siempre y cuando las partes hayan cumplido con una solemnidad verbal (“¡de acuerdo!”) al momento de contratar (“Regla 3”)³⁹³. Si ambos escenarios reflejan situaciones distintas, en el sentido de que “Escenario I” muestra un hecho bruto y el “Escenario II” ilustra hechos institucionales, es necesario esclarecer el fundamento de este aserto.

³⁹³ Esto, desde luego, es una simplificación. En los ordenamientos contemporáneos que son objeto del presente estudio, reglas tales como aquellas que establecen sus condiciones de existencia y validez (art. 1445 del CC) y las que determinan la formación del consentimiento (arts. 97 a 108 del CCo) en el derecho continental, y la exigencia de *seriousness of the undertaking of the obligation* y de *intention to create legal relations*, en el ámbito del *common law*.

Esencialmente, ambos escenarios son distintos pues, en el “Escenario II” el acuerdo “bruto” detrás del intercambio es expresado conforme a una ritualidad que, dado el contexto institucional en el cual tiene lugar, tiene aparejada la atribución de un particular efecto (diremos, “jurídico”) que transforma la conducta *comprometida* en una conducta *debida*, esto es, las partes resultan vinculadas por un esquema de derechos y deberes recíprocos. El contexto sobre el cual opera el último escenario comprende un complejo entramado de instituciones que no sólo corresponden al lenguaje y al sistema monetario, sino también a las reglas que conforman el derecho de contratos, el cual impone el deber de entregar una cierta cantidad de caracolas a cambio de cierta cantidad de peces, desde la perspectiva del adquirente o lo inverso, desde la perspectiva del pescador (Reglas 1, 2 y 3)³⁹⁴. En este particular contexto, para que un intercambio voluntario cuente como un contrato, se requiere de un contexto institucional en el cual el acuerdo se exprese de la forma mandatada, y de la institución que rige esa práctica, el derecho de contratos. A esto llamaré contrato-institución³⁹⁵.

De esta forma, puede decirse que la generación del efecto paradigmático impuesto por el contrato-institución, consistente en la vinculatoriedad de los contratantes, presupone que los participantes de los intercambios satisfagan las condiciones que el ordenamiento jurídico identifica como necesarias para ello (Regla 3). Entonces, según esta interpretación, si las partes de un contrato están obligadas a lo acordado, es porque mediante la ejecución de un acto institucionalmente relevante, el intercambio bruto entra al dominio del contrato-institución, a fin de ser gobernado por un reglas cuyo cumplimiento ya no es potestativo.

Sobre este punto de partida, corresponde preguntarse por los rasgos que pueden ser considerados paradigmáticos del contrato-institución, temática que ocuparán las siguientes secciones. En primer lugar, me detendré en el consentimiento, definido como el hecho institucional paradigmático en torno al cual gira gran parte del derecho de contratos. A continuación, se defenderá que el contrato-institución cumple, esencialmente, dos funciones, que se llamarán como función de gestión de la incertidumbre y como función de neutralización de los infortunios. Finalmente, se

³⁹⁴ BUCKLEY, 2005: 8. El contexto sobre el cual opera el último escenario comprende un complejo entramado de instituciones (como, por ejemplo, el lenguaje para expresar el acuerdo, las matemática para calcular el valor de las especies vendidas y el dinero) entre las cuales se encuentra el derecho de contratos, conforme al cual el deber de entregar una cierta cantidad de caracolas a cambio de cierta cantidad de peces, desde la perspectiva del adquirente o lo inverso, desde la perspectiva del pescador.

³⁹⁵ SEARLE, 2011: 51-52; 1995: 2

presentarán algunas conclusiones a esta sección que servirán para introducir la necesidad de perseguir, por cuerda separada, la tarea de justificar o evaluar el contrato así concebido, cuestión a la que se dedicarán el Capítulo Cuarto.

17. LA CONCEPCIÓN CONSENSUAL DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

En la literatura contractual es común afirmar que el contrato, y las obligaciones contractuales están vinculados a la voluntad de los contratantes. Como fuera visto previamente, para fundamentar este aserto, la dogmática civil suele destacar el contraste que presentan las relaciones contractuales con aquellas generadas por las demás clases de relaciones jurídicas gobernadas por el derecho privado, particularmente las propias al derecho de daños y el ilícito extracontractual. Pero, cabe preguntarse, ¿qué puede significar la exigencia de voluntad desde la comprensión institucional del contrato?

17.1. LA VOLUNTAD EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES³⁹⁶

El principal sustento de esta manera de describir el contrato es el clásico esquema de fuentes de las obligaciones³⁹⁷, según el cual todas las relaciones jurídicas posibles en el derecho privado son determinadas por el antecedente jurídico que las informan, al cual agrega de manera tal que la definición de las obligaciones es común a ese ordenamiento. Así, el concepto de obligación alude a la existencia de un vínculo entre dos personas, un sujeto pasivo deudor de un crédito y un sujeto activo titular de ese crédito. Sobre el primero pesa un deber de cumplir la prestación (débito) y la correlativa sujeción a las consecuencias de su incumplimiento (responsabilidad), pudiendo expresarse la obligación contractual a través del enunciado *a debe* realizar la prestación φ a favor de *b*, quedando determinada la normatividad de esta relación a su respectiva fuente³⁹⁸.

Siendo este concepto de obligación común, la fisonomía de las obligaciones contractuales debe orientarse hacia el contrato, esto es, la fuente que el ordenamiento jurídico toma en consideración para determinar el fundamento por el cual *a* está obligado

³⁹⁶ La letra φ se utilizará para referir a un verbo que denota una acción, mientras que $\neg\varphi$ a su no realización. Luego, la obligación contractual de φ se relaciona con la ejecución de una prestación sea que involucre tanto una acción positiva como una negativa y, $\neg\varphi$, a la omisión de ella.

³⁹⁷ Para una explicación desde la romanística, véase IGLESIAS, 1972: 370; ZIMMERMANN, 1996: 5. Para examinar la genealogía conceptual de la actual teoría de las fuentes de las obligaciones, véanse ABELIUK, 2014: §11.

³⁹⁸ Es necesario anotar que esta caracterización tradicional de la obligación contractual en términos de la caracterización de la prestación como deber de conducta, contrasta, con lo que ha llegado a conocerse como Nuevo Derecho de los Contratos, cuyos proponentes desprenden, de instrumentos como la CISG, los Principios Unidroit, los PECL, y el DCFR, proponen, la consideración de la obligación como una garantía de satisfacción del interés del acreedor. MORALES, 2014.

para con b a φ o bien, el modelo de las fuentes de las obligaciones cuenta como una explicación causalista (en el sentido de antecedente) del sistema de derecho privado, y de las obligaciones que pueden generar³⁹⁹. Este aserto es especialmente claro en el derecho continental, en atención al ascendiente que tiene el derecho romano sobre el Código de NAPOLEÓN de 1804 y las codificaciones inspiradas en él, lo cual lleva a sus juristas a conceptualizar el contrato desde el sistema de fuentes de las obligaciones que gobierna a cabalidad el derecho privado⁴⁰⁰. En el ordenamiento chileno, de hecho, las reglas contenidas en los artículos 1437 y 2284 CC, sirven de base para una clasificación elemental de las obligaciones resultante de la correlación de las propiedades voluntariedad/no voluntariedad e licitud/ilicitud de la fuente correspondiente⁴⁰¹.

	Voluntariedad	No voluntariedad
Licitud	<i>ex contractu</i>	<i>quasi ex contractu</i>
Ilícitud	<i>ex delicto</i>	<i>quasi ex maleficio</i>

Fig. 1

Como se ilustra en la Figura 1, la formulación del contenido de la obligación contractual podría plantearse en términos de “ a debe φ a b como consecuencia de la celebración del contrato”, enunciado que implica que esa relación jurídica existe porque *ambas partes así lo han acordado*. Este rasgo, que puede reconducirse sin mucha dificultad a la condición

³⁹⁹ ABELIUK, 2014: §31; GUZMÁN, 2012: 701.

⁴⁰⁰ Si bien la recepción de la teoría de las fuentes de las obligaciones no es explícita en el derecho inglés, también está presente en la medida que los dominios del contrato, el derecho de daños y el derecho del enriquecimiento injusto es explícitamente recogida. BURROWS, 2016: 5.

⁴⁰¹ Art. 1437. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad”.

Art. 2284. “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos”.

En el derecho inglés, por su parte, la distinción del ámbito del contrato de otros como los dominados por el derecho de daños o el enriquecimiento injusto como un ámbito normativamente autónomo. Del mismo modo que autores continentales, la diferencia en términos conceptuales, esto es, atendiendo a los distintos antecedentes que informan unos y otros tipos de obligaciones. BURROWS, 2016: 45.

de voluntariedad de la obligación contractual, suele ser el elemento que mayor atención obtiene de parte de la literatura contractual. Esto es, la necesidad de explicar su fundamento de obligatoriedad ha llevado a identificar en el principio de la autonomía de la voluntad el fundamento subyacente de la práctica contractual entendida como intercambios, en tanto doctrina filosófica que le atribuye el carácter de “fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”, es decir, “es ella la que dicta el derecho”⁴⁰².

Así es como la voluntad se vincula con características centrales para comprender el contrato y las obligaciones que genera, lo que también se expresa prístinamente en el principio del common law según el cual no existe, en principio, responsabilidad por la mera omisión, enunciado que, en concepto de algunos autores tendría importantes consecuencias normativas (y no una mera distinción fáctica entre acciones y omisiones) en la explicación del derecho privado⁴⁰³. Si existe alguna diferencia normativamente relevante entre una mera omisión y una conducta que afecta los derechos (contractuales y no contractuales) de otros es porque, como sugiere BENSON, el *misfeasance* es un concepto normativo alrededor del cual se organiza el derecho privado, en el sentido de que no contempla responsabilidad jurídica en la ausencia de una conducta que afecte cierta clase de intereses⁴⁰⁴. Sin perjuicio de la evaluación crítica respecto de la concepción contractual de este autor⁴⁰⁵, lo relevante a ser notado en este punto es que la comprensión que, por defecto, se tiene de los deberes prescritos por el derecho privado como deberes esencialmente negativos, esto es, deberes de no interferir en la persona o propiedad del otro. Aplicado este principio a la práctica contractual, puede derivarse que el sentido en el cual el deudor es responsable de su incumplimiento no radica en la mera omisión de una conducta que beneficie a su contraparte, sino en que su incumplimiento daña sus derechos⁴⁰⁶. El concepto que informa el tránsito de la omisión del deudor ($\neg\phi$) desde el *nonfeasance* hacia *misfeasance* es, pues, el incumplimiento de la obligación contractualmente adquirida de ϕ .

Las consideraciones expresadas se vinculan, a su vez, con el principio de efectos relativos del contrato, en el derecho continental, y la doctrina del *privity*, en el *common law*. Sin perjuicio de las numerosas excepciones que estas normas pueden tener, sigue siendo

⁴⁰² ALESSANDRI, 2009: 11; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 247.

⁴⁰³ BENSON, 2010: 732.

⁴⁰⁴ BENSON, 2010: 732; 750.

⁴⁰⁵ Supra §13.4.

⁴⁰⁶ SMITH, 2004: 141.

válida la descripción genérica del contrato en torno a que la relevancia de la voluntariedad en la génesis de la obligación contractual es tal que, tanto su cumplimiento como su exigibilidad, sólo pueden empecer y favorecer, respectivamente, a quienes celebraron el acuerdo.

Ahora bien, la mera referencia a la voluntariedad del acuerdo no es, por sí misma, suficiente para definir la noción de contrato y de obligación contractual ni para diferenciar esta clase de obligaciones de otras. Jurídicamente (o institucionalmente, si se quiere), ¿qué significa que la obligación contractual provenga de una fuente voluntaria? Por ejemplo, tal y como se enseña tradicionalmente en materia de fuentes de las obligaciones, podría sugerirse que la voluntariedad es una propiedad de la acción a la cual el ordenamiento jurídico le atribuye la consecuencia de vincular a quien lo ejecuta. Sin embargo, esta respuesta es insuficiente pues rápidamente se advierte que ella descansa en razones esencialmente fundadas en la autoridad doctrinaria de los antecedentes históricos que la sustentan. Es más, difícilmente las nociones de voluntariedad a las que ambas fuentes hacen referencia pueden tenerse como equivalentes, si se atiende a sus respectivos fines y sentidos que trascienden lo explicitado en el texto codificado. La explicación dominante de los artículos 1437 y 2284 CC asumen que tanto el autor de un delito civil como el contratante ejecutan un acto en algún sentido voluntario (por muy mínimo que éste fuere), pero resulta dudoso que la única y misma noción de voluntad sea capaz de reflejar apropiadamente las diferencias entre ambos ámbitos del derecho privado. Respecto de quien comete un ilícito extracontractual, la voluntariedad de su acción se predica como un presupuesto de su imputabilidad en términos de dolo o culpa (esto es, con la intención positiva de dañar a otro *ex art. 44 inc. final CC*⁴⁰⁷, sea porque quien actúa negligentemente omitió un deber general de cuidado) a efectos de la atribución de responsabilidad extracontractual⁴⁰⁸. En cambio, la interpretación más extendida del requisito de voluntariedad en el orden contractual tiene que ver con que la génesis de obligaciones contractuales supone el *concurso* de voluntades (manifestadas) de los suscribientes, *ex art. 1437 CC*. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿existen razones para afirmar que la noción de voluntad, que es aludida como supuesto de estas clases de obligaciones, sea una y la misma para las fuentes referidas? y, en caso afirmativo, ¿cuál sería?

⁴⁰⁷ ABELIUK, 2014: §900. El art. 44 inc. final CC dispone que “El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

⁴⁰⁸ *A contrario sensu*, las circunstancias que alteran o eliminan su responsabilidad por no ser atribuibles a voluntad libre. ABELIUK, 2014: §896, 908; BARROS, 2010: 64.

Un buen candidato para construir ese concepto ha sido asumir la voluntariedad como una propiedad de la acción, como una condición mínima de agencia apta para fundamentar la evaluación de la conducta del autor del delito civil y del contratante que, asociada al libre albedrío como condición de la evaluación de la conducta de los agentes, estaría recogida en el derecho privado a través de las reglas sobre la capacidad jurídica. Empero, esta explicación obviaría que la capacidad es más bien una condición común a todas las fuentes de las obligaciones, aun cuando el significado de las diferencias que las reglas positivas de uno y otro ámbito presentan puedan tenerse como irrelevantes para el concepto de voluntad que describen⁴⁰⁹. Que una persona sea legalmente capaz no es suficiente para determinar, por sí misma, que toda expresión de voluntad suya sea, precisamente, voluntaria en el sentido que el ordenamiento jurídico exige para reconocerlo, como muestran las reglas que reconocen la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento que autorizan la declaración de nulidad del contrato (arts. 1456 y 1458 CC, en relación con el art. 1682 CC)⁴¹⁰. Luego, la capacidad entendida como expresión jurídica del libre albedrío resulta insuficiente para distinguir al contrato de otras fuentes, en atención a la caracterización de voluntariedad.

Alternativamente, podría plantearse que la voluntariedad de la fuente apunta, simplemente, a la intención de obligarse, de manera tal que ella sería un rasgo únicamente compatible con las obligaciones de fuente contractual. En la dogmática chilena, en este sentido, se ha hecho mención de que la voluntariedad de las obligaciones contractuales tiene relación con que es el deudor que consiente en obligarse, es decir, el efecto que ellas generan responde a la aquiescencia de su autor⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Requisito que, a su vez, también es distinto en una y otra fuente. BARROS, 2010: 997.

⁴¹⁰ Art. 1456. “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

Art. 1458. “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

Art. 1682. “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

⁴¹¹ ABELIUK, 2014: §38.

17.2. DE LA VOLUNTAD AL CONSENTIMIENTO

La lección que se desprende del examen del esquema de fuentes de obligaciones, reconduce a buscar el rasgo distintivo del orden contractual en las condiciones que las reglas institucionales del contrato prevén para que un acuerdo bruto sea considerado como un contrato particular. De esta forma, podría sugerirse, las obligaciones contractuales son voluntarias en atención a que los sujetos de la relación obligacional *consienten* recíprocamente en someterse a las reglas del derecho contractual. En términos de la caracterización del contrato como una institución en el sentido de SEARLE, podría señalarse que en virtud de la expresión del consentimiento el intercambio voluntario bruto adquiere una dimensión institucional. Volviendo al contraste con las obligaciones generadas en el ámbito extracontractual, mientras la contractual es una obligación autoimpuesta, su símil extracontractual se reconduce a un hecho jurídico que, como dice BARROS, “no tiene por finalidad generar efecto jurídico alguno, pero al que la ley lo atribuye de forma obligatoria”⁴¹².

Esta explicación es consistente con el enunciado dogmático que identifica al consentimiento con el acuerdo de las voluntades⁴¹³. Aun cuando pudiera identificarse en estas definiciones un vicio de circularidad (un contrato es voluntad en virtud del consentimiento, siendo el consentimiento voluntario), resaltar el papel del consentimiento en el derecho de contratos es, siguiendo a BARNETT, identificarlo como una acción a la cual el ordenamiento jurídico atribuye fuerza obligatoria, el antecedente de una manifestación de la intención de obligarse jurídicamente. Es decir, el rasgo clave de la práctica contractual está en la idea de que “los tribunales deben hacer cumplir los compromisos privados cuando se haya manifestado la intención de crear una relación jurídica”⁴¹⁴.

Esta descripción del contrato, usando los términos empleados por BARNETT, será caracterizada como la “concepción consensual del contrato”⁴¹⁵.

17.2.1. ¿EQUIVALENCIA DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL Y LA OBLIGACIÓN PROMISORIA?

Una forma de ilustrar los principales rasgos de la concepción consensual del contrato, es volcar la atención hacia el contraste entre la promesa y el contrato, discusión central en

⁴¹² BARROS, 2010: 980.

⁴¹³ ALESSANDRI, 2009: 7.

⁴¹⁴ BARNETT, 2012: 655.

⁴¹⁵ Tomo esta la expresión de BARNETT, 1986; 2011.

el derecho contractual del common law. De acuerdo con las teorías promisorias del contrato, las obligaciones contractuales son *auto impuestas*, es decir, son obligaciones *voluntariamente* asumidas⁴¹⁶. En tal sentido, de acuerdo con FRIED, “la obligación de cumplir las promesas se funda en el respeto por la autonomía individual y en la confianza”⁴¹⁷. La equivalencia o contraste entre ambas instituciones, según explica BURROWS, destaca que se aprecia cierto desacuerdo entre considerar que el contrato es un acuerdo jurídicamente vinculante, o bien una promesa jurídicamente vinculante⁴¹⁸.

Pues bien, en la literatura contractual la que es quizás la expresión más popular de estas teorías es la propuesta defendida por FRIED, que vincula el fundamento de la práctica contractual con la práctica moral de la promesa: “dado que el contrato es ante todo una promesa, el contrato debe ser cumplido porque las promesas deben ser cumplidas”⁴¹⁹. Esto significa que, si *a* prometió a *b* realizar ϕ , el hecho de invocar la convención de la promesa significa que *b* *podrá contar* con que, llegado el momento, *a* realice ϕ . En la medida en que las partes puedan comprometerse, la promesa es instrumental a la realización de los propósitos particulares que puedan concebir los participantes de esa práctica, por cuanto la promesa hace obligatorio para el promitente un curso de acción que, de otra forma, le sería opcional⁴²⁰. Podría decirse, pues, que la función instrumental de esta práctica (en la terminología de KIMEL) sería la de hacer posible la cooperación⁴²¹. Ahora bien, sin perjuicio de su cercanía, conviene tener presente ambas instituciones no son equivalentes. Siguiendo la concepción de KIMEL, si el contrato presenta un valor intrínseco en su capacidad de distanciamiento personal, el derecho de contratos estaría disponible en relaciones para las cuales la sumisión a la institución de la promesa no sería aconsejable, pues lo que es propio de ésta es la existencia de alguna forma de vínculo que razonablemente permita que una persona confíe en que la otra cumplirá con lo prometido. Así, la pertinencia de una u otra práctica sería muchas veces una cuestión estratégica más que una conceptual, según el contexto de la relación entre las partes⁴²². En algunos escenarios, el mejor curso de acción disponible será apelar a un tipo de relación construida desde la confianza, caso en el cual la promesa parece el mejor candidato, mientras que,

⁴¹⁶ SMITH, 2004: 56.

⁴¹⁷ FRIED, 2015: 14.

⁴¹⁸ BURROWS, 2016: 44.

⁴¹⁹ FRIED, 2015: 17.

⁴²⁰ FRIED, 2015: 17.

⁴²¹ KIMEL, 2003: 29

⁴²² KIMEL, 2003: 141.

en otros, por el contrario, lo será el contrato por no ser ese el tipo de relación en el que la confianza tenga sentido⁴²³.

Estas consideraciones son, sin embargo, consistentes con la atribución de un rol protagónico al consentimiento, de manera semejante a la propuesta de BARNETT. Según este autor, “Prometer es comprometerse a hacer o no hacer algo, de tal manera que si consentir (a contratar) es comprometerse a ser jurídicamente responsable por el incumplimiento, entonces el consentimiento expresa un compromiso, adicional a cualquier compromiso moral inherente a la promesa”⁴²⁴.

17.2.2. LA FUNCIÓN INFORMATIVA DEL CONSENTIMIENTO

El rol decisivo que se le atribuye al contrato, en términos conceptuales es que permite especificar los límites que, en virtud del sometimiento de las reglas que regulan la institución, aquél representa para la libertad de las partes contratantes. La pregunta inmediata, pues, es cómo es posible fundamentar, en términos jurídicos, las restricciones vinculadas a la expresión del consentimiento.

De acuerdo con BARNETT, el consentimiento cumple una función informativa, esto es, que en tanto condición para transferir sus derechos, aquél deba ser *manifestado* entre los contratantes, manifestación que el derecho identifica como determinante de los límites que, tanto ellos como los terceros a la relación contractual, deben respetar⁴²⁵.

En contra de la concepción consensual podría observarse que la práctica contractual vigente muestra una tendencia hacia la flexibilización de las reglas asociadas al modelo tradicional de contratación, particularmente, en lo atinente al rol de la voluntad y el consentimiento en las obligaciones privadas. En este sentido, se observa un acercamiento del derecho de contratos a la responsabilidad extracontractual (hasta el punto de llegar a una suerte de teoría unificada de la obligación civil, como célebremente denunció GILMORE)⁴²⁶, por la proliferación de estatutos especiales que se alejan (material y formalmente) del derecho de contratos común⁴²⁷. Al mismo tiempo, en numerosas ocasiones se ha observado el deterioro general del consensualismo de la mano de los cambios económicos de las sociedades contemporáneas⁴²⁸; o, incluso, las restricciones

⁴²³ KIMEL, 2003: 139.

⁴²⁴ BARNETT, 2012: 655.

⁴²⁵ BARNETT, 2012: 658. Debe comentarse que las reglas contractuales establecen reglas de publicidad de las convenciones que gobierna, sin perjuicio de la naturaleza privada de estas relaciones.

⁴²⁶ GILMORE, 1974: 90.

⁴²⁷ BURROWS, 2016: 43.

⁴²⁸ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 260.

progresivas a la libertad contractual, de la mano de una mayor intervención pública en la esfera de los intercambios⁴²⁹.

Sin perjuicio de estas observaciones enraizadas en la evolución de la práctica contractual, nada obsta a que aun pueda afirmarse que el rol del consentimiento en el derecho contractual contemporáneo permanece como un elemento paradigmático del orden contractual. Por lo pronto, la regla general del derecho inglés en cuanto a los requisitos formales de las convenciones contractuales es que, para su validez, no requieran de una particular forma para entrar en vigor, sin perjuicio de que se introduzcan excepciones en estatutos especiales, como es el caso de la *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989* que exige, respecto de la venta de inmuebles, la escrituración como formalidad, so pena de nulidad⁴³⁰. Ni aún en el modelo francés, seguido en esta materia por el codificador chileno, el contrato deja de ser un concurso de voluntades en el sentido literal de la expresión, en el sentido de que las formalidades a las que se someten aun contratos consensuales (entre otros, arts. 1443, 1701 inc. 1º, 1707, 1708 CC), tienden a dotar de certeza que resultan justificables desde la perspectiva de esta función informativa ya referida⁴³¹.

Es por eso que la concepción consensual del contrato no exige, precisamente, un compromiso con lo que en la doctrina contractual ha llegado a ser denominado consensualismo, en la comprensión de éste como un principio conforme al cual los contratos se perfeccionan por la sola manifestación de las voluntades de las partes⁴³². De hecho, la exigencia de consentimiento, aun en la versión de BARNETT, no tiene que ver con una particular forma de expresarlo sino, más bien, con que su existencia pueda constatarse, de manera tal que no es posible confundir la solemnidad o formalidad que pueda exigir el legislador respecto de un contrato con la exigencia de consentimiento.

⁴²⁹ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 275.

⁴³⁰ BURROWS, 2016: 73.

⁴³¹ Art. 1443. “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”. Art. 1701. “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno”.

Art. 1707. “Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros”.

Art. 1708. “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”.

Una opinión similar a la prestada, en LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 270.

⁴³² LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 257.

Otra solución implicaría una confusión del consentimiento, como concepto jurídico, del soporte material o instrumento a través del cual aquel es expresado.

17.3. CONSENTIMIENTO Y LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS INTERCAMBIOS VOLUNTARIOS

Atendiendo al rol informativo del consentimiento, la descripción del contrato no puede omitir referirse a su contenido, es decir, a qué es aquello a lo cual consienten las partes. Para propósitos explicativos es necesario distinguir los móviles particulares perseguidos por los contratantes de la voluntariedad (entendido como libre albedrío) del consentimiento, pues solo la apreciación de última cuestión es condición necesaria para la existencia del vínculo contractual, toda vez que la examinación de los particulares móviles no es requerida para la fundamentación de la existencia de un contrato en particular⁴³³. En este orden de ideas, si se toma como ejemplo el modelo codificado de BELLO, la única mención explícita hacia los móviles de quienes concurren a la celebración del contrato tiene relación con la exigencia su licitud como una de las condiciones de validez de la convención (art. 1467 CC)⁴³⁴. Que el ordenamiento jurídico exija que las particulares motivaciones tras una contratación sean lícitas, puede convenirse, es un requisito mínimo de validez cuya examinación agota la evaluación de los motivos particulares de los contratantes. El derecho inglés, por su parte, ni siquiera existe una referencia a la licitud de los móviles de los contratantes, pues la doctrina de la *consideration* (es decir, la exigencia de una contraprestación a cambio de lo que promete una parte a otra) es la descripción de la contraprestación necesaria para constatar la seriedad del intercambio⁴³⁵, esto es, se satisface la condición de que ella se extiende con cargo a algo de *algún* valor a cambio⁴³⁶.

El sentido de atribuir al consentimiento el papel de elemento de ingreso al orden contractual es que allí se reconoce la agencia de los contratantes, bastando la comprobación de condiciones formales mínimas (asociadas a la licitud y ausencia de

⁴³³ Podría aventurarse que la incommensurabilidad de las razones concretas tras cada contrato hace necesario, en razón de la plausibilidad práctica de la institución contractual, que los ordenamientos se valgan de un concepto abstracto de voluntad como fundamento general de su fuerza obligatoria.

⁴³⁴ Art. 1467. “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁴³⁵ BURROWS, 2016: 64.

⁴³⁶ TREITEL, 2008: 253.

coacción) para que tanto en el derecho inglés como en el chileno el contenido de las convenciones contractuales quede decisivamente entregado a lo que acuerden las partes. Esto es así a tal punto que los autores de estos ordenamientos llegan a atribuir al contrato-institución el principio dogmático de la libertad contractual como uno de sus rasgos centrales, el cual suele ser tratado como un principio general que comprende los principios de libertad de conclusión y de libertad de configuración interna de los contratos⁴³⁷. Luego, de acuerdo con el principio de libertad contractual, las partes del contrato gozan de libertad para determinar, por ejemplo, con quién contratar, el contenido de las cláusulas que gobernarán la relación jurídico contractual, las modalidades a las que someterán sus obligaciones que de ella emanen, etc.⁴³⁸.

Ahora bien, este ámbito la práctica jurídica es fecundo en excepciones y limitaciones al referido principio. Por ejemplo, a propósito de la libertad de conclusión, la categoría contractual de los contratos forzosos, denominación que en el derecho chileno hace referencia a contratos cuya celebración es ordenada por la ley, como es el caso de los contratos de seguro obligatorios por accidentes personales causados por circulación de vehículos motorizados (Ley N° 18.490) y por incendios en la copropiedad inmobiliaria (Ley N° 19.537)⁴³⁹. Otras excepciones relevantes se vinculan a la incidencia de los derechos fundamentales y la doctrina de su efecto horizontal, particularmente inspiradas en la garantía de igualdad ante la ley. En este sentido, en el derecho chileno resulta paradigmática las normas del art. 3 c) de LPDC (Ley N° 19.496), que reconoce el derecho básico del consumidor a no ser discriminado arbitrariamente por los proveedores de bienes y servicios. Más progresista resulta el ordenamiento inglés, en el cual, conforme ordena la *Equality Act 2010* prohíbe, en términos amplios, discriminaciones debido a circunstancias tales como raza, sexo, discapacidad, edad o religión⁴⁴⁰.

También se aprecian excepciones a la libertad contractual, a propósito de la configuración del contenido interno del contrato. Por ejemplo, se introducen cláusulas particulares por

⁴³⁷ Para el derecho chileno, véase LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 275 y ss. En el *common law* inglés, el tratamiento de los autores reconduce, entre otros casos, a *Norweb plc v Dixon* [1995] 1 WLR 363, para referirse a la libertad de conclusión, y a *Prime Sight Ltd v Lavarello* [2013] UKPC 22, [2013] 2 WLR 84, para la libertad para determinar el contenido de la convención. BURROWS, 2016: 48; WHITTAKER, 2008: 10.

⁴³⁸ Tomando en cuenta lo hasta aquí expuesto, pueden avizorarse los rasgos conceptuales que describen al papel que en la filosofía del derecho privado se atribuye al contrato-institución en una sociedad liberal, particularmente, la idea central de que el derecho de contratos es un mecanismo para que las personas persigan su plan de vida, pues hace factibles los intercambios de bienes de la forma que mejor les parezca. HEVIA, 2013: 67; KIMEL, 2003: 117. En referencia al lugar del contrato en la justicia social, RAWLS, 1971: 61; 1977: 159-165.

⁴³⁹ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 175.

⁴⁴⁰ BURROWS, 2016: 48.

la vía de normas imperativas que, en la dogmática chilena, son genéricamente identificadas en la categoría de los contratos dirigidos, y que en el modelo inglés son referidos como limitaciones a la libertad contractual⁴⁴¹.

Con todo, la entidad de estas limitaciones a la libertad contractual no es suficiente para afectar la descripción propuesta desde su concepción consensual, toda vez que la condición de transferencia de derechos solo *a instancia* de quienes contratan, permanece intacta como elemento decisivo de la institución.

En este punto, es conveniente repasar los principales puntos expuestos hasta el momento. En primer lugar, se definió al derecho de contratos como la institución social que gobierna la clase de intercambios interpersonales que tienen, como un elemento constitutivo, el acuerdo de las voluntades de los contratantes. Sobre esta base, se introdujo la concepción consensual del contrato, según la cual el consentimiento corresponde al hecho institucional que marca el tránsito desde el acuerdo bruto, cuyo cumplimiento pertenece predominantemente al ámbito moral, a una relación contractual a la que el contexto institucional reconoce un carácter vinculante exclusivo para sus partes. A continuación, se identificarán las razones para considerar como correcta la descripción de la práctica contractual que afirma el predominio del ideal de libertad en la generación de las obligaciones que nacen de esta clase de acuerdo. Y es que, en principio, satisfechos los requisitos mínimos asociados con el consentimiento, la concepción consensual del contrato es compatible con la libertad contractual, sin perjuicio de los estatutos especiales que limitan esta libertad que se observen en la práctica jurídica.

Para finalizar este apartado, cabe agregar que no hay nada en esta concepción consensual del contrato que pueda traducirse en su incompatibilidad absoluta con otros propósitos heterónomamente impuestos a estas convenciones, siempre y cuando la condición del consentimiento sea satisfecha. En consecuencia, para la eficacia del intercambio contractual basta con la satisfacción de las condiciones mínimas asociadas al consentimiento para participar de la práctica contractual institucionalizada. Existen normas concretas que reglan la formación del consentimiento, regulándola en aspectos esenciales, particularmente en cuanto a los actos respectivos de oferta y aceptación (arts. 97 a 108 CCo⁴⁴², en el derecho chileno, las reglas del *formation* en el derecho inglés), sin perjuicio del rol de otras reglas y dotrinas que establecen sus condiciones de existencia y

⁴⁴¹ BURROWS, 2016: 47; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 169.

⁴⁴² Art. 97 CCo. “Para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirigiere; y no mediando tal aceptación, queda el proponente libre de todo compromiso.”

validez (art. 1445 CC⁴⁴³, en el derecho chileno, y la exigencia de *consideration*, en su contraparte inglesa).

18. FUNCIONES DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

La descripción del derecho de contratos como una institución social implícitamente sugiere que este orden normativo produce un efecto *funcional* a ese sistema, esto es, un efecto favorable que explica su presencia en un sistema más amplio⁴⁴⁴. En esta sección se defenderá que la concepción consensual del derecho de contratos es compatible con la descripción de esta institución en términos de las funciones que cumple dentro de un determinado contexto institucional. Para este propósito, se adoptará el siguiente enunciado genérico de función presentado por PAPAYANNIS:

La función de x en S es Y, significa que x hace Y; y que Y es beneficioso para S, en el sentido de que si, *ceteris paribus*, Y no fuese realizado en algún S, entonces, la probabilidad de que se produzca el efecto beneficioso en aquél S sería menor que la probabilidad de que se produzca en otro S en el que Y sí se realiza.

Atendidos los términos de esta estipulación, en esta sección se defenderá la idea de que la descripción cabal del contrato-institución requiere, a lo menos, comprender la exposición de dos funciones. Al efecto se afirmará que el contrato cumple una función principal, vinculada a la transferencia de derechos, y una accesoria, relacionada con la neutralización de los infortunios. Adicionalmente, se argüirá que ambas funciones están vinculadas pues tanto una como la otra enfrentan el problema de la incertidumbre o ignorancia que informa la agencia humana. De este modo, el derecho contractual es una institución que, además de hacer factibles los intercambios voluntarios dotándolos de coercibilidad, hace posible a partir de este efecto que los participantes de esta práctica

⁴⁴³ Art. 1445. “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

⁴⁴⁴ Sobre la posibilidad de introducir explicaciones funcionales del derecho neutrales, esto es, sin prejuzgar sobre su justificación, véase EHRENBERG, 2009: 112.

puedan valerse de sus reglas a fin de precaver las consecuencias de los infortunios que, si bien desconocen, *suponen* que podrán afectarlos⁴⁴⁵.

18.1. LA FUNCIÓN DE ESTABILIZACIÓN DE LOS INTERCAMBIOS VOLUNTARIOS

La afirmación del vínculo funcional entre el contrato-institución y los intercambios comienza con la constatación de su función principal, la estabilización de estos últimos, comprendiendo que el contrato es un “esquema de cooperación local para el beneficio mutuo de los contratantes”⁴⁴⁶. De acuerdo con esta comprensión, tributaria del análisis económico de la institución, el principal problema que enfrenta la cooperación es el peligro del comportamiento oportunista, atendido el supuesto de racionalidad individual, esto es, que en numerosas ocasiones los agentes optarán por el incumplimiento del acuerdo si es que la deserción representa un mejor resultado esperado que su cumplimiento. Recuérdese el ejemplo del intercambio de presentado precedentemente: la principal diferencia entre los escenarios presentados es que, merced a su contexto institucional, en el Escenario II *a* y *b* están vinculadas por su acuerdo, efecto que puede expresarse en términos de que, a diferencia del Escenario pre-institucional I, no sólo tienen razones para cumplir en atención a su interés, sino además tienen una razón *adicional* para cumplir vinculada por la coercibilidad propia de este vínculo jurídico.

18.1.1. EL COMPORTAMIENTO OPORTUNISTA EN LA RACIONALIDAD INDIVIDUAL

En la literatura contractual, es común explicar el derecho contractual en términos de agencia racional y, más genéricamente, desde las teorías de la decisión y de la elección racional. En este orden de ideas, la descripción de la contratación en términos de elección racional enfatiza que el principal cálculo que deberán realizar las partes contratantes será determinar hasta qué punto el resultado colaborativo (el cumplimiento) mejora su resultado opuesto, considerando los resguardos que deben tomar y sus costos y el beneficio perdido por ello⁴⁴⁷.

Para efectos de ilustrar estas complicaciones, resulta útil rescatar algunas propuestas contractuales como la de marco teórico cuyo propósito es indagar sobre la manera en las cuales los agentes racionales deciden en contexto donde los resultados de sus elecciones

⁴⁴⁵ El punto, se defenderá, es que someterse a la institución contractual para formalizar los intercambios es una cuestión de elección racional (función de estabilización de los intercambios voluntarios). *Infra* §18.1.

⁴⁴⁶ COLEMAN, 1992: 105.

⁴⁴⁷ COLEMAN, 1992: 122.

dependen, en algún grado, de lo que haga otro⁴⁴⁸. Según explica PETERSON, se presupone que ambos jugadores toman decisiones asumiendo un conocimiento común de racionalidad, de tal manera que ambos saben que la jugada que realizarán determinará la siguiente jugada del otro⁴⁴⁹. Desde este punto de vista los problemas de cooperación pueden ser expresados a través del dilema del prisionero, ejercicio hipotético cuyo propósito es demostrar que el resultado óptimo para cada jugador no coincide necesariamente con el resultado óptimo para el grupo que conforman ambos jugadores⁴⁵⁰. En la versión de COOTER y ULEN, el dilema del prisionero tiene la siguiente formulación: dos sospechosos de haber cometido un delito (Sospechoso 1 y Sospechoso 2) son aprehendidos por la policía e interrogados en cuartos separados mientras permanecen incomunicados⁴⁵¹. Dado que en su contra sólo existe evidencia circunstancial, el fiscal de la causa penal ofrece a cada uno la siguiente oferta: si ambos guardan silencio la pena que ambos sufrirán es de 1 año, mientras que si ambos confiesan cada uno será condenado a 5 años de prisión. Sin embargo, y aquí radica el punto del dilema, es que si uno de ellos confiesa mientras el otro no lo hace, el primero recibirá una pena más favorable que su contraparte (digamos, 6 meses y 7 años, respectivamente)⁴⁵². Esta versión del dilema puede ser representadas en la siguiente matriz:

		<i>Sospechoso 1</i>	
		Confiesa	No confiesa
<i>Sospechoso 2</i>	Confiesa	(-5, -5)	(-0,5, -7)
	No confiesa	(-7, -0,5)	(-1, -1)

Fig. 2⁴⁵³

⁴⁴⁸ PETERSON, 2017: 234.

⁴⁴⁹ PETERSON, 2017: 234.

⁴⁵⁰ PETERSON, 2017: 237.

⁴⁵¹ COOTER y ULEN, 2014: 47.

⁴⁵² Si bien el dilema del prisionero tiene múltiples descripciones, el dilema del prisionero es caracterizado como un juego entre dos participantes de suma cero (lo que obtiene el ganador es lo mismo que pierde su oponente), no cooperativo (los jugadores no pueden pactar acuerdos vinculantes entre sí), de estrategia simultánea (los jugadores realizan su jugada al mismo tiempo, sin conocer que ha decidido el otro) y no iterado (es decir, de una única jugada). PETERSON, 2017: 242.

⁴⁵³ COOTER y ULEN, 2014: 34.

Si se cumplen las condiciones que conforman este dilema, la estrategia dominante del Sospechoso 1 será confesar pues será la opción que menos tiempo de cárcel represente, *sin perjuicio de lo que haga el otro*⁴⁵⁴. Pero, dado que es un juego simétrico, esta también será la estrategia dominante del Sospechoso 2, de manera tal que ambos tendrán la pena de 5 años. Entonces, si ambos sospechosos ignoran qué decisión tomará el otro, cada uno optará por la estrategia que maximice su utilidad aun cuando resigne una utilidad mayor⁴⁵⁵. Así, el resultado del juego será un equilibrio, en tanto ninguno de los jugadores tienen razones para cambiar su comportamiento si es que el otro no lo hace⁴⁵⁶, de tal manera que la racionalidad individual justifica un estado de cosas que no tiene sustento desde la racionalidad colectiva⁴⁵⁷.

Aplicado a la práctica contractual, el dilema del prisionero muestra las condiciones fácticas sobre las cuales el derecho de contratos opera, y el sentido que adquieren aquellas de sus disposiciones que introducen salvaguardas para efectos de *estabilizar* la práctica de los intercambios voluntarios. En este orden de ideas, se sostiene que el contrato-institución hace plausibles los intercambios ya que elimina la condición de no cooperatividad que explica, como una cuestión de racionalidad individual, por qué la estrategia no cooperativa NC *domina* la estrategia cooperativa C. Volviendo a la comparación entre intercambios voluntarios desde el punto de vista de sus instituciones, mientras que entre las partes del Escenario I la opción NC domina a la opción colaborativa C⁴⁵⁸, en la medida en que Escenario II el intercambio está gobernado por las reglas contractuales, las partes se ven forzadas a respetar los acuerdos a los que pudieran llegar, de manera que el resultado C domina a NC⁴⁵⁹. Todo esto muestra que el cumplimiento de la obligación contractual está racionalmente justificado si y solo si el contratante maximiza su interés. O, como expresa COLEMAN, para cada agente la utilidad esperada derivada del cumplimiento supera la utilidad esperada del desacuerdo, “ $U_i \geq D_i$ ”⁴⁶⁰.

Estas consideraciones desde el paradigma de la elección racional permiten introducir la noción de la función principal de estabilización de los intercambios voluntarios como beneficio que el contrato-institución representa para el sistema social, esto es, el de estabilizar, hacer plausibles, los intercambios comprendidos como empresas

⁴⁵⁴ COOTER y ULEN, 2014: 48.

⁴⁵⁵ TUCKER, 1983: 228.

⁴⁵⁶ COOTER y ULEN, 2014: 48.

⁴⁵⁷ COLEMAN, 1992: 19.

⁴⁵⁸ COLEMAN, 1992: 37-38.

⁴⁵⁹ PETERSON, 2017: 243.

⁴⁶⁰ COLEMAN, 1992: 118.

colaborativas. En los intercambios voluntarios del estado pre-institucional del Escenario I la condición anterior no se satisface, en cambio en el Escenario II las reglas del contrato-institución introducen los incentivos necesarios para incidir en el cálculo racional de los contratantes, asegurando el cumplimiento.

En este orden de ideas, POSNER propone que la función fundamental del contrato es disuadir los comportamientos oportunistas entre los contratantes lo cual, a su vez, produce el efecto agregado de “fomentar el momento óptimo de la actividad económica y hacer innecesarias las costosas medidas de autoprotección”⁴⁶¹. En la misma línea, COOTER y ULEN proponen, en términos aún más directos, que “un contrato ejecutable convierte un juego con una solución no cooperativa en un juego con una solución cooperativa”⁴⁶².

En ocasiones, el efecto jurídico de vinculatoriedad propio de las obligaciones contractuales que permite los efectos que conforman la función institucional de estabilización de los intercambios voluntarios, no sólo involucra el contenido expresamente pactado, sino también la estipulación implícita que POSNER identifica en todo contrato, en cuya virtud el deudor contractual no sólo se obliga a la prestación ϕ , sino a hacer todo lo posible para llevar a efecto esa prestación.

Antes de revisar las implicancias prácticas de esta función, no puede dejar de mencionarse ciertas consideraciones, eminentemente metodológicas, que fundamentan observaciones críticas sobre una explicación como la anterior. Ante todo, el esquema es válido asumido el paradigma de la decisión racional, cuyos presupuestos encuentran resistencia a partir de evidencia empírica desde la denominada economía conductual (*behavioral economics*)⁴⁶³. En lo que es atinente al marco teórico de esta investigación, empero, esta clase de objeciones no será examinada y, en cambio, se observará que uno de los presupuestos del dilema del prisionero impide recoger irreflexivamente sus conclusiones para la práctica contractual. Me refiero, particularmente, a la condición de no iteración del dilema del prisionero. De un lado, la propia literatura de teoría de juegos muestra que el comportamiento de los agentes racionales difiere si las interacciones son repetidas en el tiempo. Sintéticamente, si se pidiera a los jugadores reiterar un número n de veces la participación en el juego, habría condiciones para alguna cooperación, en la medida que la *conducta que van desplegando a lo largo de los juegos* incide en la generación de confianza entre los contratantes, de manera tal que la estrategia óptima será, según

⁴⁶¹ POSNER, 1986: 81.

⁴⁶² COOTER y ULEN, 2014: 277.

⁴⁶³ COOTER y ULEN, 2014: 50.

AXELROD, el “ojo por ojo” (*tit-for-tat*), es decir, cooperar si el otro lo hizo en la jugada anterior⁴⁶⁴.

Respecto del ámbito particular del derecho contractual, la teoría de la elección racional entrega herramientas útiles para describir las relaciones contractuales, especialmente, en la identificación de los problemas de cooperación que pueden surgir a lo largo del íter contractual, en contratos de tracto sucesivo y en contratos de ejecución diferida⁴⁶⁵.

COLEMAN, crítico de los análisis económicos clásicos, destaca que la evidencia empírica muestra la necesidad de incorporar en el análisis del cálculo racional la incidencia del contexto en la explicación de la contratación como un proceso racional, como lo son el número de partes involucradas, la heterogeneidad entre ellas, la dispersión temporal entre la negociación y el cumplimiento, la distribución temporal de los costos y beneficios, el nivel aceptable de riesgo, entre otros elementos. La incertidumbre, en el argumento de COLEMAN, es informada por el contexto en el cual tiene lugar la relación contractual, que incluye el número de partes, la heterogeneidad entre ellas, la dispersión temporal entre la negociación y el cumplimiento, la distribución temporal de los costos y beneficios, el nivel aceptable de riesgo, entre otros⁴⁶⁶.

Finalmente, cabe complementar que el comportamiento oportunista, representado en el dilema del prisionero, no es el único impedimento para la estabilidad de los intercambios voluntarios. De hecho, en la literatura se constatan acercamientos que profundizan en los problemas de racionalidad que pueden suscitarse en materia de los intercambios voluntarios como, por ejemplo, la propuesta de COLEMAN de concepción del contrato racional y de la contratación caracterizada como negociación racional⁴⁶⁷. De acuerdo con esta concepción, el análisis económico clásico yerra en identificar las complejidades del proceso de contratación, dado que el comportamiento oportunista (que identifica como deserción) no es el único problema de racionalidad que afecta los intercambios voluntarios. De hecho, su propia definición del contenido contractual no sólo considera que una o ambas partes se obligan a hacer algo *a futuro*, donde el riesgo de la deserción es concreto, sino que también establecen un marco de recompensas y sanciones asociadas a su cumplimiento o incumplimiento, todo lo cual también responde a otros aspectos de

⁴⁶⁴ AXELROD, 1981: 50; COOTER y ULEN, 2014: 36.

⁴⁶⁵ COLEMAN, 1992: 37-38; COOTER y ULEN, 2014: 283; POSNER, 1986: 79.

⁴⁶⁶ COLEMAN, 1992: 127-129.

⁴⁶⁷ COLEMAN, 1992: 106.

la contratación como la decisión de contratar con una determinada persona y la configuración del contenido normativo del acuerdo⁴⁶⁸.

En concreto, la concepción de negociación racional identifica tres principios de racionalidad (de cooperación, de división y de cumplimiento) asociados a tres momentos distintos del íter contractual, a saber, en una fase previa (*pre phase*), en una fase de negociación (*negotiation phase*) y en la fase posterior a la celebración del contrato (*post phase*), respectivamente. Luego, la solución de este último problema de racionalidad no es, por sí misma, condición suficiente para que la cooperación esté racionalmente fundada⁴⁶⁹.

En primer lugar, previo a celebrar su contrato, ambas partes tienen que decidir su celebración. El problema de colaboración propio de esta fase de la contratación es atinente a un principio de racionalidad colectiva que será solucionado en la medida en que el resultado cooperativo represente mayores recompensas, o utilidades esperadas, para los contratantes que cualquier alternativa de no contratar⁴⁷⁰. En esta línea, para prevenir que las partes racionales prefieran actuar de manera independiente, ellas deberán contar además con información para evaluar correctamente las mayores ventajas del resultado cooperativo, al menos en relación con su justificación en términos paretianos (óptimo y superior)⁴⁷¹. Ante este tipo de problemas de información, las partes tienen que incurrir en

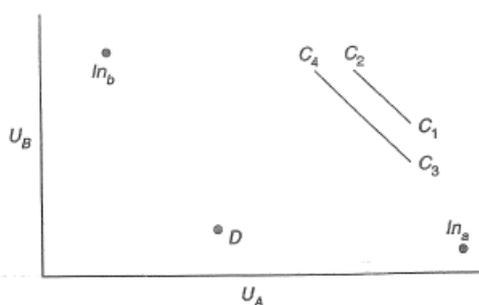
⁴⁶⁸ COLEMAN, 1992: 106.

⁴⁶⁹ COLEMAN, 1992: 106. Esto es parte de la crítica del autor contra los enfoques económicos del derecho contractual, el que identifica como paradigma de mercado. En otros términos, el genuino problema colaborativo en las empresas cooperativas es sólo parcialmente un problema que puede representarse con el dilema del prisionero estándar ya descrito, sino que por su versión revisada de un dilema del prisionero divisible en tanto admite, como propios, tres problemas distintos de racionalidad. Ahora bien, podría replicarse que, en último término, todos estos problemas de racionalidad son problemas de racionalidad individual.

⁴⁷⁰ En términos formales, el resultado esperado debe satisfacer esta condición de racionalidad conjunta, en términos que la utilidad esperada de cada individuo contratando. COLEMAN, 1992: 109.

⁴⁷¹ La condición de racionalidad conjunta solo es satisfecha en el resultado colaborativo, que es simultáneamente Pareto óptimo y Pareto superior. Mientras el punto de desacuerdo D , no es superior Pareto de los puntos In_a e In_b , (In_a , cumple b lo acordado, pero a no, e In_b lo inverso) estos son Pareto óptimo mas no superiores a D . Solo las curvas que representan al contrato son óptimo Pareto y superior al mismo tiempo (COLEMAN, 1992: 109-110). Lo anterior se grafica de la siguiente forma:

FIGURA 5.2



costos de transacción que, desde luego, también tendrán que ser incorporados en la ponderación con las ganancias que pudieran obtener de la materialización del acuerdo pues, a mayores costos de transacción menores ventajas representa el contrato, de manera que los problemas de división y eventual traición se exacerban⁴⁷².

Supongamos que, mientras existen más sujetos dispuestos a comprar suministros, existen otros más dispuestos a venderlos. De lo que se trata es, pues, es que estos eventuales contratantes decidan cooperar a través de la forma institucional contractual, y que decidan hacerlo el uno con el otro.

Durante la negociación del contrato, en segundo lugar, las futuras partes también enfrentan un problema de distribución propio a la racionalidad de distribución, referido a cómo serán asignadas las recompensas y sanciones del contrato entre ellas (directamente, estipulándolo o, indirectamente, fijando el mecanismo conforme al cual se determinará)⁴⁷³. Según se desprende de la explicación de COLEMAN, es la naturaleza estratégica de la negociación la que puede impedir el resultado cooperativo y que, al mismo explica, muestra por qué su solución es conceder

La solución a este problema no solo se ve dificultada por problemas de información, sino también por el eventual comportamiento estratégico de las partes: la solución racional es que ellas concedan, es decir, consientan obtener un resultado menos preferido que su resultado mejor esperado, siempre y cuando este resultado inferior al mejor esperable esté mejor posicionado con respecto al que se encuentra en el punto de desacuerdo⁴⁷⁴. En concreto, solo habrá contrato si uno o ambos, por ejemplo, negocian una venta, pero con un precio más bajo.

18.1.2. EL CONTRATO-INSTITUCIÓN EN LA PRÁCTICA DE LOS INTERCAMBIOS VOLUNTARIOS: LA FUNCIÓN DE ESTABILIZACIÓN DE LOS INTERCAMBIOS VOLUNTARIOS

Dado el rol institucional normado por el derecho contractual a través de su función de estabilización, el intercambio se lleva a cabo pues, como presuponen las teorías de la elección racional, los contratantes, *qua* decisores racionales auto interesados⁴⁷⁵, optarán por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales *pues pueden contar* con que la

⁴⁷² COLEMAN, 1992: 110-111.

⁴⁷³ En el gráfico de la nota 472, el problema de distribución se muestra en desacuerdos a lo largo de las curvas contractuales (entre C_1 a C_2) pues, cada uno de estos puntos representa el mejor resultado esperado de cada uno (*best hope outcome*). COLEMAN, 1992: 112.

⁴⁷⁴ COLEMAN, 1992: 112.

⁴⁷⁵ COOTER y ULEN, 2014: 50; EISENBERG, 2018: 159.

estrategia colaborativa C es eficiente y, por tanto, tendrían incentivos para seguirla⁴⁷⁶. Puesto en términos funcionales, este efecto del contrato-institución en el sistema institucional *estabiliza* la práctica de los intercambios voluntarios, en el sentido que, sin la coerción estatal, no existirían razones para justificar, en términos de racionalidad individual, la decisión de realizar intercambios. Así, el contrato-institución tiene el valor instrumental de facilitar la satisfacción de las preferencias de los contratantes, en la medida que, como se dijo, puedan considerar los desincentivos a los comportamientos oportunistas de los contratantes. Siguiendo esta terminología, bien podría decirse que el contrato-institución tiene su lugar en los sistemas e instituciones contemporáneos en la medida de que, merced a la coercibilidad de la que dota a estas interacciones, incentiva a los participantes de esa práctica a cumplir con los intercambios en los cuales intervienen. En definitiva, los contratantes no sólo tienen razones morales para contar con que la otra cumplirá su palabra pues, al margen de cualquier relación subyacente entre ellas, diría KIMEL, cuentan con el respaldo del ordenamiento jurídico en el evento del incumplimiento⁴⁷⁷. En este plano, el contrato-institución facilita la persecución de los fines de los agentes en la medida que puedan confiar en la efectividad de la institución contractual en tanto disuade los comportamientos oportunistas de sus contratantes. Y es por esta razón que, por regla general, las circunstancias personales de los contratantes (como lo son sus preferencias y sus deseos) son irrelevantes. Aún en relaciones contractuales en el que participen contratantes (racionales) enemigos, ellos pueden contar con la seriedad de las intenciones recíprocamente manifestadas, dada la atribución de un carácter vinculante a sus actos, como el consentimiento, como a las expectativas razonablemente generadas entre ellos.

18.2. LA FUNCIÓN DE NEUTRALIZACIÓN DE INFORTUNIOS

Asociada a los efectos identificados con la función de estabilización de los intercambios voluntarios, el contrato-institución también puede ser empleado por los participantes de la práctica contractual como un mecanismo para neutralizar, directamente, el efecto adverso asociado a contingencias futuras pactando reglas *ad hoc* aplicables a sus

⁴⁷⁶ Ahora bien, si el cumplimiento del contrato está justificado por razones de eficiencia, ellas también hacen lo propio respecto de su incumplimiento.

⁴⁷⁷ En la concepción de KIMEL, este efecto del contrato se identifica con el valor intrínseco de la institución, que denomina contrato, del distanciamiento personal (“*personal detachment*”). La propuesta de este autor será tratada con mayor profundidad. *Infra* §21.3.

intercambios en particular e, indirectamente, sometiéndose a las reglas ya contenidas en el derecho contractual que operan en esos casos.

La referida capacidad del contrato-institución para producir estos efectos es identificada como la función de neutralización de infortunios del contrato-institución, cuyo desarrollo será objeto de la presente subsección.

18.2.1. RIESGOS E IGNORANCIA EN LAS EMPRESAS COOPERATIVAS

El comportamiento oportunista no es el único problema de racionalidad que enfrentan los contratantes con motivo del intercambio, constatación que puede explicarse en dos niveles. En el primero, correspondiente a la fase precontractual, las partes no sólo tienen que decidir si quieren contratar con la persona de su contraparte, sino también deben resolver por qué quieren contratar, es decir, cuál es el beneficio que esperan obtener de hacerlo. En tal sentido, el cálculo de la utilidad esperada es el elemento más relevante del cálculo racional que antecede a la decisión del contratante para entrar en la relación contractual⁴⁷⁸.

Pero ¿en qué puede consistir esa utilidad? En términos de racionalidad, la decisión de los contratantes de celebrar un contrato ha sido caracterizada como una manera de localizar costes y beneficios; riesgos y costes⁴⁷⁹. Lo usual será que el contrato pueda caracterizarse, en términos de racionalidad, como una decisión de utilizar un instrumento de gestión de riesgos. Esta idea permite explicar que, mediante la transferencia de derechos, los contratantes esperan obtener un resultado con mayor probabilidad que persiguiéndolo solos.

Pero no se acaba aquí el problema de racionalidad pues, celebrado el contrato, es posible la ocurrencia de situaciones que alteren, o aún impidan la consecución de las prestaciones pactadas. Aún más, siguiendo a POSNER, la descripción de la obligación de *a* de ϕ a favor de *b*, *puede* incluir una promesa implícita de *asegurar*lo en caso de no poder cumplir lo prometido⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ COLEMAN, 1992: 109.

⁴⁷⁹ COLEMAN, 1992: 105; POSNER, 1986: 81.

⁴⁸⁰ POSNER, 1986: 91. Sin embargo, deben hacerse dos prevenciones. La primera, metodológica, en cuanto a que, si bien la descripción de POSNER muestra adhesión a la concepción promisorio, no impide que el mismo punto pueda ser extendido hacia la concepción consensual aquí asumida. La segunda, sustantiva, es que ese contrato será vinculante siempre y cuando no exista una determinación expresa de los contratantes en sentido contrario, o que una norma imperativa o prohibitiva disponga lo contrario, como será, por ejemplo, en el ámbito del consumo en las obligaciones del proveedor.

18.2.2. LA FUNCIÓN DE NEUTRALIZACIÓN DE INFORTUNIOS EN LA PRÁCTICA CONTRACTUAL

Debido a estos problemas atinentes a la contratación, es que algunas de las reglas del derecho contractual tienen por objeto no sólo distribuir y trasladar los riesgos de una parte a otra, sino neutralizar el efecto que las circunstancias no consideradas en la celebración del contrato. El interés práctico de esta explicación, pues, radica en que permite comprender, en términos de racionalidad, el orden de las empresas cooperativas gobernadas por el derecho contractual, el cual, como institución, resulta mucho más rico que un recurso para desincentivar conductas oportunistas. A continuación, a efectos de mostrar la traslación de estas consideraciones al ordenamiento contractual, es necesario tomar en cuenta dos enunciados que corresponden a las descripciones contemporáneas de la práctica contractual.

El primero de estos enunciados tiene que ver con la pertinencia de la valoración de la acción u omisión del deudor que fundamenta la caracterización del incumplimiento. Desde el punto de vista dogmático, las explicaciones tradicionales enseñan que la conducta del deudor es un elemento determinante en el modelo obligacional del CC, al punto tal que la declaración de la responsabilidad contractual tiene, como condición necesaria, el reproche a la conducta culpable o dolosa del deudor⁴⁸¹. En tal sentido, la evaluación de la conducta del deudor es un elemento fundamental en la determinación de los efectos del incumplimiento contractual, en tanto es considerado como una condición de la indemnización de perjuicios y, a la postre, de lo que es referido como la responsabilidad civil contractual.

Aun ante las innovaciones doctrinarias posteriores, la pertinencia de la evaluación de la conducta del deudor como un elemento relevante en términos de la adjudicación de los litigios de responsabilidad contractual permanece vigente. Me refiero, en particular, a los desarrollos asociados al fenómeno de la modernización del derecho de contratos, aun cuando a primera vista parece ser contradictorios. En efecto, una de sus principales innovaciones que sus proponentes defienden tiene relación con una noción objetiva del incumplimiento contractual, pues propone la sustitución del deber de prestación propio de los modelos codificados por la noción de garantía de satisfacción del acreedor, como elemento definidor de la “vinculación contractual”⁴⁸². Ahora bien, aun si se caracteriza el incumplimiento como cualquier alejamiento del plan contractual⁴⁸³, a efectos de

⁴⁸¹ ABELIUK, 2014: §884, 896; ALESSANDRI (s.f.): 85; FUEYO, 2014: 361.

⁴⁸² MORALES MORENO, 2014; VIDAL, 2011: 261.

⁴⁸³ MORALES MORENO, 2014.

determinar la procedencia de la indemnización de perjuicios la culpa mantiene su vigencia como condición de la indemnización de perjuicios pues este remedio no procede en el evento de circunstancias que la excluyan, como el caso fortuito y la fuerza mayor⁴⁸⁴.

La segunda de las distinciones dogmáticas relevantes en la explicación de la función de neutralización se refiere a la diferencia entre estar obligado y ser responsable. Esta distinción, destacada en el ámbito del derecho chileno por BARROS, implicaría afirmar que del enunciado “*a se obliga para con b a ϕ* ” no se sigue necesariamente el enunciado conforme al cual “*a es responsable ante b del evento de $\neg\phi$* ”. La explicación, puesta en términos analíticos, tiene que ver con la distinción resaltada por BARROS entre, de un lado, la responsabilidad en un sentido amplio, la garantía patrimonial que emana de la obligación, y, de otro, de la noción de responsabilidad en un sentido estricto, esto es, la obligación de indemnizar los perjuicios asociados al incumplimiento⁴⁸⁵. Así, la función de neutralización de infortunios contractuales puede situarse como un problema de *responsabilidad* en el sentido jurídico, esto es, la evaluación de la conducta del deudor para verificar, como condición *sine qua non*, su imputabilidad bajo los factores de atribución culpa o dolo.

18.2.2.1. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVINIENTES

El viejo aforismo del privatista “*impossibilium nulla obligatio*” (“a lo imposible nadie está obligado”) muestra como un elemento de la descripción de las prestaciones contractuales la condición necesaria de que la prestación debida sea jurídica y moralmente posible⁴⁸⁶. La idea a la cual alude ese aforismo se aprecia, en el derecho chileno, no sólo para evaluar la validez de las convenciones en términos de su objeto al tenor de reglas como el art. 1461 CC que gobiernan las hipótesis de objeto ilícito, que se refiere la imposibilidad moral del objeto de la obligación, sino también para describir las reglas que

⁴⁸⁴ VIDAL, 2014.

⁴⁸⁵ BARROS, 2006: 724.

⁴⁸⁶ En el sistema chileno, a partir del art. 1461 CC la doctrina identifica dos clases de imposibilidades, a saber, la imposibilidad moral y la imposibilidad jurídica. Sin perjuicio de esta distinción, los efectos de la imposibilidad siempre generan el mismo efecto jurídico de nulidad de la convención.

se refieren a las hipótesis de extinción de la obligación contractual propiamente tal⁴⁸⁷. La referencia, pues, es a la imposibilidad sobreviniente⁴⁸⁸.

En este orden de ideas, el ámbito inmediato en el cual se constata esta afirmación es a propósito del caso fortuito, referido a circunstancias externas, imprevisibles e irresistibles, y cuyo acaecimiento extingue la obligación que sirve de antecedente a la responsabilidad contractual, según se desprende de los arts. 45, 1547 y 1567 regla 7ª CC⁴⁸⁹. Particularmente, del art. 45 CC la doctrina y la jurisprudencia han desprendido las condiciones de procedencia del caso fortuito como modo de extinguir las obligaciones exigiendo, al menos, que debe tratarse de un hecho ajeno a la voluntad del deudor, imprevisto o imprevisible a la época de la celebración del contrato y absolutamente imposible de resistir⁴⁹⁰. Luego, el efecto que prevé el ordenamiento contractual ante la ocurrencia de un hecho que reúne tales características es la extinción de la obligación contractual, de tal manera que la insatisfacción del derecho del acreedor no permite ejercer la acción de responsabilidad civil, pues no puede incumplirse una obligación ya extinta.

La expresión más distintiva del caso fortuito se presenta a propósito de la teoría del riesgo, doctrina jurisprudencial que tiene lugar en los contratos bilaterales en el caso de la pérdida de la especie cuya entrega se debe⁴⁹¹. Conforme a los arts. 1550 y 1567 regla 7ª CC, normalmente la obligación de entregar la cosa específica se extingue si la especie perece⁴⁹², toda vez que la obligación de especie o cuerpo cierto solo puede ser cumplida entregando la cosa objeto de la convención (*ex art. 1569 CC*)⁴⁹³.

Así, pues, el caso fortuito constituye una hipótesis de imposibilidad de cumplimiento sobreviniente, cuya principal particularidad es la extinción de la obligación a cuyo

⁴⁸⁷ Sobre este particular, conviene destacar que en el ámbito doctrinario la extensión de este principio no es pacífica, especialmente, dado el contenido de los instrumentos normativos que informan el nuevo derecho de contratos, como el art. 4:102 de los PECL y el § 311ª del BGB alemán, conforme a los cuales la imposibilidad inicial del objeto no acarrea, en términos necesarios, la nulidad del contrato en cuestión. MORALES MORENO, 2014.

⁴⁸⁸ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: §653.

⁴⁸⁹ Sobre la cuestión de esta nomenclatura y el problema de la sinonimia entre caso fortuito y fuerza mayor, ABELIUK, 2014: 828; ALESSANDRI, (s.f.): 80. Para los efectos de este trabajo, simplemente emplearé la expresión caso fortuito.

⁴⁹⁰ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: §653; ALESSANDRI, (s.f.): 78; BRANTT, 2009; DE LA MAZA, 2009: 660; RODRÍGUEZ, 2012: 182.

⁴⁹¹ ALESSANDRI, 2011: 590.

⁴⁹² El art. 1670 CC recoge un sentido amplio del vocablo perecer ya que además de preverlo como una hipótesis de destrucción de la cosa, lo extiende hacia el caso en que deja de estar en el comercio (pues, en estos casos, su enajenación estaría prohibida y el contrato adolecería de objeto ilícito *ex arts. 1461 y 1464 regla 1ª CC*) o si ella desaparece ignorándose si aún existe.

⁴⁹³ ALESSANDRI, (s.f.): 243.

cumplimiento está sometido el deudor y, por extensión, también lo eximirá de la correspondiente responsabilidad civil⁴⁹⁴.

Si se afirma la extinción de la obligación, debe determinarse quién debe soportarlo, esto es, a quién atribuir el costo jurídico y patrimonial de la pérdida de la especie. Acorde con la estructura básica *vis-à-vis* del contrato, los efectos de la pérdida patrimonial podrían ser atribuidos al deudor, al acreedor o a ambos. Como se pregunta ALESSANDRI, “¿Si cuando hay dos obligaciones recíprocas emanadas de un mismo contrato, una de ellas se extingue por caso fortuito de tal modo que su ejecución se hace imposible, la otra subsiste siempre o también se extingue?”⁴⁹⁵. La solución establecida por el legislador chileno, positivizada en el art. 1550 CC, consiste en establecer que, por regla general, el riesgo de la pérdida de la especie se asigne al acreedor de la obligación de entregar la cosa específica, ya que no podrá eximirse de cumplir su obligación correlativa de pagar el precio⁴⁹⁶. El comprador, por ejemplo, estará obligado al pago del precio de la cosa, aun cuando ésta ya no exista⁴⁹⁷. Sin embargo, la regla en cuestión ha sido objeto de una conocida crítica toda vez que es un principio antiguo del derecho civil que las cosas perecen para su dueño (*res perit domino*), el comprador antes de la tradición de nada es dueño, salvo del riesgo de pérdida de la cosa (*res perit creditor*)⁴⁹⁸.

La imposibilidad de cumplimiento también tiene cierta cabida en el *common law* inglés, a partir de la hipótesis en la cual el impedimento no haya sido causado por un acto deliberado de las partes⁴⁹⁹. A este efecto, y en virtud de la denominada doctrina de la frustración (*doctrine of frustration*), referida a la imposibilidad física o legal de cumplimiento o la alteración radical de lo convenido como consecuencia de un cambio sobreviniente en las circunstancias del contrato⁵⁰⁰. En ausencia de una estipulación contraria, la imposibilidad de cumplimiento según esta doctrina del *common law* ordena

⁴⁹⁴ ALESSANDRI, (s.f.): 82. Debe tenerse presente que existen hipótesis marginales en las cuales, la concurrencia del caso fortuito en los términos del art. 45 CC no exime al deudor de responsabilidad. Por ejemplo, si el caso fortuito acaece durante la mora del deudor, *ex arts.* 1547 CC, 1590 CC y 1672 CC).

⁴⁹⁵ ALESSANDRI, 2011: 591.

⁴⁹⁶ ALESSANDRI, 2011: 591; BARCIA, 2010: 96; MEZA, 2009: 131.

⁴⁹⁷ MEZA, 2009: 131.

⁴⁹⁸ ABELIUK, 2014: §1301; BARCIA, 2010: 98.

⁴⁹⁹ CARTWRIGHT, 2007, 238; MCKENDRICK, 2008: 1560-1561.

⁵⁰⁰ BURROWS, 2016: 164. Entre los casos señalados al efecto de ilustrar la frustración del contrato se encuentran *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd* (1874) LR 10 CP 125, *National Carriers Ltd v Panalpina (Northner) Ltd* [1981] AC 675, HI, *Herne Bay Steam Boat Company v Hutton* [1903] 2 KB 683, CA. En la explicación de Lord RADCLIFFE, “Frustration occurs whenever the law recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract”. *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban Dc* [1956] AC 696, 729, HL.

el término automático del contrato, *desde* la fecha de la frustración del contrato⁵⁰¹. Asimismo, la terminación fundada en esta doctrina sólo produce efectos hacia el futuro, mientras que las prestaciones que las partes hayan cumplido hasta ese momento, y la correspondiente obligación de restitución, son referidas como un problema atinente al enriquecimiento injusto.

Esta doctrina, cabe agregar, es una regla por defecto ante la ocurrencia de estas circunstancias, de tal manera que los contratantes pueden determinar los efectos distintos ante eventos de esta clase a través de convenciones especiales (*force majeure clauses* o *hardship clauses*). En virtud de estas disposiciones, los contratantes pueden atribuir diversos efectos ante la ocurrencia de una o varias circunstancias fuera de su control, como por ejemplo la excusa de cumplir con lo pactado, o la prerrogativa de terminar el contrato⁵⁰².

18.2.2.2. MODERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Aun si los efectos del infortunio contractual no fuesen lo suficientemente graves para considerar la terminación del contrato, y la consecuente exención de responsabilidad del deudor por su incumplimiento, el derecho de contratos prevé mecanismos de atenuación o moderación de ella. La temática puede tratarse a propósito de la revisión judicial del contrato que engloba, genéricamente, aquellos casos en los cuales, si bien la imposibilidad de cumplimiento no es absoluta, el ordenamiento jurídico acoge la atenuación de los términos del contrato⁵⁰³.

Por su parte, el derecho civil chileno recoge excepcionalmente la revisión -judicial y extrajudicial- para cierta clase de contratos⁵⁰⁴. Por ejemplo, en el contrato de comodato el comodante, acreedor de la obligación de restitución de la cosa prestada, puede exigirla con anterioridad a lo pactado si sobreviene una necesidad imprevista y urgente de ella (art. 2180 regla 2ª CC). Un derrotero similar ocurre a propósito del contrato de depósito (art. 2227 CC) y del contrato de construcción a suma alzada (art. 2003 regla 2ª CC)⁵⁰⁵.

El derecho de contratos inglés, siguiendo la explicación de TREITEL, resuelve de manera más decidida la posibilidad de que el deudor pueda eximirse del cumplimiento específico

⁵⁰¹ BURROWS, 2016: 167.

⁵⁰² GUEST, 2008: 981.

⁵⁰³ DE LA MAZA, 2009: 679.

⁵⁰⁴ No trataré aquí con profundidad, pero pueden referirse otras obras para este fin. DE LA MAZA, 2009: 651-705; LÓPEZ, 2015; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 317; RODRÍGUEZ, 2003: 16.

⁵⁰⁵ LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017: 301.

de la obligación contractual (*specific performance*), en atención a la ocurrencia de circunstancias económicas sobrevinientes. Sin embargo, no basta una mera dificultad económica (*mere pecuniary difficulties*), sino que además deben tratarse de circunstancias que signifiquen para el deudor excesiva onerosidad en caso de cumplir con la obligación (*severe hardship*). La excesiva onerosidad que autoriza la revisión del contrato puede provenir de circunstancias que surgieron con posterioridad a su celebración y aún pueden afectar no solo al objeto de la transacción, sino incluso al propio deudor, mientras no sean de su responsabilidad⁵⁰⁶.

En *Tito v Wadell*, recuerda TREITEL, el cumplimiento específico fue negado en atención a que el costo en el que incurriría el deudor demandado es desproporcionado con respecto al beneficio que el demandante obtendría del cumplimiento. En términos similares, en *Patel v Ali*, la acción fue rechazada atendiendo a que, durante la demora en el cumplimiento del inmueble comprado no imputable a ninguna parte, la demandada sufrió la quiebra de su cónyuge y una enfermedad que le causó una discapacidad⁵⁰⁷.

18.2.2.3. IRRESPONSABILIDAD POR LOS PERJUICIOS IMPREVISTOS

Según se observa en la literatura chilena sobre el contrato, la previsibilidad del daño generado por el incumplimiento es un parámetro relevante en los juicios de responsabilidad fundados en tales circunstancias. Para algunos, la previsibilidad participa del juicio de responsabilidad civil contractual como un criterio que determina su extensión, limitándola en cuanto a la extensión de los perjuicios resarcibles. Para otros, en cambio, la previsibilidad opera, al mismo tiempo, como parte del juicio de causalidad y/o como parte de la determinación del daño. En el ámbito causal, la previsibilidad opera como elemento del juicio atribución del hecho dañoso a la parte incumplidora y para la determinación el contenido de la indemnización⁵⁰⁸, mientras que en el ámbito del daño la previsibilidad delimita el daño indemnizable, de manera tal que el deudor incumplidor no responde del daño remoto, del perjuicio extrínseco o del daño imprevisible⁵⁰⁹.

En el common law, para la procedencia de la indemnización por incumplimiento contractual debe constatarse que el daño se hubiese producido “*but-for*” el incumplimiento contractual y, además, que éste sea la causa efectiva del daño⁵¹⁰. En

⁵⁰⁶ TREITEL, 2008: 1737-1738.

⁵⁰⁷ *Patel v Ali* [1984].

⁵⁰⁸ PINO, 2013: 146.

⁵⁰⁹ VINEY, 2008: 453.

⁵¹⁰ *Galoo Ltd v Bright Grahame Murra*.

Hadley v. Baxendale, se rechazó la reparación de los daños remotos, es decir, aquellos que el demandado no pudo haber previsto a la época de la celebración del contrato, conforme al curso usual de las cosas, o a lo que las partes pudieron haber contemplado, razonablemente, como probable resultado del contrato⁵¹¹.

En el derecho chileno, el requisito de previsibilidad se desprende del art. 1556 inc. primero y, especialmente, del art. 1558 inciso primero CC⁵¹². De esta última regla, la doctrina desprende la exclusión de la reparación, en primer lugar, de los perjuicios que no son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento⁵¹³ y, en segundo lugar, de los perjuicios no previstos e imprevisibles derivados del incumplimiento no doloso.

A pesar de la aparente claridad de esta norma (al menos en contraste con lo que ocurre en el ámbito extracontractual⁵¹⁴), la comprensión del elemento causal no es pacífico en la doctrina chilena⁵¹⁵, pues se cuestiona si la previsibilidad se relaciona con la causa del perjuicio o bien con la determinación de su monto⁵¹⁶. Cercana a la primera posición, DOMÍNGUEZ sostiene que la previsibilidad tiene relación con la causa del perjuicio y no con su monto⁵¹⁷, posición que cuenta con el respaldo de la autoridad doctrinaria de POTHIER, fuente doctrinaria del art. 1150 del *Code Napoleon* y de una razón de equidad, a saber, la reparación del daño moral por extensión del principio de reparación integral del daño en el ámbito contractual⁵¹⁸.

La segunda postura, sugerida por CORRAL, sostiene que la inteligencia del art. 1558 CC sería la siguiente: los daños conectados causalmente (esto es, que exista un vínculo directo e inmediato entre la acción u omisión y el daño) con el incumplimiento culpable (y no doloso) son reparables si las partes pudieron preverlos a la época de la celebración del contrato⁵¹⁹. Este “canon de previsibilidad”, como lo denomina el autor, no debe ser confundido con la exigencia de previsibilidad asociada a la noción de causalidad

⁵¹¹ *Hadley v. Baxendale* [1854] 9 Ex 341. CARTWRIGHT, 1996: 490.

⁵¹² Art. 1556. “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Art. 1558. “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

⁵¹³ ABELIUK, 2014: §895; FUEYO, 2014: 369.

⁵¹⁴ PREVOT, 2010: 149. En el mismo sentido, ALESSANDRI, 2015: 39.

⁵¹⁵ RODRÍGUEZ, 2012: 8.

⁵¹⁶ DOMÍNGUEZ, 2013: 537.

⁵¹⁷ DOMÍNGUEZ, 2013: 538.

⁵¹⁸ DOMÍNGUEZ, 2013: 539-540.

⁵¹⁹ CORRAL, 2010: 151.

adecuada, ni a la noción de culpa que también integra, porque el juez se sitúa en momentos distintos para efectuar el juicio de previsibilidad. Por lo tanto, la previsibilidad del artículo 1558 CC, por tanto, supone un juicio en el momento en que las partes celebraron la convención; en los demás, en el momento del incumplimiento. El autor concluye que la regla citada es un límite al deber de reparar los perjuicios que se siguen del incumplimiento, y no una regla de limitación de la determinación del vínculo causal⁵²⁰.

En resumen, tanto en el *common law* como en el derecho chileno el deudor incumplidor no responde de perjuicios que no fueron ni pudieron ser previstos por las partes. Este principio admitiría, únicamente, dos excepciones *ex art.* 1558 CC. La primera, respecto de los daños surgidos del incumplimiento doloso o `por culpa grave del contrato (*culpa lata dolus est*) y, la segunda, que así lo hayan dispuesto las partes en una convención ad hoc del contrato incumplido⁵²¹.

Frente a la ocurrencia de situaciones imprevistas y externas, o imprevisibles e irresistibles, que podrían surgir durante la ejecución de las obligaciones contractuales, el derecho de contratos también muestra respuestas⁵²². Tómese el siguiente ejemplo de la práctica contractual. Un niño padece una enfermedad genética para la cual, hasta el momento, no se conoce un tratamiento médico absolutamente efectivo. Conocido su diagnóstico, y debidamente informado, los padres escogen para su hijo una terapia no convencional que, al menos a la fecha, no está validada por la comunidad científica. A continuación, supóngase que el mejor tratamiento disponible se trata de un medicamento que permite estimar una buena proyección de recuperación de acuerdo con los estudios conocidos a la época de su aprobación. Años posteriores al tratamiento, el paciente desarrolla una extraña enfermedad en cuya causa, descubren los expertos, se aprecia cierta correlación con la ingesta de un compuesto presente en el medicamento.

Respecto de casos como el expuesto, en el sistema contractual existen buenas razones para cuestionar que puedan imputársele a la médica todos los efectos desfavorables que, a la postre, pudieran afectar negativamente al paciente. De hecho, siendo comúnmente la obligación médica una obligación de medios, el deber contractual del médico es aliviar el sufrimiento del paciente. Pero hay más, pues de las normas del derecho común contractual

⁵²⁰ CORRAL, 2010: 176 y ss.

⁵²¹ La doctrina y jurisprudencia chilena se han manifestado, mayoritariamente, a favor de extender los efectos agravatorios del incumplimiento doloso a aquel por culpa grave *ex art.* 44 inc. 2ª CC. BANFI, 2000: 313-323; BARCIA: 2006.

⁵²² Para una perspectiva general del derecho chileno sobre el particular, véase FUEYO, 2014, 369; para el derecho inglés, CARTWRIGHT, 1996: 490.

no se desprende que puedan imputarse al deudor todos los efectos desfavorables que sufiere su acreedor. Por lo pronto, cabe adelantar que éste, por defecto, no debería responder por perjuicios cuando la posibilidad de ocurrencia sea desconocida a la época de la celebración del contrato. Luego, probablemente la única manera diligente de cumplir con la obligación médica era, precisamente, recetando el tratamiento que presumiblemente determinó el destino triste del paciente.

19. CONCLUSIÓN PARCIAL. El propósito de este capítulo fue presentar una particular descripción del derecho de contratos, la concepción del contrato-institución, como la forma institucional que gobierna los intercambios voluntarios. En este orden de ideas, se afirmó que el contrato desempeña dos funciones fundamentales a la hora de gobernar los intercambios voluntarios sometidos, en virtud del consentimiento, a sus reglas: las funciones de incertidumbre y de neutralización de infortunio. La denominada función de incertidumbre se orienta a resolver los problemas de racionalidad que afecta la cooperación a lo largo del íter contractual derivados, principalmente, de la incertidumbre epistémica. La función de neutralización de infortunio, por su parte, complementa la función de estabilización en tanto el contexto de incertidumbre no sólo favorece fallas contractuales, ya que el contrato-institución incentiva el resultado colaborativo de la contratación, en la medida que reafirma que a , al obligarse para con b a ϕ , involucra un *límite implícito* a la garantía patrimonial configurado por aquello que puede anticipar y controlar.

Por ello, y muy lejos del lugar incidental que parece atribuírseles, esta función participa decisivamente en la configuración de todas las relaciones contractuales, pues la ley del contrato no sólo crea deberes de comportamiento, sino también establece sus respectivos límites bajo la forma de exenciones o atenuaciones de responsabilidad. Como si se tratasen de las dos caras de una moneda, las relaciones contractuales tienen una dimensión positiva que determina a qué se obligan las partes, conforme a las obligaciones y los remedios por su incumplimiento, y una dimensión negativa que determina hasta qué punto pueden permanecer obligadas, determinadas por las reglas que configuran la función de neutralización de infortunio contractual.

CAPÍTULO CUARTO

EL IGUALITARISMO DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

20. GENERALIDADES

Habiendo introducido en el capítulo anterior la concepción del contrato-institución, que en síntesis lo describe como el conjunto de reglas que, gobernando los intercambios voluntarios, cumple la función principal de estabilización y la función secundaria de neutralización de infortunios, el objeto de este Capítulo Cuarto y final será mostrar una justificación de dicho orden normativo, desde la filosofía política. De esta forma, se retomará la discusión filosófica de las concepciones contractuales introducida en la Primera Parte del trabajo, en especial, la cuestión sobre si el contrato puede ser un dispositivo social de justicia distributiva, es decir, si es que sus reglas pueden ser usadas para redistribuir la riqueza y, en ese sentido, cómo pueden tenerse por distributivamente justas las transferencias voluntarias.

A este respecto se introducirá, en primer lugar, una interpretación del contrato-institución que hace descansar su justificación en la versión de RAZ del ideal de autonomía significativa, conforme a la cual las funciones descritas en el Capítulo Tercero resultan justificadas en atención a su efecto de facilitador de la consecución de los planes de vida. En concreto, siguiendo los lineamientos ya mostrados por KIMEL, la justificación en términos de autonomía significativa involucra una revisión del papel neutral del derecho de contratos frente a los intercambios voluntarios, asunción enquistada en el corazón de la comprensión tradicional del contrato, para dar paso a ciertas reglas y principios que bien pueden ser considerados *progresistas*.

Empero, existen razones para profundizar en la incidencia distributiva a propósito de la pesquisa teórica de justificación del contrato-institución, incluso manteniendo la pertinencia de las ideas basadas en la autonomía en esa tarea. El marco conceptual informado por el ideal de la autonomía significativa, si bien es apto para justificar una acción positiva del poder político para hacer posible la autonomía de los ciudadanos (es decir, facilitar la persecución de sus respectivos planes de vida), deja abierta la cuestión sobre qué circunstancias, en el contexto de la justicia social, son las que requieren ser *igualadas*.

En atención al déficit anotado, se argumentará que el liberalismo igualitarista justifica que el contrato-institución cumpla, *además* de su función principal, una función de

neutralización de los infortunios. Particularmente, se sostendrá que el acceso al orden contractual debiese ser entendido como un recurso o bien primario, de tal forma que su asignación no pueda descansar en elementos moralmente arbitrarios, sino sólo en aquello por lo cual los contratantes pueden ser tenidos como moralmente responsables. Esta conclusión, de ser correcta, no debiera sólo admitirse entre quienes caracterizan el orden contractual como una institución de justicia formal, sino también para admitir la pertinencia del principio de justicia distributiva en la justificación del contrato. Sin embargo, para admitir esta posición, es necesario enfrentar la discusión en torno a la objeción estructura básica, proponiendo en una interpretación alternativa a la objeción, que tiene un propósito mucho menos ambicioso que el que esa lectura pretende.

A continuación, se argumentará a que el derecho de contratos es una institución que admite la incidencia de la justicia distributiva, entonces su justificación también debe ser extendida a la función de neutralización de infortunios, dada la impertinencia de que circunstancias moralmente arbitrarias incidan en la justificación de la asignación de recursos en una sociedad liberal. Esta conclusión parcial será fundamentada profundizando en la noción de arbitrariedad moral, la cual puede ser extrapolada desde la temática de la suerte, *qua* problema de moral individual, hacia el ámbito de la justificación de las instituciones, como se ha hecho desde el igualitarismo rawlsiano hasta las concepciones que, hoy en día, se denominan igualitarismo de la suerte.

En definitiva, el propósito de este capítulo final será presentar una concepción normativa, de carácter igualitarista, del derecho contractual, según la cual la práctica de los intercambios voluntarios sometidos al contrato-institución puede ser interpretada en términos tales que su justificación es instrumental a la persecución de los fines de vida de los individuos. Ahora bien, dado que este resultado requiere la concomitancia de las dos funciones referidas, los fundamentos morales de la institución pueden tenerse, a su vez, como una manera de superar la contradicción entre los ideales o principios como la noción de autonomía y responsabilidad, por un lado, y de igualdad y suerte, por la otra.

21. JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN Y LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA

Como fuera señalado en la Primera Parte, un lugar común entre las diversas explicaciones del derecho de contratos asocia este ordenamiento con el ideal filosófico de libertad, a través de la incorporación del principio dogmático de libertad contractual, y expone su paulatina erosión en atención a la introducción de reglas y principios de inspiración

progresista⁵²³. Así las cosas, a partir de dicho diagnóstico, bien podría cuestionarse cuál es el actual sentido que tiene hablar de la libertad contractual. Si llevaran razón opiniones como las de ATIYAH sobre el alejamiento del contrato del ideal de libertad⁵²⁴, pareciera que mucho de lo que hacen los participantes de la práctica contractual cotidiana carece de sentido; si, en cambio, se defiende la opinión contraria, es necesario preguntarse qué tan exacto es el juicio según el cual la mayor presencia de normas de orden público no involucra un debilitamiento del ideal de libertad filosófico que, como solía afirmarse, fundamenta la libertad contractual.

Una manera de responder a la justificación de esta clase de reglas atiende a su capacidad para *promover* la autonomía de los contratantes, propuesta que será examinada a continuación.

21.1. DEL IDEAL DE LIBERTAD AL IDEAL DE AUTONOMÍA SIGNIFICATIVA

El punto de partida para estos efectos será indagar en el tópico de la libertad y la autonomía, desde la perspectiva de la justificación de la actuación de los poderes públicos y consecuentemente, determinar qué es aquello a lo que la adscripción a dicho principio compromete. Llevado al plano de la práctica contractual esto implica, además, la pregunta de si la intervención de la comunidad política debilita el rol conceptual de la libertad en esta clase de intercambios privados institucionalizados.

Como fuera visto, las concepciones deontológicas sobre el derecho de contratos presuponen la noción kantiana de libertad cuyo contenido es, en esencia, *independencia personal* respecto de otros⁵²⁵. Luego, si se indaga sobre la justificación de la coerción estatal de las obligaciones contractualmente generadas, entonces ella sólo puede descansar en la caracterización del incumplimiento como violación de derechos de los cuales el acreedor es titular.

Sin embargo, es útil asentar que, al introducir la distinción entre los conceptos de libertad negativa y de libertad positiva, el valor instrumental del orden contractual con respecto a los planes de vida de los contratantes no sólo está determinado por la ausencia de coacción como condición paradigmática del intercambio, sino también por su efecto de generar un mayor rango de opciones para los individuos⁵²⁶. En esta línea, conviene tener presente un elemento importante de la concepción de moralidad política de RAZ, a saber, la autonomía

⁵²³ Supra §13.

⁵²⁴ ATIYAH, 1976: 693.

⁵²⁵ DAGAN y HELLER, 2017: 41.

⁵²⁶ SMITH, 2004: 139.

significativa. En virtud de este concepto, las instituciones políticas de una sociedad pueden ser justificadas en atención a la noción amplia de autonomía política y, particularmente, en atención a su capacidad de permitir a las personas la persecución de su propia concepción del bien, conforme a una concepción pluralista de éste⁵²⁷.

El ideal de autonomía de RAZ es una concepción sobre la libertad que requiere que cada individuo tenga, ante sí, opciones moralmente aceptables disponibles⁵²⁸. En este sentido, su noción de autonomía relevante se refiere a la posibilidad de las personas de elegir cómo conducir sus vidas⁵²⁹, un ideal de “auto creación” libre y consciente⁵³⁰ o la condición, en términos de BERLIN, de ser su propio señor⁵³¹. Si el bienestar individual no está necesariamente restringido a la capacidad de elección libre o deliberada de los agentes⁵³², la autonomía significativa representa un valor asociado a la noción de una vida valiosa, en términos tales que se refiere a la capacidad del agente autónomo para (activamente) dar forma a su vida y determinar su curso, libre de coerciones. Sintéticamente, pues, la autonomía significativa es la propiedad de los agentes autónomos de ser, al menos parcialmente, autores de sus vidas⁵³³.

Como puede asumirse, comprometer al liberalismo con la autonomía significativa exige una concepción de moralidad política mucho más exigente que la simple ausencia de coacción. En efecto, un concepto más amplio de coacción se traduce en una noción de autonomía, la autonomía significativa, como una noción más exigente que la noción de libertad negativa, ya que no sólo comprende la libertad contra la intromisión de otros (contenido clásico de la libertad negativa), sino también de intromisiones no coercitivas, como lo son aquellas que inciden en las necesidades personales, las condiciones naturales del agente, etcétera. Luego, la autonomía significativa involucra tanto la capacidad para escoger racionalmente una alternativa por sobre otra como la capacidad para hacerlo entre suficientes alternativas valiosas⁵³⁴. Al respecto, comenta KIMEL:

⁵²⁷ KLASS, 2020.

⁵²⁸ RAZ, 2009: 381.

⁵²⁹ SMITH, 2004: 139; RAZ, 1986: 369.

⁵³⁰ RAZ, 2009: 390.

⁵³¹ BERLIN, 1969: 178.

⁵³² RAZ ejemplifica con las relaciones familiares, como aquella que existe entre padres e hijos, como expresión paradigmática de bienestar individual sin que ella se escoja libremente. El punto es uno conceptual: el bienestar sí está asociado, en términos necesarios, a su adopción voluntaria (“*willingful embracement*”), que por definición no está limitado a elecciones deliberadas de los agentes. RAZ, 2009: 369.

⁵³³ RAZ, 2009: 154.

⁵³⁴ RAZ, 2009: 154.

Para llevar vidas valiosas y autónomas, las personas necesitan de una variedad suficiente de opciones valiosas entre las cuales elegir, pero no necesitan opciones sin valor y, mucho menos, todas las opciones sin valor; y si bien promover la autonomía personal requiere, entre otras cosas, poner a disposición una gama suficiente de opciones valiosas, ella no exige una actitud favorable a la disponibilidad de opciones malas. Por el contrario, cuando la disponibilidad de ciertas malas opciones significaría disminuir significativamente las posibilidades de las personas de llevar vidas autónomas valiosas, o de ejercer su autonomía de manera valiosa en circunstancias particulares, o más generalmente de llevar vidas valiosas, la preocupación por la autonomía solo podría requerir su eliminación⁵³⁵.

Si el contenido del ideal de autonomía significativa no se limita al sometimiento a la voluntad de otro, sino que implica también contar con opciones apropiadas para la persecución de una vida valiosa (y no, meramente, que no sean dictadas por la necesidad personal), entonces pareciera ser que el respeto por este ideal tiene un impacto decisivo en la forma en que el poder público es justificado en el liberalismo político⁵³⁶.

Pues bien, RAZ es explícito en cuanto al vínculo justificativo de la moralidad política para con su concepción sobre la de autonomía, en particular, a partir de la contraposición entre este concepto y el de coerción, y el rol de las instituciones sociales en torno al aseguramiento de condiciones mínimas de vida.

En contra de la interpretación tradicional del ideal de neutralidad de la tradición liberal, referida como una actitud de las instituciones básicas hacia las concepciones sustantivas de bien⁵³⁷, la interpretación del liberalismo a la que adscriben RAZ y KIMEL lo comprenden como un principio de moral pública que alude a las ideas interrelacionadas de neutralidad entre las concepciones del bien, de un lado, y neutralidad ante los individuos, por otro⁵³⁸. Sin embargo, como argumentan estos autores, no se sigue que la neutralidad liberal sea siempre posible ni tampoco aceptable. Así, por ejemplo, mientras una institución no política, como la familia, es perfectamente compatible con el bienestar genéricamente tratado, una sociedad fundada en la autonomía *debe* ofrecer a sus miembros oportunidades de las que, en otro sistema social, carecerían.

21.2. LA RESIGNIFICACIÓN DE LA AUTONOMÍA EN EL CONTRATO-INSTITUCIÓN

⁵³⁵ KIMEL, 2003: 132.

⁵³⁶ RAZ, 2009: 155.

⁵³⁷ RAWLS, 1996: 191.

⁵³⁸ RAZ, 2009: 111; KIMEL, 2003: 121.

Como plantean DAGAN y HELLER, el tránsito desde la noción de libertad como constrictión hacia la noción de autonomía como autodeterminación, conlleva la atribución de un valor *instrumental* al derecho contractual, particularmente vinculado a la justificación de la coercibilidad de las obligaciones de esta clase⁵³⁹. Esto es, como argumentan DAGAN y HELLER, siendo una regla que confiere poderes (“*power conferring rule*”) en el sentido hartiano:

Que el derecho contractual sea un medio potente para mejorar nuestra autodeterminación, es una comprensión implícita en la perspectiva teleológica que Fried y otros trataron de resistir. Además, partir de la autodeterminación significa que no hay nada misterioso en el deber de cumplir con lo pactado pues éste, como explicamos más adelante en este capítulo, sigue muy bien la obligación de respeto recíproco a la autodeterminación que subyace en el derecho privado⁵⁴⁰.

Estas reflexiones en torno a los criterios de justificación de la intervención pública en el ámbito privado tienen importantes implicancias en el orden de los intercambios privados gobernados por el derecho contractual. En esta línea, se observa en la literatura contractual un grupo de teorías que enfatizan que esta institución cumple un rol más exigente que el asegurar un ámbito de libertad de interferencia de terceros, como defienden las justificaciones deontológicas del derecho contractual⁵⁴¹.

Sobre el grupo de teorías contractuales que descansan en la capacidad del ordenamiento contractual para promover la autonomía, SMITH explica que esta finalidad se obtiene “dotando a las personas de mayores opciones entre las cuales elegir para perseguir sus planes de vida expandiendo el rango de opciones”⁵⁴². En esta línea, por ejemplo, concepciones tan disímiles como son las propuestas por FRIED y DAGAN y HELLER, respectivamente, atribuyen a la institución un valor instrumental en tanto esta hace posible la cooperación entre sujetos, sin perjuicio de que cada uno de ellos persiga su propio plan de vida⁵⁴³. Si bien estas descripciones pueden resultar lacónicas, sí son útiles para identificar las dos preguntas relevantes sobre las cuales reflexionar cuándo se atribuye al

⁵³⁹ DAGAN y HELLER, 2017: 41.

⁵⁴⁰ DAGAN y HELLER, 2017: 42.

⁵⁴¹ Supra §4.

⁵⁴² SMITH, 2004: 139.

⁵⁴³ FRIED, por ejemplo, hablar de que en virtud del contrato los individuos pueden reclutar a otros con el fin de perseguir sus propios proyectos (FRIED, 2015: 13); DAGAN y HELLER, por su parte, exponen que el derecho contractual permite realizar compromisos (DAGAN y HELLER, 2017: 41).

contrato la promoción de la autonomía, a saber, la particular forma en la cual incrementa la elección y, a continuación, por qué eso es algo, en sí mismo, bueno.

Pues bien, mediando una interpretación del derecho contractual a la luz de la autonomía significativa, KIMEL reconstruye la noción de neutralidad, no como una crítica contra el derecho contractual liberal *per se*, sino más bien como una objeción contra las interpretaciones rígidas de la libertad contractual tributarias del liberalismo defensor del estado mínimo⁵⁴⁴. Por el contrario, de ser efectiva esta defensa de inspiración raziana, no parece estar justificada la concepción formalista del contrato que representan, por ejemplo, las teorías de la voluntad, sin contar con la circunstancia de que ya en la propia práctica jurídica existan normas y doctrinas incompatibles con una noción eminentemente formal del ideal de libertad.

Aún más, en concepto de RAZ, la adopción del ideal de autonomía significativa en el plano de la justificación de las instituciones sociales requiere que ellas aseguren a los individuos un mínimo de habilidades mentales e independencia, junto con la posibilidad de optar dentro de un rango moralmente adecuado de alternativas⁵⁴⁵. Aplicada al derecho contractual, esta concepción de autonomía podría justificar la introducción de nuevos principios o reglas en la contratación que hagan posible dicho ideal, más allá de la comprensión tradicional o conservadora del contrato sobre el tópico. Recuérdese, según fuera visto en el Capítulo Tercero, que el problema de la libertad en el contrato no se agota en la satisfacción de los requisitos vinculados al consentimiento y la legalidad de la contratación. En este sentido, la incorporación de la autonomía significativa al plano contractual involucra considerar como problemáticas hipótesis que presentan mayores complicaciones que las hipótesis extremas de vicios de consentimiento, como quien, pistola en la cabeza, firma un contrato que, de otra forma, no suscribiría o, suscribiéndolo, lo haría en otras condiciones. En ese caso, no se aprecian muchos problemas en determinar que su autonomía es negada, aún si en virtud de ese pacto el suscribiente coaccionado se transforma en un millonario, o si se trata de un acuerdo que internamente deseaba suscribir, pero no se atrevía a hacerlo. Entonces, el genuino interés en la introducción de la autonomía significativa proviene de su aptitud para justificar normas del derecho contractual que escapan de su caracterización formalista tradicional. Por ejemplo, ¿qué ocurre con las manifestaciones del consentimiento que, perjudicando los intereses del contratante, no son explicadas como hipótesis de violencia o fraude?

⁵⁴⁴ KIMEL, 2003: 117.

⁵⁴⁵ RAZ, 2009: 373.

Además, como fue mencionado en el Capítulo Primero, un rasgo de la interpretación tradicional de la práctica contractual es la virtual irrelevancia de estos casos, esta problemática ocupa un lugar importante en los desarrollos teóricos en torno al contrato y la plausibilidad de introducir consideraciones de distribución y redistribución a su interpretación. De hecho, la concepción distributiva de los acuerdos voluntarios de KRONMAN, centrada en la justificación de los intercambios en la medida que favorezca al contratante explotado, da razones para considerar, al menos en principio, que las consideraciones materiales de la contratación son relevantes. En contraste, la concepción de autonomía de RAZ da otra clase de razones para cuestionar la validez de una convención obtenida en contextos marcados por las circunstancias biológicas o sociales de las personas⁵⁴⁶. Tómese, a modo de ilustración, la siguiente situación hipotética presentada por este autor: una mujer, habitante de una isla desierta, que es constantemente acosada por una jauría de animales feroces, dirige todas sus acciones y energías a su supervivencia⁵⁴⁷. Este caso sirve para ilustrar la intuición tras la noción de autonomía significativa, a saber, que la ausencia de coacción no es suficiente para satisfacer este ideal pues, tratándose de una noción más exigente que la libertad negativa, la mujer acosada, si bien libre, no puede ser tenida como una persona *significativamente* autónoma en tanto todas o gran parte de sus decisiones están decisivamente orientadas por la satisfacción de sus necesidades personales más básicas, como lo es un supervivencia. En otras palabras, las circunstancias en las que se encuentra le impiden ser autora de su propia vida⁵⁴⁸.

Volviendo al contrato-institución, no es necesario imaginar casos así de extremos, como para mostrar posibles rendimientos del ideal de autonomía que permitan justificar la intervención pública en favor de contratantes en situaciones desfavorables⁵⁴⁹. Una manera de ver este fenómeno contemporáneo sugiere tomar en cuenta la asociación, sugerida por KIMEL, entre los sentidos de los ideales de libertad negativa y positiva con los ideales de libertad del contrato (*freedom from contract*) y libertad para contratar (*freedom to contract*)⁵⁵⁰. En las teorizaciones conservadoras del contrato, la comprensión de la libertad limitada a su sentido negativo, esto es como libertad del contrato (*freedom from*

⁵⁴⁶ RAZ, 2009: 154.

⁵⁴⁷ RAZ, 2009: 374.

⁵⁴⁸ RAZ, 2009: 374-375.

⁵⁴⁹ El propio RAZ advierte que la autonomía completa es imposible y que, por el contrario, es una cuestión de grados. RAZ, 2009: 155.

⁵⁵⁰ KIMEL, 2003: 136.

contract), justifica que de ella sólo pueda desprenderse la prohibición de imponer a los contratantes obligaciones en ausencia de un fundamento jurídico para ello, con lo cual es coherente la caracterización del derecho privado como un orden jurídico informado por el principio de *misfeasance* ya tratado⁵⁵¹. Por el contrario, conforme al paradigma de la libertad para contratar (*freedom to contract*), podría desprenderse que el derecho de contratos contenga presupuestos que no pueden entenderse sin una comprensión igualitarista de este ordenamiento. Puesto en términos más generales, si la autonomía significativa fundamenta el ideal de libertad para contratar, éste integra uno de los requerimientos básicos de las democracias liberales modernas, de tal manera que el contrato-institución debe tener una configuración normativa tal que permita, a todas las personas que integran la comunidad, acceder a él para los fines que estimen pertinente. En definitiva, con la incorporación de la autonomía significativa como principio filosófico pertinente a la justificación del contrato-institución, habría razones alternativas a las proporcionadas por KRONMAN, para justificar la intervención pública en el orden de los intercambios voluntarios o, a lo menos, para no negarla de plano. Ante todo porque, al situar la justificación de la intervención pública en el orden contractual como un problema de justificación de los deberes que el Estado impone a una de las partes del contrato (en la forma de gravámenes, deberes positivos o, aún, dirigir el contrato hacia un determinado propósito de interés general, sea en favor de la otra o de terceros, con ocasión de la celebración de un contrato), la persecución de fines distributivos y redistributivos se hace efectiva a través de sus reglas, aun si comprende potenciales restricciones a la libertad contractual que la introducción de deberes.

21.3. LA INTERPRETACIÓN DE KIMEL

En línea con estas consideraciones, el ideal de autonomía significativa es el presupuesto central de un grupo de concepciones cuyo exponente más destacado es KIMEL quien, en *From Promise to Contract*, ha propuesto que el valor intrínseco del contrato proviene de su aptitud para crear relaciones jurídicas entre los contratantes, sin requerir de relaciones personales de por medio ni, consecuentemente, que la *confianza* deba cumplir algún rol en la justificación de la práctica contractual. A este respecto, asocia la función del *distanciamiento personal* que el ordenamiento contractual desempeña entre las partes, el

⁵⁵¹ BENSON, 2010.

cual permite emancipar a las relaciones contractuales de cualquier otro vínculo que pudieran existir entre ellas.

Para KIMEL el distanciamiento personal es, además, el valor intrínseco del contrato y aquello que explica, conceptualmente, el contraste entre éste y la práctica promisoria, que también atribuye consecuencias normativas a las obligaciones voluntarias⁵⁵². Y es que mientras en una relación contractual la presencia de la confianza es un rasgo contingente de estas relaciones jurídicas, en el caso de la promesa es necesaria. Es por eso que la confianza puede comprenderse, aún, como trivial, i.e., como una que puede existir incluso entre extraños, ya que los contratantes no tienen (no, al menos, necesariamente) que ver al otro como una buena persona, una que honra sus compromisos o que es respetuosa con los demás⁵⁵³.

Así, pues, el distanciamiento personal facilita la cooperación allí donde no existe una razón para confiar en el contratante. El contrato opera, como dice el propio autor, como sustituto de la promesa, independizando a las partes de la dependencia de las relaciones personales, para participar a los intercambios voluntarios⁵⁵⁴.

Sin perjuicio de este contraste, que es eminentemente conceptual, la confianza bien puede constatarse en una relación contractual, lo que viene a reforzar que su presencia es meramente contingente en este tipo de vínculos. De hecho, como fuera adelantado en la sección anterior, KIMEL argumenta que la formalización de un acuerdo bajo la forma institucional del contrato es, en último término, una decisión estratégica de los contratantes según el contexto sobre el cual ellas operan.

En definitiva, esta concepción sobre el derecho de contratos lo entiende como orden normativo orientado hacia la promoción de la autonomía de los contratantes, más que un orden tendiente a promover relaciones valiosas. Esto es así porque, si se atiende a la particular manera en que facilita la cooperación (a través del distanciamiento personal), aumenta el número de relaciones de intercambio que una persona puede emprender. El número de potenciales contratantes no sólo involucra a personas con quienes ya tenga una relación valiosa, sino también con otros, como un perfecto extraño o su peor enemigo. No porque confíe en ellos, sino porque, de incumplir injustificadamente, el orden jurídico pone a su disposición un mecanismo institucional conocido por ambos y cuyos efectos son ciertos a través de las acciones judiciales ante el incumplimiento⁵⁵⁵.

⁵⁵² KIMEL, 2003: 65.

⁵⁵³ KIMEL, 2003: 58.

⁵⁵⁴ KIMEL, 2003: 79.

⁵⁵⁵ KIMEL, 2003: 58.

21.4. LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA SIGNIFICATIVA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA PRÁCTICA CONTRACTUAL

Como se ha venido explicando, la incorporación de la concepción de RAZ sobre la autonomía, y su influencia en la interpretación de la libertad contractual por KIMEL, permiten fundamentar que el régimen institucional de los intercambios voluntarios admita, y aun exija como condición necesaria, la intervención del poder público en los intercambios voluntarios arbitrando las controversias en torno al incumplimiento. En esta línea, si la función principal del contrato-institución es hacer plausibles los intercambios voluntarios, entonces la concepción de autonomía en cuestión puede contar como un principio que justifica, en términos instrumentales, la práctica contractual.

A este rendimiento justificativo, debe agregarse que el compromiso con la autonomía significativa conlleva consecuencias más extendidas en el plano de la justificación de la institución contractual, la que también tiene el potencial de justificar otras reglas del derecho contractual debido a su sentido como medio para una competencia justa en que la actuación pública que ella demanda no siempre será la de abstención⁵⁵⁶. Piénsese en los deberes de información tratados en el Capítulo Primero. Mientras en el argumento raziano favorecería un derecho de contratos que equilibre el poder negocial, introduciendo directamente en las relaciones contractuales regímenes como los órdenes públicos de protección, el argumento de COLEMAN los justificaría en la medida que reglas como las que introducen deberes de información, se hacen cargo de problemas de racionalidad cualquiera sea su causa. Los problemas de desigualdad de poder negocial, que es una manifestación de inequidades sociales más amplias, así, son interpretables tanto como un problema de autonomía significativa, como uno atinente a la racionalidad. Si la colaboración tiene algún sentido, entonces, los términos sustantivos de ella deberán responder a uno y otro imperativo.

Asimismo, el ideal de la autonomía significativa también justifica la ineficacia de contratos cuya moralidad es cuestionable (referidos como “*morally repugnant undertakings*”⁵⁵⁷), calificación que reciben ciertas relaciones contractuales que no son, necesariamente, resueltas por las normas mínimas del consentimiento. De hecho, conforme a la interpretación de KIMEL, si el imperativo de neutralidad no es indiferente a

⁵⁵⁶ KIMEL, 2003: 122. DAGAN y HELLER sostienen la posibilidad de justificar deberes afirmativos en el derecho de contratos, en virtud del reconocimiento de deberes recíprocos de respeto por la autonomía de los contratantes, entendida como autodeterminación. DAGAN y HELLER, 2017: 41-46; 79-80.

⁵⁵⁷ KIMEL, 2003: 127.

la moralidad de las opciones disponibles para los agentes significativamente autónomos, también es posible explicar por qué la censura de ciertos actos jurídicos en el ordenamiento jurídico es compatible con una concepción liberal del contrato⁵⁵⁸.

Una expresión notable de esta clase de situaciones se presenta en los casos comprendidos por el principio de *unconscionability*. A su respecto EISENBERG señala, a la luz de la evidencia comparada, que no se trata de un principio que imponga normas paternalistas en el sentido peyorativo y contrario a la sensibilidad distributiva del derecho contractual⁵⁵⁹, sino que su principal fundamento moral está vinculado con el concepto de *moral fault*⁵⁶⁰, que sirve para caracterizar el grado de reprochabilidad de la conducta del contratante en términos de la explotación de la debilidad de su contraparte⁵⁶¹. En sus palabras:

En la medida en que las reglas de *unconscionability* se basan en la prohibición de beneficiarse de una conducta moralmente inapropiada, esta doctrina no es más paternalista que las doctrinas del fraude o la coacción, porque no es paternalista negarse a hacer cumplir un contrato obtenido a través de una conducta moralmente inapropiada⁵⁶².

Así, por ejemplo, si una persona contrata a otra para la ilustración de un libro de apología racista, existen razones para considerar que ese contrato, tal y como está redactado, no es justiciable en atención a la ilicitud de su objeto (*ex arts. 1461 inc. final, 1463 inc. 1, 1465 y 1466 CC*) y de su causa (*ex art. 1467 CC*)⁵⁶³. Lo propio ocurre con las denominadas

⁵⁵⁸ KIMEL, 2003: 121.

⁵⁵⁹ KORDANA y TABACHNICK, 2005: 616; en contra, SHIFFRIN, 2000.

⁵⁶⁰ Noción cercana a la culpa del derecho continental, esto es, a

⁵⁶¹ EISENBERG, 2018: 72.

⁵⁶² EISENBERG, 2018: 92.

⁵⁶³ Art. 1461 inc. final. “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Art. 1463. “El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”.

Art. 1466. “Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación es prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de la prensa; y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”.

Art. 1467. “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

cláusulas abusivas que el derecho del consumo tipifica en tanto importan abiertas vulneraciones a la buena fe contractual, como (art. 16 g) LPC⁵⁶⁴) o, por ejemplo, las reglas antidiscriminación (*Equality Act 2010*) en el ámbito del *common law* inglés. Estatutos de esta clase serían, siguiendo a KIMEL, expresión de la autonomía como fundamento para restringir la libertad contractual⁵⁶⁵.

22. EL PROBLEMA DE LO INESPERADO: EL ESTATUS MORAL DE LAS DECISIONES EN CONTEXTO DE IGNORANCIA O INCERTIDUMBRE

Si las instituciones sociales pueden justificarse en la medida que aseguren alternativas valiosas a las personas para perseguir sus fines, entonces el ideal de autonomía significativa exige, a modo de presupuesto, condiciones materiales que los hagan posibles. Sin perjuicio de lo amplio que parece este enunciado, debe precisarse que la autonomía significativa sólo alcanza a la factibilidad de que las personas sean autores de su propia vida pues, como advierte RAZ, el éxito en los planes de vida no es una exigencia del principio de autonomía significativa⁵⁶⁶. Como se observa, esta concepción sólo pregona que un agente significativamente autónomo sea él, y sólo él, el protagonista de su propia historia, que el éxito o el fracaso han de ser, en definitiva, *suyos*⁵⁶⁷.

Esta prevención lleva a reconsiderar el rendimiento de la tesis de RAZ con respecto al derecho contractual. Primero que todo, debe considerarse que el éxito de un proyecto de vida no depende, exclusivamente, de las solas decisiones del agente, proposición que puede ser admitida sin problemas por defensores de la autoría significativa ya que, precisamente, este principio demanda de la comunidad cumplir un rol *activo* para facilitar a los individuos emprender su proyecto de vida. Empero, es necesario anotar que sus defensores enfrentan un requisito justificativo adicional en lo atinente a la aplicación del principio (comparados por ejemplo a los defensores de un Estado mínimo), pues la autonomía significativa exige una intromisión no sólo en la vida del agente en particular, sino también de las personas que lo rodean.

⁵⁶⁴ Art. 16 LDC. “No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que:

g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

⁵⁶⁵ KIMEL, 2003: 129.

⁵⁶⁶ RAZ, 1986: 371.

⁵⁶⁷ RAZ, 1986: 370.

Las implicancias en el plano justificativo no se detienen aquí, pues también cabría atender al rol que la comunidad debe cumplir con respecto a la determinación de qué principio legitima la intervención estatal. Esto implica la necesidad de contar con un criterio normativo a partir del cual pueda evaluarse si una determinada acción de la comunidad en la concreción de los planes de vida de los individuos puede o no tenerse por justificada. Y este punto, según se verá a continuación, es problemático para la teoría en comento. Considérese el siguiente ejemplo originalmente presentado Bernard WILLIAMS: con el fin de “perseguir su arte”, un pintor (convenientemente bautizado “Gauguin”), escoge formarse como un artista autodidacta, privilegiando experiencias en lugares exóticos y un estilo de vida poco común, por sobre una educación artística formal posiblemente más compatible con estabilidad laboral en el largo plazo pero limitativa de su potencial creativo. Lamentablemente, la obra de Gauguin sólo alcanzaría notoriedad con posterioridad a su muerte⁵⁶⁸.

En lo atinente a la discusión planteada, cabría preguntarse si puede considerarse a Gauguin como el genuino autor de su devenir artístico. Esta duda es razonable, en tanto no sólo sus decisiones en vida pueden estimarse como parte de la explicación de su destino, pues una infinidad de posibles eventos pudieron haber incidido en cómo resultó su vida, como lo son, por ejemplo, accidentes biográficos tales como la experiencia de su infancia vivida en el Perú, su origen social, que desistiera de una vida de lujos o que sufriera una enfermedad que, en esa época, no tenía tratamiento.

Sin embargo, y cuando sea cierto que no es el objeto de esta teoría perfeccionista, las condiciones que ordenaría el ideal de autonomía significativa sólo pueden constatarse *hasta* el momento en que el agente se inclina por una opción en vez de otras. Es decir, la autonomía significativa no considera la generación de estados de cosas que, al momento de la decisión, son desconocidas por los agentes.

Como se verá a continuación, la incidencia de la suerte en los proyectos de vida compromete el rendimiento justificativo de la autonomía significativa, pues ella no incorpora criterios normativos que fundamenten la identificación de las condiciones moralmente relevantes, por lo que no es posible identificar, de entre todas las condiciones relevantes para la explicación histórico-causal del estado de cosas relevante, sobre cuáles de ellas el Estado puede intervenir o debe corregir.

⁵⁶⁸ WILLIAMS, 2002: 22.

22.1. LA INCIDENCIA DE LA SUERTE EN LA RESPONSABILIDAD MORAL

Límites como los mencionados evidencian la necesidad de considerar una justificación alternativa, correspondiente al tipo de juicio relevante en el ámbito de la filosofía moral y la justicia social denominado, genéricamente, suerte moral. En términos simples, la suerte moral es un concepto filosófico que atiende a la pregunta sobre el tipo de circunstancias que inciden en los estados de cosas que afectan la evaluación de la responsabilidad moral de las personas. En un caso como el de Gauguin, por ejemplo, hacerlo responsable de su ocaso, de su fama póstuma, de su deteriorada salud o del sufrimiento emocional que pudo causar (por nombrar algunas circunstancias afortunadas o desafortunadas con respecto al hipotético plan de vida que se le ha atribuido), exige identificar qué clase de circunstancias deben ser consideradas para evaluar las acciones de los agentes en un determinado contexto comunitario.

En este orden de ideas, preguntas tales como la atribución de responsabilidad a Gauguin por la satisfacción o insatisfacción de su plan de vida, exige, previamente proponer una manera en la cual deben ser ponderadas las condiciones que inciden en el éxito de su proyecto. Esta ponderación, que no es otra cosa que un juicio normativo, está asociada a la admisión de algún rol evaluativo de la suerte en los juicios morales, en términos tales que el reproche o el elogio de una determinada acción del agente es determinada por la concurrencia de un evento fuera de su control⁵⁶⁹. En este sentido, la que a la postre sería la formulación canónica de la suerte moral, es aquella planteada por Thomas NAGEL en los siguientes términos: “cuando un aspecto significativo de lo que alguien hace depende de factores que escapan a su control, pero seguimos tratándolo en ese sentido como un objeto de juicio moral, puede llamarse suerte moral”⁵⁷⁰.

Considérese otro ejemplo propuesto por este autor, atinente al reproche moral que puede hacerse a un conductor imprudente⁵⁷¹. Indudablemente, un conductor que no está atento a las condiciones del tránsito no está realizando un acto que merece loas, pero tampoco pareciera razonable que no se le reproche severamente si, como resultado de su mala conducción, atropella a un peatón con un resultado fatal. La circunstancia (contingente, desde luego) de que un peatón se encuentre, por decirlo de una forma, en el lugar y momento incorrecto, es una condición que también contribuye al desenlace fatal, pero su

⁵⁶⁹ NAGEL, 1979: 25.

⁵⁷⁰ NAGEL, 1979; 26.

⁵⁷¹ NAGEL, 1979: 25.

conurrencia está fuera del control del conductor. ¿Cómo puede darse sentido a esta paradoja?

Ante todo, debe contextualizarse que el tratamiento de la suerte moral es una problematización de un elemento central en la filosofía occidental moderna, cual es la idea kantiana de que los juicios morales son independientes de los factores externos a la voluntad del agente⁵⁷² y, particularmente, a la conexión entre las ideas de inmunidad a la suerte de la moral y el valor supremo de la moralidad⁵⁷³. Por otro lado, autores como WILLIAMS y NAGEL han planteado que las conclusiones a las que puede arribarse desde el presupuesto de la incondicionalidad de los juicios morales así planteada son incómodas desde la perspectiva de nuestra experiencia moral. En este orden de ideas, como fuese destacado por WILLIAMS, la suerte moral incide a tal punto en la formulación de los juicios morales sobre las acciones de las personas que una de las siguientes consecuencias sería necesaria: o bien se afirma que la moralidad es inmune a la suerte, o el concepto de suerte no puede dejar intacto al concepto de moral⁵⁷⁴.

La primera de estas concepciones, que propone la inmunidad de la moral a factores contingentes, se aprecia claramente en el siguiente párrafo de la *Fundamentación de una Metafísica de las Costumbres* de KANT (y que es explícitamente tratado por NAGEL⁵⁷⁵):

La buena voluntad no es tal por lo que produzca o logre, ni por su idoneidad para conseguir un fin propuesto, siendo su querer lo único que la hace buena de suyo y, considerada por sí misma, resulta sin comparación alguna mucho más estimable que todo cuanto merced a ella pudiera verse materializado en favor de alguna inclinación e incluso, si se quiere, del compendio de todas ellas. Aun cuando merced a un destino particularmente adverso, o a causa del mezquino ajuar con que la haya dotado una naturaleza madrastra, dicha voluntad adoleciera por completo de la capacidad para llevar a cabo su propósito y dejase de cumplir en absoluto con él (no porque se haya limitado a desearlo, sino pese al gran empeño por hacer acopio de todos los recursos que se hallen a su alcance), semejante voluntad brillaría pese a todo por sí misma cual una joya, como algo que posee su pleno valor en sí mismo. A ese valor nada puede

⁵⁷² Debe anotarse que la posiciones de ambos autores presentan importantes diferencias entre sí, siendo esencial para este contraste las diferencias entre las propuestas de estos autores en lo referido al objeto de su reflexión filosófica. WILLIAMS, quien centra su ejercicio en la justificación del propio agente de sus actos, se ocupa de la incidencia de la suerte constitutiva en la capacidad del agente para “*reflective assessment of this own actions*” (WILLIAMS, 002: 36); NAGEL, en cambio, juicio externo la conducta del agente. Para un desarrollo sintético del contraste, ver (STATMAN, 1993: 5 y 10).

⁵⁷³ WILLIAMS, 2002: 20.

⁵⁷⁴ WILLIAMS, 2002: 39.

⁵⁷⁵ NAGEL, 1979; 25.

añadir ni mermar la utilidad o el fracaso. Dicha utilidad sería comparable con el engaste que se le pone a una joya para manejarla mejor al comerciar con ella o atraer la atención de los inexpertos, mas no para la recomendarla a los peritos ni aquilatar su valor⁵⁷⁶.

De este segmento, WILLIAMS interpreta que, en esta comprensión, el valor moral de las acciones humanas es inmune a la suerte ya que tanto “la disposición a corregir el juicio moral” como “los objetos de dichos juicios” son libres de contingencias externas en tanto productos de la voluntad no condicionada (“*unconditioned will*”): “Así como, en el ámbito del carácter, lo que cuenta es el motivo y no el estilo, los poderes o las dotes, en la acción no cuentan los cambios realmente efectuados en el mundo, sino la intención con la cual son ejecutados”⁵⁷⁷.

Conforme a esta visión, comenta Daniel STATMAN, la voluntad buena o mala es predicada con prescindencia de todas las contingencias del mundo⁵⁷⁸, de tal forma que si la capacidad de la agencia moral de un agente racional resulta impermeable a elementos externos a la voluntad, entonces resultaría forzoso concluir su incondicionalidad y, por tanto, la inmunidad de la voluntad humana a la suerte⁵⁷⁹. Luego, los juicios morales no han de ser sensibles a las contingencias, como lo son los talentos, los deseos, las inclinación, los privilegios, entre muchas otras circunstancias de esta clase⁵⁸⁰.

Contra la perspectiva kantiana, NAGEL argumenta que las personas no son moralmente evaluadas de la misma forma que otras por algo que no fue su culpa o que fue causado por factores externos o fuera de su control⁵⁸¹. Volviendo la pregunta sobre la responsabilidad del conductor imprudente, existe una diferencia moral relevante entre la conducción imprudente de un automóvil y un cuasidelito de homicidio, pero que el conductor imprudente atropelle a un peatón depende de que éste se encuentre cruzando la calle en el preciso momento en el que aquel cruza imprudentemente una luz roja⁵⁸².

Esta es la raíz de la importancia del control en el tópico de responsabilidad moral y la evaluación de las acciones de las personas. NAGEL, conviene destacar, es explícito en este sentido: “La suerte moral es así porque si bien hay varios aspectos en los que los objetos

⁵⁷⁶ KANT, 2002: 80

⁵⁷⁷ WILLIAMS, 2002: 20.

⁵⁷⁸ STATMAN, 1993: 4.

⁵⁷⁹ WILLIAMS, 2002: 20.

⁵⁸⁰ WILLIAMS, 2002: 20.

⁵⁸¹ NAGEL, 1979; 25.

⁵⁸² NAGEL, 1979; 25. Es importante anticipar que el alcance de esta constatación no es extraño en el plano de las prácticas institucionalizadas a través del derecho. Ent al sentido, OLSARETTI, 2009: 168.

naturales de evaluación moral están fuera de nuestro control o están influenciados por lo que está fuera de nuestro control, no podemos reflexionar sobre estos hechos sin perder el control sobre los juicios”⁵⁸³.

Para quien defienda la suerte moral el control es un criterio normativo relevante en el juicio de las acciones humanas. A este respecto, resulta útil rescatar principio de control de Dana NELKIN, conforme al cual “somos moralmente responsables solo en cuanto a aquellos que pueda determinarse como dependientes de factores que están bajo nuestro control” y su corolario, “Dos personas no deben ser evaluados moralmente de forma distinta si la única diferencia entre ellas se debe a factores que están más allá de su control”. Al mismo tiempo, como define HURLEY, “decir que algo es un asunto de suerte para una persona, en el sentido relevante para la justicia, es implicar que ella afecta favorable o desfavorablemente a los intereses de ella”⁵⁸⁴. Por tanto, respecto del ejemplo del conductor negligente, habría de señalarse que *su* suerte moral será buena si no atropella al peatón y mala si lo inverso ocurre.

A la luz de las ideas expuestas, no son difíciles de advertir las tensiones que genera la noción de suerte en la de responsabilidad moral pues, de llevarse hasta sus últimas consecuencias, todo fenómeno es una cuestión de suerte. De hecho, si se sostiene que la suerte moral es un rasgo de la vida humana⁵⁸⁵, ¿es posible que las personas seamos responsables *por algo*? Si se propone que la suerte y el control son conceptos absolutamente antitéticos, el resultado paradójico es evidente si se admite, simultáneamente, que la suerte incide en todos los fenómenos que involucran la agencia humana⁵⁸⁶, y la improcedencia de atribuir responsabilidad a un agente por eventos que no están bajo su control⁵⁸⁷. Esta interpretación da lugar a una disyunción (si se quiere, entre una posición determinista y otra indeterminista): o bien no existe libre albedrío (ni la responsabilidad), o el concepto de suerte es falso⁵⁸⁸. Mientras el primer escenario responde a la intuición de que la moral no puede cumplir ningún rol evaluativo sobre la agencia humana⁵⁸⁹, el segundo (que rememora la conclusión kantiana) permite ampliar el principio de control hasta el punto de afirmar la falsedad de la noción de suerte⁵⁹⁰.

⁵⁸³ NAGEL, 1979: 27.

⁵⁸⁴ LIPPERT-RASMUSSEN, 2016: 57, refiriéndose a HURLEY, 2003: 107.

⁵⁸⁵ LIPPERT-RASMUSSEN, 2016: 56, citando a NAGEL 1979; STATMAN, 1993: 11; WILLIAMS 1981: 21.

⁵⁸⁶ Como dice NAGEL, “When we add up resultant, circumstantial, constitutive, and antecedent causal luck, the area of life that is free of luck seems to shrink ‘to an extensionless point’” (NAGEL 1979: 35).

⁵⁸⁷ NAGEL, 1979: 66.

⁵⁸⁸ MELE, 2010.

⁵⁸⁹ NAGEL, 1979: 26.

⁵⁹⁰ ZIMMERMAN, 1987; NELKIN, 2019.

22.2. PRECISIONES CONCEPTUALES

Un primer paso para plantear una posición intermedia (o, si se quiere, compatibilista sobre estos dos conceptos) depende de que los conceptos de responsabilidad y suerte sean delimitados. Primero que todo, es importante precisar que los juicios en los que interviene la suerte se corresponden con la noción de responsabilidad consecuencial. A continuación, con respecto al concepto de suerte, S. L. HURLEY y Jasper LIPPERT-RASMUSSEN apuntan a delimitarlo con el fin de mostrar, como dice el último, que la suerte ocupa un lugar mucho menos amplio en la agencia humana de lo que puede suponerse⁵⁹¹. Para este propósito, es útil recordar la influyente tipología propuesta por NAGEL, quien agrupa a los objetos naturales que forman parte de los juicios morales en cuatro clases conceptualmente independientes pero que, *eventualmente*, pueden interrelacionarse entre sí⁵⁹². En una de esas clases, en el evento fortuito intervienen elementos que determinan la personalidad, como son las inclinaciones, las capacidades y temperamento, esto es, suerte constitutiva. Si la suerte recae sobre los problemas y las situaciones que enfrenta el agente moral cuya conducta se evalúa, se tratará de suerte circunstancial. A su vez, si la suerte incide en los antecedentes del estado de cosas por el cual se está responsabilizando al agente, se tratará de suerte causal.⁵⁹³ Por último, NAGEL identifica la suerte en los resultados, como aquella que incide en la manera cómo resultan las acciones y los proyectos que se emprenden⁵⁹⁴.

Ante la advertencia de NAGEL de que la amplitud de circunstancias constitutivas de suerte moral puede reducir drásticamente el plano de las decisiones humanas⁵⁹⁵, es posible admitir la suerte moral como un concepto válido para los juicios morales (efectivamente la agencia humana está determinada, total o parcialmente, por objetos *externos* a su voluntad) en la medida que se asume una posición compatibilista, en el contexto del debate más amplio sobre libertad y causalismo. La objeción en cuestión (y la extrema consecuencia que teme, esto es, negar la responsabilidad moral de las personas), no es un problema atinente a la noción de suerte *moral* sino, más ampliamente, un problema filosófico previo y de mayor profundidad, a saber, el determinismo *causal*. En otros

⁵⁹¹ LIPPERT-RASMUSSEN, 2016: 56-57.

⁵⁹² STATMAN, 1993: 11.

⁵⁹³ Como se verá más adelante, esta categoría es particularmente relevante para el igualitarismo. De hecho, LIPPERT-RASMUSSEN identifica esta categoría en términos al contenido de lo que RAWLS denomina lotería social. LIPPERT-RASMUSSEN, 2016: 57.

⁵⁹⁴ NAGEL, 1979: 28.

⁵⁹⁵ NAGEL 1979: 35.

términos, si la discusión en torno a la suerte moral presupone de antemano una posición compatibilista, entonces es posible observar que el debate en torno a la suerte moral es más cercano a un juicio *normativo*, antes que causal, de los elementos que, siendo externos a la agencia de las personas, les pueden ser atribuidos.

22.3. CRITERIOS NORMATIVOS DE RESPONSABILIDAD Y SUERTE MORAL

Una interpretación plausible de la noción de suerte moral requiere adscribir al compatibilismo, esto es, la tesis según la cual la acción libre es compatible con el determinismo. A este respecto, siguiendo la descripción de MELE, la idea central de estas posiciones es que cuando *a* intencionalmente (esto es, libre de compulsiones y coacciones) hace φ , la circunstancia de que por cualquier otra razón ese φ esté *determinado*, no excluye que ese φ haya sido su acción libre⁵⁹⁶. Así, una posición compatibilista como la de FRANKFURT propone que una persona pueda ser responsabilizada moralmente de su acción (φ), incluso si no pudo haber hecho otra cosa (φ')⁵⁹⁷. Esto es posible, en parte, porque la imposibilidad de φ' no cuenta como explicación de por qué *a* hizo φ o, dicho de otra forma, que de la sola omisión de φ' no se sigue que haya podido hacer φ ⁵⁹⁸. Simplemente, porque no se puede saber la razón de por qué *a*, en ese particular caso, no hizo φ' .

En línea con las premisas compatibilistas, puede plantearse que el peligro denunciado no tiene la gravedad que los detractores de la suerte moral reclaman o, en el peor caso, el principio de control requiere de cierta flexibilización. De todos modos, puede anotarse que la objeción no tiene en cuenta que mientras la suerte moral incide en la evaluación de la acción del agente según las circunstancias concretas en que ella se desenvuelve, el reproche moral sólo podría recaer sobre los sujetos morales y no una constatación sobre los estados de cosas. Es decir, la clase de enunciados atingentes a la suerte moral da cuenta de evaluaciones sobre la acción de un agente (justificada o injustificada, buena o mala, etcétera), mas no sobre los elementos fácticos que integran la descripción de las causas de un estado de cosas.

La distinción entre el juicio de justificación de *a* y la explicación de φ como una particular acción de una descripción o explicación de un estado de cosas es, pues, atinente a la

⁵⁹⁶ MELE, 2010.

⁵⁹⁷ Este es el denominado principio de posibilidades alternativas. FRANKFURT, 2007: 10.

⁵⁹⁸ Al respecto, concluye FRANKFURT, que el principio de posibilidades alternativas puede reemplazarse por un principio conforme al cual una persona no sea moralmente responsable por φ , si lo hizo sólo porque no pudo haber hecho otra cosa. FRANKFURT, 2007: 8.

atribución de responsabilidad moral y se trata de un ejercicio de justificación y no uno de explicación. Luego, para evaluar el comportamiento del agente, la pregunta que introduce el concepto de suerte moral tiene relación con la identificación de qué tipo de circunstancias son, a fin de cuentas, relevantes en la evaluación de los actos del agente. De ahí que la calificación de buena o mala suerte en términos morales se refiera no tanto a lo deseable o indeseable del evento fortuito E, sino, simplemente, a si su presencia es suficiente para justificar al agente que, de otra forma, sería responsable. La diferencia entre el enunciado “*a* causó la muerte de *b*” y “*a* es responsable por la muerte de *b*” es la diferencia entre un enunciado descriptivo y un enunciado evaluativo o normativo, detrás del cual existe no sólo una explicación causal, sino también una decisión sobre un criterio normativo.

Ahora bien, un defensor de la suerte moral enfatizaría que la evaluación de las acciones de los agentes racionales es, por definición, un ejercicio retrospectivo, de manera tal que su punto de partida es una descripción del estado de cosas cuya atribución al agente es polémica. Así, afirmar que un agente es responsable, presupone que efectivamente *a* haya realizado ϕ , mas no exige que se conozcan todos los eventos que pudieran ser parte de la explicación causal. Es por esto que, en este juicio retrospectivo la plausibilidad de estados de cosas alternativos a E no materializados son, para esos efectos evaluativos, absolutamente irrelevantes.

Volviendo sobre el caso del conductor negligente de NAGEL, aun si pudiera concordarse en que la mayoría de las condiciones necesarias para producir el atropello fatal no pueden ser controladas por el conductor (y, por tanto, son fortuitas en un sentido amplio), de ello no se sigue que no haya podido evitar el resultado del atropello en ningún evento pues existió una acción de su parte. Aplicando el principio de control, tal como no parecen razonables las interpretaciones de la suerte moral más cercanas al determinismo que no exigirían demasiado para justificar la acción de un agente (al fin y al cabo, éste no controlaría prácticamente nada), tampoco lo son las posiciones más cercanas al indeterminismo que exigirían lo opuesto para responsabilizar al agente. En el ejemplo, si el conductor sufriera de una grave miopía, antecedente que por definición corresponde a la suerte constitutiva, no se seguiría necesariamente que la acción fuera resultado de esta condición de salud. Por tanto, aun si nuestro conductor fuese *Mr. Magoo*, y aunque la miopía pudiera describirse como causa del accidente y como un problema de suerte constitutiva, si se le atribuye responsabilidad por el accidente es sobre los estados de cosas y acciones sobre las cuales sí tuvo control, por ejemplo, tomar precauciones *adicionales*

para conducir un vehículo motorizado con los anteojos adecuados. Dicho de otro modo, *Mr. Magoo* no es responsable de su miopía, pero sí del atropello, sin perjuicio que dicha condición sea un caso de genuina mala suerte moral *con respecto a* lo atinente a ceguera, pero no podría serlo en lo referido a la presencia del peatón en la vía pública.

A una conclusión similar podría arribarse con respecto a la responsabilidad de un sicario que dispara a la cabeza a su objetivo ya que, aun cuando la explicación causal del resultado integre elementos adicionales a su voluntad (como, por ejemplo, que la trayectoria exitosa de la bala requiera de ciertas condiciones climáticas, una aptitud innata para manejar armas, una vista privilegiada o un temblor involuntario de la mano) no altera que el reproche sea a *su* acción de matar, sin perjuicio del rol que pudieran tener las condiciones no controladas del evento (en ese limitado sentido, “fortuito”) en su concreción.

Lo mismo puede ocurrir tratándose de la suerte circunstancial. Tómese, como referencia, el ejemplo de NAGEL: a propósito del soldado nazi que participó de un campo de concentración, si bien podría considerarse su involucramiento en la Segunda Guerra Mundial como un problema de suerte circunstancial por haber nacido en la Alemania a inicios de la República de Weimar, difícilmente ello cuente como una consideración relevante para justificar su coparticipación en los crímenes de lesa humanidad perpetrados en el Tercer Reich. O, al menos, esta circunstancia resulta trivial para efectos de establecer su responsabilidad, toda vez que la pregunta relevante tendría que ver con la posibilidad de ejercer control, no sobre su origen, sino sobre la *acción o decisión* de cometer homicidio, como lo podría ser el caso de haber actuado bajo coacción.

Si esto es así, entonces la consecuencia del ejemplo canónico de la suerte circunstancial, y la corrección de la evaluación diferenciadas al colaborador nazi y su contrapartes imaginaria en Argentina, no es verdadera porque existe un elemento de ese reproche que no está condicionado a la contingencia geográfica⁵⁹⁹. Si es así, el fracaso general de la noción de libre albedrío no es tal, toda vez que la admisión de cierta permeabilidad a la suerte moral en la responsabilidad es un juicio que descansa en una premisa *normativa*, que no cabe confundir con la descripción del estado de cosas sobre el cual se realiza la evaluación⁶⁰⁰.

22.4. DÉFICIT JUSTIFICATIVO A PROPÓSITO DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

⁵⁹⁹ NELKIN, 2019: 5.

⁶⁰⁰ STATMAN, 1993: 12.

Lo expuesto en los párrafos anteriores muestra la principal razón por la cual la noción de autonomía significativa es problemática para efectos de justificar la institución contractual. Recuérdese, como fue expuesto en el Capítulo Tercero, el contrato cumple una función principal de estabilización de los intercambios voluntarios, y una secundaria de neutralización de los infortunios, siendo esta última necesaria para que aquella pueda sostenerse en términos de sus efectos. Estas funciones, en tanto integrantes de la descripción del contrato como una institución social, deben ser consideradas en el juicio normativo o evaluativo en cuestión. La concepción sobre la justificación del contrato-institución que aquí se propone es, por lo tanto, *instrumental* en tanto son sus funciones, esto es, sus efectos favorables, los que son evaluados para la obtención o satisfacción de un determinado valor.

Pues bien, en la propuesta de KIMEL, la justificación del contrato-institución radica, esencialmente, en una evaluación de su capacidad para promover la autonomía de los contratantes atendida su función de distanciamiento personal. Y si bien este es un juicio con el cual puede concordarse, existen razones para hacerlo con ciertas reservas. En este sentido, el juicio crítico que interesa plantear se fundamenta en la afirmación, introducida en secciones anteriores, de que hay razones para sostener que las instituciones sociales deban de ser sensibles a las circunstancias que, incidiendo en el éxito del plan de vida, no puede ser normativamente atribuidas a la agencia las personas. En el caso particular del contrato-institución, la crítica equivalente al modelo de KIMEL sería la siguiente: si la promoción de la autonomía es apta para justificar la imposición de deberes positivos sobre los contratantes, la plausibilidad de dicha justificación precisa de un criterio normativo que *identifique* respecto de qué clase de circunstancias habría una obligación para el poder público de intervenir a favor de uno de los contratantes. Los problemas del criterio raziano que sigue KIMEL, esto es, que todo el criterio normativo deba desprenderse de “la posibilidad de ser autores de su propia vida”, es patente cuando se trata de justificar las funciones que el contrato-institución cumple.

Estos problemas se expresan en la imposibilidad de dar cuenta, cabalmente, de las funciones descritas en el Capítulo Tercero. Esto, porque el contrato-institución no sólo contiene reglas sensibles a la ocurrencia de infortunios sino, más importante aún, contiene en sí misma criterios normativos para evaluar por qué las personas son jurídicamente responsables. Entonces, si bien la noción de autonomía significativa puede genéricamente justificar la intervención de la comunidad a través de sus instituciones en la cotidianidad de sus interacciones, no propone un criterio normativo que explique la compatibilidad de

las nociones de suerte y responsabilidad. Explícitamente, si bien la autonomía significativa puede justificar la función de estabilización de los intercambios voluntarios, falla en hacer lo propio con la función de neutralización de los infortunios.

23. JUSTIFICACIÓN IGUALITARISTA DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN Y EL IGUALITARISMO

El déficit justificativo que arrojan las concepciones del contrato-institución en términos de autonomía significativa conduce a que, en este último tramo de la investigación, se desarrolle una propuesta alternativa de justificación de la institución que, sintéticamente, se sustenta en torno a la siguiente idea fuerza: el derecho contractual se justifica *eminentemente* como una institución igualitarista, es decir, desde el ideal político de que el bienestar de las personas no puede estar marcado decisivamente por eventos que no están bajo su control. Más precisamente, el igualitarismo o liberalismo igualitario justifica el contrato-institución en tanto cumple las funciones de estabilización de los intercambios voluntarios y la función de neutralización de los infortunios. Como fuera visto en el Capítulo anterior, que se afirme que las reglas vinculadas a estas funciones hagan posible que, a partir de su consentimiento, las partes asuman o prevengan, distribuyan o trasladen, riesgos, se explica en que al someter un intercambio de bienes a las reglas contractuales, las partes están resguardándose del riesgo de que la otra parte no cumpla con lo pactado (función de estabilización de los intercambios) y de los demás riesgos asociados a circunstancias imprevistas que pueden afectar el cumplimiento de lo pactado (función de neutralización del infortunio).

23.1. SOBRE EL LIBERALISMO IGUALITARIO

El igualitarismo corresponde a un grupo de teorías sobre la justicia social que cuestionan la incidencia de la suerte en la atribución de las consecuencias por sus decisiones⁶⁰¹. En la literatura, este concepto nuclear suele expresarse de distintos modos y énfasis. Algunos, por ejemplo, enfatizan en la incidencia *distributiva* que ciertos factores tienen en el plano de la justicia social. KEREN-PAZ, por ejemplo, identifica como la idea común entre los

⁶⁰¹ Sin perjuicio de lo cual, según se verá, el igualitarismo de la suerte, temática central de este capítulo, no es una teoría sobre la moralidad individual, sino sobre la justicia social (Infra §23). En este sentido, se advierte que un igualitarista de la suerte no es una teoría moral completa ni, aun, una teoría de la justicia completa. Como señala LIPPERT-RASMUSSEN, el igualitarismo de la suerte se limita a defender una condición suficiente para evaluar una distribución como injusta al tenor de la incidencia del azar en ella (LIPPERT-RASMUSSEN, 2016: 3).

autores igualitaristas que todos los participantes de la distribución obtengan el bien a distribuir (recursos, bienes primarios, etcétera) según el criterio que sea que defienden⁶⁰². Otros, en cambio, enfatizan la incidencia en el bienestar de las personas, o de una clase de personas, de ese tipo de circunstancias⁶⁰³. Así, DWORKIN, señala que tras el igualitarismo residen preguntas tales como cuándo y hasta qué punto es correcto que los individuos soporten la carga de sus desventajas o desgracias, y cuándo corresponde que los demás miembros de la comunidad alivien o mitiguen estas consecuencias⁶⁰⁴.

Aunque sistematizar el igualitarismo no sea el propósito de este trabajo, sí se pueden presentar algunas precisiones fundamentales para comprender el particular uso que se dará a este marco teórico en la justificación de la institución contractual. La primera es tomar una distinción, propuesta por RAWLS, entre distribución (*distributive justice*) y justicia en la asignación (*allocative justice*), a efectos de responder la pregunta si corresponde al contrato-institución el rol de distribuir directamente la riqueza de una manera justa⁶⁰⁵. Esto permitirá que al responder al problema distributivo del contrato, el debate sea reconducido a intuiciones menos extrañas para el derecho privado, como por ejemplo, que un eventual rol distributivo el contrato-institución tiene que ver más con la prerrogativa para celebrar relaciones jurídicas que con una intervención directa en los términos sustantivos de esta clase de convenciones, o una transferencia directa o indirecta de recursos de un contratante a otro.

La segunda precisión se conecta con la crítica a los defensores de la promoción de la autonomía significativa como ideal justificativo del contrato-institución, en particular con la tensión ente suerte moral y responsabilidad. Para estos efectos, se insistirá en la idea de la arbitrariedad moral de los factores que están fuera del control de los contratantes, son normativamente irrelevantes. En este orden de ideas, GARGARELLA explica que las personas han de ser igualadas (por las instituciones sociales) en cuanto a sus circunstancias, de forma tal que lo que les ocurra sea consecuencia de sus elecciones y, consecuentemente, sea su responsabilidad⁶⁰⁶. De hecho, según este autor:

Podríamos afirmar que es moralmente arbitrario, por caso, el hecho de que una persona nazca en el marco de una familia rica o pobre; o dentro de un ambiente

⁶⁰² KEREN-PAZ, 2007: 7.

⁶⁰³ DWORKIN, 2001: 287.

⁶⁰⁴ DWORKIN, 2001: 287.

⁶⁰⁵ RAWLS, 2001: 50.

⁶⁰⁶ GARGARELLA, 1999: 40

cultural estimulante o poco estimulante. Del mismo modo, resulta moralmente arbitrario que una persona aparezca dotada con enormes talentos y otra con muy pocos; o que alguien carezca de ciertas capacidades básicas; o que un determinado sujeto tenga un carácter tal o cual. (...) La idea es que cada uno debe aceptar pagar el costo de las elecciones por las que se inclina: en el ideal de la concepción liberal, los individuos deben ser considerados responsables de sus acciones, y no meras víctimas de su destino a las cuales el estado siempre debe apoyar⁶⁰⁷.

En último término, debe precisarse que la concepción de responsabilidad en cuestión es una noción de *responsabilidad consecuencial*. Siguiendo a OLSARETTI, ante la pregunta de por qué hacer responsable a un agente por un factor de atribución, una noción de responsabilidad consecuencial a la luz del igualitarismo sostendría que sólo por aquello que ese individuo puede controlar⁶⁰⁸. De esta manera, en términos igualitaristas, respecto de quien haya nacido con un defecto congénito que afecta radicalmente su vida (en términos de costos médicos, calidad de vida, prospección laboral, etcétera), no sólo es impropio responsabilizarla por estos efectos adversos, sino también que con respecto a sus consecuencias, de tal forma que sean soportadas, matizadas o controladas por otra persona (por ejemplo, quien sea responsable, en el sentido empleado, de su mala situación) o, alternativamente, por la comunidad⁶⁰⁹.

23.2. LA JUSTICIA COMO EQUIDAD DE RAWLS

De acuerdo con KYMLICKA, es fundamental en la concepción de justicia como equidad de RAWLS, la idea según la cual las circunstancias que no responden a una elección del agente no son aptas para justificar su bienestar⁶¹⁰. Esto, a su vez, responde a una distinción entre circunstancias no elegidas (como lo son, por ejemplo, los dotes naturales de las personas) y aquellas relacionadas a sus elecciones. Luego, un sistema social justo no admite que la distribución de los bienes primarios sea inapropiadamente influenciada por factores moralmente arbitrarios⁶¹¹.

⁶⁰⁷ RAWLS, 1971: 72.

⁶⁰⁸ Esto es sin perjuicio de que, en nuestras prácticas institucionales, se observan atribuciones de responsabilidad que no encajen con este límite. De hecho, algunos estatutos del derecho privado prescinden de evaluar la conducta del agente jurídicamente responsable, como es el caso de la responsabilidad vicaria en el derecho continental. Sobre este particular, OLSARETTI, 2009: 168.

⁶⁰⁹ Es importante notar la diferencia del contenido del concepto de responsabilidad que se observa respecto de la suerte moral y la justicia social. Como fuera revisado, el tándem suerte y responsabilidad es una pregunta por la evaluación de la acción de los agentes como reprochable o valiosa. Supra §22.1.

⁶¹⁰ KYMLICKA, 1990: 70. En contra, SCHEFFLER, 2003: 11.

⁶¹¹ RAWLS, 1971: 72.

Para desarrollar las implicancias provenientes de esta posición, es necesario reconstruir la concepción de la justicia como equidad. Pues bien, esta propuesta de RAWLS es una concepción política sobre la justicia social orientada hacia las democracias liberales, que concibe a la sociedad como un sistema de cooperación social cuyas condiciones de justicia han de permanecer en el tiempo⁶¹². Como sintetiza el propio RAWLS en *Justice as Fairness*, en una sociedad así descrita concurren dos ideas fundamentales, a saber, aquella según la cual los ciudadanos son personas iguales y libres y aquella de una sociedad bien ordenada, esto es, una sociedad *efectivamente* gobernada por cierta concepción pública de justicia⁶¹³.

A esta concepción pública de justicia, a su vez, son atinentes los principios de justicia que especifican los términos de la cooperación social justa⁶¹⁴, los cuales no sólo informan la asignación de los derechos y deberes básicos que han de ser asignados a través de las instituciones políticas y sociales básicas, sino que también regulan la división de los beneficios que resultan de la cooperación social y la asignación de las cargas necesarias para fundamentarlas. Estas reglas e instituciones son consideradas, en la tradición rawlsiana, como la estructura básica de la sociedad⁶¹⁵.

23.2.1. LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y LOS BIENES PRIMARIOS

Para efectos de esta investigación, es necesario referirse a la manera en que la justicia distributiva rawlsiana es una concepción igualitarista. Pues bien, el foco de la justicia como equidad está en una clase de desigualdades que inciden en los prospectos de vida de las personas, y cuyo elemento común resulta consistente con las intuiciones sobre la suerte moral adelantadas y, en especial, con la tipología de NAGEL: la clase social de origen, correspondiente a la suerte circunstancial; sus dotes naturales, correspondiente a la suerte constitutiva; y su buena o mala suerte o fortuna a lo largo de su vida, correspondientes a la suerte en los resultados⁶¹⁶.

En el plano de la justicia social, el impacto de esta clase de circunstancias en la justificación de la estructura básica tiene que ver, directamente, con la determinación del ámbito llamado a ser directamente gobernado por los principios de justicia. En su formulación de *Justice as Fairness*, los principios de justicia son del siguiente tenor:

⁶¹² RAWLS, 2001: 5.

⁶¹³ RAWLS, 2001: 5.

⁶¹⁴ RAWLS, 2001: 7.

⁶¹⁵ RAWLS, 2001: 52.

⁶¹⁶ RAWLS, 2001: 55.

- a. Cada persona tiene el mismo derecho inalienable a un esquema completo de iguales libertades básicas, compatible con un esquema similar de libertad para todos; y
- b. las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones: la primera, que estén vinculados a cargos y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de igual libertad de oportunidades y, segundo, deben responder al mayor beneficio de los miembros menos aventajados de una sociedad (el principio de diferencia)⁶¹⁷.

Como se observa, el principio de diferencia impone un estándar de justificación de las inequidades admisibles, consistente en que cualquier arreglo que ellas generen mejore la situación de la clase de los peor situados de una sociedad, en términos de su menor disponibilidad de bienes primarios. Ahora bien, sobre este principio es necesario considerar dos precisiones. Según la primera, que marca el carácter deontológico de la tesis rawlsiana, consiste en la prioridad lógica o lexicográfica a la que está sometida la satisfacción de los principios de justicia: la aplicación del segundo principio asume que el primero ya ha sido satisfecho; y la aplicación del principio de diferencia lo propio con respecto al principio recogido en el primer enunciado del segundo principio⁶¹⁸.

La segunda precisión tiene que ver con el particular sentido que adquiere la justicia distributiva en la tesis rawlsiana. La justicia distributiva, genéricamente entendida, se refiere a la distribución de bienes conforme a algún criterio político-normativo relevante, como el mérito o la necesidad. Pues bien, como resalta AGUAYO, la distribución en el sentido rawlsiano es un concepto más amplio que aquél conformado por bienes materiales⁶¹⁹. Luego, el problema de justicia *general* en la literatura tiene relación con el acceso a bienes primarios, mientras que el problema de justicia distributiva en sentido *restringido* (rebautizada como justicia asignativa⁶²⁰), es un problema acotado a la distribución de la riqueza. De la mano de esta distinción, el principio de diferencia es un principio distributivo en el segundo de los sentidos indicados, de tal manera que es su trabajo coordinado con el primer principio de justicia lo que permite ilustrar el fundamento normativo de la tesis de la justicia como equidad.

⁶¹⁷ RAWLS, 2001: 42

⁶¹⁸ RAWLS, 1971: 61; 2001: 43.

⁶¹⁹ Para revisar la distinción entre justicia asignativa-justicia distributiva-principio de diferencia, AGUAYO, 2015.

⁶²⁰ RAWLS, 1971: 88; RAWLS, 2001: 50.

Esta concepción de la justicia distributiva, pues, se fija en los bienes primarios, esto es, aquellas cosas que un agente racional quisiera para sí, cualquiera sea sus planes de vida pues, a mayor cantidad de bienes primarios, es más seguro que puedan cumplirlos: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingresos y riqueza⁶²¹, definición que se traduce en un índice compuesto por derechos y libertades básicas; libertad de movimiento y libertad de ocupación o trabajo; poderes y prerrogativas respecto a funciones y posiciones de responsabilidad en las instituciones de la estructura básica; ingreso y riqueza; y las bases sociales para el autorrespeto⁶²².

23.2.2. RAWLS Y LA ARBITRARIEDAD MORAL

De las críticas que ha enfrentado la posición rawlsiana, interesa destacar especialmente dos. Según la primera, NOZICK cuestiona la propuesta de RAWLS por su negativa a habría de admitir la dependencia, aun parcial, en los dotes naturales de las personas. Al efecto, ofrece dos interpretaciones de este: como una razón que ordena anular los efectos distributivos de estos elementos (argumento positivo) y otra como una de las razones para desestimar la opinión de no hacerlo (argumento negativo)⁶²³. Conforme a la primera de estas interpretaciones, entendiendo que la propuesta de RAWLS significa que las pertenencias de las personas no deben ser determinadas por sus dotes naturales, entonces ella es incoherente con la propuesta global de la justicia como equidad porque le haría falta identificar, con precisión, qué puede contar para estos efectos como arbitrario⁶²⁴.

Para ilustrar esta crítica, piénsese en los criterios que podrían proponerse con respecto a las reglas de admisión a la educación escolar. Podría pensarse, por ejemplo, en que el principio de diferencia podría ordenar que el acceso a la educación no puede estar condicionado a la capacidad de pago de una matrícula, dada la centralidad que tiene esta actividad en el objetivo de la realización personal de los estudiantes. Sin embargo, inmediatamente surge el problema de identificar el propósito correspondiente una vez que el factor arbitrario ya ha sido reconocido. Alternativamente, podría afirmarse que el mérito académico debe informar las reglas en cuestión, a través del instrumento de

⁶²¹ RAWLS, 1971: 92. Es necesario acotar que, a través de la concepción de los bienes primarios, RAWLS estima que puede resolver el problema de la comparación interpersonal, esto es, cómo determinar que cuenta como un reclamo apropiado, en un modelo social idea que, por definición, es neutral ante las distintas concepciones del bien que pueden perseguir sus miembros (RAWLS, 2005: 179).

⁶²² RAWLS, 2005: 181.

⁶²³ NOZICK, 1999: 2016. Conviene recordar que, para NOZICK, la noción de distribución tiene el particular sentido de derechos, de manera tal que la expresión no debe leerse en referencia a la pre-existencia de un patrón distributivo.

⁶²⁴ NOZICK, 1999: 216-224.

evaluación más preciso que se pueda concebir. Esto, sin embargo, no es una respuesta que RAWLS podría compartir (como muy bien sabe NOZICK), pues el mérito es una idea precisamente rechazada por su concepción de la justicia como equidad, porque resulta virtualmente imposible encontrar algún patrón distributivo que no contenga, en alguna sección, alguna arbitrariedad⁶²⁵. También podrían asignarse los cupos de ingreso de conformidad a criterios geográficos (como, por ejemplo, estar domiciliado en la comuna del establecimiento educacional), socioeconómicos a través de cupos de equidad (como ilustra el ficticio caso de Pedro Machuca⁶²⁶) o, aun, familiares (como privilegiar el acceso de un hermano de una alumna actualmente matriculada conforme al sistema no arbitrario de selección). Como se aprecia, cualquiera sea el criterio que pueda tomarse, todas estas situaciones son, a fin de cuentas, moralmente arbitrarias en términos del propio RAWLS. Con todo, aun si se concediese que las razones tras el argumento positivo no son suficientes para cuestionar la pertinencia del principio de diferencia, NOZICK cree que puede encontrar una mejor defensa introduciendo la noción de pertenencia en reemplazo de dotes naturales, particularmente, en atención a la versión negativa del enunciado rawlsiano que no parece necesitar del mérito ni adolece, consecuentemente, de la arbitrariedad contra la que argumenta RAWLS⁶²⁷.

La respuesta libertaria al problema en cuestión, en cambio, mantiene el presupuesto según el cual la organización de la asignación de recursos queda entregada a la libre transacción de derechos de propiedad privada los individuos, de manera que la noción de igualdad que defiende es una estrictamente formal. En este orden de ideas, conforme a dicho ideal de *laissez faire*, la arbitrariedad de ciertas pertenencias no debiese jugar ningún rol en la justificación de la asignación de recursos. En este modelo de justicia, se observa que no existe métrica alguna para medir la justicia de la distribución⁶²⁸, de tal manera que las pertenencias sólo pueden depender de la legitimidad de las transacciones realizadas, cualquiera sea el o los resultados agregados que ellas producen⁶²⁹.

Si bien la crítica de NOZICK es asertiva, además de atractiva en términos intuitivos⁶³⁰, no parece ser que deba renunciarse a una aproximación igualitarista al problema de la suerte

⁶²⁵ NOZICK, 1999: 217.

⁶²⁶ “Machuca” es una película chilena de 2004, dirigida por Andrés Wood, que relata la experiencia del niño Pedro Machuca, como alumno proveniente de un barrio pobre en un colegio de la élite socioeconómica chilena.

⁶²⁷ NOZICK, 1999: 226.

⁶²⁸ Por métrica se entiende qué es aquello que se pretende igualar (SCHEFFLER, 2003: 13).

⁶²⁹ NOZICK, 1999: 149.

⁶³⁰ NOZICK, 1999: 163.

moral. Después de todo, ni la suerte moral se limita a la suerte constitutiva, ni la propuesta igualitarista es agotada por la concepción de justicia como equidad⁶³¹.

La segunda crítica, de John E. ROEMER, apunta la imprecisión de su noción de arbitrariedad moral. Si, como asume RAWLS, los dotes naturales son moralmente arbitrarios, ¿por qué también no lo serían las elecciones de los planes de vida? Si, el principio de justicia distributiva apunta a igualar bienes primarios, de ser correcto el cuestionamiento también sería un problema distributivo la distribución de la felicidad, comprendida como el grado de satisfacción de los planes de vida⁶³². ¿Cómo se resuelve esta complicación para el igualitarismo?

24. LA OBJECCIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA, REVISITADA

Antes de resolver este punto, debe volverse sobre el objeto de la justicia rawlsiana, es decir, el concepto de la estructura básica que ha servido para fundamentar el rechazo de incorporar consideraciones distributivas a la justificación de instituciones fuera de ella. COHEN se refiere a este argumento como la objeción de la estructura básica, según la cual “el principio de diferencia es un ‘principio de justicia para las instituciones’”, por lo que solo puede aplicarse “a la elección de las instituciones y no a las elecciones realizadas dentro de ellas”⁶³³. En esta subsección se argumentará contra los postulados de esta interpretación de RAWLS, particularmente, cuestionando la presunta improcedencia *por defecto* del principio de justicia distributiva en la interpretación del contrato-institución. En las primeras líneas de *A Theory of Justice*, RAWLS menciona que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”⁶³⁴ y agrega, poco después, que la temática que trata es la de la justicia social, cuyo objeto primario es la estructura básica de la sociedad⁶³⁵. Los anteriores enunciados muestran en qué sentido la concepción de la justicia como equidad se asume como una teoría moral limitada a la dimensión de la justicia política, esto es, una “concepción política aplicable a la estructura de instituciones sociales y políticas”⁶³⁶. La justicia como equidad sería, pues, una concepción moral *restringida* al ámbito de la justicia doméstica, es decir, a principios cuyo *objeto*

⁶³¹ De hecho, la crítica de NOZICK apunta a otro aspecto de la justicia social, aquella que involucra a la incompatibilidad de la justicia distributiva en la justificación liberal de las pertenencias.

⁶³² ROEMER, 1998: 172-173.

⁶³³ COHEN, 1997: 11.

⁶³⁴ RAWLS, 1971: 3.

⁶³⁵ RAWLS, 1971: 7. La delimitación del problema de justicia en el sentido señalado constituye, junto con la noción de la sociedad justa bien ordenada, los límites de la empresa teórica rawlsiana. RAWLS, 1971: 7.

⁶³⁶ RAWLS, 2001: 12.

primordial son las instituciones básicas de la sociedad⁶³⁷. Esto parece ser claro en los argumentos que RAWLS presenta para delimitar el alcance de sus principios de justicia, a saber, la preservación de las condiciones que integran trasfondo de justicia y la incidencia decisiva de dichas instituciones en la vida de las personas⁶³⁸. La primera de estas razones involucra una *división del trabajo* entre los principios de la justicia como equidad (dirigidos a la mantención en el tiempo del trasfondo de justicia configurado por la estructura básica), y los principios que son directamente aplicables a las transacciones particulares que tienen lugar a nivel de las personas y las asociaciones⁶³⁹. La segunda razón para restringir los principios de justicia a la estructura básica consiste en lo decisivas que sus instituciones resultan para la vida de los individuos⁶⁴⁰.

Con todo, deben introducirse algunas observaciones. En primer lugar, debe apuntarse que las instituciones consideradas como integrantes de la estructura básica son las instituciones principales de la sociedad, como la constitución política y las principales reglas de los ordenamientos económicos y sociales, como por ejemplo la protección legal de la libertad de pensamiento y de conciencia, los mercados competitivos, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama⁶⁴¹. En definitiva, son éstas las instituciones a cargo de la “distribución de los derechos y deberes fundamentales” y la determinación “de las ventajas generadas por la cooperación social”⁶⁴².

Sin embargo, como en breve se profundizará, los contornos de la estructura básica son ambiguos⁶⁴³, al punto tal que el propio RAWLS afirma que ellos no son tajantes⁶⁴⁴. A mayor abundamiento, incorpora una asociación, la familia, como integrante de la estructura básica, atendiendo a la esencialidad de su rol en la reproducción de la sociedad⁶⁴⁵.

En segundo lugar, también cabe señalar que desde RAWLS pueden matizarse los límites a la aplicación de los principios de justicia, en tanto el autor distingue entre su aplicación

⁶³⁷ RAWLS, 1977: 159; 2001: 10. El contraste entre principios de justicia domésticos, como los principios de justicia de RAWLS, y los principios de justicia locales, radica en sus objetos. Particularmente, mientras los principios de justicia domésticos se aplican a la estructura básica de la sociedad, los llamados principios de justicia locales se aplican *directamente* a las demás instituciones sociales y las asociaciones. RAWLS, 2001: 11.

⁶³⁸ RAWLS, 2001: 53-55.

⁶³⁹ Esta razón apunta a mantener la justicia de la distribuciones iniciales a lo largo del tiempo. RAWLS, 2001: 53.

⁶⁴⁰ RAWLS, 2001: 53.

⁶⁴¹ RAWLS, 1971: 7.

⁶⁴² RAWLS, 1971: 7.

⁶⁴³ BEDAU, 1978: 159; KORDANA y TABACHNICK, 2008: 605; POGGE, 1989: 21.

⁶⁴⁴ RAWLS, 2001: 12.

⁶⁴⁵ RAWLS, 2001: 162.

directa e indirecta: serían directamente aplicables a las instituciones pertenecientes a la estructura básica, y también lo son *indirectamente* respecto a las demás instituciones y a las asociaciones conformadas dentro de ella (a su “vida interna”)⁶⁴⁶. La doctrina de una religión, ejemplifica el autor, legítimamente podría fundamentar la expulsión de un integrante conforme a ciertas condiciones que ella impone, pero el castigo corporal está excluido dada la pertinencia indirecta de los principios de justicia de la democracia liberal.

Con todo, y sin perjuicio de la concepción que pueda admitirse sobre la estructura básica, debe tenerse presente que ni aun RAWLS descarta de plano que los principios de justicia aplicables para la estructura básica tengan algún rol en las instituciones que no la integran. Por el contrario, lo que sí es lícito desprender es que no debe asumirse que su aplicación sea razonable o irrelevante fuera de la estructura básica⁶⁴⁷, el cual *podría* ser el caso de la justicia de algunas asociaciones privadas y algunos acuerdos contractuales⁶⁴⁸. Sobre este punto se profundizará en los siguientes párrafos.

24.1. LA AMBIGÜEDAD DEL CONCEPTO DE ESTRUCTURA BÁSICA

La existencia de una cierta ambigüedad en el concepto de estructura básica no ha escapado de la atención de los críticos a RAWLS⁶⁴⁹. Al efecto, denuncia COHEN, el concepto de estructura básica adolece de una “ambigüedad fatal” que incide en los criterios expuestos por RAWLS para identificar qué instituciones pertenecen a ella⁶⁵⁰. Y es que, como fue avizorado, la lectura tradicional de la justicia como equidad la concibe como una teoría moral restringida a la política, a la justicia de las instituciones sociales fundamentales. Sin embargo, críticos como COHEN opinan que muchos otros enunciados rawlsianos son incompatibles con esta lectura, particularmente, la ya avizorada condición de incorporar en la estructura básica otras instituciones y aun asociaciones, en cuyas prácticas respectivas son relevantes consideraciones que bien son consideradas como atinentes a teorías morales comprensivas⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ RAWLS, 2001: 163.

⁶⁴⁷ RAWLS, 2001: 11.

⁶⁴⁸ RAWLS, 1971: 8. En *Justice as Fairness*, por ejemplo, se precisa que la incidencia de los principios rawlsianos fuera de las instituciones de la estructura básica sólo indica, en palabras de su autor, “que en general determinan, no exclusivamente, los principios apropiados de justicia local” (RAWLS, 2001: 12).

⁶⁴⁹ Entre otros, COHEN, 1997; POGGE, 1989; KORDANA y TABACHNICK, 2004.

⁶⁵⁰ COHEN, 1997: 18.

⁶⁵¹ Para una síntesis del argumento de COHEN contra la objeción de la estructura básica puede encontrarse en COHEN, 1997: 23-24.

En este contexto, explica por qué RAWLS abiertamente incorpora a una asociación, la familia, como *parte* de la estructura básica de la sociedad, atendiendo a la esencialidad de su rol en la reproducción de la sociedad⁶⁵². Estas ambigüedad, se verá a continuación, es determinante en la reconstrucción del argumento distributivo del contrato-institución.

24.2. LA OBJECCIÓN DE LA ESTRUCTURA BÁSICA CONTRA LA JUSTIFICACIÓN DISTRIBUTIVA DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

La noción de la estructura básica tiene una importancia central al momento de evaluar la pertinencia de fundamentos, funciones o roles distributivos y redistributivos al derecho contractual, pudiendo identificarse una posición tradicional, que niega tal posibilidad, y otra alternativa, que la admite.

La postura dominante en el derecho de contratos, y más ampliamente, en el derecho privado, afirma la improcedencia de perseguir objetivos distributivos y redistributivos de esta institución, y atribuirlos a las reglas, como las reglas tributarias, atinentes el derecho público⁶⁵³. Entre las razones que son presentadas para ello, desde la tradicional restrictiva del concepto de estructura básica, las consideraciones distributivas son impertinentes al orden contractual dada que no está comprendido en dicho ámbito⁶⁵⁴. Sobre el particular caso del ordenamiento privado, dice RAWLS que “los individuos y las asociaciones son libres de perseguir sus fines de la manera más eficiente, conociendo que el interior del trasfondo que la estructura básica es asegurado a través de las correcciones necesarias para mantener la justicia de dicho contexto institucional”⁶⁵⁵.

Entonces, la justicia de las distribuciones resultantes de las transacciones voluntarias no sería una propiedad de las transacciones voluntarias de las que resultan, porque ellas fueron realizadas en un contexto ya informado por una distribución de la riqueza y un sistema de mercado (integrantes de la estructura básica) justos en virtud de los principios de justicia que les son aplicables⁶⁵⁶.

25. JUSTIFICACION DISTRIBUTIVA DEL CONTRATO-INSTITUCIÓN

En esta subsección se argumentará contra la procedencia de la objeción de la estructura básica en el plano contractual, proponiendo dos alternativas que permiten introducir

⁶⁵² RAWLS, 2001: 162.

⁶⁵³ FRIED & ROSENBERG, 2003: 66-72; HEVIA, 2013: 57; WEINRIB, 1995: 36, 221.

⁶⁵⁴ KORDANA y TABACHNICK, 2005: 599.

⁶⁵⁵ RAWLS, 1977: 164.

⁶⁵⁶ RAWLS, 1977: 160.

consideraciones distributivas en el orden contractual, al margen de si la objeción en cuestión debe ser derechamente negada o, en términos menos enfáticos, moderada. Con todo, estos argumentos serán presentados en torno a la idea, aparentemente decisiva para este debate, de que el contrato-institución sea parte de la estructura básica de la sociedad. En este orden de ideas, se intentará mostrar que, aun cuando la objeción de la estructura básica pueda sostenerse, hay razones para considerar que los principios de moralidad política pueden tener, al menos, una incidencia *indirecta* en las reglas jurídicas que gobiernan los intercambios voluntarios y, consecuentemente, que existe algún margen conceptual para evaluar la institución en función de determinados objetivos distributivos y redistributivos.

25.1. LA INCIDENCIA DIRECTA DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN EL CONTRATO-INSTITUCIÓN

En primer término, es plausible afirmar en el contexto de esta discusión que los principios distributivos puedan tener incidencia *directa* en el derecho de contratos. La factibilidad teórica de esta posibilidad depende, en esencia, del éxito de los argumentos a favor de la incorporación del derecho de contratos como parte de la estructura básica de la sociedad (y, consecutivamente, como objeto de los principios de justicia rawlsianos). En este sentido, se mostrará las maneras en las cuales puede ser construido un argumento en este sentido y, en definitiva, justificar en términos rawlsianos la pertinencia distributiva del contrato.

Un primer camino argumentativo para defender tal posibilidad, seguido por KORDANA y TABACHNICK, es reinterpretando el argumento rawlsiano con el fin de construir una concepción amplia de la estructura básica que comprenda, además de las expresamente mencionadas por RAWLS, todas las instituciones que incidan en los prospectos de vida de las personas⁶⁵⁷. Un segundo argumento, defendido por PAPAYANNIS, observa que la propia práctica jurídica muestra cómo el derecho privado, en general, y el derecho de contratos en particular, en efecto *distribuye* bienes primarios⁶⁵⁸. Si, como manda la tradición rawlsiana, los bienes primarios permiten a las personas la persecución de sus

⁶⁵⁷ KORDANA y TABACHNICK, 2005: 604. Algunos autores, particularmente HEVIA, han caracterizado la posición de estos autores como monista, en un sentido semejante al de MURPHY en cuanto a que “no existen contratos genuinamente privados pues, a fin de cuentas, cualquier contrato debe ser entendido como una especie de representante para los fines de la justicia distributiva” (HEVIA, 2013: 16).

⁶⁵⁸ PAPAYANNIS, 2012: 705 y ss.; 2014a: 318 y ss.; 2021a).

respectivas concepciones del bien⁶⁵⁹, es difícil no observar el rendimiento distributivo del derecho privado. En esta línea, PAPAYANNIS argumenta que los fines distributivos son admisibles en las instituciones del derecho privado, en la medida que los derechos y deberes de indemnidad, configurados por el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, son bienes primarios⁶⁶⁰. Más ampliamente, las reglas del derecho privado (y no sólo las de responsabilidad extracontractual) delimitan una esfera de *indemnidad* ante interferencias injustificadas, así como una de *libertad* de acción que, en mi comprensión, es correlativa a ella⁶⁶¹.

Al margen de estas razones, si en la justicia como equidad la sociedad es, por definición, un sistema de cooperación social justo, ¿cómo podría excluirse al derecho contractual de la dimensión cooperativa de la sociedad y, al mismo tiempo, ser éste un mecanismo que tiene potencial distributivo? En mi opinión, si se distinguen las reglas que conforman el contrato-institución de la práctica de las transferencias individuales sometidas a él, entonces la justificación de una pretensión contractual en un caso concreto sólo puede ser afirmada desde aquellas reglas internas de la institución, sin que implique (no, al menos, necesariamente) una invocación directa de los principios que, no estando comprendidos en la respectiva fuente de la obligación, sí justifican la institución.

Si esto es así, la pregunta por los fines distributivos de las relaciones contractuales queda limitada al orden de justificación de sus reglas, cuya pertenencia a la estructura básica es plausible en el modelo rawlsiano. Y es que la condición según la cual la justicia como equidad es una teoría de moral política sigue siendo satisfecha en tanto las disposiciones estatutarias del orden contractual sean *públicas* y *previsibles* al momento de las interacciones particulares. No falta, entonces, razón para afirmar, junto al propio RAWLS, que “la objeción de que el principio de diferencia implica una interferencia continua y caprichosa en las transacciones privadas esté basada en un error”⁶⁶².

Contribuye a esta interpretación que, aun en la comprensión tradicional de la estructura básica, el contrato-institución cumple un rol central en la regulación de los mercados. El propio RAWLS, a lo largo de diversos trabajos, menciona como instituciones pertenecientes a dicha clase la constitución política y los elementos principales del sistema económico y social, las reglas de adquisición de la propiedad⁶⁶³. Pero si la norma

⁶⁵⁹ RAWLS, 2001: 61.

⁶⁶⁰ PAPAYANNIS, 2012: 705; 2021:

⁶⁶¹ PAPAYANNIS, 2021.

⁶⁶² RAWLS, 1977: 164.

⁶⁶³ RAWLS, 1971: 7; 1977: 163.

o regla determina la adquisición de un bien según su naturaleza como pública, privada o estatal, ¿no parece que entre el derecho de bienes y el derecho de propiedad existe una continuidad conceptual que las une? Al afirmar, en tal sentido, que *x* está sometida al régimen de propiedad privada (sometido a los principios de justicia), el sistema de intercambios que da sentido a ese enunciado, esto es, que determina cómo es que una propiedad puede ser “privadamente” adquirida, también debería estar gobernado por los principios aplicables a la estructura básica.

Podría contraargumentarse, invocando la autoridad del texto rawlsiano, la explícita defensa de RAWLS a la *división del trabajo institucional* entre las instituciones que conforman la estructura básica de la sociedad y “las reglas que se aplican directamente a las transacciones particulares”⁶⁶⁴. Para responder a esta objeción, además de insistirse en que la regulación de la adquisición de la propiedad privada está conceptualmente vinculada a la regulación del contrato-institución, en tanto su función principal, como fuera señalada en el Capítulo Tercero, es el de dotar de estabilidad a los intercambios voluntarios, también habría de agregarse que no todas las reglas del orden contractual son reconducibles a la voluntad de las partes. Por el contrario, si es que el consentimiento opera como un *token* que transforma un intercambio, es esa suerte de regla de reconocimiento la que está sometida a los principios de justicia, mas no el resultado de la particular transacción que gobierna. Mientras el derecho de contratos tenga que ser “convocado” por las partes del intercambio para apartarse a su marco institucional, la regla que adjudique un particular litigio se reconduce a los términos de esa consentimiento expresado, no porque la voluntad determine herméticamente el contenido del acuerdo sino porque, como se argumentó en esa ocasión, esa voluntad expresada es el consentimiento de someterse a esas reglas.

25.2. LA INCIDENCIA INDIRECTA DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA EN LOS INTERCAMBIOS PRIVADOS

En caso de que el argumento anterior fracase, autores como BENSON proponen que el principio de división del trabajo no impide que, *indirectamente*, los principios de justicia directamente aplicables a ésta no sean pertinentes en su justificación⁶⁶⁵. Como ya fuera adelantado, la exclusión de las transacciones individuales de la estructura básica no es una negación a toda injerencia de los principios de justicia en este ámbito. Por lo pronto,

⁶⁶⁴ RAWLS, 1977: 164.

⁶⁶⁵ Supra §13.3.2.

como es presentado en *The Basic Structure as Subject*, el contexto institucional sobre el cual se contrata es configurado por la estructura básica, al punto tal que las personas evalúan su cooperación conociendo sobre sus recursos y habilidades y sus oportunidades e intereses determinados por ella⁶⁶⁶.

Así las cosas, podría incluso interpretarse que el propósito de la idea de estructura básica es más bien metodológico que conceptual, no existen razones para que los límites que separen la acción de sus principios de justicia sea tomada tajantemente. El propio RAWLS parece favorecer esta interpretación, puesto que, en *Justice as Fairness*, es explícito en mencionar que la restricción tiene que ver con la aplicación *directa* de sus principios fuera de la estructura básica, lo cual no impide que, *indirectamente*, sí tengan un papel en las instituciones ajeas a ella⁶⁶⁷.

26. SUERTE MORAL, JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y EL CONTRATO-INSTITUCIÓN

Tras la discusión sobre la plausibilidad de una justificación distributiva del contrato-institución, se asoma el problema que fuera decisivo para criticar a la concepción de justicia política basada en la autonomía, el problema de la suerte moral. RAWLS se refiere a este problema a través de la noción de la “división social de responsabilidad”, conforme a la cual la sociedad *acepta* ser responsable por el mantenimiento de la igualdad (en términos de libertades básicas y oportunidades) y por asegurar a sus integrantes una porción de bienes primarios *justa* (conforme a los parámetros de la sociedad bien ordenada), mientras que los ciudadanos aceptan ser responsables por los fines que persiguen, en términos de su compatibilidad con los principios de justicia⁶⁶⁸.

Para estos efectos, recuérdese que el contrato-institución cumple las funciones de estabilización de los intercambios voluntarios y de neutralización de los infortunios, haciendo factible la cooperación humana, cualquiera sea el concepto de bien que persigan los contratantes. Al respecto, es común a las propuestas de RAZ y RAWLS, que el contrato, en tanto institución de las democracias liberales, es un mecanismo de facilitación para que los individuos puedan perseguir sus planes de vida.

Ahora bien, si bien el modelo rawlsiano favorece una vocación igualitarista de las instituciones fundamentales de las sociedades democráticas, neutraliza *ciertas* inequidades en los prospectos de vida de las personas⁶⁶⁹. Como fue revisado en el

⁶⁶⁶ RAWLS, 1977: 161.

⁶⁶⁷ RAWLS, 2001: 10.

⁶⁶⁸ RAWLS, 2005: 189.

⁶⁶⁹ RAWLS, 2001: 55.

Capítulo Tercero de este trabajo, las funciones que cumple el derecho institución responden, genéricamente consideradas, a un contexto de ignorancia e incertidumbre. Desde el punto de vista de los contratantes *qua* agentes racionales, esto significa que las decisiones que pueden tomar las personas responden a dos premisas vinculadas con las teorías de la elección racional. La primera, consistente con el modelo de racionalidad individual en los modelos económicos, esto es, que sus decisiones se orientan hacia la maximización de su interés; la segunda, de que los agentes racionales toman decisiones en un contexto donde, al menos normalmente, desconocen las probabilidades con que los estados de cosas futuros pueden ocurrir.

En el marco de esta descripción, todas las decisiones de los contratantes a lo largo del íter contractual (es decir, desde la decisión de celebrar un contrato hasta la de cumplir) son una cuestión de racionalidad. Sobre estos presupuestos, el derecho contractual, en tanto institución social, produce el efecto favorable para el sistema social de favorecer las empresas colaborativas, cualquiera sea el valor que éstas tengan. Estas particulares funciones, a lo menos, comprenden otras dos funciones fundamentales. Por un lado, la función de estabilización de los intercambios voluntarios y la función de neutralización de los infortunios.

Ambas funciones pueden ser *interpretadas* como expresiones institucionales de dos ideas centrales en el liberalismo igualitario. Pero, desde luego, una concepción de la arbitrariedad moral como la implícita a lo largo de la obra rawlsiana no es, casuísticamente, del todo comprensiva de cuestiones que, si bien son fruto de la suerte, no están especialmente vinculadas a los problemas de justicia social sobre los que este autor reflexionó.

26.1. LA CONSTRUCCIÓN DE UN CRITERIO NORMATIVO DE ECUALIZACIONES CONTRACTUALES: SUERTE BRUTA Y SUERTE CIRCUNSTANCIAL

La tensión entre responsabilidad y suerte en el modelo rawlsiano es, como se vio, resuelta institucionalmente a través del principio distributivo de diferencia, el cual es aplicable al orden contractual. Sobre la suerte moral, RAWLS explica:

La justicia como equidad se concentra en las inequidades en los prospectos de vida de los ciudadanos -sus prospectos de vida a lo largo de toda su vida- en donde esos prospectos son afectados por tres clases de contingencias:

(a) su clase social de origen: la clase en la que nacen y se desarrollan antes de tener uso de razón;

(b) sus dotes nativos (por oposición a sus dotes cultivados); y sus oportunidades a desarrollar esos talentos determinadas por su clase social de origen;

(c) su buena o mala fortuna, su buena o mala suerte, a lo largo del curso de vida (como son afectados por la enfermedad y los accidentes; y, digamos, por términos de tiempo de desempleo involucrarlo y declive económico regional)⁶⁷⁰.

Ahora bien, si se retoman las funciones que cumple el contrato-institución, puede apreciarse que su justificación requiere de un criterio normativo mucho más preciso que lo que estas líneas permiten. Para mostrar este aserto, a continuación, se tratará la manera en que puede justificarse la descripción funcional del contrato-institución, especialmente considerando la tensión entre suerte y responsabilidad.

Sin perjuicio de la influencia de la obra de RAWLS en las empresas normativa e interpretativa en la teorización del derecho de contratos, conviene observar más allá de esta vertiente del igualitarismo su revisión crítica desde autores también igualitaristas, especialmente en aquello que tiene relación con la construcción de un criterio normativo para justificar las diversas funciones que cumple el contrato-institución en el plano social. En este sentido, es imprescindible reparar en la propuesta igualitarista de DWORKIN, conocida como “justicia como seguro” (*justice as fair insurance*), y cuyo trabajo marcó el inicio de una línea de investigación que, a la postre, sería bautizada como el igualitarismo de la suerte⁶⁷¹. *Grosso modo*, el igualitarismo dworkiniano propone un ideal político de igualdad de trato a todos los integrantes de la sociedad, manifestado en un imperativo de igualdad distributiva (equivalente a la justicia asignativa de RAWLS) que, según describe KYMLICKA, tiene como nociones centrales, por un lado, una subasta inicial de recursos y, de otro, un mercado de seguros⁶⁷².

En primer lugar, la subasta inicial de recursos se trata de un constructo hipotético a través del cual se realizaría una asignación inicial de recursos entre personas con distintas circunstancias en cuanto a dotes naturales, talentos e intereses⁶⁷³. Sin perjuicio de estas diferencias contingentes, el ideal de igualdad de trato sería satisfecho siempre y cuando dos condiciones sean simultáneamente satisfechas: primero, que todas las personas que integran la comunidad puedan acceder a la subasta (esto es, ofertar libremente por todos

⁶⁷⁰ RAWLS, 2001: 55.

⁶⁷¹ El igualitarismo distributivo es una de las temáticas centrales en la filosofía política de DWORKIN. El punto de inicio de esta línea de investigación se remonta al ensayo de dos partes “What is Equality”, publicado en 1981. Años después, ambos textos integrarían los primeros capítulos de una de sus obras fundamentales, *Sovereign Virtue*, de 2000.

⁶⁷² KYMLICKA, 2001: 75.

⁶⁷³ DWORKIN, 1981 (a): 186-187.

los recursos disponibles de esa comunidad ofertando) y, segundo, que ninguna de ellas *prefiera* un paquete de recursos distinto al que han escogido y adjudicado⁶⁷⁴.

Naturalmente, esta distribución inicial de recursos no permanecería inalterada en el tiempo. Esto, no sólo porque las decisiones particulares de ofertar por un determinado paquete de recursos están orientadas por las solas preferencias de los agentes, lo cual da sentido a los intercambios de recursos entre las personas, sino porque también es virtualmente una certeza que esa distribución inicial variará por múltiples razones que, muchas veces, responden a contingencias que ellas no pudieron prever ni anticipar en la subasta inicial.

Ante la pregunta sobre qué alteraciones de la distribución inicial deben ser moduladas, es decir, qué contingencias son distributivamente irrelevantes, es necesario contar con un criterio normativo que justifique esa clase de decisiones institucionales. DWORKIN introduce la otra idea central de su concepción igualitarista, el mercado hipotético de seguros al cual todas las personas pueden libremente acceder para prevenir los efectos patrimoniales de la concreción de un determinado riesgo. Así, por ejemplo, las personas podrían recurrir al mercado de seguros para precaver los rigores de una vida marcada por la falta de talentos o aptitudes para escoger la actividad profesional que preferirían o por la contingencia de una enfermedad hereditaria que, de manifestarse, impacte seriamente en su porción de recursos⁶⁷⁵.

Estas intuiciones son el centro de una distinción que resultará central para precisar el criterio normativo que el igualitarismo de RAWLS deja abierto, para efectos de justificar el contrato-instrucción. DWORKIN introduce las nociones de suerte condicionada a ciertas acciones (*option luck*) y de suerte en sentido estricto (*brute luck*), como elementos conceptuales que permiten precisar los términos de la tensión entre los conceptos de responsabilidad y la suerte morales.

El ejemplo canónico para explicar la posición dworkiniana muestra a dos personas que, con distintos estilos de vida, en algún punto de su vida desarrollan una enfermedad pulmonar: Mientras *a* desarrolla espontáneamente tumores pulmonares, la aflicción de *b* se explica por un contundente antecedente de adicción al tabaco. Consecuentemente, si bien existen razones para que la desmejora que *a* sufre en sus recursos sea

⁶⁷⁴ DWORKIN (b): 285. Este último requisito es conocido como el test de envidia.

⁶⁷⁵ Ejemplos de esta naturaleza proliferan entre los comentaristas de DWORKIN e, incluso, fundamentan algunas de sus críticas más recalcitrantes. A modo ilustrativo, el tópico de los gustos caros, que no admiten compensación en el esquema de DWORKIN, es una de las objeciones nucleares de COHEN a su modelo. COHEN, 1998.

distributivamente relevante, con respecto a *b* no corresponde tal evaluación por cuanto su acción habría de tomarse como una apuesta fallida (*unsuccessful gamble*)⁶⁷⁶.

Tal como la acción de fumar o no fumar determina directamente la evaluación de los agentes en términos de sus recursos, en la concepción igualitarista de DWORKIN la acción con el suficiente peso normativo para responsabilizar a las personas es la de tomar o no la opción de *asegurarse* contra riesgos futuros. Así, el autor pretende resolver la tensión entre los conceptos de responsabilidad y de suerte (como exclusión del control) configurando un criterio normativo que responde, exclusivamente, a las elecciones de los agentes. En particular, se trata de la decisión de destinar parte de su cuota inicial de recursos iniciales a tomar un seguro, soportando el costo de oportunidad de no destinarlos hacia otros fines. En los ejemplos planteados en el Capítulo III, lo más probable es que el averso al riesgo estará más inclinado a asegurarse del eventual desastre natural que su vecino neutral al riesgo, pero al mismo tiempo contará con menos recursos para otros fines⁶⁷⁷. ¿Tiene el derecho a reclamar de la comunidad una compensación por su carácter temeroso?, ¿puede permitirse a su contraparte decidir administrar sus recursos ahorrando en prevenciones?

Dado el supuesto de un mercado hipotético de seguros disponible para todos los oferentes, la decisión de no asegurarse ante un riesgo que termina por concretarse, transforma un evento de suerte condicionada y de suerte en sentido estricto. En este orden de ideas, si ambas sufren una discapacidad habría de decirse que ambas sufren de mala suerte en sentido estricto, pero en materia de suerte condicionada su situación relativa es distinta, *a* tiene mejor suerte condicionada que *b*; mientras que si no desarrollan la condición habría de decirse que *a* sufre de peor suerte condicionada que *b* asociado al costo de oportunidad por haber destinado recursos a asegurarse contra una contingencia que nunca ocurrió⁶⁷⁸. En este último escenario, puede decirse que Montgomery tomó una mala decisión de la cual es responsable. En palabras de DWORKIN:

El seguro, en la medida en que está disponible, proporciona un vínculo entre la suerte bruta y la opción, porque la decisión de comprar o rechazar un seguro contra catástrofes es una apuesta calculada. Por supuesto, el seguro no borra la distinción. Alguien que compra un seguro médico y es golpeado por un meteorito inesperado todavía sufre una mala suerte bruta, porque está peor que si hubiera comprado un

⁶⁷⁶ DWORKIN (b): 293.

⁶⁷⁷ Supra §18.1.

⁶⁷⁸ DWORKIN (b): 297.

seguro y no lo necesitara. Pero ha tenido mejor suerte en la opción que si no hubiera comprado el seguro, porque su situación es mejor en virtud de no haber corrido la apuesta de negarse a asegurar⁶⁷⁹.

26.2. EL CONTRATO-INSTITUCIÓN COMO NEUTRALIZADOR DE LA SUERTE BRUTA

Para finalizar, y ya demostrada la plausibilidad de una justificación igualitarista del contrato-institución, corresponde mostrar el vínculo igualitarista entre esa justificación y la que puede desprenderse de las funciones sociales que este instituto desempeña. En tal sentido, el contrato es un mecanismo *privado* (es decir, jurídicamente fundado en el consentimiento) para precaver, administrar o asumir riesgos. Esta generalización, compatible con las reglas y doctrinas atinentes al tenor igualitarista del contrato, también permite ilustrar la función de neutralización, en tanto las normas que responden a tal propósito consideran la concurrencia de eventos fuera del control de los contratantes en la evaluación del comportamiento de las partes contratantes a propósito de la atribución de responsabilidad por incumplimiento.

Como fue descrito en el Capítulo Tercero, a través de su función de neutralización el contrato-institución se vale de criterios normativos para identificar allí donde la concreción de una pérdida no es atribuible al contratante afectado. Sea que se aprecie desde la categoría obligaciones de medios o desde las obligaciones de resultado, la diligencia no es el único criterio normativo relevante para estos efectos. Más bien, el criterio normativo suficientemente amplio para justificar estas funciones proviene de la noción de control.

En efecto, desde la perspectiva de la responsabilidad, los contratantes deben soportar las consecuencias de no cumplir con lo prometido. La función principal de estabilización de los intercambios voluntarios da sentido al enunciado *a* está obligado para con *b* a ϕ . Pero la concurrencia del criterio normativo de control proveniente de la función de neutralización del infortunio, termina por explicar que del enunciado anterior no se siga que *a* es responsable siempre por $\neg\phi$. Esto se explica, en términos jurídicos, desde la distinción entre obligación y responsabilidad contractual, dado que el mero incumplimiento no es una condición suficiente para atribuirle a *a* la responsabilidad contractual derivada de $\neg\phi$.

En otras palabras, la cuestión relevante a la cual debe responder una justificación del contrato-institución también debe extenderse a la justificación de qué razones

⁶⁷⁹ DWORKIN (b): 293.

fundamentan que un evento E, que es un caso de $\neg\phi$, sea tolerado o permitido por el ordenamiento jurídico. Y ésta es, precisamente la tarea de la función de neutralización del infortunio contractual: fundamentar juicios de reproche al contratante incumplidor, bajo la condición de que la extinción o moderación de su responsabilidad responda a que incumplimiento es una expresión de la (buena) suerte, esto es, la incidencia de factores ajenos que delimitan el juicio de atribución de responsabilidad contractual.

Con todo, cabe precisar que cuando se habla de la sensibilidad del contrato hacia el campo de los infortunios y los riesgos, se quiere significar algo más profundo que lo que la naturaleza dispositiva de las normas contractuales permite a sus contratantes. Esto, debido a que ni el más acucioso de los contratantes, ni el más ingenioso de los abogados, pueden anticipar todas y cada una de las contingencias que les puede afectar en el futuro. Y aquí, nuevamente, se expresa la importancia de la concepción igualitarista: quienes deciden, ante posibles eventualidades resguardarse en las reglas de la institución-contractual, lo que está haciendo es, precisamente, realizar una acción que cabe considerar como suerte circunstanciada. En tal sentido, ante el contexto de riesgos e incertidumbre de la agencia humana, el contrato-institución facilita la contratación y precaver contingencias, sea porque las pactan expresamente, sea porque las normas de este ordenamiento ya contemplan una *manera de solucionarlos conocidos públicamente por los partícipes de esta práctica*.

27. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Como fuera señalado, la primera pregunta a la que atiende esta investigación involucra la plausibilidad de introducir consideraciones distributivas y redistributivas al derecho de contratos. En este orden de ideas, el propósito de este Capítulo final ha sido mostrar dos alternativas de justificación moral del derecho de contratos, asumida la descripción funcional del contrato-institución mostrada en el Capítulo anterior. A estos efectos, se tomaron dos propuestas alternativas de justificación de las instituciones sociales en las sociedades democráticas contemporáneas: la primera, asociada al ideal de autonomía significativa y la segunda al igualitarismo.

La justificación del contrato en términos de autonomía significativa, que cuenta con el respaldo de RAZ y KIMEL, si bien logra ilustrar por qué algunas de las reglas que suelen identificarse con algún grado de paternalismo son pertinentes en las relaciones contractuales, no logra explicar las funciones secundarias de neutralización de los infortunios. Esto es, porque el principio de neutralidad liberal no exime al poder político

de intervenir en las relaciones horizontales de sus ciudadanos cuando lo que está en juego es la falta de oportunidades para desarrollar, libremente, sus respectivos planes de vida. Sin embargo, se intentó demostrar que las exigencias distributivas no se agotan al momento en que ellas deciden, toda vez que el contrato-institución sólo podría centrarse en el momento de la contratación, es decir, en el momento en que las partes deciden contratar.

Este problema, fue explicado, es consistente con el de la suerte moral, en la medida en que el cumplimiento del contrato puede estar explicado, causalmente, por eventos que pueden acaecer a lo largo del íter contractual, sin que las partes puedan ser tenidas como responsables de sus efectos.

Debido a este déficit, se exploró y defendió una concepción más amplia de la moral social, aquella identificada con el igualitarismo liberal. Esto permite no solo justificar la función de estabilización de los intercambios voluntarios (que también puede obtenerse con la mencionada concepción raziana), sino también mostrar por qué es *justo* que el contrato-institución extienda su ámbito de acción más allá de ese acto inicial.

Para estos efectos, se rescataron las propuestas de dos autores representativos de esta tradición. Por una parte, a través de la concepción de justicia como equidad de RAWLS, se mostró cómo la pregunta distributiva del contrato puede ser correctamente encarada: el contrato, *qua* institución social, ha de responder a los principios que gobiernan la estructura básica de la sociedad. Por otra parte, como respuesta a la necesidad de contar con un criterio normativo que permita justificar, en términos sociales, si debe tenerse a un contratante como responsable de su incumplimiento, se recurrió a la noción de justicia de DWORKIN para introducir el control como parte de las evaluaciones de esta clase.

Así, la justificación del contrato-institución puede ser expresada de la siguiente forma: el contrato-institución es una institución gobernada por un principio de justicia distributiva, en tanto responde a la intuición igualitaria de que es *justo* que una persona sea responsable de aquello que controla, del mismo modo que no lo es que su bienestar o sus recursos estén determinados por eventos ajenos a su agencia.

FINAL REMARKS

As final remarks, the following conclusions can be drawn from the arguments, analysis and hypothesis revised through this doctoral dissertation.

1. When it comes to the moral justification of contract law and contractual obligations in terms of distributive justice, the kind of moral reasons displayed start with the standard question regarding the legitimacy of using contract law to pursue social valuable goals, which are, by definition, external to the parties' *juridical* will. I named this problem as the "distributive inquire".

2. Accordingly, distributive theories of contract can be categorized under two general classes. Some authors argue that the existence of contract law can only be justified on an exclusive moral criterion; while others assume a more eclectic philosophical premise, in the sense that moral justification in contract law can rest on several moral principles. I call the former kind of approaches monist or pure theories of contractual moral justification, as opposed to the dualist or pluralist theories summarized as the latter statement.

3. On Chapter 1, I examined the paradigmatic distributive justice theory of contract law, i.e., Anthony KRONMAN'S voluntary agreements conception. According to this author the main question to be addressed by any theoretical justification of contract law regards the legitimacy of contractual obligations, defined as exploitative relation between the contractors. That is, contract law is morally justified *if and only if* one party can take advantage of the other.

4. Regardless of its *innovative* merits, this conception faces three fundamental objections that, as I argued, are sufficient to discard it. As the "bilaterality" and "autonomy" objections show, paretianism struggles to provide a fitted account of contract law most salient features. Even worse, for purposes of the consistency of KRONMAN'S project, his political commitment with distributive justice dilutes in libertarian consequences, since, as the "insufficiency" objection shows.

5. On Chapter 2, I introduced a mixed theory of contract justification by presenting the conception of justice in transactions drawn by Peter BENSON, according to which

distributive goals in contract law have, at best, an indirect normative role. Nevertheless, its sound arguments cannot avoid one major problem, which essentially relates to its capacity to explain key features of contemporary contract law, particularly those related to its public law content.

6. Once both of KRONMAN's and BENSON's thesis are discarded, I focused on proposing my own answer to the distributive inquire. This is the purpose of the Second Part, which is developed assuming the fundamental methodological premise of introducing a descriptive notion of contract law on Chapter 3 and, over that explanatory basis, a normative or justificatory proposal on Chapter 4.

7. On Chapter 3, I develop an institutional conception of contract law (contract-institution), which is explained assuming a functional perspective and rational theory premises. Particularly, I propose contract law has, at least, two functions on the contemporary social systems. On the one hand, I identify as its more salient function its capacity to stabilize voluntary agreements in context of epistemic uncertainty. On the other hand, contract law also fulfils the complimentary function of neutralizing contractual misfortunes, considering that its main function requires some sort of assurance of future contingencies.

8. Finally, on Chapter 4, I present the moral arguments tending to construe a distributive justification of contract law, assuming the necessity of including luck as a decisive element of moral and legal responsibility, notwithstanding the autonomy premise supported in the works of Joseph RAZ and Dori KIMEL, in the areas of social justice and contract law, respectively, that are suitable to provide moral sustainability to some "distributive" rules, such as the doctrine of unconscionability.

9. However, the significant autonomy ideal cannot fully address the distributive enquire. In this regard, I finalize proposing contract law is to be justified insofar it responds to the egalitarian intuition that persons can only be responsible for states of affairs related to their control, in the same way that it is not fair that their well-being or their resources are determined by events outside their agency. The conjunction of both ideals, significant autonomy and moral luck, are the moral justification premises of the functions attributed to the contract-institution conception here presented.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELIUK, René, *Obligaciones*, 6ª ed. Santiago: Thomson Reuters, 2014. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/2014/41687480/v1/document/2D2BE93B-5799-A63E-4A82-526551DE4E64/anchor/2D2BE93B-5799-A63E-4A82-526551DE4E64>.
2. ACKERMAN, Bruce “Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy”, *The Yale Law Journal*, Vol. 80, No. 6, May 1971, 1093-1197.
3. ADLER, Matthew. "Expressive Theories of Law: A Skeptical Overview." *University of Pennsylvania Law Review* 148 (2000): 1363-1502.
4. AGUAD DEIK, Alejandra; PIZARRO WILSON, Carlos “Obligaciones y Responsabilidad Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 7, diciembre (2006): 263-268.
5. AGUAYO, Pablo. “¿Distribución o reconocimiento? Un análisis a partir de John Rawls”, *Cuadernos de Filosofía*, vol. ii, No. 2 (2015): 11-28.
6. ALESSANDRI, Arturo et. al. *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo I. Santiago: DislexiaVirtual.
7. ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
8. ALESSANDRI, Arturo. *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*. Tomo II. Volumen I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
9. ALESSANDRI, Arturo. *De los Contratos*, México D.F.: Jurídica de las Américas, 2009.
10. ALESSANDRI, Arturo. *La Nulidad y la Recisión en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
11. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
12. LÓPEZ FRÍAS, Ana. *Los contratos conexos*, Barcelona, Editorial Bosch, 1994.
13. VALLENTYNE, Peter. "Brute Luck Equality and Desert", *Desert and Justice*, Serena Olsaretti ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.
14. ANDERSON, Elizabeth S. “What Is the Point of Equality?” *Ethics*, Vol. 109, No. 2 (January 1999): 287-337.

15. ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*. Julio Pallí Bonter trad. Madrid: Editorial Gredos, 1998.
16. ARNESON, Richard J. “Cracked Foundations of Liberal Equality”. *Dworkin and his critics. With replies by Dworkin*. Justine Burley ed. Blackwell Publishing Ltd. 2004.
17. ARNESON, Richard J. “Dworkin and Luck Egalitarianism: A Comparison”. *The Oxford Handbook of Distributive Justice*, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199645121.013.4, 2018.
18. ARNESON, Richard J. “Egalitarianism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2013.
19. ARNESON, Richard J. "Egalitarianism and Responsibility" *Journal of Ethics* 3 (1999): 225-247.
20. ATIYAH, Patrick, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
21. AXELROD, Robert. “*The evolution of cooperation*”, *Science New Series*, Vol. 211, No. 4489 (Mar. 27, 1981): 1390-1396.
22. BAGCHI, Aditi. “Distributive Justice and Contract”, *Philosophical Foundations of Contract Law*, Gregory Klass, George Letsas, and Prince Saprai eds. Oxford: Oxford University Press, 2014: 193–211.
23. BANFI, Cristián. “Daño entre competidores: una aproximación desde el derecho inglés” *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 8, 2007: 9-57 Universidad Diego Portales Santiago, Chile.
24. BANFI, Cristián. “Interferencia en contrato ajeno: Limitando la responsabilidad civil del competidor” *Cuadernos de Análisis Jurídico Colección Derecho Privado VII incumplimiento contractual nuevas perspectivas* Iñigo de la Maza Gazmuri Coordinador, Ediciones Universidad Diego Portales República 105, Santiago de Chile.
25. BANFI, Cristián. “La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual en Chile.” *Revista Chilena de Derecho* 27 (2000): 313-323
26. BANFI, Cristián. *Responsabilidad civil por competencia desleal. Estudio del derecho chileno y comparado*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.
27. BARCIA, Rodrigo. “La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del Derecho de los contratos [primera parte].” *Ius et Praxis* 12, no. 2 (2006).
28. BARCIA, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*, Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

29. BARNETT, Randy E. "A Consent Theory of Contract". *Columbia Law Review*, Mar., 1986, Vol. 86, No. 2 (Mar., 1986): 269-321.
30. BARNETT, Randy E. "Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud", 15 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 783, 797– 98 (1992).
31. BARNETT, Randy E. *Contract is Not Promise; Contract is Consent*, 45 *Suffolk U. L. Rev.* 647 (2012).
32. BARNETT, Randy E. *The Oxford Introductions to U.S. Law: Contracts*, OUP, 2010, [Edición de Kindle].
33. BARROS, Enrique "La diferencia entre 'estar obligado' y 'ser responsable' en el derecho de los contratos", *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago: LexisNexis, 2006, 721-752.
34. BARROS, Enrique. "Conceptualismo y Vulgarismo en el Derecho Civil Patrimonial". *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
35. BARROS, Enrique. "Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos", *Estudios de Derecho Civil XII*, eds. Corral, H. y Manterola, P., Santiago: Thomson Reuters, 2017.
36. BARROS, Enrique. "La doctrina de la fuerza en el marco de la revisión contemporánea de la doctrina voluntarista del contrato", *Estudios de Derecho Civil XI*, coord. Barría, M. Santiago, Thomson Reuters, 2016.
37. BARROS, Enrique. "Lo público y lo privado en el derecho." *Estudios Públicos* 81 (2001): 6.
38. BARROS, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
39. BEALE, H. G. "Unconscionable Bargains and Inequality of Bargaining Power", *Chitty on Contracts*. 2008.
40. BEARDSLEY, E. L. "Privacy: Autonomy and Selective Disclosure", *Nomos XIII: Privacy*, ed. J. R. Pennock and J. W. Chapman, 1971.
41. BENSON Peter, "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", 33 *Osgoode Hall L.J.* 273 (1995).
42. BENSON, "Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory", *Cardozo Law Review*, 1179.

43. BENSON, Peter. 2010. "Misfeasance as an Organizing Normative Idea in Private Law" *U. Toronto L.J.* 731 (2010).
44. BENSON, Peter. 2019. *Justice in Transactions. A Theory of Contract Law*. The Belknap Press of Harvard University Press.
45. BERLIN, Isaiah. "Two Concepts of Liberty", *Liberty*. ed. Henry Hardy Oxford: OUP, 1969: 166-217.
46. BRANTT, María Graciela. "La exigencia de exterioridad en el caso fortuito: su construcción a partir de la distribución de los riesgos del contrato", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2009, No. 33, pp. 39-102.
47. BUCKLEY, F.H. *Just Exchange. A theory of contract*. Routledge, 2005.
48. BURROWS, Andrew. *A Restatement of the English Contract Law*. Oxford: OUP, 2016.
49. CAPPELEN, Alexander W. y TUNGODDEN, Bertil. "Distributive interdependences in liberal egalitarianism", *Social Choice and Welfare*, January 2011, Vol. 36, No. 1 (January 2011): 35-47.
50. CARTWRIGHT, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*. Portland: Hart Publishing, 2007.
51. CARTWRIGHT, John. "Remoteness of Damage in Contract and Tort: A Reconsideration". *The Cambridge Law Journal* 55 (3), 1996, 490.
52. CEA, José. "La Constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho Público*, vol. 1996 (Nº 59): 11-22.
53. COHEN, G. A. "Luck and Equality", *Philosophy and Phenomenological Research* 72: 439-46.
54. COHEN, G. A. "On the Currency of Egalitarian Justice" *Ethics*, Vol. 99, No. 4, (Jul., 1989), pp. 906-944.
55. COHEN, G.A. "Expensive Taste Rides Again". *Dworkin and his critics*. with replies by Dworkin. Edited by Justine Burley. Blackwell Publishing Ltd. 2004.
56. COHEN, G.A. "On the Currency of Egalitarian Justice". *Ethics*, Vol. 99, No. 4, (Jul., 1989), pp. 906-944.
57. COLEMAN, Jules L. "Efficiency, Utility, and Wealth Maximization," *Hofstra Law Review* 8, no. 3 (Spring 1980): 509-552.
58. COLEMAN, Jules y Ripstein, Arthur. "Mischief and Misfortune." *McGill Law Journal* 41 (1995): 91-130.

59. COLEMAN, Jules, *Risks and Wrongs*. Nueva York: Cambridge University Press, 1992.
60. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Addison-Wesley. 6° ed.
61. CORRAL Talciani, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*. Santiago: Legal Publishing Chile, 2010, 151.
62. CRASWELL, Richard y SCHWARTZ, Alan, *Foundations of Contract Law*. Nueva York Oxford: Oxford University Press, 1994.
63. CRASWELL, Richard. "Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising", *Michigan Law Review*, 88 (1989), 395.
64. DAGAN, Hanoch, "Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory", *Law and Contemporary Problems*, 2013, Vol. 76, No. 2, The Public Dimension of Contract: Contractual Pluralism Beyond Privity (2013), pp. 19-38.
65. DE LA MAZA, Íñigo, "Contratos Especiales", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, pp. 355-361 [diciembre 2013].
66. DE LA MAZA, Íñigo. "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado* 1, 2003: 109-148.
67. DE LA MAZA, Íñigo. "La distribución del riesgo y la buena fe: A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII*, (2011): 115-135.
68. DE LA MAZA, Íñigo. "Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV*, (2010): 75 – 99.
69. DE LA MAZA, Lorenzo, "La teoría de la imprevisión (I)." *Doctrinas esenciales. Derecho Civil Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
70. DEL VECCHIO, Giorgio, *Justice. An Historical and Philosophical Essay*. Ed. Campbell, A.H. Nueva York: Philosophical Library, 1982.
71. DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
72. DOMÍNGUEZ, Carmen. "La reparación del daño moral derivado de contrato en el derecho civil chileno: realidad y límites". *Cuadernos de Análisis Jurídico Colección de Derecho Privado*, No. 3, Julio 2006: 227-244.
73. DOMÍNGUEZ, Ramón. "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno" *Revista de derecho y jurisprudencia XCIII*, vol. 3 (1996): 107-137.

74. DUCCI, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
75. DWORKIN, Ronald, "Sovereign Virtue Revisited", *Ethics*, Vol. 113, No. 1, *Symposium on Ronald Dworkin's Sovereign Virtue* (October 2002), pp. 106-143.
76. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Londres: Harvard University Press, 2020.
77. DWORKIN, Ronald. "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare". *Philosophy & Public Affairs*, no. 3, 1981.
78. DWORKIN, Ronald. "What is Equality? Part 2: Equality of Resources". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, No. 4. (Autumn, 1981), pp. 283-345.
79. EHRENBERG, Kenneth M. "Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1 (Spring, 2009), pp. 91-113.
80. EHRENBERG, Kenneth M. "Functions_in_Jurisprudential_Methodology". *Philosophy Compass* 8 (5), 2013.
81. EISENBERG, Melvin A., *Foundational Principles of Contract Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2018.
82. ENGLARD, Izhak, *Corrective and distributive justice. From Aristotle to modern times*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
83. EYAL, Nir. "Egalitarian Justice and Innocent Choice." *Journal of Ethics and Social Philosophy* 2(1), 2007: 1-19.
84. FERNÁNDEZ, Carolina. *Un aporte jurídico al debate sobre instituciones y desarrollo. Aproximación desde problemáticas compartidas por los países de América Latina*, Tesis doctoral Universitat de Girona, 2018.
85. FIGUEROA, Gonzalo "El efecto relativo en los contratos conexos", en *Nuevas tendencias del Derecho*, Santiago, LexisNexis, julio 2004, pp. 67-81.
86. FIGUEROA, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*. Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
87. FLEURBAEY, Marc, "Equality of Resources Revisited", *Ethics*, Vol. 113, No. 1, *Symposium on Ronald Dworkin's Sovereign Virtue* (October 2002), pp. 82-105.
88. FRANKFURT, Harry G. *The Importance of What We Care About*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
89. FRIED, Charles, *Contract as promise. A theory of contractual obligation*. Oxford: OUP, 2015.

90. FUEYO, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
91. FULLER, Lon y PERDUE, William. "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* 52 1936-1937. 52-96.
92. FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Rev, ed. New Haven: Yale University Press, 1969.
93. G.A. COHEN, Where the Action Is: On the Site of Distributive Justice, 26 *PHIL. & PUB. AFF.* 3, 4 (1997).
94. GARDNER, John. *Thots and Other Wrongs*. Oxford: OUP, 2019.
95. GARGARELLA, Roberto. *Las Teorías de la Justicia después de Rawls*. Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999.
96. GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus, Ohio: Ohio State University Press, 1974.
97. GORDLEY, James, "Morality and Contract: The Question of Paternalism." *William & Mary Law Review* 48, no. 5 (2007).
98. GORDLEY, James. "Equality in Exchange", *California Law Review*, Dec., 1981, Vol. 69, No. 6 (Dec., 1981), pp. 1587-1656.
99. GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Unjust Enrichment*. Nueva York: Oxford University Press, 2006.
100. GREEN, Leslie. "The Functions of Law". *Cogito* 12 (2), 1998, pp. 117-124.
101. GUEST, A. G. "Exemption clauses". *Chitty on contracts*. Thomson Reuters, 2008, 981.
102. HART, H.L.A, *The Concept of Law*. Nueva York: Oxford University Press, 3rd. ed., 2012.
103. HEVIA, Martín "Kant y la Filosofía del Derecho Contractual: Las Terías basadas en la autonomía". En Spector, E. y Fabra Zamora J. eds. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.
104. HEVIA, Martín. "Justicia correctiva y derecho contractual". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 12, no. 1 (2010): 35-48.
105. HEVIA, Martín. *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Springer, 2013.
106. HOCKETT, Robert. "The Deep Grammar of Distribution: A Meta-Theory of Justice", 26. *Cardozo Law Review* 1179 (2005).

107. HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions*. Yale University Press, 1919.
108. HURLEY, Susan L. *Justice, Luck, and Knowledge*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.
109. JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio. "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001" *Cuadernos de Análisis Jurídico* No. I, January 2004.
110. JANA, Andrés. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". *Derecho Civil y Constitución*. Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
111. JIMÉNEZ, Felipe. "Contracts, Markets, and Justice: On Peter Benson's 'Justice in Transactions'". *University of Toronto Law* Vol. 71, No. 1. DOI: 10.3138/utlj-2020-0062.
112. JOHNSON, Conrad. "The Idea of Autonomy and the Foundations of Contractual Liability". *Law and Philosophy* 2, no. 3 (1983): 271-303.
113. KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Roberto Amayo trad. Madrid: Alianza Editorial, 2002.
114. KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*, Mary Gregor trad. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
115. KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", *The Journal of Legal Studies*, Jun., 1994, Vol. 23, No. 2 (Jun., 1994), pp. 667-681.
116. KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 1971.
117. KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Hampshire: Ashgate Publishing Limited, 2007.
118. KIMEL, Dori. *From promise to contract. Towards a liberal theory of contract*. Hart Publishing, 2003.
119. KLASS, Gregory. "Promise, Agreement, Contract" en *Research Handbook on Private Law Theories* Hanoch Dagan and Benjamin C. Zipursky eds., 2020: 39–57.
120. KORDANA, K. A. & BLANKFEIN-TABACHNICK, D. H., 2005: "Rawls and Contract Law", *Michigan State University College of Law*, 73(3): 598-632.
121. KORDANA, Kevin A. y TABACHNICK, David H. "Rawls and Contract Law" 73 *George Washington Law Review* 78, 598, 2004-2005.

122. KRAUS, Jody S. "Philosophy of Contract Law." *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Edited by Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro, 2004.
123. KRONMAN, Anthony. "Contract Law and Distributive Justice", *The Yale Law Journal*, 89, no. 3 (1980): 472-511.
124. KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford: OUP, 2° ed. 2002.
125. LARROUMET, Christian. *Responsabilidad civil contractual. Algunos temas modernos*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
126. LIAM MURPHY, "Institutions and the Demands of Justice", *Philosophy & Public Affairs* 27, 251 (1999).
127. LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. "Luck- Egalitarianism: Faults and Collective Choice", *Economics and Philosophy* 27 (2): 151-73.
128. LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. "Rethinking Inequality". *Philosophical Topics*, SPRING 2012, Vol. 40, No. 1, (spring 2012): 117-134.
129. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *Los Contratos Parte General*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.
130. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Las cadenas de contratos o contratos coligados", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX* (Valparaíso, Chile, 1998).
131. LÓPEZ, Patricia. "El principio de equilibrio contractual en el Código Civil Chileno y su particular importancia como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional", *Revista Chilena de Derecho Privado* 25, 2015: 115-181.
132. MARSHALL, Pablo. "El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la constitución", *Estudios Constitucionales Año 8, N° 1* (2010): 43 - 78.
133. MCKENDRICK, E. G. "Discharge by breach". *Chitty on contracts*. Thomson Reuters, 2008.
134. MCKENDRICK, E. G. "Performance". *Chitty on contracts*. Thomson Reuters, 2008, 1399-1451.
135. MELE, Alfred R. "Causation, Action, and Free Will", *The Oxford Handbook of Causation*, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199279739.003.0026, 2010.
136. MERTON, Robert K. *Teoría y Estructuras Sociales*. Mexico: FCE, 1992.

137. MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
138. Michael j. TREBILCOCK, Michael J. *The Limits of Freedom of Contract* 127– 30 (1993).
139. MORALES MORENO, Antonio Manuel “Claves de la modernización del derecho de contratos Claves de la modernización del derecho de contratos” , en *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento e Incumplimiento*, Legal Publishing <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2014/41690218/v1/document/1501035E-4A90-7729-6CB2-BA254FDDC97B/anchor/1501035E-4A90-7729-6CB2-BA254FDDC97B>.
140. NAGEL, Thomas. 1991. *Equality and Partiality*. Oxford: Oxford University Press.
141. NELKIN, Dana K. “Moral Luck”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2021. <https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/moral-luck/>.
142. NOZICK, Robert. “Newcomb's Problem and Two Principles of Choice”, *Paradoxes of Rationality and Cooperation: Prisoner's Dilemma and Newcomb's Problem*, 1986.
143. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. 1999. Blackwell.
144. OLSARETTI, Serena, “Introduction: The Idea of Distributive Justice”, *The Oxford Handbook of Distributive Justice*, S. Olsaretti ed., DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199645121.013.38, 2018.
145. OLSARETTI, Serena. 2009. "The Consequences of Choice." *Proceedings of the Aristotelian Society*, 109: 165-88.
146. PAPAYANNIS, Diego M. "El derecho privado como instrumento de la política pública." *Ars Interpretandi: journal of legal hermeneutics* 2021: 57-72.
147. PAPAYANNIS, Diego M. “¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza”, C. Fernández Blanco, E. A. Pereira Fredes (eds.), *Derecho y pobreza*. Marcial Pons, 2021.
148. PAPAYANNIS, Diego M. *Comprensión y Justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
149. PAPAYANNIS, Diego M., *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
150. PEÑAILILLO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
151. PETERSON, Martin, 2009, *An introduction to decision theory*, Cambridge: Cambridge University Press.

152. PINO, Alberto. “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”. *Revista Chilena de Derecho Privado* 21 (2013), 146
153. PIZARRO, Antonio, “Leyes de Burgos: 500 años”, *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, vol. 14, núm. 1, febrero-agosto, 2013, pp. 31-78.
154. PORTALIS, Jean Etienne Marie. *Discurso preliminar al Código Civil francés. Editorial Civitas*, trad. I. Cremades y L. Gutiérrez- Masson, 1997.
155. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer, 1986.
156. PREVOT, Juan Manuel. El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil.” *Revista Chilena de Derecho Privado* 15 (2010), 149
157. RAWLS, "Social Unity and Primary Goods", *John Rawls: Collected Papers*, ed. Samuel Freeman (Cambridge: Harvard University Press, 1999): 359-97.
158. RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded Edition. Columbia University Press, 2005.
159. RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
160. RAWLS, John, *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
161. RAWLS, John. “Social unity and primary goods”, Amartya Kumar Sen & Bernard Arthur Owen Williams (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, 1982.
162. RAWLS, John. “The Basic Structure as Subject”, *American Philosophical Quarterly*, Vol. 14, No. 2 (Apr., 1977), pp. 159-165.
163. RAWLS, John. “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, Vol. 64, No. 1 (Jan., 1955), pp. 3-32.
164. RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press, 1996.
165. RAZ, Joseph. “Is There a Reason to Keep a Promise?”, *Philosophical Foundations of Contract Law*, edited by Gregory Klass, George Letsas, and Prince Saprai, 58–77. Oxford: Oxford University Press, 2014.
166. RAZ, Joseph. “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review* 95, 1982: 916-938.
167. RAZ, Joseph. *The morality of Freedom*. OUP, 1986.
168. RÍOS, Lautaro. "El recurso de protección y sus innovaciones procesales". *Doctrinas esenciales*, Santiago Editorial Juridica de Chile, Raúl Tavolari ed., 2010: 905-929.

169. RIPSTEIN, Arthur. *Force and Freedom Kant's Legal and Political Philosophy*. Harvard University Press, 2009.
170. RODRÍGUEZ, Pablo. "La teoría de la imprevisión o una sobredimensión de la doctrina." *Gaceta Jurídica* 272 (2003).
171. RODRÍGUEZ, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.
172. ROEMER, John E. "A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner", *Philosophy & Public Affairs* 22 (1993): 146-66.
173. ROEMER, John E. *Theories of Distributive Justice*-Harvard University Press, 1998.
174. RUIZ-TAGLE, Pablo. "La prioridad del derecho sobre el concepto moral del bien en la teoría moral de John Rawls" *Estudios Públicos* N° 35 Invierno 1989: 147-167.
175. SÁNCHEZ, José. "Los déficits justificativos del modelo de distribución de las aguas: Entre el derecho común y una teoría de la justicia". *Derecho Civil y Constitución*. Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
176. SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. Nueva York: Cambridge University Press, 1998.
177. SCANLON, T. M. "The Significance of Choice", *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. 8, ed. Sterling McMurrin (Salt Lake City: University of Utah Press, 1988).
178. SCANLON, Thomas. "Nozick on rights, liberty and property", *Philosophy and Public Affairs* 6 (1), 1976: 3-25.
179. SCHEFFLER, Samuel. "Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, No. 2 (Summer 2015): 213-235.
180. SCHEFFLER, Samuel. "What Is Egalitarianism?" *Philosophy & Public Affairs*, Winter, 2003, Vol. 31, No. 1 (Winter, 2003): 5- 39.
181. SCHEFFLER, Samuel. 2005. "Choice, Circumstance, and the Value of Equality." *Politics, Philosophy, and Economics* 4(4): 5-28.
182. SCHWARTZ, Alan, y SCOTT Robert E., "Contract Theory and the Limits of Contract Law", 113 *Yale L. J.* 541, 2003.
183. SEARLE, John. *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Nueva York, Cambridge University Press, 2011.
184. SEARLE, John. *The construction of social reality*. Nueva York: The Free Press, 1995.

185. SHAPIRO, Scott. "What is the Internal Point of View?", *Fordham L. Rev.* 75 (2006): 1157.
186. SHIFFRIN, Seana Valentine "Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation", *Philosophy & Public Affairs* 29, No. 3 (Summer, 2000): 205-250.
187. SMITH, Stephen, *Contract Theory*. Nueva York: Oxford University Press. 2004.
188. STATMAN, Daniel. *Moral Luck*. Nueva York: State University of New York Press, 1993.
189. STAVROPOULOS, Nicos. "Legal Interpretivism" *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/>, 2014.
190. STITCHKIN, David. *El Mandato Civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
191. STRUDLER, A., "Moral Complexity in the Law of Nondisclosure", *University of California Law Review* 45 (1997): 337-384.
192. TAPIA, Mauricio, *El Código Civil. Evolución y perspectivas*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.
193. TAPIA, Mauricio. "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales" *Revista de Derecho* Vol. XV - Diciembre 2003 Páginas 75-111.
194. TEMKIN, Larry. 2003. "Exploring the Roots of Egalitarian Concerns." *Theoria* 69: 125-51.
195. THOMSON, Judis Jarvis. "Morality and Bad Luck", *Moral Luck*, Statman ed. Nueva York: State University of New York Press, 1993.
196. TREBILCOCK, Michael. *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.
197. TUCKER, A. W. "The Mathematics of Tucker: A Sampler", *The Two-Year College Mathematics Journal*, Vol. 14, No. 3, 228 (Jun., 1983): 228-232
198. ULEN, Thomas S.. "0710 Rational Choice Theory in Law and Economics." (2000).
199. VALLENTYNE, Peter. "Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities," *Ethics* 112 (2002): 529-57;
200. VALLENTYNE, Peter. "Brute Luck, Option Luck, and Equality of Initial Opportunities." *Ethics* 112, no. 3, (2002), 531.
201. VAN PARIJS Phillippe. *Real Freedom for All What (if anything) can justify capitalism?*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

202. VAN PĀRIJS, Philippe “Equality of Resources Versus Undominated Diversity”. *Dworkin and his critics. with replies by Dworkin*. Justine Burley ed. Blackwell Publishing Ltd. 2004.
203. VAN PĀRIJS, Philippe. "Why Surfers Should Be Fed: The Liberal Case for an Unconditional Basic Income." *Philosophy & Public Affairs* 20 (1991):101.
204. VERGARA, Alejandro. “La propietarización de los derechos” *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV* (1991-1992).
205. VIAL, Víctor. *Teoría del Acto Jurídico*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
206. VIDAL, Álvaro “Una relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento”, en *Estudios de Derecho de Contratos. Formación, Cumplimiento e Incumplimiento*, Legal Publishing <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2014/41690218/v1/document/1501035E-4A90-7729-6CB2-BA254FDDC97B/anchor/1501035E-4A90-7729-6CB2-BA254FDDC97B>.
207. VIDAL, Álvaro. “El efecto absoluto de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 6, 2006, pp. 51-85.
208. VIDAL, Álvaro. “El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, pp. 243-302 [julio 2011].
209. WEDDERBURN, K. W. “Collateral Contracts”. *The Cambridge Law Journal* Vol. 17, No. 1 (Apr., 1959): 58-85.
210. WEDGEWOOD, Ralph. “Choosing Rationally and Choosing Correctly”, *Weakness of Will and Practical Irrationality*. Stroud et.al. eds. Oxford University Press, 2003.
211. WEINRIB, Ernest J. “Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice”. *Theoretical Inquiries in Law* 2.1 (2001).
212. WEINRIB, Ernest J. *Corrective Justice*. OUP, 2012.
213. WHITTAKER, S. J. (a) “Ch. 1. Introductory”. *Chitty on contracts*. Thomson Reuters, 2008, 3-140.
214. WHITTAKER, S. J. (b) “Ch. 15. Unfair Terms in Consumer Contracts”. *Chitty on contracts*. Thomson Reuters, 2008, 993-1085.1
215. WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge University Press, 2002.
216. ZIMMERMAN, Michael J. “Luck and Moral Responsibility”, *Ethics*, Vol. 97, No. 2 (Jan., 1987): 374-386.

217. ZIMMERMAN, Michael J. *Living with Uncertainty. The Moral Significance of Ignorance*. Cambridge University Press, 2008.

