

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN: SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO, Diego M. Papayannis y Esteban Pereira Fredes.....	15
1. Filosofía y derecho privado.....	15
2. Orígenes y desarrollo de la filosofía del derecho privado.....	17
3. El contenido de este volumen	25
Bibliografía	35

PARTE I

FILOSOFÍA DEL DERECHO DE PROPIEDAD

KANT: DE LA PROPIEDAD AL CONTRATO SOCIAL, Carlos Peña González.....	45
Bibliografía	57
¿Y SI ELIMINAMOS LA PROPIEDAD?, Alfredo Bullard G.....	59
1. ¿Es el origen del derecho de propiedad natural o es una creación utilitaria?	59
2. Del «mono territorial» al «mono propietario»	63
3. Pasando al «mono utilitarista»	66
4. La clave de la propiedad: el poder de excluir	70
5. ¿Qué ocurriría si aboliéramos la propiedad?	72
Bibliografía	74

	<u>Pág.</u>
PROPIEDAD, JUSTICIA Y MERCADO. LA APOTEOSIS DEL DERECHO PRIVADO EN LA FILOSOFÍA DE ROBERT NOZICK, Felipe Schwember Augier.....	77
1. Introducción	77
2. Derecho, política y libertad (<i>lex permissiva</i>)	80
3. La teoría del título válido (<i>entitlement theory</i>).....	83
3.1. Propiedad, comunidad y adquisición originaria.....	85
3.1.1. La controversia de la «comunidad originaria»	86
3.1.2. El modo de adquisición y la estipulación de LOCKE.....	87
3.2. La justicia conmutativa y los intercambios.....	91
3.2.1. Los intercambios y la estipulación de LOCKE.....	92
3.2.2. Intercambio productivo, equivalencia de las prestaciones y justo precio	95
4. Conclusiones: la voluntariedad y las fisuras en la apoteosis del derecho privado.....	98
Bibliografía	102

PARTE II

FILOSOFÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS

LOS LÍMITES DEL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO CONTRACTUAL, Martín Hevia.....	107
1. Introducción	107
2. Autonomía, consentimiento y contratos.....	109
3. Contratos incompletos e interpretación contractual.....	112
4. Autonomía, racionalidad y contratos de consumo	114
5. El futuro de la teoría del derecho contractual	117
Bibliografía	117
VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD EN CONTEXTOS DESFAVORABLES, Mauricio Rengifo Gardeazábal	119
1. Introducción	119
2. La libertad contractual como problema de la filosofía del derecho privado.....	120
3. Una defensa de la doctrina del consentimiento vicioso	126
4. Los problemas de la teoría clásica del consentimiento vicioso.....	130
5. Hacia una teoría comprensiva del consentimiento vicioso	134
Bibliografía	137

	Pág.
ALTRUISMO Y DERECHO CONTRACTUAL, Esteban Pereira Fredes	139
1. Introducción	139
2. Altruismo e interés por el otro.....	140
3. Individualismo y altruismo en el derecho contractual	143
4. Dos expresiones y dos objeciones.....	149
4.1. Dos expresiones del altruismo moderado	150
4.2. Dos posibles objeciones.....	156
5. Del derecho contractual al derecho privado	161
6. Conclusiones	164
Bibliografía	165
PROMETO QUE CUMPLIRÉ... (SALVO QUE NO ME CONVenga HACERLO). UN ANÁLISIS DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL DERECHO CONTRACTUAL, Diego M. Papayannis.....	169
1. Introducción	169
2. El contrato racional y las condiciones del incumplimiento eficiente.....	173
3. Breve análisis de la responsabilidad contractual.....	177
3.1. La indemnización del interés contractual positivo.....	178
3.2. Algunas consideraciones sobre el cumplimiento específico	180
3.3. Remedios y distribución de excedentes	183
4. Remedios, minimización de pérdidas y maximización de ganancias.....	186
4.1. Razones económicas para distinguir las situaciones.....	187
4.2. Razones normativas para distinguir las situaciones	189
5. Conclusión.....	193
Bibliografía	194

PARTE III

FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL TRABAJO

ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DEL DERECHO LABORAL, Horacio Spector.....	199
1. Introducción	199
2. El argumento de la libertad positiva.....	200
3. El argumento del paternalismo.....	201
4. El argumento de la coerción.....	203
5. El argumento de la explotación	205
6. El argumento de la desigualdad de poder negociador.....	208

	Pág.
7. El argumento de la igualdad de respeto	210
8. El argumento de la mercantilización del trabajo.....	212
9. Conclusión.....	213
Bibliografía	213
PATERNALISMO EN EL DERECHO DEL TRABAJO. MÁS ALLÁ DEL DERECHO INDIVIDUAL, Ernesto Riffo Elgueta	215
1. Introducción	215
2. ¿Qué tiene de malo el paternalismo?	218
3. Deferencia hacia las preferencias actuales.....	221
4. Paternalismo milleano.....	222
4.1. Información y modificación de preferencias.....	222
4.2. Hacer efectivas las preferencias.....	225
5. Promoción de la sindicalización.....	227
Bibliografía	228
PARTE IV	
FILOSOFÍA DEL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES	
ASPECTOS FILOSÓFICOS DEL MATRIMONIO. UNA INTRODUC- CIÓN, Ezequiel Spector.....	233
1. Introducción: el matrimonio como concepto normativo	233
2. Dos visiones filosóficas sobre el matrimonio.....	235
2.1. Introducción	235
2.2. La visión contractualista	235
2.3. La visión institucionalista	240
2.3.1. El matrimonio como unión procreadora.....	240
2.3.2. El matrimonio como una unión amorosa.....	244
2.3.3. El matrimonio como institución protectora de la mujer.	245
3. Conclusión.....	251
Bibliografía	252
MUERTE Y PROPIEDAD. ANÁLISIS DE DISTINTAS SOLUCIONES A LA LUZ DE LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA, Karina S. Tchrian	255
1. Introducción	255
2. Posibles soluciones.....	256
3. La respuesta de la teoría libertaria	257
4. Las respuestas de las dos formulaciones de la teoría igualitaria.....	259

	Pág.
4.1. Teoría de RAWLS.....	259
4.2. ¿Cuáles de las soluciones enumeradas son aceptables para RAWLS?.....	260
4.3. Teoría de DWORKIN	264
4.4. ¿Cuáles de las soluciones enumeradas son aceptables para DWORKIN?.....	265
5. Conclusión.....	268
Bibliografía	268

PARTE V

FILOSOFÍA DEL DERECHO DE DAÑOS

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Juan Antonio García Amado.....	271
1. El problema: la caracterización del daño como presupuesto de la responsabilidad civil	271
2. ¿Qué es un daño?	272
2.1. Teorías comparativas contra teorías no comparativas. Perfiles generales.....	272
2.2. Teorías no comparativas. Ejemplos, ventajas y problemas.....	274
2.3. Teorías comparativas. Ejemplos, ventajas y problemas.....	279
2.3.1. Casos problemáticos para la teoría de comparación histórica	280
2.3.2. Casos problemáticos para la teoría de comparación contrafáctica.....	281
3. El daño como eje del derecho de daños	282
3.1. Principio de consideración atomística del daño.....	283
3.2. Principio de individuación subjetiva y material del daño	283
3.2.1. Individuación del daño por razón del sujeto activo causante con su acción	284
3.2.2. Individuación del daño por razón del sujeto pasivo	284
3.2.3. Individuación del daño por razón de la materia del mismo	288
3.3. Principio de unificación finalística del daño, desde el punto de vista del autor responsable.....	289
3.4. Principio de tipicidad social del daño	291
3.5. Principio de que el daño justificado no deja de ser daño	292
3.6. Principio de acotación temporal.....	292
4. Acciones, omisiones y tipos de efectos dañosos	293
Bibliografía	295

	Pág.
ESTRUCTURA, FUNCIÓN Y LAS NATURALEZAS DEL DERECHO DE DAÑOS, Dan Priel.....	297
1. Introducción	297
2. El argumento y su falacia.....	299
3. Explicaciones funcionales del derecho de daños	301
4. Derecho de daños: ¿estructura o función?	304
4.1. ¿Cómo podemos saberlo?	304
4.2. La perspectiva del abogado.....	307
4.3. La perspectiva del reformador jurídico.....	311
4.4. La perspectiva pública.....	315
5. El derecho de daños en serio: la interacción entre estructura y función como una explicación del cambio doctrinario	317
6. Palabras finales.....	322
Bibliografía	323
EL VALOR DE NO DAÑAR: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL A LA PREVENCIÓN, Alexander Vargas Tinoco	327
1. Análisis Económico del Derecho (AED)	328
2. Teorías de la justicia correctiva	330
2.1. Pérdidas fácticas.....	330
2.2. Injustos normativos	331
2.3. Justicia correctiva como justicia interactiva.....	334
3. <i>Alterum non laedere</i>	336
4. La autonomía y el desvalor de su interrupción	339
4.1. Daño	341
4.2. Riesgo	342
5. La asimetría entre indemnidad y reparación. La presencia de razones para no dañar.....	344
6. El papel compatibilizador y distributivo del derecho de daños.....	350
6.1. Regulación de riesgos y ámbitos no regulados	351
6.2. Acciones judiciales preventivas: entre la justicia interpersonal y la justicia distributiva	353
Bibliografía	355
RESTAURAR PARA CORREGIR. LA DIMENSIÓN RESTAURATIVA DE LA JUSTICIA CORRECTIVA EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, Alberto Pino Emhart.....	359
1. La objeción de la diversidad de remedios	361
2. Lo restaurativo de la justicia correctiva.....	364

	Pág.
3. ¿Cuál es la siguiente mejor opción?.....	367
4. Una aplicación práctica: la indemnización del daño moral	370
5. Conclusiones	373
Bibliografía	373
DERECHO PRIVADO Y EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA POR ELEC- CIÓN, Andrew S. Gold.....	377
1. Introducción	377
2. Una comparación entre la justicia correctiva y la justicia rectifi- cativa	379
2.1. Justicia correctiva.....	380
2.2. Justicia rectificativa.....	382
3. La elección de no buscar rectificación	384
3.1. Consistencia con los criterios para las normas de justicia	384
3.2. La posibilidad de una justicia deseada pero abandonada.....	387
4. Cuando la elección de buscar rectificación es incorrecta.....	390
5. Conclusión.....	395
Bibliografía	396

PARTE VI

FILOSOFÍA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PRIVADO

PROLEGÓMENOS PARA UNA TEORÍA SOBRE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA. EL <i>TEST CASE</i> DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA ERRÓNEA, Jordi Ferrer Beltrán.....	401
1. Introducción	401
2. ¿Cómo se puede formular un estándar de prueba?.....	403
2.1. Requisitos metodológicos para formular un estándar de prueba	405
2.2. La fundamentación del nivel de exigencia probatoria de los es- tándares de prueba.....	406
2.3. Algunos ejemplos de estándares de prueba.....	416
3. Estándares de prueba y tipos de errores judiciales sobre la prueba.....	419
4. Presunción de inocencia y prisión preventiva: la responsabilidad del Estado por prisión preventiva «indebida»	420
4.1. La doctrina original del Tribunal Supremo	421
4.2. La jurisprudencia del TEDH	424
Bibliografía	428

	<u>Pág.</u>
<i>LEX ARTIS</i> MÉDICA. ACERCA DEL CONOCIMIENTO EXPERTO PARA DETERMINAR EL ESTÁNDAR DE CONDUCTA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA, Carmen Vázquez Rojas	431
1. Introducción	431
2. El <i>artis</i> : la conducta médica o los medios del médico.....	434
3. La <i>lex</i> : la generalidad o el patrón.....	440
4. Una comunidad médica que establece qué se hace en un tipo de casos	444
5. <i>Lex artis ad hoc</i> : la <i>lex</i> sin <i>artis</i> , el <i>artis</i> sin <i>ad hoc</i> y el <i>ad hoc</i> sin <i>lex</i> .	449
6. A manera de conclusión.....	452
Bibliografía	453

INTRODUCCIÓN: SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

Diego M. PAPAYANNIS*
Esteban PEREIRA FREDES**

1. FILOSOFÍA Y DERECHO PRIVADO

El volumen que el lector tiene en sus manos es un ejercicio de filosofía del derecho privado, entendida de un modo amplio, tanto en lo que hace a la *filosofía* como al *derecho privado*¹. Ello se aprecia en la diversidad de enfoques adoptados por los distintos autores y en los temas abordados. Los argumentos que aquí se presentan traen al discurso del derecho privado los aportes y progresos de áreas tales como la filosofía política, filosofía moral, teoría analítica del derecho, epistemología jurídica o el análisis económico del derecho. De ahí que la pertenencia al derecho privado de algunos de estos ensayos, como los dedicados al derecho del trabajo o al razonamiento probatorio, puede ser cuestionada. Hemos preferido una actitud abierta, incluyente, dado el obvio

* Profesor Serra Hünter de filosofía del derecho e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Con apoyo del proyecto «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (España).

** Profesor de teoría del derecho y derecho privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad de Girona. Con apoyo del proyecto «Seguridad jurídica y razonamiento judicial» (DER2017-82661-P), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (España).

¹ Para un intento de definir la filosofía del derecho privado a partir de las nociones de *filosofía* y de *derecho privado*, véase la introducción de LUCY, 2007: 1-44.

interés que estos trabajos suscitan para la teoría del derecho privado, aunque ello implique una renuncia a perfilar los contornos de esta disciplina y, por consiguiente, a satisfacer cualquier pretensión de exhaustividad. No se trata, entonces, de definir la filosofía del derecho privado tanto como de ponerla en práctica.

El libro aparece en un contexto en que la filosofía del derecho privado en el mundo académico continental comienza a mostrar signos de madurez. Esta obra incluye dieciocho autores, de los cuales solo dos provienen de la tradición anglosajona, y el resto de países europeos y latinoamericanos. Diez años atrás, hubiese sido bastante más difícil identificar a quiénes convocar para esta empresa. Hoy, en cambio, podrían completarse varios tomos con las contribuciones de todos aquellos que se mueven con solvencia en este ámbito. Esto es, sin duda, motivo de celebración.

Pese a lo anterior, la filosofía del derecho privado no es una disciplina nueva. Probablemente exista desde el mismo momento en que existe el derecho privado. Ello no se debe a que la filosofía, como disciplina, tenga un carácter imperialista, y a que los filósofos tiendan a proyectar sobre cualquier pregunta o discusión un *interés filosófico*; se debe antes bien a que el pensamiento humano afortunadamente es inquieto e inconformista: incluso quienes no son profesionales de la filosofía se formulan ocasionalmente una pregunta de más, una pregunta sobre la pregunta misma o su respuesta. Tomemos una pregunta básica de la responsabilidad civil como «¿por qué Olympia debe reparar el daño que causó a Cleo?». La pregunta admite varias respuestas en distintos niveles. Una respuesta del estilo «porque la dañó con culpa» solo es satisfactoria si deseamos averiguar qué norma rige las interacciones entre Olympia y Cleo, es decir, en qué condiciones procede la compensación. Pero la indagación podría continuar. Podría interesarnos saber qué significa que Olympia *causó* un daño a Cleo, o en qué consiste ser *dañado*, o qué significa que Olympia dañó a Cleo *con culpa*. También podría interesarnos saber por qué el hecho de haberla dañado con culpa es razón suficiente para que tenga el deber de repararla. Estas preguntas adicionales no versan sobre la norma que regula la interacción sino sobre su *composición conceptual*, las primeras, y acerca de su *justificación*, la última. Las preguntas justificatorias están en un plano discursivo nítidamente diferente y pueden ser concebidas, sin mayores inconvenientes, como *filosóficas*. Las preguntas conceptuales, en cambio, están a medio camino, con lo cual evidencian que la distinción entre el análisis propiamente filosófico y el análisis teórico o dogmático (despojando a este término de la connotación peyorativa que a veces conlleva) es de grados.

Ante un planteamiento similar, un catedrático una vez nos dijo: «No todo lo que sea pensar un poquito es filosofía». Ciertamente, tenía razón. La naturaleza filosófica de una pregunta no depende necesariamente de su dificultad, ya que hay problemas jurídicos muy complejos, ni mucho menos de quién la

formule o intente responderla. No obstante, mientras más compleja sea la pregunta, en general habrá más ocasión para introducir herramientas filosóficas que ayudarán a brindar una respuesta satisfactoria. Ahora bien, estas herramientas no son dominio exclusivo de los filósofos del derecho. El jurista competente cuenta con algunas nociones sobre teoría del lenguaje e interpretación, lógica o filosofía política. Y mientras más firme sea su conocimiento de estas herramientas auxiliares, que no constituyen el objeto propio de su investigación, más refinado será como jurista. En este sentido, la filosofía del derecho privado no es practicada solo por filósofos; cualquiera que trabaje sobre las preguntas filosóficas con seriedad —ya se trate de civilistas, laboristas, filósofos, psicólogos, sociólogos o economistas—, hace un ejercicio de filosofía del derecho privado.

Así las cosas, en nuestra concepción, la dogmática del derecho privado y su filosofía se ocupan del mismo objeto de estudio, con distinto énfasis en las preguntas que a ambos interesan. Por ello, determinar si un ensayo que se ha detenido demasiadas páginas en disquisiciones conceptuales o en preguntas justificatorias sigue siendo *de derecho privado* o bien ha pasado a constituir un trabajo de carácter *filosófico* resulta una tarea inútil. Un buen estudio que se encuentre en ese terreno intermedio tendrá normalmente valor para juristas y filósofos por igual. Así y todo, aunque hemos renunciado en esta instancia a definir el objeto de la filosofía, puede decirse que en general los estudios que muestran un interés primordial por el análisis lingüístico y conceptual o por las preguntas de justificación, antes que por la identificación y sistematización del derecho vigente, son ciertamente parte de la filosofía del derecho privado².

2. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO

En cuanto a la historia de la filosofía del derecho privado, el punto de referencia más prominente, y por ello ineludible, es el libro V de la *Ética a Nicómaco*, en el cual ARISTÓTELES distingue entre justicia distributiva y justicia correctiva, identificando así dos modos de ordenación social que, a grandes rasgos, pueden reconocerse como el derecho público y el derecho privado, respectivamente³. Como explica ENGLARD, durante siglos, estas ideas permanecieron latentes hasta que en la Edad Media los escolásticos encontraron allí una poderosa fuente de inspiración intelectual, siendo Tomás DE AQUINO quien realizó el análisis más influyente en su célebre *Suma Teológica*⁴. Los

² Sobre las preguntas propiamente filosóficas, véase HOSPERS, 1997: 4-5.

³ Véase ARISTÓTELES, 1985: 244-248.

⁴ ENGLARD, 2009: ix; 11-15. La influencia del pensamiento tomista en la reflexión acerca del derecho de contratos, por ejemplo, está puesta de manifiesto en MERCADO, 1571: en especial, 109-119.

autores posteriores, durante el Renacimiento, adoptaron una actitud crítica al pensamiento escolástico y regresaron a las fuentes aristotélicas originales. Sin embargo, más tarde, el racionalismo iluminista se apartó de la concepción aristotélica de la naturaleza humana y, con ello, rechazó buena parte de sus ideas, incluida su clasificación entre las distintas formas de justicia⁵. Por ello, el impacto de estas categorías en la teoría del derecho privado que inspira el movimiento codificador fue escaso. El pensamiento jurídico continental estaba siendo estructurado por autores como KANT y ROUSSEAU, desde la filosofía, o IHERING y SAVIGNY, desde la teoría jurídica⁶. Bastante más tarde, ya en el siglo XX, por obra de algunos tratadistas que retoman posiciones iusnaturalistas, nuevamente de la mano de Tomás DE AQUINO, pueden encontrarse algunas referencias ocasionales, si acaso, al concepto de justicia conmutativa, aunque de ellas no resulte ningún provecho teórico significativo⁷.

Modernamente, la filosofía del derecho privado no nace, como a veces se cree, en la academia angloamericana de inicios de la segunda mitad del siglo pasado. A finales del siglo XIX, aparece el primer libro del que tenemos registro titulado *Filosofía del diritto privato*, publicado por Pietro COGLIOLO en 1888⁸. Algunos años antes, en 1885, había publicado *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto Privato*, en el cual anticipa sus posturas metodológicas, fuertemente positivistas, resaltando la importancia de la historia y la sociología para el estudio de las instituciones jurídicas. Ambos textos, pero en especial su *Filosofía*, son valiosos en muchos aspectos. En primer lugar, expresan una concepción de la relación entre el estudio científico del derecho, lo que ahora podríamos llamar dogmática, y la filosofía del derecho. Para COGLIOLO, la diferencia entre la teoría (o dogmática) del derecho privado y su filosofía no está «en la materia, que es común a ambas, sino en el modo y, mejor dicho, en el grado en que se estudia»⁹. En segundo lugar, afirma que la filosofía del derecho debe examinar *todos los institutos jurídicos tal como son* para poder descubrir la mayor cantidad de relaciones que sean posibles entre ellos, sin caer en preconceptos o en los prejuicios de una determinada escuela de pensamiento. La filosofía debía alcanzar el máximo grado de generalidad y la mayor refinación conceptual, observando siempre las estrictas reglas de la

⁵ Véase ENGLAND, 2009: 123 (con cita a GORDLEY, 1991).

⁶ En relación con el pensamiento jurídico kantiano sobre el derecho privado, véase KANT, 1797: 55-138 [245§1-308§42]; respecto de ROUSSEAU son de especial interés para el ámbito privado sus consideraciones acerca de la autonomía y el ideal regulativo del autogobierno que están disponibles, principalmente, en ROUSSEAU, 1762: 3-23. Cabe tener presente, en el caso de SAVIGNY, su *System des heutigen Römischen Rechts*, originalmente publicado en 1840, y respecto de IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1852). Resultan indispensables, además, los influyentes trabajos que ambos desarrollaron sobre la teoría de la posesión. Al respecto, véase SAVIGNY, 1803; IHERING, 1926.

⁷ Véase LLAMBIAS, 2005: § 230, nota 690.

⁸ En esta introducción hemos utilizado la segunda edición de 1891.

⁹ COGLIOLO, 1891: 7 (traducción propia).

lógica. COGLIOLO, como buen genovés, muestra con ello ser un positivista jurídico de avanzada, en tanto asume un compromiso con el empirismo y la estructuración lógica del discurso como métodos apropiados para la obtención de conocimiento que solo se consolidó varias décadas más tarde en la filosofía general y en la ciencia jurídica¹⁰. En tercer lugar, realza la importancia de la historia del derecho para el estudio filosófico del derecho privado, ya que la historia aporta «los hechos»¹¹. Pero la filosofía también es relevante para la historia, pues permite «completarla», lo cual debe leerse como que permite comprenderla mejor. Y, en cuarto lugar, seguramente por sus orígenes romanistas, no descuida ninguna de las áreas principales del derecho privado. La segunda parte de *Filosofía del diritto privato* incluye una descripción histórica y filosófica de la propiedad, las obligaciones, la familia y las sucesiones. Existe, así y todo, alguna ambigüedad en el tratamiento de estos temas, en tanto no es claro que se adecúe estrictamente al canon científico que pregona. Las reflexiones sobre el fundamento de obligatoriedad del contrato, por ejemplo, en términos de su importancia social (¿o, acaso, valor?) o la explicación (¿o, acaso, justificación?) de los límites de la autonomía de la voluntad son buena muestra de ello¹². Por cierto, es posible abordar estas preguntas de un modo neutral, como una descripción de la evolución conceptual del contrato en el discurso teórico del derecho privado a lo largo del tiempo. Sea como fuere, los aportes de COGLIOLO son esclarecedores y, mucho más, cuando se toma nota de cuán prematuros son en la historia del positivismo jurídico y la filosofía del derecho privado.

También son destacables los dos volúmenes que Gioele SOLARI escribió entre 1907 y 1918, y que finalmente fueron publicados por Giappichelli con el título *Filosofía del diritto privato. Individualismo e diritto privato* (1939) y *Filosofía del diritto privato. Storicismo e diritto privato* (1940), ambos traducidos al castellano por Depalma como *Filosofía del derecho privado I. La idea individual* (1946) y *Filosofía del derecho privado II. La idea social* (1950)¹³. El foco allí se centra en la comprensión de la tensión (y deseable transición) entre el derecho privado como expresión de lo individual al derecho privado como manifestación de lo social. Con gran detalle, se pasa revista a la manera

¹⁰ COGLIOLO (1885: 26-27) rechaza que las ciencias sociales deban tomar el método de las ciencias naturales, porque el único método que conduce a la verdad pertenece a todas las ciencias, no siendo un patrimonio exclusivo de estas últimas. En este sentido, afirma que el método general de investigación consiste en «examinar los hechos, agruparlos y clasificarlos; formular los elementos constantes en leyes y, por un proceso lógico, llegar a leyes siempre más generales; de estas deducir otras verdades y buscar sus pruebas en otros hechos y, en suma, acudir en la proporción debida a la inducción y a la deducción». Es destacable que el texto de COGLIOLO se adelanta más de cincuenta años a la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (1934) de Hans KELSEN, aun cuando obviamente la sofisticación filosófico-jurídica de KELSEN sea superior.

¹¹ COGLIOLO, 1891: 11-12.

¹² *Ibid.*: 227-234.

¹³ En relación con la tradición fenomenológica en filosofía y su temprana preocupación por el derecho privado, conviene tener presente a REINACH, 1913.

en que el discurso liberal ha justificado las instituciones del derecho privado y a las ideologías subyacentes al proceso codificador. Esta colosal obra, no obstante, pertenece más a la filosofía (y a la historia de las ideas) que al derecho privado. Ello por dos razones: primero, su lectura es por momentos demasiado exigente, por lo que queda reservada a aquellos juristas que ya han alcanzado algún grado sustancial de erudición filosófica; segundo, en buena medida, el contenido del tomo I se centra en los problemas característicos de la filosofía política del siglo XVIII, como la justificación de la autoridad jurídica mediante las doctrinas del contrato social y el reconocimiento de derechos individuales contra el avance del Estado, como la instauración de una propiedad privada robusta, junto con la libertad de disponer y transferir esa propiedad como uno mejor juzgue; a su turno, el tomo II aborda la reacción colectivista contra el individualismo consagrado por el movimiento codificador decimonónico¹⁴.

Paralelamente, el utilitarismo de BENTHAM desempeñó en Inglaterra un papel similar al que el racionalismo kantiano tuvo en el movimiento codificador continental¹⁵. Este componente utilitarista, aunque haya contado, y cuente actualmente, con férreos opositores, ha tenido una influencia notable en la academia angloamericana¹⁶. Su máxima explicitación se alcanza con el surgimiento del llamado nuevo análisis económico del derecho, a partir de la publicación de *The Problem of Social Cost*, de Ronald COASE, y *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido CALABRESI¹⁷. Se lo denomina «nuevo» análisis económico del derecho porque su primera expresión estaba asociada al estudio de la regulación de los mercados explícitos, a raíz de la aprobación de las leyes de defensa de la competencia en los Estados Unidos. El nuevo análisis económico, en cambio, extendió el marco teórico de la microeconomía al estudio del comportamiento de las personas fuera del mercado, siguiendo la tesis de BENTHAM según la cual los individuos maximizan su bienestar en todas las áreas de la vida ordinaria¹⁸. Decisiones como tomar precauciones para no dañar a otros, celebrar un contrato, contraer matrimonio, tener hijos (y cuántos), divorciarse, estudiar una carrera universitaria, contaminar (y en qué medida), etcétera, todas ellas, podían ser estudiadas aplicando una serie limitada de conceptos económicos básicos, como la relación inversa entre precio y cantidad, la elasticidad de la demanda, el análisis coste/beneficio, la ley de rendimientos marginales decrecientes, la aversión al riesgo, la toma de decisiones bajo incertidumbre, la prevención del comportamiento

¹⁴ El carácter individualista con que suele caracterizarse el derecho privado moderno fue críticamente evaluado por autores como León DUGUIT y Anton MENDER. Mientras que el primero abogó por la necesidad de constituir un derecho privado sobre la base de la solidaridad, el segundo llamó la atención sobre los efectos nocivos que los compromisos individualistas que fueron exaltados por el iluminismo podrían producir en los pobres. Sobre estas consideraciones, véase DUGUIT, 1912 y MENDER, 1890.

¹⁵ Véase SOLARI, 1939: 381 y ss.

¹⁶ Véase POSNER, 1981: 13-47.

¹⁷ Véase COASE, 1960 y CALABRESI, 1961.

¹⁸ BENTHAM, 1780: 1.

oportunista y el aprovechamiento gratuito, entre otros¹⁹. Solo se requiere interpretar que todas estas decisiones suponen costes y beneficios para los agentes que las toman. Los sistemas jurídicos, a su vez, pueden ser evaluados por los incentivos que brindan sus normas a personas medianamente racionales y bien informadas que persiguen la maximización de su bienestar.

Cerca de diez años más tarde del surgimiento del nuevo análisis económico del derecho, Guido CALABRESI publicó *The Costs of Accidents* (1970), una de las obras más influyentes para el análisis económico, la dogmática y la filosofía del derecho privado. Su importancia no puede ser exagerada, ya que aun hoy conserva un inmenso valor teórico. Poco después, Richard POSNER publicó otro trabajo fundamental titulado *A Theory of Negligence* (1972). Mientras que el trabajo de CALABRESI puede ser entendido como normativo, sobre las funciones que debe cumplir cualquier sistema de responsabilidad civil, el trabajo pretendidamente descriptivo de POSNER tiene un sentido mucho más provocador. POSNER afirma que todas las reglas de responsabilidad en el *Common Law* pueden ser interpretadas como la implementación del principio de eficiencia, consagrado en la famosa fórmula de Hand, que compara los costes marginales de adoptar precauciones con los beneficios marginales que se obtienen en términos de evitación de daños. Estas reglas, según intenta mostrar POSNER, en las circunstancias apropiadas, incentivan a las personas para que eviten solo aquellos daños que vale la pena evitar. Prevenir ciertos daños es sencillamente demasiado caro, y se desperdician más recursos en ello que tolerando su ocurrencia. La idea de que no estamos comprometidos con evitar todos los daños a cualquier coste ya había sido argumentada por CALABRESI, pero POSNER radicaliza la cuestión al postular que todas las reglas son reducibles a un único principio y no hay manera teóricamente más provechosa de estudiar la responsabilidad civil que no sea atendiendo a la eficiencia.

Hasta ese momento, el derecho privado no estaba en la agenda de la filosofía jurídica del siglo XX²⁰. En efecto, salvo algunas obras aisladas, como los artículos *The Reliance Interest in Contract Damages, Parte I* (1936) y *Parte II* (1937), de FULLER y PERDUE, o el monumental libro *Causation in the Law* (1959) de HART y HONORÉ, que incluye un buen análisis de la causalidad en la responsabilidad civil, la producción filosófica descuidó por completo los problemas teóricos del derecho privado²¹. Sin embargo, como reacción al

¹⁹ POSNER, 1990: 361.

²⁰ Carlos NINO en el año 1966 concluía un ensayo titulado *Los efectos del ilícito civil* diciendo: «[p]uede ser que nuestra tesis sea errónea; si es así estamos listos para rectificarnos. Pero creemos que en lo que no podemos estar equivocados es en nuestro intento de aplicar las nociones de la filosofía jurídica al derecho civil. El derecho privado es el que más está necesitando de este aporte» (NINO, 1966: 168).

²¹ En 1949, Karl RENNER publicó *The Institutions of Private Law and their Social Functions*, un texto muy interesante que oscila entre la sociología y la filosofía.

nuevo análisis económico del derecho se publicaron una serie de trabajos que comenzarían a dar forma a lo que tal vez con mayor propiedad corresponda denominar la «nueva» filosofía del derecho privado. Así, los artículos *Fairness and Utility in Tort Theory* (1972), de George FLETCHER, *A Theory of Strict Liability* (1973), de Richard EPSTEIN, *On the Moral Argument for the Fault System* (1974), de Jules COLEMAN, *The Many Futures of Contracts* (1974), de Ian MACNEIL, *A Step Forward in Factual Causation* (1975), de Ernest WEINRIB, *Form and Substance in Private Law Adjudication* (1976), de Duncan KENNEDY, y *Contract Law and Distributive Justice* (1980), de Anthony KRONMAN, entre otros, comenzaron a equilibrar la balanza al ofrecer una alternativa no-económica a la sofisticación teórica del derecho privado. Fruto de ese contraste se ha forjado una relación muy estrecha entre ambas disciplinas. Por descontado, el análisis económico del derecho no es necesariamente parte de la filosofía del derecho privado. Como una modelización de los incentivos que ofrecen determinadas normas en ciertos contextos, el análisis económico es nítidamente distinguible de la filosofía. Pero como teoría interpretativa de los principios que explican y/o justifican el derecho privado, el análisis económico es decididamente una concepción filosófica más.

En los años setenta y ochenta, se produjo una expansión de los textos de filosofía del derecho privado, sobre todo en materia de responsabilidad extracontractual y derecho de los contratos. Con la aparición de *Contract as Promise* (1981), de Charles FRIED, y *Essays on Contract* (1986), de Patrick S. ATIYAH, la nueva filosofía del derecho privado comenzó a asentarse, y podría afirmarse que se consolidó definitivamente con la publicación *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991), de James GORDLEY, la colección de ensayos *Liability and Responsibility: Essays in Law and Morals* (1991), editada por Raymond Gillespie FREY y Christopher MORRIS, *Risks and Wrongs* (1992), de Jules L. COLEMAN, *The Philosophy of Tort Law* (1993), de Izhak ENGLARD, *The Idea of Private Law* (1995), de Ernest J. WEINRIB, *The Unity of the Common Law* (1995), de Alan BRUDNER, y la colección *Philosophical Foundations of Tort Law* (1995), editada por David OWEN²².

²² El trabajo de FRIED (1981) constituye un punto crucial en la filosofía del derecho de contratos, poniendo de relieve el papel que allí desempeña la autonomía personal. Para una sofisticada relectura del valor de la autonomía en el derecho contractual y su conexión en la filosofía política liberal, véase KIMEL (2003). Los libros de COLEMAN y WEINRIB, por su parte, son de los más influyentes de la lista. Ambos son parte de la colección *Filosofía y Derecho* de Marcial Pons. La versión en castellano del trabajo de COLEMAN está disponible con el título *Riesgos y daños* (2010) y la de WEINRIB con el título *La idea de derecho privado* (2017). A la colección de ensayos de OWEN le siguieron varias otras, también de gran calidad y añadiendo la reflexión acerca del derecho de propiedad, como las de PENNER (2000), POSTEMA (2001), BENSON (2001), UNDERKUFFLER (2003), NEYERS, MCINNES y PITEL (2004), ROBERTSON y WU (2009), OBERDIEK (2014), KLASS, LETSAS y SAPRAI (2014), PENNER y SMITH (2014), DAGAN y HELLER (2017) y, más recientemente, OTZUKA y PENNER (2018), entre muchas otras. Para un recuento exhaustivo de la bibliografía relevante en la academia anglosajona, con especial énfasis en filosofía del derecho de daños, véase FABRA, 2013: 21-117. Acerca de las preocupaciones y desafíos de la filosofía del derecho privado, véase ZIPURSKY, 2004 y CANE, 2005.

Durante más de una década, tuvo lugar un debate entre quienes caracterizan el derecho privado en términos instrumentales, como una herramienta para la consecución de objetivos sociales, tales como la eficiencia económica o la justicia distributiva, y quienes entienden que es la plasmación institucional del principio de justicia correctiva. Para estos últimos, el derecho privado debe comprenderse en sus propios términos. Es una forma de regular las relaciones interpersonales en la cual las cuestiones de política pública deben quedar al margen, al riesgo de ofrecer una imagen profundamente distorsionada del derecho privado²³. El bando de la justicia correctiva, sin embargo, no estuvo tan cohesionado como el del análisis económico, ya que uno de sus representantes más destacados, Jules COLEMAN, sostuvo una posición errática sobre la posibilidad de comprender instrumentalmente el derecho privado. En este sentido, la disputa más profunda la mantuvo con Ernest WEINRIB, que defendía una concepción de la justicia correctiva más bien tradicional, con apoyo en ARISTÓTELES y KANT²⁴.

No es sino hasta la introducción de lo que GOLDBERG y ZIPURSKY han denominado «Teoría del recurso civil» (*Civil Recourse Theory*)²⁵ que se logra cierto consenso alrededor de las visiones más tradicionales, al menos un consenso tan amplio como puede imaginarse en la discusión filosófica, donde el desacuerdo suele ser la base del progreso. Esto puede observarse en la reciente publicación de tres libros importantes como *Private Wrongs* (2016), de Arthur RIPSTEIN, *Imposing Risk* (2017), de John OBERDIEK, y *From Personal Life to Private Law* (2018), de John GARDNER. Pese a las enormes diferencias en sus planteamientos, existe un acuerdo sobre el carácter no-instrumental del derecho privado y los requisitos que debe satisfacer cualquier explicación o justificación plausible de esta área del derecho²⁶.

Existe un tercer grupo de autores que tienden a rechazar el enfoque del análisis económico sin renegar necesariamente del instrumentalismo ni abrazar por completo las teorías de la justicia correctiva. Se trata de quienes han defendido que la justicia distributiva puede cumplir un papel relevante en la explicación y/o justificación del derecho privado, aun cuando ello no niegue que el derecho privado tenga que ver (al menos en parte) con la justicia correctiva.

²³ Para el debate entre concepciones económicas y morales del derecho privado, véase SHAVELL, 1987; LANDES y POSNER, 1987; COLEMAN, 1988; y WEINRIB, 1989. Sobre el debate metodológico, puede consultarse PAPAYANNIS, 2016; y PEREIRA FREDES, 2017a.

²⁴ Sobre las diversas concepciones de la justicia correctiva sostenidas por COLEMAN, véase PAPAYANNIS, 2013a: 13-38.

²⁵ Véanse, entre otros trabajos, ZIPURSKY, 1998; 2003; GOLDBERG y ZIPURSKY, 1998; 2010; 2014.

²⁶ Como se ha dicho, la mayoría de los trabajos de filosofía del derecho privado se centran en la responsabilidad civil y los contratos. Aun cuando existen numerosas reflexiones concentradas en propiedad y enriquecimiento injustificado. Sobre este último puede consultarse DAGAN, 2004. La visión aristotélica respecto de aquellas cuatro áreas del derecho privado está en GORDLEY, 2006. Otras áreas, como el derecho de familia, sin embargo, han sido más descuidadas por los filósofos del derecho. Recientemente, se ha publicado un estupendo trabajo al respecto. Véase HOULGATE, 2017.