

LA TEORÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS Y SU RELACIÓN CON LA DOGMÁTICA

THE THEORY OF CONTRACT LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH DOCTRINE

FELIPE JIMÉNEZ C.*

RESUMEN: Este trabajo pretende contribuir al incipiente desarrollo de la teoría contemporánea del derecho de contratos en Chile. El derecho de contratos requiere ser justificado políticamente, y la teoría del derecho de contratos cumple un rol fundamental en dicha justificación. El artículo analiza la necesidad de una teoría del derecho contractual, explora su metodología y formula la distinción entre el rol de la dogmática y el de la teoría. Finalmente, se analiza la relación entre ambas.

Palabras clave: Teoría del derecho de contratos, derecho de contratos, dogmática.

ABSTRACT:The object of this paper is to contribute to the growing development of contemporary contract theory in Chile. Contract law requires political justification, and contract theory plays a crucial role in such justification. The paper analyzes the need for a theory of contract law, explores its methodology and draws a distinction between the role of contract doctrine and contract theory. Finally, the paper analyzes their relationship.

Key words: Contract theory, contract law, legal doctrine.

INTRODUCCIÓN

La dogmática chilena del derecho de contratos goza de buena salud. En los últimos años, diversos autores han contribuido significativamente a que tengamos una mejor comprensión de nuestras instituciones de derecho contractual¹. Estos esfuerzos, sin duda, han continuado una valiosa tradición de desarrollo científico del derecho civil chileno.

Este trabajo no se sitúa, sin embargo, dentro de esa tradición. Su objetivo es el de contribuir al incipiente desarrollo de la teoría contemporánea del derecho de contratos en

* Magíster (LLM) en Teoría del Derecho, New York University. Doctorando en Derecho (JSD), New York University. 22 Washington Square North, New York, NY 10011. Dirección electrónica: felipe.jimenezcastro@law.nyu.edu. Agradezco los comentarios y sugerencias que Íñigo de la Maza, Crescente Molina, Marcela Prieto y Sergio Verdugo formularon a versiones anteriores de este trabajo. Asimismo, agradezco el apoyo y críticas que he recibido de Lewis Kornhauser y Liam Murphy respecto a mi investigación de magíster y doctorado, dentro de la cual se enmarca este trabajo.

¹ Me refiero, solo por mencionar algunos ejemplos, al trabajo de Pizarro y Vidal en torno a la articulación de un sistema de remedios frente al incumplimiento y sus condiciones de procedencia; PIZARRO (2008a), PIZARRO (2008b), VIDAL (2006), VIDAL (2007), VIDAL (2009); al trabajo de López respecto a la autonomía de la indemnización compensatoria en los contratos bilaterales; LÓPEZ (2015a); o al sofisticado análisis de los deberes precontractuales de información y los vicios del consentimiento desarrollado por De la Maza; DE LA MAZA (2008), DE LA MAZA (2010a), DE LA MAZA (2010b), DE LA MAZA (2011).

nuestro medio², proponiendo un modelo básico para el desarrollo de dicha teoría. Para ello, el artículo explica el rol de la teoría del derecho contractual en la justificación política de esta institución jurídica; interpreta su método; y explora su relación con la dogmática, la cual constituye sin duda la principal forma de discurso académico respecto al derecho privado en nuestra cultura jurídica.

En relación a estas cuestiones, el artículo formula cinco argumentos centrales. El primero es que el derecho de contratos es una institución jurídica que requiere ser justificada políticamente. La segunda tesis señala que existe una diferencia crucial entre la dogmática y la teoría de esta área del derecho: mientras la primera se sitúa dentro de la práctica, la segunda se sitúa fuera de ella y se pregunta por su justificación. El tercer argumento, en tanto, es que la teoría del derecho contractual es una forma de interpretación de esta práctica, que debe ajustarse a ella y mostrarla en su mejor versión posible. La cuarta tesis es que la teoría del derecho contractual, así entendida, es necesaria, y tiene como uno de sus principales objetivos el de justificar públicamente el derecho de contratos. El quinto argumento, finalmente, es que pese a ser proyectos diferenciados, la dogmática y la teoría se vinculan, particularmente a través de los principios que la primera desarrolla para solucionar casos difíciles.

Dos precisiones acerca de los alcances de este trabajo son necesarias. La primera es que aquí no se presenta una teoría sustantiva acerca del derecho de contratos, sino que se realiza un ejercicio previo de carácter metodológico. Las preguntas en las que me intereso aquí, entonces, tienen que ver con cómo —a mi juicio— se debe formular la teoría del derecho de contratos, qué métodos debe emplear, cuál es su principal objetivo teórico y cuál debe ser su relación con la labor de la dogmática. Dichas preguntas y mi aproximación particular a su respuesta son previas a la articulación de una teoría sustantiva del derecho de contratos, pero son fundamentales para su desarrollo. La segunda precisión previa es que el principal objetivo del trabajo es el de —con el objeto de contribuir a su desarrollo incipiente en nuestro medio— formular observaciones sobre la metodología de la teoría del derecho contractual y su relación con la dogmática. Por ello, y dado el extenso análisis del que la dogmática ha sido objeto (a diferencia del foco de este trabajo, la teoría del derecho de contratos)³, su caracterización en estas páginas es relativamente superficial.

El artículo se estructura de la siguiente forma. La primera parte explica la necesidad de justificar el derecho de contratos como institución jurídica. La segunda parte explora la distinción entre la dogmática y la teoría del derecho contractual, y analiza los contornos de cada uno de estos proyectos, enfocándose especialmente —como he señalado— en el segundo

² Algunas contribuciones recientes en Chile son ACCATINO (2015); JIMÉNEZ (2014); y PEREIRA (2016). En general, por “teoría contemporánea del derecho de contratos” me refiero a la reflexión teórica sobre el derecho de contratos que ha resurgido en los últimos treinta años, especialmente a partir de FRIED (1981). Para una revisión general del panorama de los últimos años, véase BENSON (2001) y KLASS, LETSAS y SAPRAI (2015). Desde luego, la reflexión teórica sobre el derecho de contratos tiene una larga data. Esa tradición, por lo demás, no es ajena a nuestra cultura jurídica continental, sino que —por el contrario— se origina en ella, en particular con el trabajo de la escolástica tardía que luego sería adoptado por autores como Grocio, Pufendorf, Domat y Pothier. Al respecto, véase GORDLEY (1992) y el análisis histórico de LÓPEZ SANTA MARÍA (2010).

³ Véase, por ejemplo, AARNIO (1997); BASCUÑÁN (1998); JESTAZ y JAMIN (2004); MUIR WATT (2011); NINO (1989); PEÑA (1995); SMITS (2012); VERGARA (2014) y VERGARA (2015).

y su metodología. La tercera parte, en tanto, explora las razones por las cuales el proyecto de la teoría del derecho de contratos es necesario. La cuarta parte analiza la relación que existe entre la dogmática y la teoría. La quinta parte presenta algunas conclusiones.

I. LA NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS⁴

El derecho de contratos es una práctica que debe ser justificada. El derecho de contratos involucra el uso de la coacción estatal en contra de contratantes incumplidores⁵. Asimismo, requiere que instituciones financiadas públicamente –los órganos jurisdiccionales– resuelvan disputas entre contratantes. Estos recursos escasos podrían ser utilizados para financiar otras instituciones o para alcanzar otros fines socialmente valiosos. ¿Por qué es correcto usar el aparato coactivo del Estado y gastar recursos escasos en el derecho de contratos⁶? Necesitamos, pues, una teoría que justifique políticamente el derecho de contratos⁷. Sin embargo, no existe consenso respecto a cómo esa justificación debería operar, desde dónde debería partir, o cuál debiera ser su método. La teoría contemporánea del derecho de contratos está caracterizada por un profundo desacuerdo a este respecto. A partir del trabajo de Fried⁸, diversas teorías han surgido, pero todavía carecemos de una teoría que sea generalmente aceptada⁹.

Por otra parte, el derecho de contratos es una institución jurídica central en las sociedades contemporáneas. En sociedades modernas y que organizan la distribución de bienes y servicios a través del mercado, como la nuestra, es poco probable que alguien pueda desarrollar su proyecto de vida sin celebrar contratos. Los contratos “impregnan nuestras

⁴ No soy el primero entre nosotros en sugerir esta necesidad. Esteban Pereira, por ejemplo, ha argumentado –por razones distintas, pero complementarias a las señaladas aquí– que el derecho de contratos es una institución que requiere de una justificación valorativa. Véase PEREIRA (2016) pp. 87-97.

⁵ Respecto a la necesidad de justificar la coacción, véase COLEMAN (2003) p. 1515 y GALSTON (2002) p. 58.

⁶ HOLMES Y SUNSTEIN (1999) p. 221. En nuestro medio, se ha argumentado que la justicia civil es de hecho un bien privado, cuyos beneficios son predominantemente internalizados por los litigantes. Véase CORREA, PEÑA y VARGAS (2000). El análisis de estos autores es a grandes rasgos correcto, pero omite considerar la dimensión políticamente relevante del derecho privado. Esa dimensión puede no ser lo suficientemente significativa como para alterar la conclusión de que la litigación civil es predominantemente un bien privado, pero ciertamente aumenta las externalidades positivas de la solución de controversias privadas. Por lo demás, pueden existir buenas razones políticas y morales para no sobreprivatizar la litigación privada. Sobre los riesgos de la sobreprivatización del derecho de contratos, véase SHIFFRIN (2016).

⁷ Esta afirmación pone de manifiesto, desde ya, que mi interés es en la justificación política del derecho de contratos (en oposición a su justificación a secas). Con esto quiero decir que el foco debe ser puesto en mostrar razones aceptables para ciudadanos razonables en un régimen democrático y liberal, punto sobre el cual profundizo *infra*. No es suficiente ofrecer un argumento que justifique el derecho de contratos en abstracto, sino que debemos ofrecer un argumento que sea aceptable al común de las personas razonables. A esta idea subyace una convicción políticamente liberal que explícito como mi punto de partida.

⁸ FRIED (1981).

⁹ En este sentido, BENSON (1995) p. 276; DiMATTEO *et al.* (2007) p. 3; GORDLEY (1992) p. 230; WADDAMS (2011) p. 15.

vidas”¹⁰ y son parte central de la economía de mercado¹¹. Desde este punto de vista, la falta de una justificación satisfactoria respecto a esta institución es problemática, y su teorización puede hacer una contribución relevante en este sentido.

El argumento anterior sugiere, al menos, dos posibles objeciones. La primera es la objeción de que, en realidad, no es necesaria justificación alguna: las partes se valen voluntariamente del derecho de contratos. El consentimiento pareciera, automáticamente, legitimar la coacción estatal en contra del contratante incumplidor. La primera respuesta a esta objeción requiere, simplemente, recordar el punto acerca de la ubicuidad de los contratos. En una sociedad de mercado, ningún proyecto de vida –no importa lo simple que sea– puede desarrollarse sin contratar. Elegir no celebrar contratos, simplemente, no es una posibilidad real. A un nivel algo más profundo, en el contexto de la contratación actual, en que el rol de la voluntad individual suele limitarse, en el mejor de los casos, a un “sí” o un “no” (me refero al surgimiento de la contratación en masa y los contratos de adhesión)¹², el consentimiento no es lo suficientemente robusto como para cargar con el peso de la justificación¹³. La segunda respuesta es que esta objeción, incluso de estimarse satisfactoria, es solo parcial. En efecto, el consentimiento solo podría llegar a legitimar la coacción en contra del contratante individual, respecto de las cláusulas pactadas. Sin embargo, el consentimiento resulta totalmente insuficiente para justificar el derecho de contratos como institución social¹⁴ y para justificar las reglas obligatorias y por defecto que la ley establece para cada tipo contractual.

Aun así, una segunda objeción a la necesidad de justificar el derecho contractual es que, de hecho, pareciera existir amplio consenso respecto al valor de esta institución. No existe una propuesta a favor de la abolición del derecho de contratos. Si ello es así, parece razonable sostener que el derecho de contratos es legítimo. ¿Necesitamos, entonces, una justificación para el derecho de contratos?

Tal vez existe una noción generalmente compartida acerca del valor del derecho de contratos. Sin embargo, incluso de existir, es posible que esa noción no se base en las razones correctas. Es posible, en otros términos, que una institución sea generalmente aceptada y no sea realmente legítima. Para que una institución social sea legítima, y para que como ciudadanos estemos justificados en apoyarla, deben existir razones morales adecuadas que la sustenten. Podemos, después de todo, estar equivocados. Desde el punto de vista de su justificación política, no es suficiente que el derecho de contratos sea aceptable como *mo-*

¹⁰ SHIFFRIN (2007) p. 744. Aquí y en lo sucesivo, las citas a textos en inglés han sido traducidas por el autor.

¹¹ WILHELMSSON (1993) p. 10.

¹² Véase DE LA MAZA (2003) y PIZARRO (2004) pp. 119-123. En el contexto anglosajón, véase LEONHARD (2012), RADIN (2013) y RAKOFF (1983).

¹³ Que no sea suficientemente robusto, por supuesto, no implica que el consentimiento sea irrelevante. Al respecto, véase PEREIRA (2016) pp. 74-85.

¹⁴ Por eso, a mi juicio, hay dos preguntas relevantes en la teoría del derecho de contratos. Una, como sugiere PEREIRA (2016), es por qué obligan los contratos. Una pregunta anterior, sin embargo, e igualmente crucial, es qué justifica tener una práctica de derecho de contratos.

*dus vivendi*¹⁵. Y si nos detenemos a examinarlo, pareciera que este es precisamente el caso en el que nos encontramos. A un nivel superficial, parece evidente que es buena idea tener esta práctica institucional. Sin embargo ¿podemos estar seguros de esta creencia si no hemos examinado las razones detrás de ella? Más aún ¿podemos saber hacia dónde debe ir el derecho de contratos sin realizar este análisis teórico? Hay ciertas preguntas fundamentales (por ejemplo, acerca de la eficacia y obligatoriedad de los contratos de adhesión, acerca de la validez de los contratos de “útero subrogado”, y acerca de la relación entre la obligatoriedad del contrato y el contenido de sus estipulaciones) que no pueden ser respondidas sin, al mismo tiempo, hacernos preguntas sobre la justificación del derecho de contratos como institución jurídica. Desde este punto de vista, la falta de examinación filosófica respecto al derecho de contratos es moral y políticamente problemática. Esto es, precisamente, lo que explica la necesidad de una teoría del derecho de contratos.

II. DOGMÁTICA Y TEORÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS

¿Qué clase de teoría es necesaria para justificar el derecho contractual? Siguiendo a Smith, existen tres tipos de teorías del derecho de contratos: prescriptivas, descriptivas e interpretativas¹⁶. Las teorías prescriptivas sugieren cómo debiera ser el derecho de contratos¹⁷. Las teorías descriptivas, en cambio, lo describen tal y como es en un momento y lugar determinados¹⁸. Dichas teorías se identifican con la dogmática del derecho de contratos¹⁹. Por último, las teorías interpretativas “intentan mejorar nuestra comprensión del derecho, destacando su significado o sentido (...), explicando por qué ciertos rasgos centrales del derecho son relevantes (...) e identificando conexiones entre esos rasgos”²⁰.

Las teorías prescriptivas no son teorías referidas al derecho de contratos de hecho existente, sino propuestas normativas acerca de su modificación son propuestas para reformar el derecho de contratos. Dado que mi foco de interés es el de las teorías referidas al derecho vigente, dejo de lado las teorías prescriptivas. En consecuencia, de aquí en adelante uso la expresión “teoría del derecho de contratos” (y otras equivalentes) como sinónimo de lo que Smith entiende como teorías interpretativas.

Hay dos cuestiones que deben tenerse en consideración respecto a la distinción entre los diversos tipos de teorías. La primera es que la mayoría de los esfuerzos teóricos en torno al derecho de contratos no se ajusta perfectamente a los límites de una sola categoría. La mayoría de ellos oscila entre la descripción sistematizada de las reglas existentes y la prescripción respecto a la manera en que debe reformarse esta práctica institucional. Así, por ejemplo, Randy Barnett ofreció su teoría del contrato como una teoría “basada en (...) las

¹⁵ El argumento es análogo a la distinción entre la estabilidad democrática basada en razones adecuadas y la democracia como un mero *modus vivendi*. RAWLS (2013) pp. 458-459.

¹⁶ Smith agrega la categoría de teorías históricas. SMITH (2004) p. 4. Véase también STEEL (2013) p. 612.

¹⁷ SMITH (2004) p. 4.

¹⁸ STEEL (2013) p. 612.

¹⁹ Con esto, y como profundizaré *infra*, no quiero decir que la dogmática sea puramente descriptiva, lo cual sería evidentemente erróneo. Al respecto, véase PEÑA (1995).

²⁰ SMITH (2004) p. 5.

exigencias valorativas de la moral”, y “como un medio para entender las decisiones judiciales presentes y pasadas, así como para reconciliar doctrinas aparentemente inconsistentes”²¹. En términos similares, el análisis económico del derecho de contratos fue ofrecido originalmente como una descripción de las reglas e instituciones existentes y como un argumento prescriptivo respecto a su reforma²².

El segundo punto a tener en consideración es similar: las nociones de descripción, interpretación y prescripción no deben ser entendidas como categorías mutuamente excluyentes. La dogmática del derecho de contratos no se limita, evidentemente, a enumerar las normas válidas, sino que además las ordena sistemáticamente y propone la solución de casos en los que existen lagunas normativas o axiológicas, tareas en las cuales el sentido de las instituciones jurídicas juega un rol fundamental. Por otra parte, es evidente que la teoría del derecho de contratos requiere –y sobre esto se ahondará más adelante– tanto descripción como evaluación. Por último, incluso la reforma del derecho de contratos requiere de cierta adecuación descriptiva con la práctica existente. Por supuesto, por su propia naturaleza, los argumentos prescriptivos proponen cambiar el derecho existente, pero esa divergencia no puede llegar demasiado lejos. Más allá de cierto punto, ya no estamos frente a un argumento para reformar el derecho de contratos, sino que frente a una propuesta en favor de su abolición o reemplazo²³.

A. LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DE CONTRATOS COMO TEORÍA DESCRIPTIVA²⁴

Las teorías descriptivas describen el derecho de contratos tal y como es. Dicha descripción se basa en una sistematización comprehensiva del derecho vigente²⁵. En este sentido, estas teorías se identifican con el rol tradicionalmente asumido por la dogmática.

La dogmática del derecho de contratos expone y sistematiza las normas válidas del derecho de contratos, así como su correcta interpretación²⁶. Al hacerlo, la dogmática “se pregunta acerca de lo que vale o rige como derecho en una determinada situación y trata de determinar el contenido de sentido de las disposiciones jurídicas concretas de un ordenamiento jurídico dado”²⁷. Esa tarea la emprende asumiendo al derecho positivo como su

²¹ BARNETT (1986) p. 270, nota 4.

²² POSNER (2011) pp. 31-33. Por esta razón, así como por la vinculación entre el análisis económico contemporáneo y el utilitarismo como teoría moral, discrepo con la calificación que Pereira hace de esta teoría del derecho de contratos como un “esquema no-normativo de comprensión”, dado que “su prisma de análisis es de carácter pragmático”. PEREIRA (2016) pp. 56-63.

²³ MURPHY (2007) p. 10.

²⁴ A diferencia de lo que ocurre con la teoría del derecho de contratos, la dogmática ha sido extensamente estudiada y objeto de un profundo estudio en términos metodológicos e históricos. Comparado con ese tratamiento, por cierto, el análisis de esta sección es más bien superficial, pero suficiente –sin embargo– para los propósitos de este trabajo. Para un análisis más detallado de la dogmática, y sin perjuicio de las demás obras citadas en esta sección, véase, entre otros, a AARNIO (1997); BASCUÑÁN (1998); JESTAZ y JAMIN (2004); MUIR WATT (2011); NINO (1989); PEÑA (1995); SMITS (2012); VERGARA (2014) y VERGARA (2015).

²⁵ Véase, respecto a la labor de sistematización, VERGARA (2014) pp. 965-966.

²⁶ NÚÑEZ (2014) p. 248.

²⁷ SQUELLA (2000) p. 514.

punto de partida²⁸. La dogmática, por cierto, va más lejos, y elabora conceptualmente el derecho vigente²⁹, reconstruyéndolo de manera sistemática³⁰. Su perspectiva no es, pues, meramente descriptiva³¹. Asimismo, la dogmática juega un rol crucial en la aplicación futura del derecho, al modificar nuestra comprensión del contenido del derecho vigente³². Debido a eso, el discurso de la dogmática jurídica no se limita al reconocimiento de las fuentes formalmente válidas, sino que se aboca además a la construcción de una forma de argumentación específicamente jurídica. Desde este punto de vista, la dogmática apunta a una forma de justificación interna, vinculada a las normas jurídicas formalmente válidas³³, pero que al mismo tiempo las excede, elaborando taxonomías o clasificaciones³⁴ que desempeñan un rol justificativo interno.

La dogmática está vinculada, por otra parte, a la idea de que existe un dominio limitado de argumentos aceptables en el discurso jurídico. Esta es la idea de un canon de argumentos admisibles como argumentos jurídicos, idea que, a su vez, está conectada al carácter formal del razonamiento jurídico³⁵. Esta idea del canon de argumentos aceptables implica que no todo argumento –incluso, no todo buen argumento– cuenta como una razón jurídica aceptable a favor de una interpretación³⁶.

Hasta este punto, sin embargo, un lector escéptico podría todavía preguntarse por qué es valiosa la perspectiva de la dogmática. Hay al menos tres razones que explican su valor³⁷. Primero, la dogmática contribuye a la racionalidad de la decisión jurisdiccional³⁸. En el derecho contractual, la adjudicación rectifica el hecho injusto del deudor que incumple su obligación³⁹. Dicha rectificación supone, en todo caso, que se tiene claridad acerca de la base sobre la cual se juzga la injusticia de la interacción, esto es, acerca del derecho del acreedor. A través de sus labores de sistematización, elaboración conceptual y clasificación, la dogmática contribuye a clarificar los contornos de ese derecho. Así, la dogmática provee

²⁸ MOORE (2010) p. 9; NINO (2003) pp. 322-328; TEUBNER (1993) p. 19.

²⁹ NUÑEZ (2014) pp. 251-258; SCHIAVONE (2012) p. 245.

³⁰ BASCUÑÁN (1998) p. 17; VAN GESTEL y MICKLITZ (2011) p. 26.

³¹ VAN HOECKE (2011) pp. 4-5.

³² SMITS (2012) p. 18. La dogmática jurídica tiene “el propósito práctico de anticipar la solución correcta desde la perspectiva del Derecho vigente de cualquier caso de relevancia jurídica”. BASCUÑÁN (1998) p. 17.

³³ AARNIO (1997) p. 189; BASCUÑÁN (1998) p. 20; PECZENIK (2008) p. 269; SMITS (2012) p. 20. Por ello, la innovación y la incorporación de puntos de vista externos deben, para ser exitosas, formularse en los términos de los criterios de relevancia jurídica ya establecidos por la dogmática. En este sentido, TEUBNER (1993) p. 59 y SMITS (2012) p. 61.

³⁴ BIRKS (2005) 2014.

³⁵ ATRIA (2002) p. 142.

³⁶ SCHAUER (2004) pp. 1914-1915.

³⁷ He optado, deliberadamente, por evitar referirme a los problemas y riesgos de la dogmática y su auto-comprensión. La razón para ello no es que esos problemas y riesgos sean poco relevantes. Pero la crítica de la dogmática es una tarea distinta de la de describirla e identificar los aportes que, idealmente, ella está llamada a realizar. Mi análisis está centrado en la segunda tarea, y no en la primera.

³⁸ En este sentido, BASCUÑÁN (1998).

³⁹ WEINRIB (2002) p. 349 y WEINRIB (2012) pp. 136-140.

a la jurisdicción de un criterio de corrección acerca del sentido de las reglas e instituciones del derecho de contratos⁴⁰.

En segundo término, la dogmática cumple un rol fundamental al facilitar el funcionamiento eficiente (al menor costo posible) del derecho de contratos. El razonamiento formal, propio de la dogmática jurídica, es extremadamente eficiente en este sentido⁴¹. Por lo mismo, y como señala Posner, un sistema jurídico eficiente requiere de académicos enfocados en el análisis dogmático⁴². A su juicio, la dogmática es socialmente tanto o más valiosa que otras formas de análisis académico más “sofisticadas”⁴³.

Finalmente, la tercera y más importante razón por la cual la dogmática del derecho de contratos cumple un rol fundamental es que ella está íntimamente conectada con el ideal del Estado de Derecho. Uno de los elementos centrales en este ideal es la noción de justicia comparativa: tratar los casos iguales de manera equivalente⁴⁴. El criterio de igualdad es dotado de contenido y se hace operativo a partir de las labores de clasificación y taxonomía de la dogmática jurídica. Distinguir lo igual de lo desigual en la adjudicación depende, en gran parte, de los esquemas clasificatorios que utilizamos, de la manera en que clasificamos las reglas a ser aplicadas y los hechos que son discutidos como parte de una categoría u otra⁴⁵. Al determinar y dar contenido a aquello que cuenta como igual o desigual, el enfoque taxonómico de la dogmática del derecho de contratos cumple un rol fundamental en facilitar la realización del Estado de Derecho⁴⁶. Además, este enfoque le otorga coherencia y una forma modesta –pero importante– de justicia a la adjudicación⁴⁷. Dicha coherencia resulta fundamental, además, porque permite que las controversias sometidas a la decisión judicial se basen en criterios determinados y predecibles generando así la certeza jurídica necesaria para que los ciudadanos puedan planificar su conducta⁴⁸. Una dogmática robusta dotada de criterios adecuados respecto a la interpretación correcta de las reglas vigentes es, así, fundamental en asegurar el Estado de Derecho⁴⁹.

En definitiva, la dogmática cumple un rol fundamental. Pero ella no es la única perspectiva valiosa hacia el derecho de contratos. La siguiente sección sale del ámbito de la dogmática y se centra en la teoría del derecho de contratos.

⁴⁰ Como señala Nino, “la dogmática jurídica ha cumplido durante su prolongada vigencia una función social extraordinariamente relevante. Independientemente de su actividad de sistematizar el derecho legislado, suministra a los jueces, sus principales destinatarios, sistemas de soluciones jurídicas mucho más coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente que el material creado por los legisladores, sin abdicar por ello de su adhesión a la legislación”. NINO (2003) p. 338.

⁴¹ ATIYAH y SUMMERS (1991) p. 25.

⁴² POSNER (2008) p. 854.

⁴³ POSNER (1987) p. 777.

⁴⁴ RAWLS (1971) pp. 237 y ss.; WALDRON (2001) p. 775.

⁴⁵ SMITH (2000) p. 244.

⁴⁶ COLLINS (2008) p. 212.

⁴⁷ PECZENIK (2004) pp. 107-108.

⁴⁸ AARNIO (1990) p. 25.

⁴⁹ En este sentido, véase también MOORE (2010) pp. 11-13.

B. LA TEORÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS COMO INTERPRETACIÓN

La teoría del derecho de contratos propiamente tal –que, como he señalado más arriba, coincide con la “teoría interpretativa” de Smith– ocupa un lugar intermedio entre la descripción del derecho vigente y su evaluación normativa⁵⁰. Su finalidad consiste en interpretar la práctica institucional del derecho de contratos, otorgándole la mejor justificación posible que sea concordante con las reglas vigentes⁵¹. Tal como la dogmática, la teoría del derecho de contratos parte del derecho formalmente válido. La diferencia se encuentra en que la teoría del derecho de contratos incorpora consideraciones normativas, e incluso puede proponer modificaciones en las reglas existentes. Ese rol prescriptivo, en todo caso, es limitado, debido a que las consideraciones normativas que le sirven de sustento son las que ya se encuentran implícitas en las reglas vigentes⁵².

La teoría del derecho de contratos, entonces, intenta producir la mejor reconstrucción normativa de los principios o fundamentos políticos y morales que subyacen al derecho de contratos tal y como existe. El intento no es el de construir un ideal para el derecho de contratos⁵³, sino reconstruir los fundamentos del derecho de contratos con el objetivo de presentar la versión más atractiva posible que a su vez se ajuste a los aspectos centrales de la práctica⁵⁴, haciéndola moralmente inteligible⁵⁵. Los dos criterios evaluativos de la teoría del derecho de contratos son los de adecuación y justificación⁵⁶. Bajo estos estándares, la mejor teoría del derecho de contratos es aquella que es capaz de proveer la reconstrucción más atractiva de esta práctica desde un punto de vista normativo que sea, a la vez, consistente con las reglas e instituciones que la constituyen⁵⁷.

Este método es similar al expuesto por Ronald Dworkin, a juicio de quien la interpretación de una práctica involucra tres etapas⁵⁸. La primera etapa es la etapa preinterpretativa. En ella, se asume tentativamente un cierto contenido de la práctica que va a ser justificada. Como he señalado más arriba, es la dogmática la encargada de proveer este contenido preinterpretativo. La segunda etapa del proceso interpretativo involucra la identificación de aquel o aquellos principios, valores o fundamentos normativos que justifican sus elementos centrales y muestran por qué esa práctica es deseable o moralmente relevante. La tercera etapa, finalmente, implica ajustar nuestra visión de la práctica a la luz de su justificación. Aquí, algunos elementos de la práctica pueden ser considerados como errados, debido a su inconsistencia con la justificación. Por supuesto, demasiada inconsistencia simplemente significa que la justificación no es adecuada.

⁵⁰ BIX (2013) p. 172.

⁵¹ DWORKIN (1986) pp. 65-68. Para una aplicación específica de estos criterios a la teoría del derecho de contratos, véase SMITH (2004) pp. 7-24.

⁵² EISENBERG (2001) p. 207.

⁵³ OMAN (2010) p. 531.

⁵⁴ SHERWIN (2011) pp. 227-228.

⁵⁵ OMAN (2007) p. 861.

⁵⁶ COLEMAN (2001) p. 193.

⁵⁷ SHERWIN (2011) p. 238.

⁵⁸ DWORKIN (1986) pp. 65-66; MURPHY (2014) pp. 52-53.

Dos advertencias son necesarias. La primera es que, aunque use un método similar al de Dworkin, la teoría del derecho de contratos no está comprometida con el resto de la teoría del derecho de dicho autor. La segunda es que no existe ninguna restricción metodológica respecto a cuál sea, finalmente, la mejor teoría. El mismo método puede conducir a distintas teorías.

En relación al primer punto, la teoría del derecho de contratos usa un método interpretativo similar al de Dworkin, pero no está comprometida con su teoría del derecho o su concepción de la adjudicación. De hecho, el solo postular la separabilidad entre método interpretativo, teoría del derecho y adjudicación es, por sí mismo, inconsistente con la visión de Dworkin⁵⁹. El método interpretativo fue introducido por Dworkin como una manera de determinar el contenido del derecho vigente⁶⁰. Pese a ello, bajo mi propuesta el propósito del método esbozado es más limitado: el de otorgar la mejor reconstrucción posible del derecho de contratos. Un método interpretativo, pues, se puede utilizar con distintos objetivos⁶¹. Dworkin lo usaría para determinar el derecho vigente, porque está comprometido con la idea de la “lectura moral”, es decir, la noción de que la moral juega un rol crucial en la determinación de la validez jurídica⁶². La teoría del derecho de contratos, bajo la metodología que propongo, en cambio, usa el método interpretativo simplemente para construir la mejor justificación posible del derecho de contratos. Este último uso es independiente de la pregunta acerca del rol que la moral juega (o no) en la determinación de la validez jurídica, y es perfectamente compatible con el positivismo jurídico⁶³. Una teoría del derecho de contratos no Dworkineana vería la inconsistencia entre una regla y la justificación de la práctica como una razón a favor de la reforma del derecho vigente, pero no como una razón para sostener su falta de validez.

En el caso de la adjudicación ocurre algo similar. El método interpretativo permite reconstruir el sentido y la justificación de la práctica, pero no es necesario que esa justificación influya directamente en la decisión de casos particulares. Por supuesto, existe una relación relevante entre la teoría del derecho de contratos y la teoría de la adjudicación en disputas contractuales. Sin embargo, dicha vinculación no tiene por qué ser la identificación entre ambas. La mejor teoría del derecho de contratos, por ejemplo, podría concluir que la eficiencia es el mejor criterio justificativo de esta institución. Eso, sin embargo, no necesariamente implicaría que los jueces debiesen decidir cada caso para lograr el resultado más eficiente. De hecho, y como lo muestran defensas recientes del formalismo en el derecho de contratos, puede ocurrir exactamente lo contrario: que una comprensión del derecho de contratos basada en la eficiencia recomiende una teoría de la adjudicación formalista⁶⁴.

⁵⁹ Al respecto, véase POSTEMA (1980) p. 350 y MARMOR (1992) p. 35.

⁶⁰ A juicio de Dworkin, la actitud interpretativa requiere no solo concebir la mejor justificación de la práctica, sino que también modificar nuestra comprensión del contenido de la práctica a partir de esa justificación. DWORKIN (1986) p. 47.

⁶¹ MCCAFFERY (1997) p. 1046.

⁶² MURPHY (2014) pp. 46-47.

⁶³ BEEVER y RICKETT (2005) p. 322, nota 14.

⁶⁴ Véase, por ejemplo, BERNSTEIN (2000), BERNSTEIN (2014); MORGAN (2013); SCHWARTZ y SCOTT (2003); SCHWARTZ y SCOTT (2010); SCOTT (1999).

El segundo punto a tener en consideración es el siguiente: el método de la teoría del derecho de contratos puede llevar a diversos tipos de teorías específicas. Si bien el método que propongo sigue, en términos amplios, el método interpretativo de Dworkin, este puede llevar a teorías basadas en la justicia correctiva, en la eficiencia, o en los deberes promisorios⁶⁵. Por cierto, tales teorías proponen interpretaciones distintas de la práctica y, en la medida en que lo hacen, algunas están en lo correcto y otras no. Pero las razones por las que esas interpretaciones son correctas o incorrectas son sustantivas, no metodológicas.

El método interpretativo se asemeja a otra noción característica de la filosofía moral, el equilibrio reflexivo⁶⁶. El equilibrio reflexivo se produce a partir de un proceso complejo, que tiene como punto de partida los juicios morales de los que los agentes están más seguros, los cuales sirven de datos iniciales a partir de los que se deben construir –a partir de una examinación de la cultura política pública o la historia de la filosofía política⁶⁷– principios de justicia más generales⁶⁸. Sobre la base de estos principios, algunos de nuestros juicios iniciales tendrán que ser reconsiderados. El equilibrio reflexivo se alcanza cuando existe una amplia consistencia entre los principios generales y los juicios particulares⁶⁹. Para llegar a ese punto, en todo caso, debemos ir y volver desde nuestros juicios morales fundamentales hacia los principios generales⁷⁰.

La similitud con el método interpretativo es evidente. Sin embargo, entre ambos métodos existe una diferencia fundamental. El equilibrio reflexivo es un método de justificación moral, y para que cumpla ese rol, los juicios e intuiciones con los que el proceso parte deben ser confiables⁷¹. En otras palabras, debe tratarse de juicios respecto a cuya corrección el agente tiene suficiente certeza⁷². El método interpretativo, en cambio, comienza con la práctica jurídica existente. Dado que se trata de una práctica con autoridad formal, los datos con los que el proceso comienza no pueden alterarse, y aunque parte de la práctica puede catalogarse como errónea, cualquier principio debería ser consistente con la mayoría de las reglas, incluso si esas reglas son deficientes⁷³. Por ello, la confianza en los juicios morales encuentra su análogo, en el método interpretativo, en un juicio derrotable acerca del valor de la práctica. En efecto, buscar el significado o justificación moral de una práctica que parece moralmente corrupta o carente de valor es una tarea sin sentido. El teórico del derecho de contratos, entonces, debe atribuirle algún valor moral inicial a la práctica para que su proyecto tenga sentido⁷⁴, debe realizar un juicio evaluativo primario acerca del valor moral de la práctica⁷⁵. Este juicio evaluativo primario es relevante porque permite contestar

⁶⁵ BEEVER y RICKETT (2005) p. 324.

⁶⁶ HURLEY (1990) p. 221; KRESS (1999) p. 83, nota 1; McCAFFERY (1997) p. 1049.

⁶⁷ RAWLS (2013) p. 13.

⁶⁸ RAWLS (2013) p. 8.

⁶⁹ RAWLS (1971) p. 20.

⁷⁰ RAWLS (2001) p. 48 y RAWLS (1971) pp. 48-49.

⁷¹ SCANLON (2003) pp. 145-146.

⁷² RAWLS (1951) pp. 181-183.

⁷³ SHERWIN (2011) pp. 239-240.

⁷⁴ DWORKIN (1986) p. 47.

⁷⁵ MARMOR (1992).

dos posibles críticas contra el método interpretativo en la teoría del derecho de contratos: primero, que el método es excesivamente “conservador”⁷⁶ y, segundo, que está insuficientemente constreñido por el derecho vigente.

De acuerdo a la primera de estas críticas, si el derecho de contratos a ser interpretado está caracterizado por tener fundamentos políticos y morales deficientes, entonces la teoría construida a partir de este va a ser, necesariamente, igual de deficiente desde el punto de vista de su atractivo moral⁷⁷. El método interpretativo simplemente reproduciría, e incluso legitimaría, la inmoralidad de esa práctica, en circunstancias que lo moralmente correcto sería simplemente reemplazarla por una práctica de características distintas⁷⁸.

La segunda crítica es el reverso de la primera, y básicamente reclama que el método interpretativo es demasiado libre, que está insuficientemente constreñido por las normas legales. El requisito de adecuación de las normas legales sería insuficiente, “una especie de farsa, mero subterfugio para la teoría política que está haciendo todo el trabajo real”⁷⁹.

El juicio evaluativo primario sobre la práctica es una buena respuesta a ambas críticas. El método interpretativo no es un método conservador, precisamente porque su punto de partida es una práctica que se juzga como valiosa. El mero hecho de seleccionar alguna práctica como objeto de una interpretación que pueda desentrañar su justificación moral implica ese juicio. Si, en realidad, la práctica no tiene valor moral alguno, la crítica no debe dirigirse en contra del método en sí mismo, sino que a la decisión del intérprete de intentar justificar una práctica moralmente poco atractiva. En el caso del derecho de contratos, sin embargo, un juicio primario acerca de su valor moral parece razonable. Si bien carecemos de una teoría generalmente aceptada acerca del valor moral o la justificación política del derecho de contratos, parece haber un considerable consenso respecto a que la práctica sí tiene valor, a que nuestra práctica existente no está demasiado lejos de lo moralmente correcto. No existe, todavía, una propuesta a favor de la completa abolición del derecho de contratos.

Y precisamente porque parte de un juicio evaluativo primario acerca del valor de la práctica, el método interpretativo no implica una libertad ilimitada en su interpretación. La interpretación debe adecuarse a la práctica, y esta exigencia está motivada precisamente porque es esta y no otra práctica valiosa la que está siendo interpretada. De lo anterior se sigue, obviamente, que el método interpretativo no es el mejor método para todas las prácticas institucionales. En el caso de prácticas moralmente deficientes, no hay un juicio primario positivo que motive la investigación y justifique una exigencia fuerte de adecuación entre la interpretación y la práctica.

Aun así, algunos autores han dudado si tiene sentido exigir que la interpretación construida se adecue a la práctica⁸⁰. En el caso del equilibrio reflexivo, por ejemplo, no

⁷⁶ KRESS (1999) p. 91.

⁷⁷ RAZ (1986) p. 1111; SHERWIN (2011) pp. 238-239.

⁷⁸ Sobre esta crítica, véase MURPHY (2014) p. 54.

⁷⁹ MCCAFFERY (1997) p. 1053.

⁸⁰ KRESS (1999) p. 83.

existe un requerimiento estricto de adecuación⁸¹. De hecho, para Rawls uno de los rasgos definitorios de un principio moral justificado es su capacidad, en casos de inconsistencia, de derrotar juicios morales iniciales y llevar a su modificación⁸². Si ello es así ¿por qué exigir adecuación entre las reglas legales y los principios desarrollados por el teórico?

La respuesta está dada por el hecho de que el método interpretativo está dirigido a la interpretación de una práctica jurídica. No estamos, como en el caso del equilibrio reflexivo, en el plano de la filosofía moral, sino que en el plano del derecho de contratos. Una exigencia de adecuación es necesaria precisamente por el carácter jurídico de la práctica. El método interpretativo no solo parte de un juicio primario positivo acerca de la práctica, sino que –además– se refiere a una práctica jurídica que reclama para sí autoridad formal⁸³. Las reglas legales no constituyen un punto de partida provisorio, sino un conjunto de normas que reclaman autoridad de las que el teórico debe hacerse cargo, que constriñen considerablemente la libertad interpretativa del teórico. Este constreñimiento no es absoluto, y es compatible con diversas interpretaciones, pero no con cualquiera; el derecho vigente limita considerablemente el rango de interpretaciones plausibles.

III. ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA TEORÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS?

El lector escéptico, sin embargo, todavía podría preguntarse: ¿cuál es el sentido de la teoría del derecho de contratos? ¿Para qué la necesitamos?

El rol central de la teoría del derecho de contratos –tal como lo he adelantado en la primera sección de este trabajo– es que ella contribuye a la justificación del derecho de contratos. En términos más específicos, la teoría del derecho de contratos puede otorgar una justificación pública⁸⁴.

La idea de justificación pública es uno de los conceptos centrales de la democracia liberal, y se encuentra en el núcleo del liberalismo político. La idea, básicamente, es que dado el compromiso del liberalismo con la libertad individual y la agencia moral de cada persona, todos los aspectos de la estructura social deberían ser aceptables para cada individuo razonable⁸⁵. El reconocimiento de las personas como libres e iguales requiere justificar especialmente las instituciones coactivas apelando a razones que podrían ser razonablemente aceptadas⁸⁶. Desde este punto de vista, una institución está públicamente justificada cuando los ciudadanos tienen razones suficientes para apoyar su existencia⁸⁷. El método interpretativo de la teoría del derecho de contratos, entonces, trata de buscar la mejor justificación posible para esta institución. Esto implica conectar el discurso interno de la

⁸¹ KRESS (1999) p. 83, nota 4.

⁸² RAWLS (1951) pp. 187-189.

⁸³ RAZ (2009) pp. 29-33.

⁸⁴ La idea de que la teoría del derecho de contratos debería justificar públicamente el derecho de contratos fue introducida originalmente por BENSON (1995).

⁸⁵ WALDRON (1987) p. 128.

⁸⁶ D'AGOSTINO (1992) p. 144.

⁸⁷ D'AGOSTINO (1992) p. 144; VALLIER y D'AGOSTINO (2014).

dogmática jurídica con valores políticos compartidos, que puedan justificar ese discurso interno ante cada ciudadano razonable.

Esta concepción de la justificación pública del derecho de contratos, sin embargo, no es compartida por todos los teóricos. Para Benson, por ejemplo, una justificación pública debe ser jurídica, en el sentido de que “se refiere a los individuos en su rol como partes de transacciones voluntarias (...) en las que figuran como titulares de derechos y deberes correlativos que pueden ser coactivamente impuestos”⁸⁸. A juicio de Benson, esto implica –entre otras cosas– que la justificación debe basarse “en ideas normativas básicas que están presentes (...) en la cultura jurídica y, más específicamente, en los principios y doctrinas del derecho contractual”⁸⁹. La articulación de la justificación, entonces, debe “revelar un punto de vista jurídico (...) permaneciendo interna al Derecho (...), haciendo explícita la concepción de la obligación contractual que está presente en él”⁹⁰. Toda teoría del derecho de contratos debe “comenzar con las ideas internas al Derecho (...) y ver si acaso estas ideas, debidamente conjugadas, pueden ser trabajadas para dar lugar a una concepción completa y coherente de la obligación contractual”⁹¹.

La demanda de juridicidad no es adecuada, sin embargo, si estamos interesados en justificar la práctica del derecho de contratos. La teoría debe tomar suficiente distancia crítica de su objeto. La concepción de Benson no toma esta distancia crítica, en parte porque su interés es la justificación de las decisiones judiciales ante las partes, más que de la práctica en su integridad y ante todos los ciudadanos. Pero una justificación del derecho de contratos globalmente considerado, como toda justificación de una institución social, “requiere distancia normativa entre aquello que debe ser justificado y aquello que pretende justificar”⁹². La visión de Benson se aproxima demasiado a la idea de una práctica que se justifica a sí misma⁹³. En lugar de ello, una justificación pública del derecho de contratos tiene que conectar el discurso autónomo de la dogmática jurídica con principios políticos razonables. Una justificación pública del derecho de contratos debe ser política, no solo jurídica. El ejercicio de justificación no está dirigido a abogados, académicos o jueces, sino que a los ciudadanos. Por ello, en lugar de replicar el lenguaje técnico y el aparato conceptual complejo de la dogmática jurídica, la justificación pública debe referirse a valores normativos compartidos, usando el discurso ordinario de la política democrática⁹⁴.

Lo anterior se hace aún más urgente si tenemos en consideración que la justificación pública no es la búsqueda de una justificación en abstracto, sino que de una justificación que puede ser razonablemente aceptada por ciudadanos comunes y corrientes⁹⁵. La justificación pública, entonces, debe intentar conectar la racionalidad interna del derecho de contratos con los principios más amplios que ciudadanos libres e iguales pueden aceptar

⁸⁸ BENSON (1995) p. 305.

⁸⁹ BENSON (1995) p. 305.

⁹⁰ BENSON (1995) p. 306.

⁹¹ BENSON (1995) p. 314.

⁹² COLEMAN (2001) p. 202.

⁹³ En este aspecto, la perspectiva de Benson es similar a la noción, defendida por Weinrib, de que la teoría del derecho privado debe basarse en una autocomprensión interna. Véase WEINRIB (2012) pp. 14-16.

⁹⁴ RAWLS (1971) pp. 580-581.

⁹⁵ MACEDO (1990) p. 281.

como adecuados. La democracia liberal se basa en una “demanda por la justificación del orden social”, e “insiste en que en la vida social y política debe haber justificaciones inteligibles disponibles en principio para todos”⁹⁶. La teoría del derecho de contratos debe estar a la altura de estos compromisos de la democracia liberal.

En virtud de lo anterior, pese a que Benson basa su teoría en la concepción de Rawls acerca de la justificación pública⁹⁷, su interpretación acerca de cómo esa justificación debería operar en el derecho de contratos es problemática, precisamente por razones *rawlsianas*. Para Rawls, el punto de la filosofía política en sociedades democráticas es el de articular principios compartidos que ya estén presentes en la cultura política pública y su tradición histórica⁹⁸. Esto no puede lograrse sin trascender la estructura interna del derecho de contratos y conectarla con principios políticos ampliamente aceptados. La justificación pública no puede ser jurídica; lo jurídico es precisamente lo que necesita ser justificado.

Una justificación pública como la que he esbozado, además de su rol central, tiene al menos dos roles adicionales respecto al derecho de contratos. Uno es epistémico y el otro es prescriptivo. El rol epistémico consiste en que, como plantea Gardner, “todas las justificaciones son explicaciones”, ya que justificar algo consiste en explicarlo racionalmente⁹⁹. Así, al manifestar lo que está normativamente implícito¹⁰⁰ en la práctica del derecho de contratos, una justificación pública mejora nuestra comprensión de la misma. Ello ocurre debido a que una justificación pública nos permite ver el derecho de contratos –en la medida en que ello es posible– como una práctica coherentemente justificada en lugar de como un conjunto inconsistente de accidentes históricos. Finalmente, el rol prescriptivo consiste en que, al mostrar cómo el derecho de contratos puede ser justificado normativamente, la justificación pública puede poner de manifiesto aspectos problemáticos de la práctica que son inconsistentes con tal justificación. Así, una justificación pública puede dar lugar a argumentos “hipotéticamente prescriptivos”¹⁰¹, que indican cómo debemos reformar la práctica si queremos que ella esté a la altura de los valores que la justifican.

Hechas estas aclaraciones respecto a la naturaleza de la teoría del derecho de contratos, a continuación, exploro la relación entre ella y la dogmática.

IV. LA RELACIÓN ENTRE LA DOGMÁTICA Y LA TEORÍA DEL DERECHO DE CONTRATOS

Desde el punto de vista de la justificación, existe una diferencia central entre observar una práctica institucional desde afuera y observar casos particulares desde adentro de esa práctica. En la primera perspectiva, cuando miramos el derecho de contratos nos

⁹⁶ WALDRON (1987) p. 135.

⁹⁷ BENSON (1995) p. 276.

⁹⁸ RAWLS (1980) p. 518.

⁹⁹ GARDNER (2011) pp. 2-3.

¹⁰⁰ WEINRIB (2012) pp. 19-20.

¹⁰¹ GOLDBERG (2002) p. 515.

formulamos preguntas acerca de su sentido, las razones por las cuales lo tenemos, qué efectos positivos tiene, o si acaso debiéramos reemplazarlo o modificarlo. En la segunda perspectiva, en tanto, el foco no es la práctica globalmente considerada, sino que su operación detallada. Es necesario distinguir, entonces, entre justificar una práctica como un sistema de reglas y justificar acciones particulares regidas por esas reglas¹⁰². El primer punto de vista es el de la teoría del derecho de contratos, la cual se pregunta por el sentido de la práctica y su justificación moral¹⁰³. El segundo es el de la dogmática, que opera dentro de la práctica institucional del derecho de contratos¹⁰⁴ y justifica decisiones e interpretaciones dentro de esa práctica¹⁰⁵.

Esta distinción es extremadamente relevante. El desacuerdo acerca de la justificación del derecho de contratos es un hecho innegable, existiendo interpretaciones acerca de esta práctica basadas en la eficiencia¹⁰⁶, otras en la autonomía¹⁰⁷ y otras en la justicia distributiva¹⁰⁸, solo por mencionar algunas. Este desacuerdo es parte de la discusión contemporánea y, hasta cierto punto, es políticamente valorable. Sin embargo, dicho desacuerdo, inocuo o incluso valioso, deja de serlo si nos situamos dentro de la práctica del derecho de contratos. El derecho de contratos cumple roles demasiado fundamentales en la coordinación y generación de expectativas de comportamiento como para que cada resolución de una disputa contractual, así como el sentido de las reglas que las rigen, dependan –en cada caso– de resolver la pregunta acerca de la justificación del derecho de contratos.

Con esto, estoy postulando la idea de que la dogmática está comprometida con un tipo limitado de formalismo, esto es, con la noción de que las normas deben aplicarse con independencia de la deseabilidad de los efectos de esa aplicación¹⁰⁹. Esa forma limitada de formalismo, en general, no es problemática: en un sistema razonablemente adecuado, la mayoría de las veces la aplicación de las reglas llevará a resultados consistentes con su justificación subyacente¹¹⁰. De hecho, ese formalismo, en general, es instrumentalmente valioso para lograr los fines del derecho de contratos. Las decisiones basadas en reglas eliminan algunas consideraciones (que en otro caso serían relevantes), son en consecuencia menos costosas, y permiten al intérprete centrarse en cuestiones relevantes¹¹¹. Sin embargo, para que cumplan dicho rol instrumental, las reglas deben ser tratadas seriamente por la dogmática, es decir, sin considerar frente a cada caso las justificaciones subyacentes¹¹². En los términos

¹⁰² RAWLS (1955) p. 5.

¹⁰³ La estructura es, de nuevo, la descrita por RAWLS (1955).

¹⁰⁴ BASCUÑÁN (1998) p. 17.

¹⁰⁵ BASCUÑÁN (1998) p. 20.

¹⁰⁶ KAPLOW y SHAVELL (2006) y POSNER (2011).

¹⁰⁷ KIMEL (2003).

¹⁰⁸ BAGCHI (2015) y KRONMAN (1979).

¹⁰⁹ En este sentido, ALEXANDER (1999) p. 531 y STONE (2004) pp. 176-177.

¹¹⁰ SCHAUER (1993) p. 229.

¹¹¹ En este sentido, SCHAUER (1993) pp. 146; 229-230.

¹¹² ALEXANDER y SHERWIN (1994) p. 1192. En un sentido similar, criticando lo que él denomina “vulgarismo”, ATRIA (2011a) p. 120.

de este trabajo, esto significa que es necesario distinguir el ámbito de la dogmática del ámbito de la teoría del derecho de contratos.

Por supuesto, este análisis es demasiado simple. La relación entre la dogmática y la teoría del derecho de contratos es más complicada. De partida, cualquier teoría del derecho de contratos que deje de lado o califique como erradas instituciones centrales, sería una teoría inadecuada e incapaz de influir en la dogmática. El proceso, entonces, va y viene¹¹³. Pero lo más relevante es que, al menos ocasionalmente, la dogmática ciertamente puede, y debe, estar influida por la justificación o el sentido del derecho de contratos¹¹⁴.

¿Cómo se produce esta vinculación entre la dogmática (sofisticada) del derecho de contratos y la teoría del derecho de contratos? Para Dagan, “el derecho privado no puede explicarse ni justificarse aisladamente de los valores sociales que lo determinan”¹¹⁵. Esto es totalmente correcto. Pero no podemos caer en el error de asumir que cualquier aproximación al derecho de contratos debe partir desde la misma perspectiva. Por cierto, cuando nos aproximamos al derecho de contratos como legisladores o teóricos (esto es, cuando vemos al derecho de contratos desde afuera) necesariamente debemos tener en permanente consideración los objetivos sociales y políticos del derecho de contratos. Desde adentro, sin embargo, es perfectamente razonable que tales consideraciones sean hasta cierto punto opacas.

Pero solo hasta cierto punto. Una dogmática totalmente desvinculada de dichas consideraciones sería radicalmente insuficiente y circular, particularmente en los casos difíciles¹¹⁶. La manera ingenua de evitar esa circularidad es prescindir de la autonomía discursiva de la dogmática (y, con ello, de la distinción entre justificar una práctica y justificar conductas y acciones dentro de esta práctica): eso es, precisamente, lo que hace el instrumentalismo de reglas¹¹⁷, el que –con razón– ha sido objeto de duras críticas¹¹⁸. La manera más sensata de lidiar con este problema, para lo cual la dogmática está especialmente bien

¹¹³ SMITH (2004) p. 11.

¹¹⁴ EISENBERG (2001) pp. 213-214.

¹¹⁵ DAGAN (2008) p. 813.

¹¹⁶ Por un “caso difícil” entiendo un caso en el que las reglas del derecho contractual otorgan una solución determinada que, desde el punto de vista de su justificación subyacente, se muestra como extremadamente inadecuada. Se trata, entonces, de casos en los que existe una laguna axiológica. Al señalar esto, por supuesto, estoy asumiendo que es posible determinar el significado de una regla sin recurrir a su justificación subyacente, es decir, que las reglas son semánticamente autónomas, como sugieren MARMOR (1992) p. 154 y RÓDENAS (2001). En el mismo sentido, BARROS (1984) p. 277. Si ello no fuera así –es decir, si no se pudiera establecer el significado de una regla sin referencia a su justificación subyacente–, no existiría la posibilidad de conflicto entre la aplicación de una regla y su justificación subyacente.

¹¹⁷ No así, en todo caso, el instrumentalismo sistémico. El instrumentalismo sistémico defiende la idea de que las instituciones jurídicas son instrumentales para lograr fines externos a ellas. El derecho de contratos, por ejemplo, podría ser entendido como un sistema diseñado para lograr el intercambio eficiente de bienes y servicios. Esa noción es totalmente compatible con una dogmática relativamente autónoma y con criterios propios de justificación interna. El instrumentalismo de reglas, en cambio, no solo sostiene la idea de que las instituciones jurídicas son instrumentos al servicio de fines externos. Además, el instrumentalismo de reglas sostiene que cada una de las reglas referidas a una institución jurídica deben ser interpretadas instrumentalmente. En el caso del derecho de contratos, por ejemplo, esto significaría que cada regla del derecho de contratos debiera ser interpretada instrumentalmente, de manera que se logre el intercambio eficiente de bienes y servicios. La distinción es de KORNHAUSER (2000) y KORNHAUSER (2014).

¹¹⁸ La más radical, aunque, a mi juicio, bastante exagerada, es de WEINRIB (2012).

situada, es la de encontrar algún mecanismo que —sin romper la distinción entre la justificación de la práctica y su operación interna— sea capaz de mediar entre ambas esferas, vinculando la interpretación con el sentido de las instituciones jurídicas. Ese mecanismo está dado por los principios¹¹⁹, cuya formulación es una tarea esencial de la dogmática¹²⁰.

Existe una extensa literatura en torno a los principios jurídicos y su rol en la dogmática y la actividad judicial¹²¹. En este trabajo, entiendo por principios las máximas generales elaboradas por la dogmática jurídica que permiten sistematizar el conjunto de reglas, conectándolo con la justificación que subyace a ellas¹²². Los principios, a su vez, están implícitos en las reglas¹²³ y, al conectarlas con su justificación valorativa, las explican y, al mismo tiempo, justifican. Los principios así entendidos median entre los dos niveles de justificación¹²⁴, evitando que la dogmática jurídica esté completamente aislada de las consideraciones que justifican el derecho de contratos como institución social¹²⁵. Los principios, bajo esta concepción, conectan la dimensión interna de la práctica del derecho de contratos con su justificación. Esos principios, sin embargo, no se identifican con la justificación (y, por eso, su elaboración corresponde a la dogmática y no a la teoría del derecho de contratos), sino que median entre la justificación y las reglas formalmente válidas.

Un ejemplo útil a este respecto es el principio de buena fe contractual¹²⁶. Aunque un análisis detallado de este principio excede de las pretensiones de este trabajo¹²⁷, este principio, que tradicionalmente ha sido entendido como un modelo de conducta leal y cooperativa¹²⁸, o una cierta actitud de las partes, de respeto a la relación contractual¹²⁹, juega precisamente un rol de mediación entre las reglas concretas del derecho contractual chileno y su justificación. Las reglas concretas del derecho contractual establecen elementos esenciales y de la naturaleza, prescriben deberes específicos de conducta, etc. El análisis y sistematización de esas reglas es el rol de la dogmática. En el otro extremo, la teoría del derecho de contratos se pregunta qué tipo de valores morales y políticos realiza ese conjunto de reglas. Entre ambos niveles, el principio de buena fe orienta la interpretación de esas reglas y la solución de casos no regulados por ellas en un sentido consistente con esos valores morales y políticos. Otro ejemplo está dado por el principio *pacta sunt servanda*¹³⁰. En este caso,

¹¹⁹ En lo que sigue, desarrollo una idea expuesta por ATRIA (2011a), ATRIA (2011b) y BAYLES (1986).

¹²⁰ En este sentido, VERGARA (2014) p. 964.

¹²¹ Véase, entre otros, ALEXANDER y KRESS (1997), ALEXY (1988), ATIENZA y RUIZ MANERO (1991), BARROS (1984), DWORKIN (1986), RAZ (1972) y SQUELLA (2000). Para una perspectiva histórica, véase GUZMÁN BRITO (2014). Una útil revisión general de la literatura, desde un enfoque más cercano al de la dogmática continental que el ofrecido acá, es la de LÓPEZ (2015b) pp. 118-122.

¹²² En un sentido similar, ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) p. 105.

¹²³ ATIENZA y RUIZ MANERO (1991) p. 112.

¹²⁴ En este sentido, EISENBERG (1988) p. 82.

¹²⁵ En un sentido análogo, ATRIA (2011a) p. 120.

¹²⁶ En este sentido, LÓPEZ (2015b) p. 123.

¹²⁷ Para un análisis de este tipo en nuestro medio, véase BOETSCH (2011). En el contexto del *common law*, véase MARKOVITS (2014).

¹²⁸ BOETSCH (2011) pp. 109-110.

¹²⁹ MARKOVITS (2014) p. 280.

¹³⁰ Cuyo análisis es el foco del trabajo de PEREIRA (2016).

como señala Atria, dicho principio “media entre la finalidad de facilitar la cooperación y el intercambio y la regla del artículo 1824 del Código Civil”¹³¹.

Una precisión relevante es que la noción de principio aquí defendida no es exactamente coincidente con las más extendidas en la teoría del derecho contemporánea. Me refiero, por ejemplo, a las tesis de Dworkin y Alexy¹³². Para Dworkin, los principios se contraponen a las consideraciones instrumentales¹³³. A mi juicio, en cambio, los principios median entre el aspecto interno de las instituciones jurídicas y su justificación. Dicha justificación puede perfectamente ser de carácter instrumental (si lo es o no es algo sobre lo que no me pronuncio en este artículo), y en ese caso los principios mediarán entre la racionalidad autónoma del derecho de contratos y esas consideraciones instrumentales (asumiendo, entonces, parte de ese carácter instrumental). Los principios, en todo caso, no se identifican con las consideraciones que otorgan su justificación al derecho de contratos. Ellos median entre el discurso interno de la dogmática y tales consideraciones, pero siguen siendo internos al derecho de contratos.

Algo similar ocurre con la postura de Alexy. En el caso de este autor, los principios son entendidos como “*mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”¹³⁴. Dichos mandatos de optimización, además, deben ser ponderados en caso de conflicto¹³⁵. Sin embargo, los principios, en el sentido en que este trabajo los entiende, no son mandatos de optimización u objetivos normativos que pueden alcanzarse en mayor o menor medida. En lugar de ello, los principios son normas de un nivel menor de abstracción que los mandatos de optimización del derecho constitucional –tales como la dignidad humana, la libertad, la democracia, etc.¹³⁶–, que no prescriben objetivos institucionales, sino que median entre ellos y las reglas del derecho contractual. Se trata de normas menos ambiciosas que los principios en el sentido de Alexy, que cumplen funciones más localizadas y cuyo contenido es, precisamente por ello, menos ambiguo. Se trata de principios internos y locales.

Uno podría preguntarse, en todo caso, qué valor tienen estos principios internos y locales, en particular para lidiar con los casos difíciles. ¿Por qué no aceptar, en tales casos, que las fuentes formales del derecho se agotaron y que la decisión del caso deberá basarse en criterios extrajurídicos? ¿Por qué no permitir en tales situaciones que los conflictos se

¹³¹ ATRIA (2011a) p. 120.

¹³² También es diferente de las desarrolladas en nuestro medio. Para Vergara, por ejemplo, los principios no contribuyen a solucionar los casos difíciles (tarea que él le atribuye a las “teorías jurídicas”) sino a llenar lagunas normativas. Véase VERGARA (2015) pp. 639-340. Todavía más lejos se sitúa la postura de ALCALDE (2003), quien entiende los principios desde una perspectiva iusnaturalista clásica, evidentemente distinta del punto de partida liberal que este trabajo ha asumido expresamente. Una perspectiva similar a la de Enrique Alcalde, aunque con matices, es la de BOETSCH (2011) pp. 13-38.

¹³³ DWORKIN (1978) pp. 22-28.

¹³⁴ ALEXY (1988) p. 143.

¹³⁵ ALEXY (1988) pp. 147-148.

¹³⁶ Los ejemplos son de ALEXY (1988) p. 144.

decidan, simplemente, apelando a las justificaciones subyacentes? ¿Qué sentido tiene recurrir a estos principios intermedios?

La primera razón es la simple falibilidad humana¹³⁷. En realidad, cada vez que un intérprete –sea juez, académico o abogado– estima que una regla es inadecuada a la luz de su justificación subyacente, o –si es que la inadecuación de la regla es evidente– que la solución que él daría es de hecho mejor, existe un considerable riesgo de error. Esto es particularmente cierto en el caso del derecho de contratos, una institución que otorga poderes normativos cuyo uso por los individuos no se puede predecir con facilidad. Los principios van lo suficientemente lejos como para otorgar una solución a estos casos problemáticos; pero lo suficientemente cerca como para reducir el riesgo de error implícito en una decisión que apele directamente a la justificación.

La segunda razón es que la práctica del derecho de contratos y las expectativas que surgen a partir de ella deben ser protegidas por razones de seguridad jurídica¹³⁸. Cualquier desviación de las reglas existentes, incluso cuando su aplicación podría llevar a resultados subóptimos, puede afectar la estabilidad de las expectativas y de la práctica institucional que da lugar a ellas. Por cierto, eso no significa que debemos pretender que el problema de los casos difíciles no existe. De lo que se trata es de, reconociendo el problema, buscar soluciones más matizadas y razonadas que la discrecionalidad del intérprete. Los principios pueden contribuir significativamente en esa tarea.

CONCLUSIONES

Este trabajo comenzó con una observación optimista acerca del estado de nuestra dogmática contractual. Esa observación es importante, porque la teoría del derecho de contratos no puede comenzar siquiera a esbozar una justificación de la práctica si nuestra comprensión de la dimensión interna de esa práctica es inadecuada. Por ello, la dogmática es fundamental en la tarea de la justificación pública del derecho de contratos.

Pese a eso, una dogmática robusta es solo el primer paso. El segundo paso es el de la justificación pública, tarea para la cual la teoría del derecho de contratos es una perspectiva especialmente idónea. Ambos proyectos son, entonces, imprescindibles y deben estar relacionados. Este trabajo ha sido un intento por entender la naturaleza de cada uno de ellos, así como el tipo de relación que debe existir entre ambos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, Aulis (1990): “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 8: pp. 23-28.
AARNIO, Aulis (1997): *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* (Cambridge, Ashgate/Dartmouth).

¹³⁷ ALEXANDER (1985) p. 317.

¹³⁸ Respecto a la relación entre predictibilidad y adjudicación, véase GARRIDO (2009).

- ACCATINO, Daniela (2015): "La «teoría clásica» del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 1: pp. 35-56.
- ALCALDE, Enrique (2003): *Los Principios Generales del Derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- ALEXANDER, Larry y KRESS, Kenneth (1997): "Against Legal Principles", *Iowa Law Review*, vol. 82: 739-786.
- ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily (1994): "The Deceptive Nature of Rules", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 142, N° 4: pp. 1191-1225.
- ALEXANDER, Larry (1985): "Pursuing the Good-Indirectly", *Ethics*, vol. 95, N° 2: pp. 315-332.
- ALEXANDER, Larry (1999): "«With Me, It's All er Nuthin'»: Formalism in Law and Morality", *The University of Chicago Law Review*, vol. 66, N° 3: pp. 530-565.
- ALEXY, Robert (1988): "Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 5: 139-151.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1991): "Sobre principios y reglas", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 10: pp. 101-120.
- ATIYAH, Patrick y SUMMERS, Robert (1991): *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford, Clarendon Press).
- ATRIA, Fernando (2002): *On Law and Legal Reasoning* (Oxford, Hart Publishing).
- ATRIA, Fernando (2011a): "Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5: pp. 119-141.
- ATRIA, Fernando (2011b): "La relevancia del derecho civil (a propósito de Barros, 'Tratado de Responsabilidad Extracontractual')", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 8: pp. 219-226.
- BAGCHI, Aditi (2015): "Distributive Justice and Contract", en KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 193-212.
- BARNETT, Randy (1986): "A Consent Theory of Contract", *Columbia Law Review*, vol. 86: pp. 269-321.
- BARROS, Enrique (1984): "Reglas y principios en el derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 2: pp. 269-281.
- BASCUÑÁN, Antonio (1998): "Observaciones sobre la ciencia del Derecho", *Derecho y Humanidades*, N° 6: pp. 15-25.
- BAYLES, Michael (1986): "Mid-Level Principles and Justification", en: PENNOCK, J. Roland y CHAPMAN, John William (edit.), *Justification* (Nueva York, New York University Press) pp. 49-67.
- BEEVER, Allan y RICKETT, Charles (2005): "Interpretive Legal Theory and the Academic Lawyer", *The Modern Law Review*, vol. 68, N° 2: pp. 320-337.
- BENSON, Peter (edit.) (2001): *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BENSON, Peter (1995): "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, N° 2: pp. 273-336.

- BERNSTEIN, Lisa (2000): "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions", *Michigan Law Review*, vol. 99: pp. 1724-1790.
- BERNSTEIN, Lisa (2004): "Merchant Law in a Modern Economy", en KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 238-271.
- BIRKS, Peter (2005): *Unjust Enrichment* (Oxford, Oxford University Press).
- BIRKS, Peter (2014): *The Roman Law of Obligations* (Oxford, Oxford University Press).
- BIX, Brian (2013): *Contract Law: Rules, Theory, and Context* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BOETSCH, Cristián (2011): *La buena fe contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- COLEMAN, Jules (2001): "Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method", en: POSTEMA, Gerald (edit.), *Philosophy and the Law of Torts* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 183-213.
- COLEMAN, Jules (2003): "The Grounds of Welfare", *Yale Law Journal*, vol. 112, N° 6: pp. 1511-1543
- COLLINS, Hugh (2008): *The European Civil Code: The Way Forward* (Cambridge, Cambridge University Press).
- CORREA, Jorge, PEÑA, Carlos y VARGAS, Juan Enrique (2000): "¿Es la justicia un bien público?", *Revista Perspectivas*, vol. 3, N° 2: pp. 389-409.
- CRASWELL, Richard (2002): "In That Case, What Is the Question? Economics and the Demands of Contract Theory", *Yale Law Journal*, vol. 112, N° 4: pp. 903-924.
- D'AGOSTINO, Fred (1992): "The Idea and the Ideal of Public Justification", *Social Theory and Practice*, vol. 18, N° 2: pp. 143-164.
- DAGAN, Hanoch (2008): "The Limited Autonomy of Private Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, N° 3, pp. 809-834.
- DE LA MAZA, Íñigo (2003): "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1: pp. 109-148.
- DE LA MAZA, Íñigo (2008): "Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 11: pp. 43-72.
- DE LA MAZA, Íñigo (2010a): "Consentimiento informado, una visión panorámica", *Ius et Praxis*, vol. 16, N° 2: pp. 89-120.
- DE LA MAZA, Íñigo (2010b): "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 17, N° 2: pp. 21-52.
- DE LA MAZA, Íñigo (2011): "La distribución del riesgo y la buena fe: A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 37: pp. 115-135.
- DIMATTEO, Larry, PRENTICE, Robert, MORANT, Blake y BARNHIZER, Daniel (2007): *Visions of Contract Theory: Rationality, Bargaining, and Interpretation* (Durham, Carolina Academic Press).

- DWORKIN, Ronald (1978): *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press, primera edición).
- DWORKIN, Ronald (1986). *Law's Empire* (Cambridge, Harvard University Press, primera edición).
- EISENBERG, Melvin (1988): *The Nature of the Common Law* (Cambridge, Harvard University Press).
- EISENBERG, Melvin (2001): The Theory of Contracts, en BENSON, Peter (edit.), *The Theory of Contract Law: New Essays* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 206-264.
- FRIED, Charles (1981): *Contract as Promise* (Cambridge, Harvard University Press).
- GALSTON, William (2002): *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GARDNER, John (2011): "What Is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice", *Law and Philosophy*, vol. 30: pp. 1-50.
- GARRIDO, María Isabel (2009): "La predecibilidad de las decisiones judiciales", *Ius et Praxis*, vol. 15, N° 1: pp. 55-72.
- GOLDBERG, John C.P. (2002): "Twentieth-Century Tort Theory", *Georgetown Law Journal*, vol. 91: pp. 513-583.
- GORDLEY, James (1992): *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford, Clarendon Press).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *El origen y la expansión de la idea de principio del derecho* (Santiago, Thomson Reuters).
- HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass (1999): *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* (New York, Norton and Company).
- HURLEY, S.L (1990): "Coherence, Hypothetical Cases, and Precedent", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, N° 2: pp. 221-251.
- JESTAZ, Philippe y JAMIN, Christophe (2004): *La Doctrine* (Paris, Dalloz).
- JIMÉNEZ, Felipe (2014): "¿Autonomía de la voluntad?", en TURNER, Susan y VARAS, Juan Andrés (edit.), *Estudios de Derecho Civil IX* (Santiago, LegalPublishing) pp. 379-391.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steve (2006): *Fairness versus welfare* (Cambridge, Harvard University Press).
- KIMEL, Dori (2003): *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract* (Londres, Hart Publishing).
- KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.) (2015): *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford, Oxford University Press).
- KORNHAUSER, Lewis (2000): "Three Roles for a Theory of Behavior in a Theory of Law", *Rechtstheorie*, vol. 31, N° 2: pp. 197-252.
- KORNHAUSER, Lewis (2014): "The Economic Analysis of Law". Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/legal-econanalysis/>. Fecha de consulta: 26 de enero de 2016.
- KRESS, Keneth (1999): "Coherentist Methodology is Morally Better than Either Its Proponents or Its Critics Think (But Still Not Good Enough)", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 12: pp. 83-108.

- KRONMAN, Anthony (1979): "Contract Law and Distributive Justice", *Yale Law Journal*, vol. 89: pp. 472-511.
- LEONHARD, Chunlin (2012): "The Unbearable Lightness of Consent in Contract Law", *Case Western Reserve Law Review*, vol. 63, N° 1: pp. 57-90.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los contratos: Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- LÓPEZ, Patricia (2015a): *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- LÓPEZ, Patricia (2015b): "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*, vol. 25: pp. 115-181.
- MACEDO, Stephen (1990): "The Politics of Justification", *Political Theory*, vol. 18, N° 2: pp. 280-304.
- MARKOVITS, Daniel (2014): "Good Faith as Contract's Core Value", en KLASS, Gregory, LETSAS, George y SAPRAI, Prince (edit.), *Philosophical Foundations of Contract Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 272-293.
- MARMOR, Andrei (1992): *Interpretation and legal theory* (Oxford, Clarendon Press).
- MCCAFFERY, Edward (1997): "Ronald Dworkin, Inside-Out", *California Law Review*, vol. 85, N° 4: pp. 1043-1086.
- MOORE, Michael (2010): *Placing Blame* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- MORGAN, Jonathan (2013): *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MUIR WATT, Horatia (2011): "The Epistemological Function of «la Doctrine»", en VAN HOECKE, Mark (edit.), *Methodologies of Legal Research* (Londres, Bloomsbury Publishing) pp. 123-131.
- MURPHY, Liam (2007): "Contract and Promise", *Harvard Law Review Forum*, vol. 120: pp. 10-18.
- MURPHY, Liam (2014): *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- NINO, Carlos Santiago (1989): *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (Ciudad de México, Ediciones UNAM).
- NINO, Carlos Santiago (2003): *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Astrea).
- NÚÑEZ, Álvaro (2014): "Dogmática Jurídica", *Economía*, N° 6: pp. 245-260.
- OMAN, Nathan (2007): "The Failure of Economic Interpretations of the Law of Contract Damages", *Washington and Lee Law Review*, vol. 64: pp. 829-875.
- OMAN, Nathan (2010): "Consent to Retaliation: A Civil Recourse Theory of Contractual Liability", *Iowa Law Review*, vol. 96: pp. 529-579.
- PECZENIK, Alexander (2004): "Can Philosophy Help Legal Doctrine?", *Ratio Juris*, vol. 17, N° 1: pp. 106-117. ISSN 1467-9337.
- PECZENIK, Alexander (2008): *On Law and Reason* (Nueva York, Springer).

- PEREIRA, Esteban (2016): *¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual* (Santiago, Thomson Reuters).
- PEÑA, Carlos (1995): “Los desafíos actuales del paradigma del derecho civil”, *Estudios Públicos*, N° 60: pp. 327-347.
- PIZARRO, Carlos (2004): “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 6, N° 2: pp. 117-141.
- PIZARRO, Carlos (2008a): “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, LegalPublishing) pp. 395-402.
- PIZARRO, Carlos (2008b): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 31: pp. 255-265.
- POSNER, Richard (1987): “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, vol. 100, N° 4: pp. 761-780.
- POSNER, Richard (2008): “The State of Legal Scholarship Today: A Comment on Schlag”, *Georgetown Law Journal*, vol. 97: pp. 845-855.
- POSNER, Richard (2011): *Economic Analysis of Law* (Nueva York, Wolters Kluwer).
- POSTEMA, Gerald (1980): “Bentham and Dworkin on Positivism and Adjudication”, *Social Theory and Practice*, vol. 5, N° 3: pp. 347-376.
- RADIN, Margaret (2013): *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law* (Princeton, Princeton University Press).
- RAKOFF, Todd (1983): “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”, *Harvard Law Review*, vol. 96, N° 6: pp. 1173-1284.
- RAWLS, John (1951): “Outline of a Decision Procedure for Ethics”, *The Philosophical Review*, vol. 60, N° 2: pp. 177-197.
- RAWLS, John (1955): “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review*, vol. 64, N° 1: pp. 3-32.
- RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press, primera edición).
- RAWLS, John (1980): “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy*, vol. 77, N° 9: pp. 515-572.
- RAWLS, John (2001): *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge, Harvard University Press).
- RAWLS, John (2013): *Political Liberalism. Expanded Edition* (Nueva York, Columbia University Press).
- RAZ, Joseph (1972): “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, N° 5: pp. 823-854.
- RAZ, Joseph (1986): “Dworkin: A New Link in the Chain”, *California Law Review*, vol. 74, N° 3: pp. 1103-1119.
- RAZ, Joseph (2009): *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- RÓDENAS, Ángeles (2001): “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 24: pp. 63-84.

- SCANLON, Thomas (2003): "Rawls on Justification", en FREEMAN, SAMUEL (edit.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press) pp. 139-167.
- SCHAUER, Frederick (1993): *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, Clarendon Press).
- SCHAUER, Frederick (2004): "The Limited Domain of the Law", *Virginia Law Review*, vol. 90, N° 7: pp. 1909-1956.
- SCHIAVONE, Aldo (2012): *The Invention of Law in the West* (Cambridge, Harvard University Press).
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert (2003): "Contract Theory and the Limits of Contract Law", *Yale Law Journal*, vol. 113: pp. 541-619.
- SCHWARTZ, Alan y SCOTT, Robert (2010): "Contract Interpretation Redux", *Yale Law Journal*, vol. 119, N° 5: pp. 926-964.
- SCOTT, Robert (1999): "The Case for Formalism in Relational Contract", *Northwestern University Law Review*, vol. 94, N° 3: pp. 847-876.
- SHERWIN, Emily (2011): "Interpreting Tort Law", *Florida State University Law Review*, vol. 39: pp. 227-242.
- SHIFFRIN, Seana (2007): "The Divergence of Contract and Promise", *Harvard Law Review*, vol. 120, N° 3: pp. 708-753.
- SHIFFRIN, Seana (2016): "Remedial Clauses: The Over-Privatization of Private Law", *Hastings Law Journal*, vol. 67: pp. 407-442.
- SMITH, Stephen (2000): "Taking Law Seriously", *The University of Toronto Law Journal*, vol. 50, N° 2: pp. 241-259.
- SMITH, Stephen (2004): *Contract Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- SMITS, Jan (2012): *The Mind and Method of the Legal Academic* (Northampton, Edward Elgar Publishing).
- SQUELLA, Agustín (2000): *Introducción al Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- STEEL, Sandy (2013): "Private Law and Justice", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, N° 3: pp. 607-628.
- STONE, Martin (2004): "Formalism", en COLEMAN, JULES y SHAPIRO, SCOTT (edit.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 166-205.
- TEUBNER, Gunther (1993): *Law as an Autopoietic System* (Oxford, Blackwell).
- VALLIER, Kevin y D'AGOSTINO, Fred (2014): "Public Justification". Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/justification-public/>. Fecha de consulta: 26 de enero de 2016.
- VAN GESTEL, Rob y MICKLITZ, Hans (2011): "Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?" Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1824237. Fecha de consulta: 3 de marzo de 2016.
- VAN HOECKE, Mark (2011): "Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?", en VAN HOECKE, Mark (edit.), *Methodologies of Legal Research* (Londres, Bloomsbury Publishing) pp. 1-18.

- VERGARA, Alejandro (2014): "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas: Teoría y técnica de los «núcleos dogmáticos»", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 3: pp. 957-991.
- VERGARA, Alejandro (2015): "Delimitar y distinguir: teoría del derecho, filosofía del derecho y doctrina jurídica", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 44: pp. 623-660.
- VIDAL, Álvaro (2006): "La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil", en CORRAL, Hernán y RODRÍGUEZ, María Sara (edit.), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, LexisNexis).
- VIDAL, Álvaro (2007): "Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1: pp. 41-59.
- VIDAL, Álvaro (2009): "La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 32: pp. 221-258.
- WADDAMS, Stephen (2011): *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WALDRON, Jeremy (1987): "Theoretical Foundations of Liberalism", *The Philosophical Quarterly*, vol. 37, N° 147: pp. 127-150.
- WALDRON, Jeremy (2001): "Does Law Promise Justice?", *Georgia State University Law Review*, vol. 17: pp. 759-788.
- WEINRIB, Ernest (2002): "Corrective Justice in a Nutshell", *The University of Toronto Law Journal*, vol. 52, N° 4: pp. 349-356.
- WEINRIB, Ernest (2011): "Private Law and Public Right", *The University of Toronto Law Journal*, vol. 61, pp. 191-211.
- WEINRIB, Ernest (2012): *The Idea of Private Law* (Oxford, Oxford University Press, segunda edición).
- WILHELMSSON, Thomas (1993): "Questions for a Critical Contract Law - And a Contradictory Answer: Contract as Social Cooperation", en WILHELMSSON, Thomas (edit.), *Perspectives of Critical Contract Law* (Dartmouth, Aldershot).