

## LA PREGUNTA POR LA NORMATIVIDAD DEL CONTRATO: AUTONOMÍA PRIVADA Y REGLAS NO CONTRACTUALES

### *THE QUESTION ABOUT THE NORMATIVITY OF CONTRACT: PRIVATE AUTONOMY AND NON-CONTRACTUAL RULES*

CARLOS BERNER ZÚÑIGA\*  
EMANUEL GUTIÉRREZ MARTÍNEZ\*\*

**RESUMEN:** Este trabajo incursiona en la pregunta relativa al fundamento normativo u obligatoriedad moral del contrato. Ante esta pregunta, se presentan dos puntos de vista. El primero entiende que el contrato realiza un valor en sí mismo, cuyo fundamento se encuentra en el principio de autonomía (justificación intrínseca); el segundo, que la justificación del contrato pende de la realización de un valor social por su intermedio, como un ideal de eficiencia o justicia material (justificación extrínseca). El artículo intenta una defensa de la primera posición, enfatizando que al ser un valor que se desenvuelve dentro de una práctica social compartida como es el contrato, la autonomía necesariamente coexiste con reglas heterónomas o no contractuales que, en vez de socavarla, la hacen posible.

**Palabras clave:** contratos, normatividad, autonomía, derecho privado.

**ABSTRACT:** This work explores the question about the normative foundation or the moral obligatoriness of contract. Faced with this question, two points of view are presented. The first understands that contract realizes a value itself, the foundations of which derive from the principle of autonomy (intrinsic justification); the second, that the justification of the contract depends on the realization of a social value through it, as some notion of efficiency or material justice (extrinsic justification). The article attempts a defence of the first approach, emphasizing that being a value that unfolds within a shared social practice such as contract, autonomy necessarily coexists with heteronomous or non-contractual rules that, instead of undermining it, make it possible.

**Keywords:** contracts, normativity, autonomy, private law.

---

\* Magister en Derecho Privado, Universidad de Chile (c). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante *ad-honorem* de los Departamentos de Ciencias del Derecho y Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pío Nono 1, Providencia, Región Metropolitana. Correo electrónico: carlos.berner@ug.uchile.cl. N° ORCID: 0000-0003-1229-474X.

\*\* *Master of Laws in Legal Theory*, London School of Economics and Political Science (c). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante *ad-honorem* del Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Pío Nono 1, Providencia, Región Metropolitana. Correo electrónico: emanuelgutierrezmartinez@gmail.com. N° ORCID: 0000-0002-7859-8191.

Este artículo se gestó durante una serie de sesiones de lectura compartidas entre los autores y el profesor Carlos Peña, a quien agradecemos animarnos a escribir estas páginas. Agradecemos también a Adrián Schopf, Beltrán Flores, Pablo Letelier y Jaime de Rosas por sus comentarios a un borrador de este texto. Todo error es nuestro.

## I. INTRODUCCIÓN

Una pregunta que ha cobrado gran relevancia entre los teóricos del derecho de contratos (especialmente en la tradición anglosajona) es la relativa al fundamento normativo o la normatividad (*normativity*) del contrato. En la literatura, el debate acerca de la normatividad alude a la obligatoriedad moral de una institución o práctica social como es, en el caso que aquí se plantea, el contrato. Si bien existen abundantes razones de índole práctica para cumplir los contratos, muchas de ellas son prudenciales, por cuanto se fundan en la posición particular de un contratante o de otro. Una razón prudencial, por ejemplo, es la que subyace a la decisión de cumplir un contrato a fin de evitar la sanción coactiva que seguiría al incumplimiento. Preguntarse por la obligatoriedad moral de una institución como el contrato, que es lo que aquí nos ocupa, equivale en cambio a buscar razones para cumplirlos que sean independientes del autointerés, y por tanto prescindentes de los fines de quienes lo celebraron. En suma, se trata de indagar si acaso existe algún imperativo categórico o incondicional que ordene cumplir los contratos. Como lo muestra la literatura, quienes se empeñan en examinar la normatividad del contrato procuran encontrar un imperativo de esa índole: una razón moral que lo justifique.

Encontrar una respuesta a esta pregunta es relevante porque, como es fácil comprender, la institución del contrato no puede descansar sobre puras razones prudenciales o estratégicas de quienes interactúan en él<sup>1</sup>. En ese sentido, se ha afirmado que el contrato necesita una justificación pública<sup>2</sup>. Se trata de ofrecer razones que todos los potenciales

---

<sup>1</sup> La teoría contractualista de Thomas Hobbes resulta, bajo este respecto, problemática. Hobbes advertía que la tercera ley de la naturaleza, aquella que versa sobre la justicia, consiste en “[q]ue los hombres cumplan los pactos que han celebrado”. Lo justo para Hobbes en un estado civil consiste precisamente en cumplir los pactos. De lo contrario, continúa, “los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías, y subsistiendo el derecho de todos los hombres a todas las cosas, seguimos hallándonos en situación de guerra”. HOBBS (2017) p. 131. A partir de dicho razonamiento, Hobbes ataca y tilda de “necios” a quienes pretenden argumentar que el acto de incumplir un pacto pudiera considerarse racional cuando de ello se deriva un beneficio: “No podrían existir, pues, promesas mutuas, cuando no existe seguridad de cumplimiento por ninguna de las dos partes, como ocurre en el caso de que no exista un poder civil erigido sobre quienes prometen; semejantes promesas no pueden considerarse como pactos (...) En consecuencia, quien quebranta su pacto y declara, a la vez, que puede hacer tal cosa con razón no puede ser tolerado en ninguna sociedad que una a los hombres para la paz y la defensa, a no ser por el error de quienes lo admiten; ni, habiendo sido admitido, puede continuarse admitiéndolo, cuando se advierte el peligro del error. Estos errores no pueden ser computados razonablemente entre los medios de seguridad: el resultado es que, si se deja fuera o es expulsado de la sociedad, el hombre perece, y si vive en sociedad es por el error de los demás hombres, error que él no puede prever, ni hacer cálculos a base del mismo. Van, en consecuencia, esos errores contra la razón de su conservación; y así, todas aquellas personas que no contribuyen a su destrucción solo perdonan por ignorancia de lo que a ellos mismos les conviene”. HOBBS (2017) pp. 132-133. Así, para Hobbes, cumplir los contratos sería lo justo, pero a la vez lo racional. Con todo, debe notarse que la literatura ha discutido si acaso en Hobbes la obligación contractual tiene un carácter deontológico o prudencial. VENEZIA (2016) aboga por un entendimiento deontológico de la obligación contractual en Hobbes, pero reconoce que hay pasajes en la obra hobbesiana, como el recién discutido, que podrían fundar una posición prudencial, según la cual los contratos resultarían obligatorios solo si cumplirlos satisface el autointerés de los contratantes. ISLER (2020), por su parte, se preocupa acerca de la validez del pacto político, argumentando que la normatividad de dicho acuerdo es, en Hobbes, de una índole religiosa.

<sup>2</sup> En BENSON (1995) se aboga por una justificación pública de índole jurídica. En DWORKIN (1986), en cambio, la justificación de una institución importa un proceso interpretativo que, si bien se basa provisionalmente en las

participantes de la práctica contractual puedan aceptar como válidas y que justifiquen la coerción estatal a favor de dicha práctica<sup>3</sup>.

Ahora bien, un examen de la literatura muestra que hay dos formas básicas de justificar la obligatoriedad del contrato. Por una parte, hay quienes afirman que la justificación del contrato reside en sus características intrínsecas, es decir, que el contrato en sí mismo realiza un valor que, a su vez, constituye su justificación moral<sup>4</sup>. El contrato no se fundaría ni en los resultados que produce o las consecuencias que se siguen de su celebración, ni tampoco en los intereses particulares que satisface, sino en la práctica de celebrarlo. Este tipo de fundamentación se encuentra típicamente ligada al principio de la autonomía y es defendida a partir de una reconstrucción kantiana de la obligación contractual: el derecho de contratos se justifica en tanto dota de coercibilidad a los intercambios, a la decisión de las personas de cooperar entre sí haciendo uso de su libertad. La obligatoriedad, en esos términos, sería la consecuencia de la autonomía, de la capacidad del sujeto de autolegislarse<sup>5</sup>. Así, las obligaciones jurídicas que nacen del contrato serían un espejo de la capacidad de todo agente de restringir su propia libertad en pos de un fin determinado por sí mismo<sup>6</sup>.

Frente a la posición anterior, encontramos otra que postula que el contrato se justifica en atención a los fines o valores que mediante él se pueden perseguir; su normatividad es, así, extrínseca<sup>7</sup>. Si el contrato está o no justificado dependerá de si se realiza un valor social por su intermedio, siendo este determinado *ex ante* y con independencia de los fines individuales perseguidos por las partes contratantes. Por supuesto, atribuir al contrato una justificación extrínseca implica la elección de aquel criterio externo al intercambio que le sirva de correctivo. Un camino bullado en la literatura, impulsado por parte del movimiento del *Law and Economics*, es erigir a la eficiencia como estándar normativo aplicable al contrato y las instituciones jurídicas<sup>8</sup>: el contrato se justifica si se alcanza un resultado eficiente mediante él<sup>9</sup>. Otro camino es el seguido por quienes afirman que el contrato debe propender a la realización de ciertos ideales de justicia material<sup>10</sup>. El contrato se justifica, bajo esta tesis, si el acuerdo persigue y satisface ese *telos* y debe, en caso contrario, ser corre-

---

prácticas existentes, tiene como objetivo fundamental responder por qué dicha práctica es digna de mantenerse. Para una revisión de la literatura sobre este punto puede verse JIMÉNEZ (2017a) pp. 407-409.

<sup>3</sup> RAWLS (1980) p. 517.

<sup>4</sup> Por ahora, por todos, la teoría del ‘contrato como promesa’ de FRIED (2015); y la ‘teoría relacional’ de RIPSTEIN (2016). Un análisis más detallado sobre los exponentes de esta línea de pensamiento se incluye en la sección II.

<sup>5</sup> Según Kant, los derechos nacidos de los contratos (derechos personales) representan la facultad (o “posesión”) que tiene una persona para determinar el arbitrio de otro. Se trata de la posibilidad de domesticar la autonomía de un tercero que es, en principio, soberano de sí. En otras palabras, los derechos personales consisten en la capacidad de someter la propia libertad a un tercero, y viceversa. KANT, MS 271.

<sup>6</sup> FRIED (2015) p. 19.

<sup>7</sup> Por ejemplo, POSNER (2005) y GORDLEY (1991). Los representantes de esta postura se discuten en la sección III.

<sup>8</sup> Discutido en la sección III.1.

<sup>9</sup> Entendido, por ejemplo, en términos paretianos. SMITH (2004) pp. 108-136. A este respecto, Posner, por ejemplo, entiende que la eficiencia es un criterio tanto normativo como descriptivo. POSNER (2005) p. 139.

<sup>10</sup> Discutido en la sección III.2.

gido conforme a dicho criterio. Todos estos puntos de vista, a diferencia del anterior, identifican una fuente externa para fundar la normatividad del contrato.

Por supuesto, existen autores que, participando del debate acerca de la justificación moral del contrato, podrían rechazar las dos etiquetas recién reseñadas. La aquí presentada no constituye una clasificación taxativa de las maneras de ver el contrato, sino un esfuerzo de sistematización de lo que en términos generales ofrece la literatura<sup>11</sup>. A continuación, se brindará un breve panorama de estas dos maneras de justificar el contrato para, enseguida, ofrecer una defensa de la primera de ellas, la justificación interna, que pretende contribuir a un entendimiento más completo de la autonomía, así como de las condiciones que hacen posible su desenvolvimiento en la práctica contractual. Esperamos mostrar de qué forma una justificación de la obligatoriedad del contrato fundada en la autonomía resulta compatible con la existencia de estándares heterónomos o no contractuales.

## II. LA FUNDAMENTACIÓN INTRÍNSECA: LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO FUNDAMENTO MORAL DEL CONTRATO

La modernidad da cuenta de un mundo altamente diferenciado, donde el contrato se asienta como la forma de cooperación y comunicación por excelencia<sup>12</sup>. Dicho de otro modo, en lugar de encontrar trayectorias vitales compartidas, el fenómeno de la división del trabajo estimula la individuación y de esa manera la autonomía individual ocupa un sitio relevante que se actualiza —fuertemente— a través del contrato. Abrazando estas ideas, un sector de la literatura, que se discutirá en esta sección, defiende que el fundamento moral del contrato se encuentra en la autonomía individual. Como se verá de inmediato, esta corriente, aunque no de manera unánime<sup>13</sup>, se caracteriza por establecer una continuidad

<sup>11</sup> En la literatura se distingue también entre “internalismo” y “externalismo” a propósito de los fundamentos del derecho privado en general, según si se aboga por su autonomía respecto de otras disciplinas o si, en cambio, se admite que este persiga fines que no le son propios. Para una discusión sobre estas corrientes de pensamiento véase PEREIRA (2005) pp. 194-215. Junto a la distinción anterior, también se ha propuesto la distinción entre doctrinas “instrumentalistas” y “no instrumentalistas” del derecho de contratos. Para una síntesis del debate planteado bajo dicha nomenclatura y una defensa de la perspectiva instrumentalista del contrato, véase JIMÉNEZ (2017b) pp. 101-105.

<sup>12</sup> Émile Durkheim explica que las sociedades modernas transitan desde la prevalencia de la “solidaridad mecánica”, donde la conciencia colectiva intensa, a la de la “solidaridad orgánica”, donde la conciencia colectiva pierde espesor y las relaciones se basan fundamentalmente en los intercambios. En palabras de Durkheim, cuando “se avanza en la evolución, los lazos que ligan al individuo a su familia, al suelo natal, a las tradiciones que le han legado el pasado, a los usos colectivos del grupo, se aflojan. (...) Sin duda que toda conciencia común no desaparece por eso; quedará siempre, cuando menos, ese culto a la persona, a la dignidad individual (...) que, desde ahora, es el único centro de reunión de tantos espíritus”. DURKHEIM (2017) p. 419.

<sup>13</sup> Dori Kimel reconoce que la promesa y el contrato cumplen una función similar de índole instrumental, al “facilitar una forma de confianza, cooperación o coordinación entre las personas”. Sin embargo, argumenta que dichas prácticas se diferencian en que, “mientras las promesas son normalmente realizadas dentro del marco de alguna relación personal actual, con el caso de las promesas entre extraños considerado como la excepción, en el caso del contrato es cierto lo contrario: la práctica como un todo es diseñada, en primer lugar y ante todo, para facilitar la cooperación o mutua confianza entre extraños, bastándose de con el tipo de confianza que es probable que se produzca entre extraños (de modo que la invocación de la práctica en el contexto de las relaciones personales a veces puede ser completamente inapropiada)”. KIMEL (2003) p. 65 [traducción libre].

entre el acto de *prometer* y el de *contratar*: la obligatoriedad moral del contrato derivaría de un intercambio de promesas subyacente, que hace asimismo las veces de justificación para la protección estatal de los intercambios formalizados a través de contratos.

En palabras de Joseph Raz, “las promesas se realizan mediante la comunicación de una intención de adquirir, mediante esa misma comunicación, una obligación”<sup>14</sup>. En conformidad a este punto de vista, la obligación contractual no tiene como antecedente la mera intención del agente en sentido abstracto, sino una comunicación o acto de habla cuyo propósito específico es el de comprometer un curso de acción futuro, disminuyendo la contingencia de la propia conducta. Sin embargo, sostiene Raz, junto a la voluntad del agente como fuente de la obligación, el sistema contractual debe echar mano a consideraciones externas a la promesa en sí, que vienen dadas por la confianza de quienes reciben una promesa y la utilidad social. El fundamento moral de la institución del contrato se encuentra, así, en “lo deseable de la existencia de vínculos especiales entre personas y lo deseable de relaciones especiales que son voluntariamente diseñadas y desarrolladas en virtud de la elección de los participantes”<sup>15</sup>. Habría así, como se adelantó, dos niveles de justificación: uno el de la regla que instituye al contrato como institución y otro, el del principio que justifica el acto de contratar.

Otro exponente notable de la teoría voluntarista del contrato es Charles Fried. En su obra *Contract as Promise* (1981), Fried desarrolla una teoría del derecho de contratos frecuentemente calificada como una de las más sólidas y comprensivas<sup>16</sup>. La postura de Fried descansa en una idea liberal: el derecho promueve que cada persona pueda definir su horizonte de sentido y ello supone la capacidad de comprometer su conducta futura, permitiéndole al otro confiar y descansar en que lo prometido será realizado. Con particular claridad, Fried explica que “mediante la promesa ponemos en mano de otra persona un nuevo poder para desarrollar su voluntad, aunque solo sea moral: lo que pensaba hacer solo, ahora tiene la expectativa de efectuarlo con la ayuda prometida, y darle esta nueva herramienta es precisamente el propósito de la promesa”<sup>17</sup>. En esta expectativa o confianza reposa la justificación del contrato, la cual nos permite desarrollar proyectos colectivamente, cooperando con otros en la medida en que el intercambio de promesas en cuestión satisfaga los fines individuales de quienes concurren a él<sup>18</sup>. Ahora bien, ¿cómo es posible que una

<sup>14</sup> RAZ (1982) p. 927 [traducción libre]. En el derecho nacional existen posturas que buscan justificar el contrato con base en la autonomía, como es el caso de los trabajos de Crescente Molina, quien, influenciado por las ideas de Joseph Raz, sostiene que la capacidad de generar obligaciones contractuales es algo deseable en sí mismo y no derivado del valor de algún objeto social externo. En concreto, las obligaciones serían “producto de un ejercicio de poder normativo, poder normativo que fundamenta su valor en el interés humano básico de controlar nuestro mundo obligacional”. MOLINA (2019) p. 179.

<sup>15</sup> RAZ (1982) p. 928 [traducción libre].

<sup>16</sup> Uno de sus mayores críticos, Anthony Kronman, caracterizó el libro de Fried como “un nuevo campeón de los teóricos voluntaristas” (*A New Champion for the Will Theorist*). KRONMAN (1981).

<sup>17</sup> “By promising we put in another man’s hands a new power to accomplish his will, though only a moral power: What he sought to do alone he may now expect to do with our promised help, and to give him this new facility was our very purpose in promising”. FRIED (2015) p. 8 [traducción libre].

<sup>18</sup> La relevancia de la confianza supone incluso ceñirse a las expectativas recíprocas que surgen en el marco de las tratativas preliminares. El panorama se explica en LÓPEZ y ELORRIAGA (2015), §63. Una visión comparada sobre este asunto se encuentra en ZIMMERMANN y WHITAKER (2000) pp. 236 y ss.

persona pueda obligar su conducta futura, aportando así a la construcción de esta confianza que constituye a la institución del contrato? Ello derivaría de lo que Kant llama libertad práctica o positiva: la de representarse el resultado y adecuar la acción<sup>19</sup>.

En términos de razonamiento práctico, todo agente posee la capacidad de representar-se las implicancias que tendrá su acción en el futuro. Si esto es así, entonces también podrá comprometer ese actuar futuro. Un ejemplo puede aclarar el punto. Un cliente –imagínemos que usted es abogado o abogada– le solicita realizar una gestión en Antofagasta el día de mañana. Luego de pensar y ponderar las implicancias que conlleva el encargo, se decide por aceptar. En ese caso, usted se encuentra obligado moralmente a llevar a cabo el encargo y su cliente tendrá la expectativa legítima de que usted así lo hará, ya que su aceptación del encargo presupone un momento evaluativo de su curso de acción futuro, que culminó con el compromiso de actuar en un determinado sentido: realizar el encargo. Así, de toda promesa se sigue la existencia de dos posiciones: la del promitente (quien se obliga para con el otro) y la de quien recibe la promesa (quien tiene la confianza o la expectativa de que el promitente cumplirá con su obligación). Bajo la teoría promisoria de Fried, entonces, la promesa le permite al beneficiario constreñir la libertad del promitente para conseguir sus fines, asegurándole que dicho constreñimiento se encuentra moralmente justificado.

De manera especial, la teoría de Fried –y en esto será seguido por prácticamente todo autor que defienda una visión consensualista del contrato y, en general, por quienes defienden una perspectiva liberal de dicha institución– niega que sea moralmente aceptable utilizar el derecho de contratos como un mecanismo para alcanzar metas distributivas<sup>20</sup>, así como también que el derecho de contratos deba entenderse bajo concepciones altruistas<sup>21</sup>. En efecto, afirma Fried, ambos ataques al principio promisorio están relacionados: “dado que el altruismo requiere compartir, es también una instancia de perseguir metas redistributivas a través del derecho de contratos”<sup>22</sup>. Para autores como Fried, los ideales redistributivos son moralmente admisibles en la esfera de acción de los agentes públicos, de manera

<sup>19</sup> Según explica Carlos Peña, para Kant, la libertad positiva en sentido práctico consiste en la posibilidad de un agente de determinar o discernir racionalmente un curso de acción con independencia de sus pulsiones inmediatas. A modo de ejemplo: usted es director de una compañía y le ofrecen usar información privilegiada para concretar un suculento negocio. La tentación probablemente lo asediará. Sin embargo, en un momento, usted se representará las consecuencias de la acción y el daño que puede significar. Mediado por esta representación, usted decide –imaginémonos– no cometer tamaña ilegalidad. Usando el ejemplo del deseo de fumar, Carlos Peña sostiene que la elección del sujeto animada por el discernimiento de su propia conducta “estuvo entonces determinada por una deliberación racional”. PEÑA (2018) p. 48.

<sup>20</sup> Por ejemplo, véase GUTMANN (2013).

<sup>21</sup> Una interesante visión sobre el altruismo ha sido presentada en el ámbito nacional por Esteban Pereira. El profesor Pereira defiende la fundamentación del derecho contractual en base a un “altruismo moderado”, esto es, una posición normativa del agente que enfatiza la atención y preocupación por los intereses de los demás pero que, al mismo tiempo, prescinde de la promoción del sacrificio personal en términos ilimitados en favor de otros (por ejemplo, el caso del “buen samaritano”). A su entender, existen varias reglas e instituciones que responden a este tipo de altruismo, que desafía la versión más radical del individualismo decimonónico. Entre las manifestaciones de esta forma de altruismo en el derecho de contratos, encontramos la buena fe objetiva y sus concreciones en deberes precontractuales de información y la teoría de la imprevisión. PEREIRA (2018) pp. 141 y ss. Un desarrollo de estos postulados, en particular en relación con la buena fe y el derecho propiedad –especialmente con su interpretación de las servidumbres– lo encontramos en PEREIRA (2020) pp. 264-292.

<sup>22</sup> FRIED (2015) p. 77 [traducción libre].

que deben alcanzarse a través de sus instrumentos propios como, por ejemplo, el establecimiento de impuestos. Replicar esos fines imponiéndolos a aquellas relaciones por las que los individuos se involucran espontáneamente no tiene justificación moral<sup>23</sup>.

La teoría de Fried no ha estado exenta de críticas. Anthony Kronman, por ejemplo, observa que la teoría de Fried, según la cual la promesa es el fundamento moral último del contrato, por sobre los criterios de *confianza* y *beneficio*, parece contra-intuitiva: solo cuando hay una confianza por parte del destinatario de la promesa nuestra intuición nos llevaría a dotarla de coercibilidad<sup>24</sup>. De igual manera, sin perjuicio de reconocerse que la teoría de la promesa representa la realidad de un conjunto importante de tipologías contractuales, se le reprocha su incapacidad para explicar un sinnúmero de contratos que protagonizan la vida cotidiana. Por ejemplo, podría observarse que cuando Pedro realiza un giro de diez mil pesos en un cajero automático, su expectativa de que la máquina le entregará ese dinero no radica en que el banco ha efectuado una promesa en términos morales. Aunque, en defensa de Fried, podría decirse que lo que ocurre es que en condiciones modernas la confianza se traslada desde la confianza en las personas a una confianza abstracta en los sistemas<sup>25</sup>. En el ejemplo, entendida en términos de su función instrumental, la promesa del banco tiene lugar al celebrarse el contrato de cuenta corriente. De esta manera, la confianza abstracta en los sistemas explicaría la existencia de la institución en general, mientras que el acto de habla de prometer justifica que, en particular, quien contrata deba cumplir aunque lo prudential para él fuera no hacerlo.

Los reproches ciertamente no terminan ahí. Se ha dicho que una teoría basada exclusivamente en la autonomía no puede explicar que contratos que son excesivamente onerosos para una de las partes deban cumplirse –negando aquello que en la literatura anglosajona se denomina *unconscionability*– sin importar la posición del deudor<sup>26</sup>. Más allá de la defensa de la obligatoriedad del contrato libremente negociado, incluso el mismo Fried ha reconocido que algunos contratos “parecen simplemente demasiado duros para ser ejecutados de manera forzada”, indicando que ellos serían “ofensivos a la decencia”<sup>27</sup>. Si bien Fried concluye que aquellas promesas habrían sido conseguidas mediante fuerza (*duress*), no desarrolla una justificación, limitándose a ofrecer una posición de ribetes sociológicos: en

<sup>23</sup> Sobre el punto, cabe hacer presente que una justificación intrínseca del contrato tiene como presupuesto una clara delimitación funcional del derecho privado, estrechamente ligada al fenómeno de la división del trabajo. Las tareas que pesan sobre el estado en torno a dirigir la vida social en pos de ciertos fines o ideales de justicia poseen una importancia que es considerada y abordada a través de un sinnúmero de reglas e instituciones, mas el derecho de contratos no es una de ellas. John Rawls expresa esta idea en los siguientes términos: “Lo que en realidad buscamos es una división institucional del trabajo entre la estructura básica y las reglas que se aplican directamente a los individuos y a las asociaciones, y que rijan las transacciones particulares. Si es posible establecer esta división del trabajo, entonces los individuos y las asociaciones tendrán libertad para promover sus fines más eficazmente, dentro del marco de la estructura básica, con la seguridad de que en todo lo demás del sistema social se habrán hecho las necesarias correcciones para conservar la justicia de trasfondo”. RAWLS (2006) p. 252.

<sup>24</sup> KRONMAN (1981) pp. 408-409.

<sup>25</sup> GIDDENS (1990) pp. 83 y ss.

<sup>26</sup> GORDLEY y JIANG (2020) pp. 730-732.

<sup>27</sup> “Some bargains, though they meet all of the tests I have set out so far, seem just too hard to enforce. [...] These bargains are offensive to decency [...]”. FRIED (2015) p. 109 [traducción libre]. Esta frase se comenta en GORDLEY y JIANG (2020) p. 732.

dichos casos el sistema político habría fallado<sup>28</sup>. Hacia el final de este trabajo se presentará otra forma de explicar estos casos.

Otra crítica es que el principio de la promesa –y la autonomía en términos generales– no sería capaz de explicar la obligatoriedad de elementos que las partes nunca negociaron, como los elementos de la naturaleza (*implied terms*) o las obligaciones emanadas de la buena fe. En todos estos casos, dirían los críticos, se trataría de deberes de fuente heterónoma, cuya exigibilidad malamente podría reconducirse a la autonomía individual del sujeto obligado. Es precisamente este el tipo de crítica que se abordará hacia el final de este trabajo, utilizando el ejemplo de la buena fe contractual (z sección V). La pregunta es si acaso la autonomía personal como fundamento de la obligatoriedad del contrato posee el poder explicativo suficiente para hacer inteligibles aquellas obligaciones que pertenecen al contrato pero que, en rigor, no emanan de una voluntad deliberada de los contratantes en el sentido de comprometer su conducta futura a su cumplimiento.

### III. LA FUNDAMENTACIÓN EXTRÍNSECA: EL CONTRATO COMO MEDIO PARA ALCANZAR FINES ULTERIORES

Transitando por la vereda opuesta, parte de la literatura afirma que la justificación del contrato pende de la realización de un valor social por su intermedio, que excede los fines individuales de las partes, siendo por eso “extrínseco”. Según se adelantaba, defender una justificación extrínseca del contrato supone, por cierto, elegir de entre los diversos fines sociales imaginables, uno que sirva como criterio para evaluar el intercambio. En lo que sigue, se presentarán dos posturas que siguen ese camino. La primera selecciona a la eficiencia como el estándar normativo aplicable a las instituciones y al contrato en particular. La segunda, a su turno, se sirve de una noción de justicia –hasta cierto punto *material*– para justificar y evaluar la práctica contractual.

#### 1. LA EFICIENCIA ECONÓMICA COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO

Sin perjuicio de que una parte de la literatura afirma que el análisis económico no equivale a un estándar normativo<sup>29</sup>, lo cierto es que el movimiento del *Law and Economics* también ofrece visiones que lo erigen como uno, sirviéndose de la eficiencia como criterio para justificar al contrato<sup>30</sup>. En otras palabras, salvando las diferencias intelectuales existentes al interior de esta corriente, el *Law and Economics* entiende que la eficiencia es un valor que las instituciones deben promover, identificando al contrato como una institución que busca favorecer el intercambio y promover el bienestar social en términos de eficiencia económica<sup>31</sup>.

La eficiencia, según sugirió Pareto, puede entenderse como aquel punto en que la situación de un sujeto mejora sin hacer que la situación de los demás empeore<sup>32</sup>. Alternati-

<sup>28</sup> FRIED (2015) pp. 110-111.

<sup>29</sup> PEREIRA (2014) pp. 95-96.

<sup>30</sup> SMITH (2004) pp. 108-136. A este respecto, Posner, por ejemplo, entiende que la eficiencia es un criterio tanto normativo como descriptivo. POSNER (2005) p. 139.

<sup>31</sup> ELLICKSON (1982) pp. 1519-1580; POSNER (1986).

<sup>32</sup> GORDLEY y JIANG (2020) p. 738.

vamente, puede también “medirse, como sugiere Posner, como maximización de la riqueza, un criterio semejante al de Pareto pero que permite comparar utilidades”<sup>33</sup>. Con base en esta aproximación, una regla contractual –una norma de conducta emanada de un contrato– es correcta si de ella se sigue la solución más eficiente para el caso en concreto en términos de maximización de riqueza o de aumento del bienestar social. En cambio, si bajo dichos parámetros cumplir con la regla contractual es ineficiente, resultaría del todo justificado que el contrato sea incumplido, toda vez que con ello se aumentará el bienestar social agregado. Es más, uno podría afirmar que en este último caso –donde el incumplimiento del contrato resulta eficiente– se debería abandonar el *pacta sunt servanda*, pues si las partes hubieran podido negociar conociendo este factor –que el incumplimiento sería eficiente– hubieran permitido el incumplimiento<sup>34</sup>. En otras palabras, esta escuela concibe al contrato como una entidad incompleta, es decir, como un mecanismo que requiere ser llenado o completado por la eficiencia para ser obligatorio. De no ser el caso, el contrato simplemente se abandonará. En efecto, como el valor de una cosa o acción es relativo a un uso alternativo, de ahí se sigue que si al incumplir el contrato se obtiene un beneficio superior al de cumplirlo, permitiendo la tasa así obtenida indemnizar al deudor, entonces lo correcto es la defección.

Entre sus virtudes, esta corriente responde con relativa facilidad al fundamento de la obligatoriedad de los elementos de la naturaleza o de las obligaciones que emanan de la buena fe. Según Posner, estas obligaciones se incorporan al contrato dado que son reglas por *default* óptimas o eficientes<sup>35</sup>. Así, estos elementos serían provistos por el ordenamiento jurídico con el objeto de disminuir los costos de transacción y de información en que deben incurrir los contratantes, quienes no deben prever la totalidad de las vicisitudes de su relación<sup>36</sup>.

Con todo, el sitio hegemónico de que goza esta corriente en la tradición del derecho anglosajón no la ha salvado de ser objeto de múltiples embates<sup>37</sup>. Una primera pregunta,

<sup>33</sup> PEÑA (1999) p. 6.

<sup>34</sup> En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, Ernest Weinrib explica que el postulado central del análisis económico es que el causante del daño actúa negligentemente si no adopta las medidas necesarias para evitarlo (por ejemplo, un accidente de autos), solo si el costo de adoptar esas medidas es inferior al costo del daño probable. Si, en cambio, el costo del daño probable está por debajo del de las medidas de precaución, no habría negligencia, pues el individuo habría actuado en conformidad con el criterio de maximización del bienestar social. WEINRIB (2012) pp. 46-47. Incluso, Posner llega a sostener que esta idea subyace a las decisiones judiciales, afirmando: “The law tries to guess where the parties would want to allocate some burden or benefit, such as responsibility if some happy, or harmful, contingency materializes; if it guesses right, this both minimizes the costs of transacting by making it unnecessary for the parties to transact around the law’s allocation, and produces the efficient allocation of resources if transaction costs are prohibitive”. POSNER (1986) pp. 229-233.

<sup>35</sup> POSNER (2005) p. 139.

<sup>36</sup> Debe notarse que la incorporación al contrato de una serie indeterminada de deberes no convenidos expresamente por las partes es, en la práctica litigiosa, una importante causa de problemas de interpretación.

<sup>37</sup> Por ejemplo, una crítica notablemente articulada es la que, entre nosotros, ha formulado Salvador Millaleo desde la sociología jurídica, denunciado que la doctrina del incumplimiento eficiente del contrato es incompatible con los valores estructurales protegidos por el derecho de contratos. Millaleo ha formulado dos importantes reparos a la aplicación de dicha doctrina. El primero de ellos dice relación con la imposibilidad de justificar *-ex post* contrato- una privación a una de las partes del objeto de su derecho bajo las exigencias jurídicas del *pacta sunt servanda*: “en general nadie tiene el derecho o la libertad de incumplir un contrato”. La segunda dice relación con la confianza de los participantes del mercado en la institución del Derecho de contratos: “si miramos desde la perspectiva del bienestar social, el incumplimiento eficiente sancionado por la responsabilidad contrac-

ineludible para quien pretende defender el lugar de la eficiencia como justificación del contrato, es la de por qué la eficiencia —o una de sus variadas concepciones— es una meta que vale la pena perseguir, incluso a costa de infringir otros valores como la importancia de honrar las promesas libremente consentidas. Como nota James Gordley, esta pregunta aún no ha sido respondida satisfactoriamente por quienes abrazan esta postura<sup>38</sup>. Por su parte, Ronald Dworkin también ha dirigido fuertes críticas al análisis económico del derecho liderado por Richard Posner, sosteniendo que la maximización de la riqueza no es, en ningún caso, un criterio suficiente para fundar moralmente una institución; debe haber, sostiene Dworkin, un fundamento moral independiente, respecto del cual la maximización de la riqueza juega un rol instrumental<sup>39</sup>.

## 2. LA JUSTICIA EN LOS INTERCAMBIOS COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO

Si ante el naufragio de su barco un rescatista le ofrece al capitán salvar su navío a cambio de un precio sideral, ¿sería ese un contrato obligatorio? Sirviéndose de ejemplos de esta naturaleza, Gordley explica que la obligatoriedad del contrato supone, además del consentimiento, que sus términos —típicamente, el precio o las prestaciones principales— sean justos<sup>40</sup>. Así, para quienes sostienen este punto de vista, el criterio normativo en que el contrato encuentra su justificación moral es la justicia en los intercambios<sup>41</sup>. Pero ¿qué significa que un intercambio sea justo?

Tradicionalmente se ha afirmado que el contrato presupone la existencia de justicia conmutativa: en la medida en que haya sido otorgado de forma libre y voluntaria, el de-

---

tual de los daños generará una externalidad negativa definida por una pérdida de confianza en la institución contractual. Tal desconfianza proviene del socavamiento del proceso de formación de los contratos al relajar nuestro respeto por el resultado de ese proceso, lo cual es grave si consideramos que los derechos contractuales son la riqueza más valiosa de los mercados y que los contratos son la manera privilegiada en que se socializan los individuos de las sociedades modernas”. MILLALEO (1997) pp. 247-248.

<sup>38</sup> GORDLEY y JIANG (2020) p. 738.

<sup>39</sup> Desarrollando su idea, Dworkin afirma que “[e]l análisis económico no supone la existencia de algún fundamento moral independiente en favor de conceder o negar tal derecho. De esta manera, no puede argüirse en favor del análisis económico el que apunte a lo que, independientemente, sobre bases morales, es la respuesta correcta. Por el contrario, este sostiene que la respuesta correcta lo es solo porque incrementa la riqueza social”. Para luego agregar que “si la maximización de la riqueza ha de ser solamente un valor instrumental —y ahora esta es la hipótesis bajo análisis—, debe haber entonces alguna posición moral independiente para los derechos que la maximización de la riqueza recomienda. Estos derechos no pueden ejercer fuerza moral sobre nosotros por el simple hecho de que reconocerlos incrementa la riqueza”. DWORKIN (1998) p. 279. Para una evaluación desde el punto de vista moral, puede verse KLASS (2017).

<sup>40</sup> James Gordley desarrolla largamente esta idea en su famoso *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. GORDLEY (1991).

<sup>41</sup> Para ser justos, debe mencionarse que la manera en que Gordley concibe las doctrinas del derecho de contratos y el derecho privado en general se enmarca dentro de una amplia y reputada tradición intelectual. En efecto, la tradición de la que este autor forma parte —y de la que se erige como uno de los más relevantes defensores y sistematizadores— se remonta a la filosofía de Aristóteles y, a partir de allí, puede contar entre sus filas a importantes juristas, comenzando por Tomás de Aquino, pasando por exponentes de la escolástica como Molina y Lessius, diseminándose ampliamente con Grocio y Pufendorf en la tradición iusnaturalista del norte de Europa, y culminando en la civilística francesa, cuyo apogeo se identifica con las obras Domat y Pothier. Para una explicación de la manera en que esta tradición habría influido en el derecho de contratos moderno debe verse GORDLEY (1991) pp. 1-9.

recho de contratos asume que este será un contrato justo. La justicia en los intercambios no dice relación con el valor objetivo del bien o servicio transado, sino que refiere –lisa y llanamente– al valor que cada parte les asigne<sup>42</sup>. Es por ello que el artículo 1441 del Código Civil refiere a que, en los contratos onerosos conmutativos, la prestación de un contratante “se mira como equivalente” a la del otro. No es baladí que el legislador no haya señalado como presupuesto de un contrato conmutativo que las prestaciones “son equivalentes” y, en cambio, haya optado por una noción de equivalencia evidentemente subjetiva<sup>43</sup>.

A propósito de este problema, nos parece que adherir a una concepción o teoría subjetiva del valor resulta imprescindible para la subsistencia del contrato como institución. Una mirada económica al fenómeno del intercambio contractual (y la cooperación entre individuos que él posibilita) evidencia que las partes contratan en beneficio propio –sea por motivos individualistas o sea por motivos altruistas– y lo hacen en aras de alcanzar sus propios fines. Considerando que en las sociedades funcionalmente diferenciadas (como las modernas) las personas abrigan valores inconmensurables entre sí, resulta imposible construir parámetros normativos u objetivos para juzgar el valor que cada una de las partes de un intercambio le asigna a las prestaciones comprometidas. Esta noción supone que las preferencias individuales son incomparables<sup>44</sup>. De ahí se sigue que si el precio ofrecido es de 100 y hay alguien dispuesto a pagarlo, es porque el vendedor lo valora en menos que 100 y el comprador en algún punto por sobre esa suma<sup>45</sup>. Pero lo anterior no es suficiente, sugiere Gordley. Para que las prestaciones se *miren como equivalentes* –es decir, den lugar a intercambios justos– sería necesario que el valor asignado a los bienes transados se configure bajo condiciones de mercado, dando lugar a lo que se ha denominado *precio de mercado*. Por esto mismo, la teoría subjetiva del valor supondría que el precio del contrato refleje las preferencias de las personas, siendo indispensable contar con mercados competitivos y una regulación que permita efectivamente la libre competencia<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Según nota Íñigo de la Maza, el derecho común de contratos “queda bien representado por la célebre frase de Fouilleé: ‘qui dit contractuelle, dit juste’. El otro sector [el del derecho de protección a los consumidores] también queda representado por esa frase, aunque esta vez puesta de cabeza: quien dice justo, dice contractual”. DE LA MAZA (2019) p. 217.

<sup>43</sup> Alguien podría argüir que la expresión “se mira como equivalente” no refiere a un criterio subjetivo, sino al adoptado por un observador externo que, desde esa perspectiva, evalúa el acuerdo. Una interpretación como esa resulta, empero, inconsistente con las normas del Libro IV del Código Civil, que recurren a criterios objetivos para evaluar las prestaciones de las partes solo en casos excepcionales (por ejemplo, véanse los artículos 1544 y 1888, como se verá más adelante). En la literatura un negocio conmutativo es uno en que las partes pueden apreciar con certeza sus prestaciones recíprocas, cosa que no ocurre con el negocio aleatorio.

<sup>44</sup> Según Alfred Marshall, el nivel de satisfacción que los individuos presentan frente a un mismo bien es diverso. Esto es graficado mediante los siguientes ejemplos: “Un rico que vacila en gastar un chelín en un solo cigarro está pensando en su mente un placer más pequeño que un pobre que vacila en gastar un chelín en una cantidad de tabaco que le durará un mes. El dependiente que gana 100 libras al año se irá a pie a la oficina bajo una lluvia más recia que el que gana 300, pues el coste de un trayecto en tranvía o en taxi es la medida de un beneficio mayor para el pobre que para el rico”. MARSHALL (1931) p. 42.

<sup>45</sup> En un nivel más abstracto, como lo explicara Jacques Derrida, “[p]ara que el contrato o la alianza tenga lugar, para que el ‘sí, sí’ ocurra en ambos lados, debe ocurrir en dos idiomas al mismo tiempo”. Citado en ANDERSEN (2008) p. 85 [traducción libre].

<sup>46</sup> GORDLEY y JIANG (2020) pp. 744-755. Estas ideas James Gordley las ha desarrollado en GORDLEY (2006). A este respecto, avanzando –mediante una serie de críticas a Gordley– en la teoría del precio justo y su normati-

Más allá de la importancia de contar con un libre mercado que efectivamente refleje los intereses de las partes, es posible observar que la importancia de la justicia sustantiva en los contratos ha sido reforzada de manera importante desde finales del siglo pasado. La defensa se ha llevado a cabo, por un lado, por la vía de proteger el consentimiento del contratante afectado por una situación de desequilibrio negocial. Así, los casos de regulaciones sectoriales —como el ámbito del consumo, las relaciones laborales o arrendamientos con fines habitacionales— evidencian estatutos de protección para la parte que se encuentra en una posición desfavorecida, que amenaza la libertad de su consentimiento, sea por falta de información o por una diferencia de poder factual<sup>47</sup>. Es del caso destacar que el Código Civil contempla reglas excepcionales que, más allá de haber sido consagradas en medio del siglo XIX, buscan controlar la equivalencia objetiva de las prestaciones, buscando promover la realización de un ideal, siquiera mínimo, de justicia sustantiva. Un caso notorio en que se intenta controlar la equivalencia de las prestaciones es el de la lesión enorme en compraventas de bienes raíces<sup>48</sup>, otro es el límite a la cuantía de la cláusula penal<sup>49</sup> y, junto a esos

---

dad, Joaquín Reyes ha defendido la importancia de comprender el precio justo desde una perspectiva institucional. REYES (2021) pp. 165-166.

<sup>47</sup> Se ha afirmado que, en el caso del derecho de protección al consumidor, “las partes se asumen como desiguales, por lo tanto, el principio que predomina es uno que podría denominarse ‘equilibrio contractual’”. DE LA MAZA (2019) p. 217. Esta idea podría llevarnos a firmar que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos depende, en realidad, del tipo de contrato de que se trate; la autonomía podría erigirse como fundamento de los contratos libremente discutidos, mas no de contratos donde una de las partes es un mero adherente. Lo anterior, sin embargo, lleva a un equívoco: según se argumenta más adelante (véase la sección IV) la existencia de estatutos especiales de protección no constituye una negación de la autonomía como fundamento normativo del contrato, sino una condición para que la autonomía de las partes sea plenamente ejercitada. Por tanto, si bien en materia de consumo pueden imperar criterios interpretativos de índole tutelar, deberes de información realizados o limitaciones especiales a la libertad contractual, ello no es expresión de una desconfianza hacia la autonomía, sino por el contrario, de un resguardo de ella en atención a su especial valor.

<sup>48</sup> CHILE, Código Civil. Artículo 1888. Es del caso señalar que, históricamente, se discute el origen de la lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles. Efectivamente, la cuestión del origen histórico de esta institución —como casi todas las que rodean a las figuras de la legislación romana que conocemos, y que fueron sistematizadas y extendidas por la Glosa siglos después— está plagada de dudas. Por de pronto, ella descansa en una fuente —el rescripto de Diocleciano recogido en C.4.44.2— que, por su naturaleza, solo tenía un carácter informativo y no directamente vinculante. Adicionalmente, la cuestión está inevitablemente ligada con la del justo precio, en un período histórico en el que los criterios de un mercado competitivo como un rasero de justicia formal, como lo conocemos hoy día, eran extraños. De hecho, un trabajo reciente teoriza sobre la concepción del justo precio “diocleciano” que habría rodeado al origen de la lesión enorme, más ligado con el control del valor económico de productos en el comercio: “El Edicto de Diocleciano preparó el fin de la libertad de precios. El precio máximo contenido en él regulaba, entre otros, a los colegia de orfebres y pequeños obreros, en el que la fijación de precios de productores y consumidores explicaba los costos de producción como criterio de la determinación del precio. Así fue impuesto un “verdadero valor por excelencia”, independiente de la oferta y la demanda” [traducción libre]. FORSTER (2018), N° 23. La aplicación de la noción del justo precio ligada a los orígenes de la lesión enorme puede fácilmente transformarse, como puede advertirse, en una descontextualización si no se toman en cuenta las características de una sociedad moderna y el mercado que nace a su alero.

<sup>49</sup> CHILE, Código Civil. Artículo 1544. Vale hacer referencia a una regla o *test* más general, propio del *common law*, en contra de las penalidades contractuales que se denomina “*penalty rule*”. Esta regla reza que una cláusula penal no será obligatoria si la ‘pena’ que impone a quien incumple es desproporcionada en relación con el interés del acreedor respecto al cumplimiento de la obligación. Este *test* lo estableció la Corte Suprema de Reino Unido en un fallo de fecha 4 de noviembre de 2015, caratulado “*Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi*”. Los hechos del caso son relativamente sencillos: el Sr. Makdessi le vendió a Cavendish Square Holding BV el 47% de

dos y en especial relación con el segundo, también encontraríamos la existencia de un interés máximo que el acreedor puede cobrar en operaciones de crédito de dinero<sup>50</sup>. Apuntando que el propósito de normas como las anteriores es controlar los intercambios recurriendo a parámetros objetivos o sustantivos, que dicen relación con elementos que escapan al intercambio en sentido estricto, se ha querido reivindicar el rol de la justicia distributiva<sup>51-52</sup>.

Habiendo presentado los intentos de fundamentación extrínseca del contrato, en lo que sigue se indagará si una relectura de la autonomía permite explicar las normas que no encuentran su fuente directamente en la deliberación de las partes.

#### IV. UNA RELECTURA Y DEFENSA DE LA AUTONOMÍA COMO JUSTIFICACIÓN INTRÍNSECA DEL CONTRATO

Es una realidad innegable que las sociedades se han complejizado y diferenciado, produciendo cambios relevantes en la práctica de la contratación. Los ámbitos del derecho de consumo, la legislación laboral y la creciente regulación sectorial —como es el caso, por ejemplo, de los contratos de prestación de servicios básicos— invitan a tomar en consideración las características de la modernidad al reflexionar sobre cuál es la justificación normativa del contrato. En lo que sigue, se intenta presentar una visión vigorosa de la autonomía como criterio intrínseco que sirve de fundamento moral al contrato, buscando contribuir a su mejor reconstrucción y aplicación al debate acerca de la normatividad del contrato. Lo fundamental será dilucidar si acaso la justificación interna del contrato, enraizada en el valor de la autonomía, puede explicar aquellos ámbitos en que el intercambio parece estar delimitado por estándares ajenos a la voluntad de los contratantes. De manera que, si la respuesta a esta interrogante es positiva —esto es, si el concepto de autonomía efectivamente permite hacer inteligibles aquellas reglas y principios que no responden exclusivamente al interés individual—, entonces la existencia de deberes que no encuentran su fuente inmediata en la deliberación de los contratantes al interior de la práctica contractual no constituye

---

sus acciones en una empresa de publicidad y marketing, obligándose además a no competir en el mismo rubro. En caso de incumplir esta obligación, conllevaba que la compradora no debía pagar un saldo de precio y que el Sr. Makdessi debía transferir las acciones que le restaban en la empresa. La Corte Suprema entendió que la “pena” impuesta al vendedor no era desproporcionada en relación con el interés de *Cavendish* en que se cumpliera la obligación de no competir. Véase *CAVENDISH SQUARE HOLDING BV v. TALAL EL MAKDESSI* (2015).

<sup>50</sup> CHILE, Ley 18.010. Artículo 6. En el ámbito comparado, presentados ejemplos similares, encontramos a KRONMAN (1980) p. 473.

<sup>51</sup> La distinción entre justicia distributiva y justicia correctiva se remonta a la época de Aristóteles. En su *Ética Nicomáquea*, Aristóteles presenta a la justicia distributiva como aquella que tiene “lugar en las distribuciones de honores, riquezas, y de todo cuanto puede ser repartido en la comunidad política entre ciudadanos”. La justicia correctiva, por su parte, consistiría “en la corrección que se practica en las relaciones recíprocas que se forman entre particulares”. Así, si la primera guarda relación con la distribución de los bienes comunes —de una parte con el todo—, la segunda tiene que ver con la relación entre particulares. Véase ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea* 1130 b 30. Ello ha sido entendido en el sentido de que “[s]e trata fundamentalmente de la distribución de bienes y de cargas que el estado hacía entre sus ciudadanos”. GUARIGLIA (1997) p. 266.

<sup>52</sup> Un ejemplo de la defensa de la justicia correctiva, a estas alturas paradigmático, lo encontramos en WEINRIB (2012).

una negación de la autonomía ni su reemplazo por los criterios distributivos que inspiran aquellos deberes heterónomos.

Para comenzar, nos parece necesario destacar, siguiendo a Émile Durkheim, que la experiencia vital de las personas se desenvuelve en dos dimensiones distintas: una individual, que anima la consecución de los fines fijados autónoma y soberanamente por cada cual; y otra social, sobre la cual descansa la primera. Esta dualidad se refleja en toda institución y el contrato no es una excepción: el contrato no descansa exclusivamente en la autonomía, sino en lo que podemos llamar un momento de heteronomía, es decir, en un conjunto de prácticas y juicios que trascienden la mera individualidad de quienes comparecen al intercambio<sup>53</sup>. Un análisis como este supone, por cierto, una aproximación institucional al contrato: el intercambio contractual no es, por decirlo así, un fenómeno de la naturaleza o uno que pueda ser concebido al margen de una estructura de fondo, sino que, precisamente, deriva su sentido de un conjunto de reglas constitutivas y no meramente regulativas<sup>54</sup>.

Siendo esto así, si bien la práctica de contratar realiza el ideal de la autonomía, que le sirve de fundamento normativo, dicha práctica al mismo tiempo deriva su sentido de un conjunto de reglas cuya fuente última no es la voluntad individual. El intercambio contractual sería, por antonomasia, el lugar donde la autonomía individual es ejercida; pero soportando el gigantesco entramado de intercambios que tiene lugar en una sociedad moderna y altamente diferenciada, se encontrarían aquellos valores compartidos de origen social, que permean constantemente la conciencia de los individuos y ejercen presión sobre sus decisiones<sup>55</sup>. Como puede advertirse, la relación entre la voluntad individual y los valores sociales, si bien evidencia una paradoja, no es antagónica sino sinérgica: la voluntad individual tiene como presupuesto la existencia de valores compartidos, pero estos últimos encuentran su expresión en las decisiones de los individuos.

En *Idea para una historia universal en clave cosmopolita*, Kant pone en evidencia este fenómeno de ambivalencia. Y lo hace tras realizar un balance de lo que ha sido la historia de la humanidad, concluyendo que el presente “ha sido urdido por una locura y una vanidad infantil”<sup>56</sup>. Con el fin de explicar racionalmente este fenómeno, Kant sugiere que las personas son animadas por una aparente contradicción que se encuentra en la base del orden legal: el ser humano es un sujeto socialmente insociable<sup>57</sup>. Las personas necesitan de espacios de autogobierno en los que puedan velar por su propio interés (por esto son insociables), pero al mismo tiempo requieren compartir su trayectoria vital y cooperar pa-

<sup>53</sup> DURKHEIM (1986) pp. 30-31.

<sup>54</sup> En los términos de John Searle, el contrato no es un hecho bruto –como lo es un átomo o un eucalipto– sino un hecho institucional, es decir, uno cuya existencia presupone un determinado marco. En estos términos, un trueque puede ser considerado un hecho bruto, pero un contrato es un fenómeno artificial que solo existe en virtud de un diseño institucional. SEARLE (1995) pp. 6 y ss. Este diseño institucional puede entenderse como un ámbito “óntico-convencional” para existir, un espacio que es creación de las reglas. Para la noción de reglas óntico-convencionales debe verse ROBLES (1984).

<sup>55</sup> DURKHEIM (1986) pp. 46-48.

<sup>56</sup> KANT (2006) p. 36.

<sup>57</sup> PEÑA (2018) p. 55.

cíficamente con otros<sup>58</sup>. Este dualismo es también subrayado por Habermas a la hora de distinguir entre la autonomía privada que favorece el contrato y el mercado, y la autonomía pública que se realiza mediante la participación democrática: existe una interdependencia entre el derecho a ser dejado solo y el derecho a participar<sup>59</sup>.

La paradoja de la que se viene dando cuenta explica nada menos que el surgimiento de la sociedad civil, cuya organización es encargada al derecho<sup>60</sup>. Se trata de volver compatible la máxima libertad con la clara delimitación de los límites de esta. Por esto mismo, la vida social requiere fidelidad a las instituciones. La insociabilidad es posible sobre la base de la sociabilidad y viceversa. Allí donde decimos insociabilidad, decimos autonomía; donde decimos sociabilidad, a su turno, decimos compromiso con las instituciones. Ambas se sostienen la una a la otra, de manera que resulta vano reflexionar acerca de la autonomía sin aceptar primero la existencia de instituciones que la informen, así como también resultaría problemático afirmar que algún valor social compartido, por inspirar ciertas reglas o instituciones del derecho privado, deba tenerse como fundamento normativo de la práctica contractual<sup>61</sup>. Al mismo tiempo, creer que la autonomía se funda a sí misma nos impide comprender adecuadamente el alcance de la buena fe contractual y sus concreciones (como han señalado los críticos), los elementos de la naturaleza del contrato y un sinnúmero de reglas que no pueden explicarse con base en la autonomía en términos aislados<sup>62</sup>. De este

<sup>58</sup> En palabras de Kant, “[e]l hombre tiene una tendencia a socializarse, porque en tal estado siente más su condición de hombre al experimentar el desarrollo de sus disposiciones naturales. Pero también tiene una fuerte inclinación a individualizarse (aislarse), porque encuentra simultáneamente en sí mismo la insociable cualidad de doblegar todo a su mero capricho y, como se sabe propenso a oponerse a los demás, espera hallar esa misma resistencia por doquier”. KANT (2006) p. 42.

<sup>59</sup> “El primer aspecto, es decir, el que el arbitrio, regido por intereses, de unos sujetos que actúan en la actitud de orientarse a conseguir su propio éxito, que tal arbitrio, digo, quede desligado, suelto, o desvinculado de los contextos de la acción orientada al entendimiento que son los contextos creadores de obligaciones, es solo el reverso del segundo aspecto, a saber, el de la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan los espacios de opción desde fuera. Esto explica la posición fundamental que ocupan los derechos que aseguran, a la vez que hacen compatible entre sí, libertades subjetivas individualmente imputables”. HABERMAS (2005) p. 185.

<sup>60</sup> PEÑA (2018) p. 55.

<sup>61</sup> El enfoque ofrecido por los profesores Campos, Munita y Pereira obedece a esta –a nuestro juicio, equivocada– tendencia. Argumentan que el fundamento normativo de la buena fe contractual oscila, según el deber de que se trate entre el “individualismo desinteresado” y el “altruismo moderado”. Estos autores afirman que “[b]uena parte de los deberes derivados de la buena fe responde a un modelo de altruismo moderado. (...) Ello explica que la buena fe, en el estadio actual del derecho de contratos, sea con frecuencia asociada a una moral eminentemente altruista, apelando a tomar fuertemente en consideración el interés de la otra parte y, en ocasiones, a observar deberes que favorecen directamente su interés e instan a actuar a su favor, poniendo en entredicho el aparente predominio del interés propio del contratante sobre el ajeno”. CAMPOS, MUNITA y PEREIRA (2022), p. 209.

<sup>62</sup> En este sentido, Dori Kimel, quien es crítico de las formulaciones de Charles Fried basadas en el principio promisorio pero defiende el rol de la autonomía personal como fundamento del contrato, anota que el respeto por la autonomía personal no siempre implica más libertad contractual o menos limitaciones a ella: “Respect for personal autonomy itself, to the extent that it has a significant bearing on the desirable scope and the normative implications of contractual activity, does not always entail more rather than less freedom, or less rather than more intervention in freedom of contract”. KIMEL (2003) p. 129. Siguiendo a Kimel, Esteban Pereira destaca que “[l]a intervención regulatoria que en la actualidad experimenta el ámbito contractual no tiene por qué implicar necesariamente un socavamiento de la autonomía personal del agente moral, y con ello el desprestigio de la concepción liberal del contrato, pues dicha actuación legislativa, lejos de ser incompatible con el respeto

modo, que no se pueda exigir –coactivamente– el cumplimiento de un contrato que no satisface los estándares previstos en nuestro ordenamiento –por ejemplo, aquel que adolece de objeto o causa ilícita– no es la manifestación de una *excepción* al principio de autonomía o de una irrupción de la justicia sustantiva en el acuerdo, sino un ejemplo del tipo de condiciones que hacen que la autonomía de las partes pueda ser ejercitada en un contexto social. Asimismo, tal como se la recoge en el Código de Bello, la buena fe es un buen ejemplo, que más adelante se utilizará para ilustrar que la justificación intrínseca del contrato no se sostiene *a pesar de*, sino *gracias a* la existencia de reglas externas al contrato.

Hasta aquí, se ha defendido la autonomía como fundamento normativo del contrato, procurando ofrecer un entendimiento de dicho principio que dé cuenta de su función social. Esta interpretación permite explicar que, si bien al interior de la práctica contractual encontramos reglas o instituciones que imponen a los contratantes deberes de conducta que no emanan estrictamente de su voluntad individual, ello no habla de una *insuficiencia* de la autonomía para justificar aquel tipo de deberes. Al contrario, entender dichos deberes como excepciones o negaciones de la autonomía habla de una insuficiencia en el entendimiento que tenemos de la propia autonomía.

La buena fe contractual, como se acaba de adelantar, es un buen ejemplo de lo anterior. En lo que sigue, se explica la manera en que, en condiciones modernas, los deberes emanados de la buena fe pueden ser entendidos como reglas no contractuales –en los términos de Durkheim– que resultan inteligibles a la luz de una concepción vigorosa de la autonomía como la que se viene defendiendo. Esta es una manera, además, de evidenciar que el problema acerca de la normatividad del contrato no es solo analizable desde un punto de vista abstracto, esto es, como una indagación acerca de la justificación moral del contrato como institución, sino también desde el punto de vista del contenido de los contratos<sup>63</sup>.

## V. EL CASO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Y SU RELACIÓN CON LA AUTONOMÍA

La buena fe es un concepto de larga data que ya aparecía en el derecho romano, donde se lo vinculó con la equidad (*bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*<sup>64</sup>), aunque contaba con un contenido más restringido que esta última<sup>65</sup>. Es solo con la llegada de la modernidad que el concepto de buena fe se distancia defini-

---

a la autonomía, es ciertamente exigida por aquella”. PEREIRA (2014) p. 110. Véase también, para un panorama más completo de su posición, PEREIRA (2016).

<sup>63</sup> Así, la manera en que se interprete la buena fe contractual a la luz de la autonomía como fundamento normativo puede entregar luces acerca de cómo debemos comprender otras instituciones o principios del derecho de contratos, como la intangibilidad del contrato, el caso fortuito, o la imprevisión o excesiva onerosidad de lo pactado. Agradecemos a un comentarista anónimo por esta observación.

<sup>64</sup> “La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad”. GUZMÁN (2002) p. 15, nota 23.

<sup>65</sup> “En un sentido general, puede aceptarse que la equidad está detrás de la buena fe o que la funda, pero ello debe decirse de todo el derecho, y los juristas romanos no insistieron sobre el punto. El texto de Trifonino conservado en D. 16, 3, 31(...) no dice, en realidad, que todo lo que exige la equidad pasa a ser exigencia de la buena fe, sino, al contrario, que es la buena fe la que exige equidad, lo que en cierta manera le impone un límite que evita su desborde hacia la ética abierta e infinita”. GUZMÁN (2002) p. 15.

tivamente de consideraciones de justicia sustantiva, pasando a formularse a través de una cláusula general que alude a un estándar de conducta y es recogida de manera uniforme en la tradición continental<sup>66</sup>. El *Code Civil* francés disponía en su artículo 1134, inciso tercero, que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, mientras que en su artículo 1135, que “los contratos obligan no solo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley le atribuyan a la obligación según su naturaleza”. Con todo, cabe destacar que la alusión a la equidad presente en el Código de Napoléon no haya sido replicada por Bello al redactar la norma chilena, que como es sabido mantiene la alusión a la ley y a la costumbre, pero reemplaza la “equidad” por la noción de “naturaleza de la obligación”. Así, el texto definitivo de nuestro artículo 1546 prescribe que los contratos obligan a “todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o por la costumbre pertenecen a ella”.

Como es evidente, la pregunta que sugiere un concepto como la buena fe en el contexto del debate que nos ocupa dice relación con la heteronomía de los deberes que de ella emanan: ¿cómo se justifica una obligación, como la de buena fe, que no fue voluntariamente contraída? Si una vez celebrado el contrato él obliga a todo aquello que la buena fe supone, ¿cómo fundar la obligatoriedad en la autonomía? ¿Cómo ha de ser concebida la autonomía para que la exigencia de buena fe se concilie con ella? Un enfoque centrado exclusivamente en la autonomía como fuente inmediata de las obligaciones contractuales carece de suficientes herramientas para responder esta pregunta<sup>67</sup>. Para lograr dar una respuesta adecuada sin renunciar al concepto de autonomía, se debe analizar la buena fe a la luz de la reconstrucción racional de esta última que se viene dando.

Como punto de partida, no cabe sino reconocer que el contrato requiere de reglas no contractuales para existir o, en otras palabras, de disposiciones no autónomas, pero que hacen posible la autonomía<sup>68</sup>. En particular, se necesita que las personas se inmiscuyan en la práctica contractual y que abracen sus reglas heterónomas<sup>69</sup>. En este marco institucional se configura el contrato y, a su vez, la autonomía de los partícipes se concreta<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Para una detallada presentación de la buena fe contractual como cláusula general debe verse SCHOPF (2018).

<sup>67</sup> A modo de ejemplo, la mejor versión del argumento es presentada en FRIED (2015) pp. 74-91. Para lo que sigue, es relevante tener en consideración que Fried, a la hora de presentar su concepción de la buena fe, reconoce que la contratación se enmarca en un trasfondo de experiencias compartidas entre las partes, como es el caso del lenguaje. Bajo este contexto, afirma que la disposición a mirarse con simpatía es un bien positivo, que de ninguna manera el liberalismo niega. Sin embargo, concluye que la ejecución forzada de una posición de estas características tiende a convertirla en una tiranía. FRIED (2015) p. 91.

<sup>68</sup> La noción de “reglas no contractuales” también se extrae de la obra de Durkheim. Véase DURKHEIM (1986).

<sup>69</sup> Una aproximación diversa, pero muy interesante, la encontramos en la obra de Daniel Markowitz. En su trabajo *Contract and Collaboration*, este autor afirma que los contratos “establecen una relación basada en el reconocimiento y el respeto –y, de hecho, en una suerte de comunidad– entre los participantes de la práctica contractual” [traducción libre]. MARKOWITZ (2004) p. 1420. La idea es que las personas, al celebrar contratos, dejan de ser extrañas y pasan a tratarse como fines en sí mismas (en términos kantianos). Una lectura alternativa, como la que aquí se propone, es que los contratos no “establecen” una relación de reconocimiento, sino que suponen una serie de reglas no contractuales –como es el caso de la buena fe– que permitan el establecimiento de una relación de colaboración.

<sup>70</sup> SEARLE (1995).

Constatado lo anterior, una reconstrucción de la autonomía, en concreto, requiere atender al sentido y alcance de la buena fe en nuestros tiempos. Lo relevante de evidenciar las diversas concepciones<sup>71</sup> de la buena fe que las sociedades han abrigado –de los romanos a nuestros días– es su racionalización: la buena fe ha pasado a erigirse como un estándar de comportamiento que es predecible para los participantes de la práctica contractual<sup>72</sup>. Este estándar da cuenta de una regla no contractual –en el sentido de su heteronomía– que sostiene y configura el marco para el desarrollo del derecho de contratos y el despliegue de la autonomía<sup>73</sup>. La institución del contrato demanda de quienes interactúan bajo sus normas que sean leales a las mismas, más allá de sus propios intereses, lo cual se concreta en el respeto al estándar de comportamiento que presuponen los contratos. Pero como salta a la vista, una regla como la impuesta por la buena fe así entendida no es una restricción de la autonomía, sino una condición de posibilidad de la misma<sup>74</sup>. De otra forma la máxima según la cual podemos incumplir los contratos cuando nos convenga, o nos es lícito torcer su sentido en pos de intereses estratégicos, al no ser universalizable en sentido kantiano, socavaría a la institución contractual<sup>75</sup>. Luego, cabe insistir, la buena fe no limita la autonomía: al contrario, hace posible que se ejercite contractualmente.

Por esto mismo, no será lícito a los contratantes sustraerse de los deberes que impone la buena fe escudándose en que dichos deberes les son impuestos de manera heterónoma y arguyendo que solo deben someter su conducta a los deberes que han asumido voluntariamente mediante el contrato<sup>76</sup>. Una metáfora utilizada por Kant en su *Crítica de la razón pura* permite ilustrar lo improcedente de una objeción de tal tipo: “La ligera paloma, al surcar en libre vuelo el aire cuya resistencia siente, podría persuadirse de que en un espacio vacío de aire le podría ir aun mucho mejor”<sup>77</sup>.

Dicho lo anterior, que el contrato tenga como condición de posibilidad reglas no contractuales –disposiciones no autónomas, pero que hacen posible la autonomía– no es necesariamente fruto de un principio moral, sino que constituye un requisito para que la institución exista. Si no se impone a los contratantes un estándar de buena fe, si no se excluye el

<sup>71</sup> Como enseñara Reinhart Koselleck, un mismo concepto alberga varias concepciones. Mientras el concepto alude al fenómeno en sí o directamente, la concepción refiere al modo de concebirlo en un contexto determinado. Véase KOSELLECK (2012). Esta idea también es manifestada por Ronald Dworkin en su obra *Justicia para erizos*. DWORKIN (2014) pp. 21-23.

<sup>72</sup> Para comprender este fenómeno, no cabe sino acudir a la erudita obra de Max Weber. En *Economía y Sociedad*, Weber explicaría que la racionalización del derecho es fruto de una evolución observable en la relación que media entre el aparato judicial, por un lado, y la creación y aplicación del derecho, por el otro. WEBER (2002) p. 604.

<sup>73</sup> En este sentido, “la buena fe contractual constituye el trasfondo y soporte institucional de una serie potencialmente indefinida de deberes accesorios de conducta y otros efectos jurídicos que se incorporan complementariamente a los términos principales del contrato, más allá de lo expresamente declarado por las partes”. SCHOPF (2021), p. 68.

<sup>74</sup> SCHOPF (2018), p. 119.

<sup>75</sup> KANT (2016) pp. 131 y ss.

<sup>76</sup> Cabe precisar que el compromiso fundamental con la buena fe que el derecho privado demanda de los participantes del tráfico contractual debe ser analizado cuidadosamente, evitando la creación de una suerte de antagonismo entre el contrato y las exigencias de la buena fe y distinguiendo claramente esta última del concepto de “equidad”. Véase SALVADOR y GARCÍA-MICÓ (2020) pp. 28-55.

<sup>77</sup> KANT (2007) pp. 65-66

fraude a la ley, si se permite que las personas traicionen su conducta pasada, lo que ocurrirá es que hombres y mujeres desplegarían actuaciones puramente oportunistas<sup>78</sup>. En un escenario como ese no hay contrato, pues este reposa en la idea de la confianza. Pero, según ya se había señalado, cabría anotar que dicha confianza se construye como una confianza abstracta<sup>79</sup>. Así, no se trata de una fe recíproca de los contratantes en sus cualidades personales, sino de una confianza impersonal o institucional: al contratar con otro, un individuo no requiere confiar en su contraparte, sino que le basta confiar en la institución del contrato<sup>80</sup>.

Lo anterior no es baladí, sino que se encuentra en la base del derecho. Explicando el *contenido mínimo del derecho natural*, Hart sugiere que existen hechos evidentes u obvios que, atados a la contingencia propia del ser humano, suministran razones para que el derecho y la moral deban contar con un contenido específico o mínimo<sup>81</sup>. Entre dichos hechos evidentes encontramos, por ejemplo, que las personas son vulnerables al ataque de otros. Si los seres humanos llegaran a perder tal vulnerabilidad –imaginemos que mediante técnicas genéticas se alcanzare la inmortalidad– el derecho y la moral no existirían como los conocemos. Otro hecho evidente es la escasez de recursos, que por sí sola hace “indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual)”<sup>82</sup>. Junto a lo anterior, la inevitable división del trabajo y la necesidad de cooperación, explica Hart, traen consigo la necesidad de reglas dinámicas que habiliten a las personas para modificar sus relaciones jurídicas, como es la transferencia o donación de su propiedad<sup>83</sup>. Por lo mismo, si tuviéramos recursos infinitos, o si pudiéramos prescindir de la cooperación con otros, nuestra auto-comprensión se modificaría dramáticamente.

<sup>78</sup> Véase, en este sentido, la crítica de Salvador Millaleo a la doctrina del incumplimiento eficiente de los contratos. MILLALEO (1997) pp. 247-248

<sup>79</sup> Anthony Giddens explica que “la naturaleza de las instituciones modernas está profundamente atada a la confianza en sistemas abstractos”. Véase el desarrollo de esta idea en GIDDENS (1990) pp. 83 y ss.

<sup>80</sup> En *Justicia como equidad*, John Rawls explica la noción de “equidad” (*fairness*) en relación con un estándar de comportamiento –aquel debido trato– entre personas que comparten una práctica social, que puede ir desde un simple juego hasta el derecho de contratos. Este estándar de equidad es satisfecho, explica Rawls, cuando diversas personas libres que carecen de autoridad unas sobre otras emprenden una práctica común y reconocen tanto las reglas que regulan esta práctica, como los beneficios y cargas que ella conlleva. Entonces, si las personas aceptan las reglas de una práctica y las reconocen como equitativas, surge un deber prima facie para cada una de seguir estas reglas una vez que les toque cumplirlas. Rawls pone en relieve esta idea sirviéndose de la noción de “juego limpio”. Y a la hora de definir este deber de juego limpio, Rawls se aparta de una noción meramente formalista de las reglas que gobiernan las prácticas: “Por regla general, actuar de forma inocua (*unfairly*) no es tanto quebrantar alguna regla particular, incluso si la infracción es difícil de detectar (hacer trampas), cuanto sacar ventaja de subterfugios o ambigüedades contenidas en las reglas, aprovecharse de circunstancias especiales o inesperadas que hacen imposible hacerlas cumplir, insistir en que las reglas se hagan cumplir en beneficio propio cuando deberían dejarse en suspenso y, de forma más general, actuar contraviniendo la intención de una práctica”. RAWLS (2003) p. 145.

<sup>81</sup> En palabras del autor, “sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente”. HART (1963) p. 239.

<sup>82</sup> HART (1963) p. 239.

<sup>83</sup> HART (1963) p. 239.

Lo que quiere decir Hart, en el fondo, es que ciertos hechos evidentes de la realidad social explican que los seres humanos nos desenvolvamos en un marco compuesto de reglas continuadas que facilitan nuestra cooperación, no de reglas para un club de suicidas<sup>84</sup>.

Luego de este largo rodeo, podemos volver en búsqueda de una respuesta a la pregunta que Charles Fried dejó en suspenso, relativa al estatus moral de aquellos contratos cuyos términos parecen muy duros o que ofenden nociones básicas de decencia. A este respecto, los vicios del consentimiento son un terreno fértil para la discusión acerca de la realización de la autonomía. En efecto, para controlar las patologías que pueden afectar la decisión de contratar, la formación del consentimiento cumple un rol fundamental<sup>85</sup>. La autonomía no es así concebida como la mera ausencia de coacción o error, sino como una decisión valorativamente calificada por las reglas que rodean al contrato y lo hacen posible. Esto es lo que explica que, con el transcurso de la modernidad, los ilícitos de fuerza han tendido a cubrir hipótesis antes ajenas al estudio de los vicios de la voluntad, tales como casos de abuso de posición dominante y de fuerza económica<sup>86</sup>. El abuso de posición dominante “se produce cuando el impulso irresistible para contratar proviene de una situación de necesidad o extrema vulnerabilidad provocada por circunstancias externas a la contraparte, que esta aprovecha abusivamente en su favor”<sup>87</sup>. Esta circunstancia se vincula estrechamente con las buenas costumbres y las buenas prácticas de la contratación, que recogen el *ethos* compartido de nuestra práctica contractual<sup>88</sup>. Estas nociones nos permiten, en el marco del derecho nacional, acercarnos a situaciones en que una parte se ve inducida a contratar para salvarse de un peligro inminente en base a la reconstrucción dogmática de los requisitos de validez del acto jurídico. Una técnica como la anterior es la que permitiría comprender el caso del navegante y el rescatista como uno donde se presenta un caso de fuerza<sup>89</sup>.

En suma, el debate acerca de si el contrato posee una justificación intrínseca o, en cambio, extrínseca, frecuentemente ha olvidado el hecho que el contrato, como toda acción humana, supone un marco valorativo que una vez satisfecho le permite existir como realidad institucional. Los hechos institucionales como el contrato no son hechos desnudos, sino que son convenciones bañadas de valoraciones que en la modernidad son muy

<sup>84</sup> HART (1963) p. 238.

<sup>85</sup> BARROS (2016) pp. 470-471. En este sentido, Enrique Barros entiende que la fuerza económica dice relación con la justicia procedimental –marco elemental de la formación del consentimiento– pues no atiende al “precio injusto”, sino que a la “acción injusta” del sujeto en el proceso de la formación del consentimiento. BARROS (2017) p. 289.

<sup>86</sup> Así se reconoció en la reforma francesa del año 2016 mediante el nuevo artículo 1143 del Código Francés. Lo anterior también es tratado en los Principios Europeos del Derecho de Contratos (§4:109) y el *Draft Common Frame of Reference* (§7:207), entre otras normas comparadas. Véase también CÁRDENAS y REVECO (2018) p. 105.

<sup>87</sup> BARROS (2017).

<sup>88</sup> Adrián Schopf explica que “las buenas costumbres configuran el orden público tácito, implícito o virtual”. No se trata, así, de exigencias impuestas por la justicia sustantiva a las prestaciones acordadas por las partes, sino de elementos centrales del ordenamiento jurídico e inmanentes al sistema del derecho privado. SCHOPF (2017) pp. 585-586.

<sup>89</sup> Es relevante hacer presente que tanto en la doctrina como en la legislación comparada se discute si la fuerza engloba solo la fuerza económica (vicio del consentimiento) o si también se extiende a hipótesis de abuso de una posición de ventaja. Si bien en el caso francés se reúnen ambas nociones bajo el concepto de fuerza, no ocurre lo mismo en el caso de Alemania. Véase BARROS (2017) pp. 476 y ss.

abstractas, pero que bien miradas siguen orientando la interacción. Lo que en este trabajo se intentó enfatizar es que dichos estándares heterónomos y dichas valoraciones sociales no representan una excepción al principio de autonomía como fundamento normativo del contrato, sino que constituyen las condiciones de posibilidad para que la autonomía posea un rendimiento práctico.

## VI. CONCLUSIONES

La realización del valor de la autonomía en la esfera del contrato supone una práctica social compartida, conformada por reglas cuyo contenido no es determinado por las partes al celebrar el acuerdo. Se trata de reglas no contractuales que sostienen la práctica contractual, sin las cuales la idea misma del contrato se vuelve impracticable. Según hemos visto, los contratos no son hechos brutos, sino que suponen la existencia de un diseño institucional que dote de contenido a la práctica y le sirva de matriz de significado. El contrato, pues, no puede comprenderse como la expresión inmediata de la autonomía –como si los seres humanos fueran naturalmente autónomos– sino que esta última solo aparece al interior del ámbito convencional creado por lo que Durkheim llama las reglas no contractuales de los contratos.

Bajo esta concepción, podemos comprender tanto la buena fe como las regulaciones sectoriales que, al fin y al cabo, hacen inteligible la idea misma de autonomía, permitiendo una adecuada justificación del derecho de contratos. De esta manera, dar respuesta a la pregunta por el fundamento del contrato no importa optar entre la autonomía por una parte y ciertos estándares heterónomos por la otra, sino de reconocer que los segundos son condición de posibilidad de la primera. Las reglas heterónomas que conviven junto a las deliberadas por los contratantes no toman el lugar de aquel principio que explica su obligatoriedad moral, ni tampoco su aplicación importa una excepción a la vigencia de dicho principio; más bien, ellas son manifestaciones de un complejo entramado institucional al centro del cual la práctica del contrato se desenvuelve.

Por lo mismo, con miras a conservar la coherencia del derecho de contratos a la luz de sus fines propios, la constatación de la existencia de estas reglas no contractuales debe ser complementada con un ejercicio interpretativo que subordine aquellas consideraciones heterónomas (o en algunos casos distributivas) a la realización del mayor grado de autonomía personal de los participantes de la práctica contractual<sup>90</sup>. Este ejercicio interpretativo debe hacerse cargo de los distintos ámbitos en que la autonomía se expresa en la contratación, típicamente en la formación de los contratos y en el sistema de remedios por incumplimiento.

<sup>90</sup> Como ya se adelantó más arriba, Ronald Dworkin enseña que la práctica legal involucra un proceso de interpretación que tiene lugar en diversas etapas o fases. En una primera etapa “pre-interpretativa”, se identifican los estándares y reglas que constituyen la práctica provisoriamente. Enseguida, en una segunda etapa, propiamente interpretativa, el intérprete establece una justificación general para los elementos principales de la práctica previamente identificada en la etapa pre-interpretativa, elaborando una tesis acerca de por qué dicha práctica es digna de mantenerse. Finalmente, la tercera etapa, “post-interpretativa”, dice relación con el ejercicio del intérprete de adaptar su sentido de lo que la práctica realmente requiere para ajustarse a la justificación establecida en la etapa interpretativa. La finalidad del proceso interpretativo es, para Dworkin, hacer de su objeto de interpretación la mejor versión de sí mismo. DWORKIN (1986) pp. 65-66.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDERSEN, Niels (2008): *Partnerships. Machines of possibility* (Bristol, Bristol University Press).
- ARISTÓTELES (1988): *Ética Nicomáquea* (Madrid, Gredos).
- BARROS BOURIE, Enrique (2005): “Justicia y eficiencia como fines del derecho privado patrimonial”, en VARAS BRAUN, Juan Andrés y TURNER SAEZLER, Susan (coords.), *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el sesquicentenario de la promulgación del Código Civil* (Santiago, LexisNexis) pp. 9-32.
- BARROS BOURIE, Enrique (2016): “La doctrina de la fuerza en el marco de la revisión contemporánea de la doctrina voluntarista del contrato”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (edit.) y BARRÍA PAREDES, Manuel (coord.), *Estudios de Derecho Civil XI* (Concepción, Thomson Reuters) pp. 467 y ss.
- BARROS BOURIE, Enrique (2017): “Fuerza económica y abuso de posición de debilidad de la contraparte en el desarrollo jurisprudencial y doctrinario del derecho de contratos”, en CORRAL TALCIANI, Hernán y MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (edits.), *Estudios de Derecho Civil XII* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 289-310.
- BENSON, Peter (1995): “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33, N° 2: pp. 273-336.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo y REVECO URZÚA, Ricardo (2018): *Remedios contractuales* (Santiago, Thomson Reuters).
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2019): “Quien dice justo dice contractual”, en PEREIRA FREDDES, Esteban (edit.), *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil chileno* (Santiago, Rubicón) pp. 213-236.
- DURKHEIM, Émile (1986): *Las reglas del método sociológico* (México, Fondo de Cultura Económica).
- DURKHEIM, Émile (2017): *La división del trabajo social* (México, Colofón).
- DWORKIN, Ronald (1986): *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1998): “¿Es la riqueza un valor?”, *Estudios Públicos*, N° 69: pp. 259-298.
- DWORKIN, Ronald (2014): *Justicia para erizos* (México, Fondo de Cultura Económica).
- ELICKSON, Robert (1982): “Cities and Homeowners Associations”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139: pp. 1519-1580.
- FORSTER, Doris (2018): *Ona'ah und laesio enormis. Preisgrenzen im talmudischen und römischen Kaufrecht* (Múnich, Editorial Beck).
- FRIED, Charles (2015): *Contract as Promise. A theory of contractual obligation* (Nueva York, Oxford University Press).
- GIDDENS, Anthony (1990): *The Consequences of Modernity* (Cambridge, Polity Press).
- GORDLEY, James (1991): *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford, Clarendon Press).
- GORDLEY, James (2006): *Foundations of Private Law* (Oxford, Oxford University Press).
- GORDLEY, James y JIANG, Hao (2020): “Contract as Voluntary Commutative Justice”, *Michigan State Law Review*, N° 2020.3: pp. 725-801.

- GUARIGLIA, Osvaldo (1997): *La Ética en Aristóteles o la Moral de la Virtud* (Buenos Aires, Eudeba).
- GUTMANN, Thomas (2013): “Some preliminary remarks on a liberal theory of contract”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, N° 2: pp. 39-55.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002): “La buena fe en el Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, N° 1: pp. 11-23.
- HABERMAS, Jürgen (2005): *Facticidad y validez* (Madrid, Editorial Trotta).
- HART, Herbert L.A. (1963): *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- HOBBS, Thomas (2017): *Leviatán* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- ISLER SOTO, Carlos (2020): “Thomas Hobbes y el problema de la validez del contrato en el estado de naturaleza”, *Revista de Humanidades*, Vol. 41: pp. 129-159.
- JIMÉNEZ CASTRO, Felipe (2017a): “La teoría del derecho de contratos y su relación con la dogmática”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N° 2: pp. 395-421.
- JIMÉNEZ CASTRO, Felipe (2017b): “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29: pp. 99-136.
- KANT, Immanuel (2006): *Idea para una historia universal en clave cosmopolita* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- KANT, Immanuel (2016): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (México, Austral).
- KANT, Immanuel (2007). *Crítica de la razón pura* (Buenos Aires, Colihue).
- KIMEL, Dori (2003): *From Promise to Contract. Towards a liberal theory of contract* (Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing).
- KLASS, Gregory (2017): “The Rules of the Game and the Morality of Efficient Breach”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 29, N° 1: pp. 71-112.
- KOSSELLECK, Reinhart (2012): *Historias de conceptos. Estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social* (Madrid, Editorial Trotta).
- KRONMAN, Anthony (1980): “Contract Law and Distributive Justice”, *The Yale Law Journal*, Vol. 89, N° 3: pp. 472-511.
- KRONMAN, Anthony (1981): “A New Champion for the Will Theorist”, *The Yale Law Journal*, Vol. 91, N° 2: pp. 404-423.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2015): *Los contratos. Parte general* (Santiago, Thomson Reuters).
- MARKOWITS, Daniel (2004): “Contract and collaboration”, *The Yale Journal*, Vol. 113: pp. 1417-1518.
- MARSHALL, Alfred (1931): *Principios de Economía*, Volumen I (Barcelona, El Consultor Bibliográfico).
- MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador (1997): “Intereses jurídicos privados y conciencia moral: una ilustración”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, N° 15: pp. 241-255.
- MOLINA RODRÍGUEZ, Crescente (2019): “El valor de la obligación contractual”, en PEREIRA FREDÉS, Esteban (edit.), *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil chileno* (Santiago: Rubicón) pp. 167-188.
- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (1999): “El análisis económico de las instituciones legales”, *Apuntes de Derecho Universidad Diego Portales*, N° 5: pp. 4-9.

- PEÑA GONZÁLEZ, Carlos (2018): “Kant: de la propiedad al contrato social”, en PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA FREDES, Esteban (edits.), *Filosofía del Derecho Privado* (Madrid, Marcial Pons) pp. 45-58.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2005): “¿Filosofía del derecho privado?”, en MARÍN GONZÁLEZ, Juan y SCHOPF OLEA, Adrián (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 193-261.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2014): “Acerca de la fundamentación de la obligatoriedad de los contratos: autonomía y derecho privado”, *Revista de Derecho Escuela de Posgrado Universidad de Chile*, N° 6: pp. 69-135.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016): *¿Por qué obligan los contratos?* (Santiago, Thomson Reuters).
- PEREIRA FREDES, Esteban (2018): “Altruismo y derecho contractual”, en PAPAYANNIS, Diego y PEREIRA FREDES, Esteban (edits.), *Filosofía del Derecho Privado* (Madrid, Marcial Pons) pp. 139-168.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2020): “Algunas maneras de mostrar el altruismo en el Derecho Privado”, en GARCÍA AMADO Juan y PAPAYANNIS, Diego (edits.), *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía de Derecho Privado* (Lima, Palestra) pp. 217-299.
- POSNER, Eric (2005): “Contract Theory”, en EDMUNDSON William y GOLDING, Martin (edits.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford, Blackwell) pp. 138-147.
- POSNER, Richard (1986): *Economic Analysis of Law* (Wolters Kluwer, Law & Business).
- RAWLS, John (1980): “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, N° 9: pp. 515-572.
- RAWLS, John (2003): “Justicia como equidad”, *Revista española de control externo*, Vol. 5, N° 13: pp. 129-158.
- RAWLS, John (2006): *Liberalismo Político* (México, Fondo de Cultura Económica).
- RAZ, Joseph (1982): “Promises in Morality and Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 95: pp. 916-938.
- REYES BARROS, Joaquín (2020): “Más allá de la justicia conmutativa: Derecho de contratos, justicia y precios justos”, *Latin American Legal Studies*, Vol. 7: pp. 143-172.
- RIPSTEIN, Arthur (2016): *Private Wrongs* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- ROBLES, Gregorio (1984): *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos* (Palma, Universidad de Palma de Mallorca).
- SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA-MICÓ, Tomás (2020): “Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1: pp. 28-55.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2017): “Las buenas costumbres en el derecho privado”, en MARÍN GONZÁLEZ, Juan y SCHOPF OLEA, Adrián (edits.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 521-586.
- SCHOPF OLEA, Adrián (2018): “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31: pp. 109-153.

- SCHOPF OLEA, Adrián (2021): “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 3: pp. 55-78.
- SEARLE, John (1995): *The Construction of Social Reality* (Londres, The Penguin Press).
- SMITH, Stephen (2014): *Contract Theory* (Oxford, Oxford University Press).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2020): “Autonomía de la voluntad en el derecho civil francés: el ocaso de un mito”, en BARRÍA DÍAZ, Rodrigo, FERRANTE, Alfredo y SAN MARTÍN NEIRA, Liliana (edits.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 149-168.
- VENEZIA, Luciano (2016): “Evidencia crucial: la teoría de la obligación contractual de Hobbes”, *Las Torres de Lucca: Revista Internacional de Filosofía Política*, Vol. 5, N° 8: pp. 151-184.
- WEBER, Max (2002): *Economía y sociedad* (México, Fondo de Cultura Económica).
- WEINRIB, Ernst (2012): *The Idea of Private Law* (Oxford, Oxford University Press).
- ZIMMERMANN, Reinhardt y WHITAKER, Simon (2000): *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Cavendish Square Holding BV v. Talal El Makdessi (2015): United Kingdom Supreme Court, 4 de noviembre de 2015, UKSC 67.

