

ERNEST J. WEINRIB

# LA IDEA DE DERECHO PRIVADO

Traducción de  
Eze Paez

Revisión de  
Diego M. Papayannis

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA</b> .....	15
<b>PREFACIO A LA EDICIÓN DE 2012</b> .....	21
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	33
<b>CAPÍTULO I. COMPRENDER EL DERECHO PRIVADO</b> .....	35
1. INTRODUCCIÓN .....	35
2. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO PRIVADO .....	37
3. LOS PRESUPUESTOS DEL FUNCIONALISMO .....	40
4. COMPRENDIENDO EL DERECHO PRIVADO DESDE DENTRO.	42
4.1. ¿Qué es el derecho privado? .....	42
4.2. Inteligibilidad interna .....	45
5. EL DERECHO PRIVADO COMO UNA EMPRESA QUE SE AUTO- COMPRENDE .....	48
6. DERECHO Y .....	50
7. LA TEORÍA DEL DERECHO PRIVADO .....	52
<b>CAPÍTULO II. FORMALISMO JURÍDICO</b> .....	55
1. INTRODUCCIÓN .....	55
2. EL MÉTODO FORMALISTA .....	57

	Pág.
3. EL FORMALISMO CLÁSICO .....	58
4. LA FORMA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS .....	61
5. EL PAPEL DE LA COHERENCIA.....	62
6. LA NATURALEZA DE LA COHERENCIA.....	64
6.1. Coherencia y unidad .....	64
6.2. El ejemplo de la dispersión de pérdidas .....	68
7. POR QUÉ IMPORTA LA COHERENCIA .....	70
7.1. Coherencia y justificación.....	71
7.2. Coherencia e inteligibilidad.....	74
8. EL FORMALISMO DE LA COHERENCIA .....	77
9. ALGUNAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS .....	78
9.1. El análisis económico .....	78
9.2. Instrumentalismo y no-instrumentalismo .....	80
9.3. El contrato como promesa .....	82
9.4. La justicia de las excusas .....	85
 <b>CAPÍTULO III. JUSTICIA CORRECTIVA .....</b>	 <b>89</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	89
2. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE ARISTÓTELES .....	91
2.1. Justicia como término medio .....	91
2.2. Justicia distributiva y correctiva.....	94
3. LA BILATERALIDAD DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	96
4. LA CRÍTICA DE KELSEN.....	99
5. LAS FORMAS COMO CLASIFICACIONES.....	101
6. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LAS FORMAS.....	105
7. LA JUSTICIA CORRECTIVA COMO FORMA.....	108
8. EL PROBLEMA DE LA IGUALDAD EN LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	109
9. DE LA JUSTICIA CORRECTIVA AL DERECHO KANTIANO.....	113
 <b>CAPÍTULO IV. DERECHO KANTIANO.....</b>	 <b>117</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	117
2. LA JURIDICIDAD COMO UNA IDEA DE LA RAZÓN.....	120

	Pág.
2.1. Una idea de la razón .....	120
2.2. Una idea práctica de la razón.....	121
2.3. La fuerza normativa de una idea práctica de la razón.....	124
2.4. La juridicidad como idea práctica.....	126
3. DE LA DECISIÓN LIBRE AL CARÁCTER PÚBLICO DEL DERECHO .....	131
3.1. Los preceptos de Ulpiano .....	131
3.2. La primera fase .....	134
3.3. La segunda fase.....	135
3.4. La tercera fase .....	136
4. LA PRIORIDAD DE LO CORRECTO.....	140
<b>CAPÍTULO V. CORRELATIVIDAD.....</b>	<b>145</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	145
2. LOS DOS ASPECTOS DE LA GANANCIA Y LA PÉRDIDA.....	146
3. LA CORRELATIVIDAD DE GANANCIA Y PÉRDIDA NORMATIVAS.....	151
3.1. Las condiciones de correlatividad.....	151
3.2. Derecho y deber.....	153
3.3. Correlatividad como unidad articulada.....	154
4. LA IMPORTANCIA DEL ASPECTO FÁCTICO .....	157
5. DERECHOS Y BIENESTAR .....	160
6. REPARACIÓN Y RESTITUCIÓN .....	164
6.1. La reparación de pérdidas en el derecho de daños.....	164
6.2. El resarcimiento de pérdidas contractuales.....	166
6.3. La restitución de las ganancias .....	170
7. LA RESPONSABILIDAD COMO JUSTICIA CORRECTIVA .....	172
<b>CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD POR NEGLIGENCIA .....</b>	<b>175</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	175
2. CUIDADO RAZONABLE .....	177
3. ACCIÓN INCORRECTA Y CAUSA FÁCTICA .....	182
3.1. Los límites de la relación entre las partes .....	182
3.2. El carácter fortuito de la causalidad fáctica.....	185
3.3. La causalidad probabilística .....	186

	Pág.
4. EL DEBER DE CUIDADO Y LA CAUSA PRÓXIMA.....	187
4.1. Dos enfoques .....	187
4.2. El caso <i>Palsgraf</i> .....	188
4.3. La descripción del riesgo .....	193
5. CONCLUSIÓN.....	197
<b>CAPÍTULO VII. RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....</b>	<b>201</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	201
2. ¿HAY ALGÚN ARGUMENTO A FAVOR DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA?.....	203
2.1. El argumento de la hipótesis de autolesión.....	203
2.2. El argumento del concepto de propiedad.....	205
3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y EL ESTÁNDAR SUBJETIVO .....	207
3.1. La igualdad conforme con la justicia correctiva .....	207
3.2. Agencia y responsabilidad .....	209
4. ALGUNAS DOCTRINAS PROBLEMÁTICAS.....	213
4.1. <i>Respondeat superior</i> .....	214
4.2. Actividades anormalmente peligrosas .....	217
4.3. Inmisiones u otras molestias .....	219
4.4. El derecho limitado respecto de la conservación de la propiedad: <i>Vincent v. Lake Erie</i> .....	225
5. CONCLUSIÓN.....	231
<b>CAPÍTULO VIII. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO PRIVADO.....</b>	<b>233</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	233
2. LA IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA .....	235
2.1. Inmanencia y autonomía.....	235
2.2. Derecho y política.....	237
2.3. La naturaleza apolítica de la justicia correctiva.....	239
3. LA CUESTIÓN DE LA DESVINCULACIÓN.....	243
3.1. Inmanencia y desvinculación.....	243
3.2. El contexto social en el derecho kantiano.....	245
3.3. El carácter público del derecho privado.....	246
4. LA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN .....	250

	Pág.
4.1. La indeterminación de la justicia correctiva .....	250
4.2. La determinación de la justicia correctiva .....	254
5. LA VARIABILIDAD DEL DERECHO.....	255
6. CONCLUSIÓN.....	257
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>259</b>
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	<b>269</b>

## PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

*La idea de derecho privado* nació a partir de las controversias acerca del derecho de daños que sacudieron a las universidades norteamericanas durante las últimas décadas del siglo xx. ¿Por qué habría de resultar de interés el producto de tales controversias para los teóricos del derecho que pueden leer español?

La respuesta es que a pesar de la particularidad de sus orígenes, *La idea de derecho privado* desarrolla una comprensión del derecho privado que no está limitada a las doctrinas específicas de una jurisdicción específica. El libro explica la estructura interna de la relación de derecho privado como puede encontrarse, en general, en sistemas jurídicos sofisticados. La razón para hacer esto es presentar a un nivel de abstracción elevado en qué consiste que el derecho privado sea justo y coherente en sus propios términos. Puesto que los sistemas sofisticados de derecho privado se esfuerzan —no siempre con éxito, por supuesto— por ser justos y coherentes, tales sistemas, en la medida en que sean equitativos y coherentes, se hallan compuestos por normas y apoyados por un razonamiento que es acorde con la noción de estructura desarrollada en el libro. Por otra parte, esa noción suministra el punto de vista interno para criticar aquellas normas y razones a favor de asignar responsabilidad que no se hallen en consonancia con la propia aspiración a la equidad y la coherencia del régimen de responsabilidad.

En el desarrollo de esta tesis el libro permanece anclado en los rasgos familiares y característicos del derecho privado. A lo largo del texto se toma el derecho privado como el objeto de estudio dado. Se lo contempla como él se ve así mismo: como un tipo específico de orden normativo que rige las interacciones humanas de acuerdo con sus propias concepciones distintivas de equidad y coherencia.

La estructura de la relación de derecho privado emerge del aparato conceptual e institucional del derecho privado. El derecho privado actúa a través de un mecanismo de enjuiciamiento mediante el cual el demandante reclama al demandado y, de tener éxito, se le otorga una indemnización por daños u otra compensación que el demandado debe satisfacer. Las partes se hallan, por tanto, directamente vinculadas como demandante y demandada. De modo similar, los principales conceptos organizativos del derecho privado (por ejemplo, la causalidad en el derecho de daños, el efecto relativo de los contratos en el derecho contractual y el enriquecimiento injusto a costa de otra persona en las normas sobre enriquecimiento injusto) también vinculan a las partes directamente entre sí. El aparato conceptual e institucional del derecho privado es así la expresión de una normatividad bilateral en la que la responsabilidad de un demandado en particular es siempre responsabilidad frente a un demandante en particular. Esta normatividad bilateral está estructurada por la correlatividad de las posiciones de las partes. La determinación de la responsabilidad es un juicio según el cual el demandado y el demandante están relacionados mutuamente en tanto que persona que causa y que sufre, respectivamente, una misma injusticia. Decir que el demandado ha sido hallado responsable frente al demandante no es señalar dos injusticias separadas, una cometida por el demandado y otra sufrida por el demandante. Antes bien es decir que las partes han interactuado por medio de una única injusticia que el demandado ha infligido al demandante.

El argumento de este libro es que las justificaciones para considerar que alguien es responsable deben conformarse a esta estructura de correlatividad. El libro es, de acuerdo con ello, una elucidación de la importancia de la justicia correctiva, pues desde la época de ARISTÓTELES ese ha sido el nombre dado tradicionalmente a la razón práctica cuando opera de acuerdo con la estructura correlativa de la responsabilidad en el derecho privado.

La correlatividad es, entonces, el rasgo estructural más extendido y general del derecho privado. Está presente en el razonamiento jurídico del derecho privado, en el marco institucional del litigio, en la responsabilidad que vincula al demandante con el demandado, y en la determinación de la reparación. La justicia correctiva es la teoría de esta correlatividad: de sus presupuestos e implicaciones normativas, de su relación con el contexto de enjuiciamiento y de los términos en los que aparece en los diferentes fundamentos de responsabilidad. Lo que hace que esta forma de justicia sea «correctiva» es que primero adscribe a la responsabilidad la función de corregir una injusticia y después considera que la correlatividad de las posiciones de las partes dentro de esta corrección es la estructura implícita en las razones a favor de la corrección.

Esta noción de estructura tiene dos implicaciones normativas. La primera implicación es que la justicia correctiva encarna una concepción de la justicia entre las partes. Al vincular las razones a favor de la responsabilidad a la es-



estructura de correlatividad, la justicia correctiva siempre se centra en lo que tiene relevancia normativa para la relación como tal, antes que en cualquiera de las partes individualmente consideradas. De acuerdo con ello, no es admisible consideración alguna que sea unilateralmente aplicable, para bien o para mal, a una de las partes. Así, ninguna de las partes posee una posición preferente o desaventajada en la fijación de los términos de su interacción. Dentro de su relación son iguales normativos; el razonamiento aplicable a su controversia se refiere solo a consideraciones que son tan relevantes respecto del demandado, en tanto que causante de la supuesta injusticia, como lo son respecto del demandante, en tanto que persona que la sufre. Ninguna de ellas puede, entonces, estar sujeta a un razonamiento que convierta a la responsabilidad en un mecanismo que sacrifique a cualquiera de ellas en beneficio de los intereses de la otra. La equidad de la justicia correctiva, por consiguiente, consiste en que el derecho trate a las partes de acuerdo con un razonamiento que refleje su igualdad transaccional.

Esta concepción de equidad surge de la naturaleza estructural de la justicia correctiva. No involucra ningún juicio sustantivo independiente sobre si una decisión concreta sobre responsabilidad es justa; antes bien, los términos equitativos de la interacción de las partes emergen de un razonamiento que las trate como situadas correlativamente. Los juicios intuitivos sobre equidad o los juicios sobre la equidad en la distribución total de los recursos en la sociedad están fuera de lugar; los primeros porque no reflejan el contexto del razonamiento, los segundos porque reflejan un contexto erróneo. La equidad propia del derecho privado es la que atañe a la relación entre las partes. Puesto que esa relación está estructurada por la correlatividad de las posiciones normativas de las partes, la concepción adecuada de la equidad debe reflejar un razonamiento que esté acorde con esa correlatividad. Tal razonamiento incorpora, en su propia manera distintiva, la igualdad asociada correctamente con la noción de equidad.

La segunda implicación es que la justicia correctiva presenta una concepción sobre la coherencia en la argumentación jurídica. Por causa de su énfasis en la correlatividad, la justicia correctiva trata la relación como una unidad dentro de la cual la posición normativa de cada parte está entrelazada de manera recíproca con la de la otra. El razonamiento jurídico que se aplica a la relación debe participar de esta unidad y reflejarla. Formulado de manera negativa, esto significa que la responsabilidad no puede estar basada en una multiplicidad de consideraciones independientes entre sí. Formulado de manera positiva, el razonamiento que dé apoyo a la responsabilidad debería poseer una fuerza justificativa que ocupara por entero el espacio normativo de la relación y fuera coextensivo con él. Por ejemplo, la responsabilidad delictual no puede justificarse mediante la combinación de prevención e indemnización. Dado que son independientes entre sí (ni la prevención ni la indemnización son ideas norma-

tivas cuya fuerza justificativa implique a la otra), su combinación no reflejaría el carácter unificado de la relación. Además, la prevención y la compensación, tomadas cada una por separado, no cubren por entero la relación, sino que son relevantes unilateralmente respecto de una de las partes, pero no respecto de la otra. Y tomadas conjuntamente, su fuerza justificativa no es coextensiva con el espacio normativo de la relación, sino que se extiende a todos aquellos individuos cuya conducta debiera ser disuadida y cuyos daños necesitaran ser compensados, no suministrando así razón alguna para vincular a un demandado en particular con un demandante en particular.

Así entendidas, la equidad y la coherencia son concepciones normativas internas a la justicia correctiva que hacen explícito lo que se halla implícito en la correlatividad de las posiciones normativas de las partes. En efecto, la equidad y la coherencia simplemente resaltan aspectos diferentes de la normatividad inherente a la justicia correctiva como idea estructural. La equidad señala la igual posición de las dos partes dentro del razonamiento estructurado correlativamente que fija los términos de su interacción. La coherencia es la condición bajo la que el proceso de razonamiento sobre la responsabilidad puede adecuarse a la relación estructurada correlativamente entre las partes. Por consiguiente, una inconsistencia respecto de una de estas concepciones normativas es también una inconsistencia respecto de la otra: cualquier consideración unilateral es incoherente porque fragmenta la unidad de la relación, y cualquier incoherencia favorece de forma inequitativa a una de las partes al no verlas como situadas correlativamente. Estas concepciones normativas son internas a la justicia correctiva, en el sentido de que no se les concede importancia para la relación desde una perspectiva externa a esta. Tampoco son el producto de una teoría moral general sobre la equidad o la coherencia que ataña a todo el ámbito de fenómenos normativos para ser después aplicada al caso específico del derecho privado. Por el contrario, es la propia estructura de la relación entre las partes la que impone límites al tipo de razonamiento que es relevante dentro de la relación y la que determina cuáles son buenas concepciones normativas desde dentro de su propia perspectiva.

En el derecho privado, lo esencial del reclamo del demandante es que ha sufrido una injusticia a manos del demandado. Al tratar con tales demandas, todo sistema sofisticado de derecho privado aspira a desarrollar las ideas jurídicas mediante las que pueden ser evaluadas de forma coherente y equitativa. Puesto que la demanda es relacional, las ideas jurídicas que traten de ella también son relacionales. Esto no significa que el derecho privado, tal y como exista en un momento específico, carezca de doctrinas inicuas o incoherentes. Una aspiración no es una garantía. El grado del éxito del derecho en conseguir coherencia es una cuestión contingente. Sin embargo, la aspiración a la equidad y a la coherencia y la presencia patente de ideas relacionales en el derecho privado apoyan la hipótesis de trabajo inicial de que los esfuerzos del derecho no

han sido en vano y de que los conceptos desarrollados por el derecho pueden ser vistos, al menos provisionalmente, como el producto de intentos de buena fe para alcanzar tal aspiración. Al adoptar esta actitud, la justicia correctiva considera que estos conceptos son objetos que vale la pena comprender en sus propios términos, con el objetivo de examinar si el razonamiento jurídico basado en ellos de verdad manifiesta equidad y coherencia. Este examen es interno respecto del derecho privado en todo sentido posible: comienza con los conceptos tal y como son entendidos desde dentro del derecho; los analiza desde el punto de vista de la propia aspiración del derecho a la equidad y la coherencia; apela a una concepción de la equidad y la coherencia que es interna a la estructura de la relación entre las partes; y el mismo concepto de estructura resalta la composición interna del vínculo entre demandante y demandado.

De acuerdo con ello, al hacer que la justicia correctiva sea su idea central, este libro presenta unas concepciones de la equidad y de la coherencia que son immanentes a todos los sistemas sofisticados de derecho privado. Así es como un libro que tiene su origen en controversias norteamericanas sobre el derecho de daños puede no obstante ser del interés de juristas que trabajen dentro de la tradición del *civil law*, sean o no hispanohablantes.

Para prevenir posibles malentendidos, cabe destacar dos cuestiones adicionales. Primera, la dedicación que el libro presta a la equidad y a la coherencia no implica la tesis de que todas las doctrinas del derecho privado de cualquier sistema particular sean efectivamente equitativas y coherentes. Cuestión aparte es si el derecho privado de una jurisdicción particular es equitativo y coherente, en qué medida lo es y mediante qué mecanismos doctrinales. Al tratar de estos asuntos, según sostiene el argumento del libro, hay que apelar a las concepciones de la equidad y la coherencia propias de la justicia correctiva. Esto es porque estas concepciones son las únicas pertinentes para la estructura bilateral de una controversia de derecho privado.

En segundo lugar, no debería pensarse que, puesto que la justicia correctiva se refiere a una noción de coherencia justificativa que es relevante de manera uniforme para todos los sistemas sofisticados de derecho privado, la doctrina jurídica ha de ser uniforme de manera similar en los diferentes sistemas. Lo contrario es verdad. Precisamente porque la justicia correctiva es general y abstracta, diferentes sistemas de derecho privado pueden manifestarla de diferentes modos. Aunque la justicia correctiva es la construcción teórica estable implícita en cualquier régimen de derecho privado que valore su propia coherencia justificativa y aspire a alcanzarla, puede tener un contenido variable que es relativo a la tradición particular de derecho positivo de una sociedad, a la historia de sus respuestas jurídicas ante problemas determinados y a convenciones sociales que se dan en un tiempo y lugar determinados. La justicia correctiva suministra así un modo distintivo de razonamiento moral que permite un contenido variable de sistema a sistema. Como se señala en el capítulo final

del libro, la justicia correctiva confirma de esta manera la famosa afirmación de ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, 1134b: 169) en el sentido de que «hay cosas que, aunque justas por naturaleza, son sin embargo mudables».

Esta mención de ARISTÓTELES sugiere un último comentario preliminar. *La idea de derecho privado* desarrolla una concepción del derecho privado implacablemente no instrumental. Parte de la razón por la que el libro y sus artículos preparatorios estremecieron e incluso escandalizaron a su público original es que en el mundo de habla inglesa la idea misma de una teoría no instrumental del derecho había caído en el olvido. Eclipsada por siglos de dominio utilitarista, su léxico había dejado de ser inteligible, sus ambiciones teóricas habían devenido extrañas y su estructura conceptual había sido arrancada de raíz y arrasada. *La idea de derecho privado* trató de la manera clásica de comprender las relaciones jurídicas, una manera esbozada por ARISTÓTELES, alimentada mediante la tradición del derecho natural y desarrollada en las grandes filosofías de los derechos naturales de la Ilustración. En la medida en que las nociones no instrumentales de estructuras jurídicas estén todavía en boga entre juristas hispanohablantes, quizá estos reciban este libro con menor estupor que sus colegas de habla inglesa.

Toronto  
Abril de 2015

## PREFACIO A LA EDICIÓN DE 2012

*La idea de derecho privado* surgió de las grandes controversias acerca de la teoría de la responsabilidad extracontractual que impactaron sobre el estudio académico del derecho en las últimas décadas del siglo XX, aunque fue más allá de ellas. Los orígenes y aspiraciones de este libro son el tema de este prefacio retrospectivo.

No es sorprendente que el derecho de daños deviniera campo de álgidas disputas teóricas. Por su propia naturaleza, el derecho de daños presenta de inmediato un abanico de problemas teóricos que exigen una atención urgente. ¿Qué justifica la autoridad coercitiva del derecho para imponer obligaciones a personas que no las han asumido? ¿Con qué criterio son ciertos intereses, y no otros, protegidos por el derecho de daños? ¿Dónde se ha de trazar la línea entre la libertad de acción y la responsabilidad por las consecuencias de la acción? ¿Cuál es la importancia normativa de la culpa? ¿Puede tener éxito la responsabilidad extracontractual en someter el infortunio arbitrario de los daños no-intencionales a una disciplina jurídica racional? En el derecho de daños estas preguntas, de suyo ya suficientemente interesantes, son formuladas en el seno de una disciplina que siempre ha sido fundamental para la educación jurídica, de manera que la responsabilidad extracontractual posee una importancia muy especial en la cultura intelectual de los juristas académicos.

La teoría de la responsabilidad extracontractual contemporánea tuvo su desarrollo inicial en la década de 1970 con la publicación en los Estados Unidos de una serie de trabajos que apuntaban hacia dos direcciones opuestas. Por una parte, los grandes pioneros del análisis económico del derecho de daños articularon de forma brillante teorías que se centraban en la promoción de la eficiencia. Por otra parte, las propuestas antagónicas se estructuraban sugestivamente en torno a valores tales como la justicia, la moral, la equidad o la

libertad. La conjunción de esos desarrollos con la revitalización de la teoría política por John RAWLS establecieron el marco para los escritos teóricos sobre el derecho de daños. La obra de RAWLS, con su explícita inspiración kantiana, reavivó el debate entre los teóricos políticos sobre el instrumentalismo y sus alternativas. El debate paralelo entre los teóricos del derecho de daños enfrentó a los defensores instrumentalistas del análisis económico con los que estaban inspirados por ideas no instrumentales extraídas de la teoría moral. Estas perspectivas contrapuestas llevaron a intensos desacuerdos sobre una serie de temas: la naturaleza de las reglas de responsabilidad, la identificación de los impulsos normativos subyacentes del derecho de daños, y el tipo de discurso más adecuado para el trabajo teórico. También se incluían diferencias en torno a la dirección de la naciente interdisciplinariedad de los estudios jurídicos. Aunque el estudio académico del derecho de daños siempre se había basado en asunciones sobre la relación del derecho con la economía, la moral o la política, las disputas teóricas expusieron abiertamente estos presupuestos.

*La idea de derecho privado* (así como los artículos preparatorios a su publicación de la década de 1980 y principios de la de 1990) estaba de forma conspicua del bando «moralista» en la división entre economistas y moralistas. Su mensaje central era que una concepción particular de la justicia («la justicia correctiva») subyace a los fundamentos de la responsabilidad en el derecho privado. El libro y los escritos que lo precedieron eran exploraciones extensas de lo que significaba esa forma de justicia y cómo el derecho privado la manifestaba. A un tiempo, rechazaban que el análisis económico fuese capaz de proporcionar una explicación inteligible o coherente de la responsabilidad.

Aunque este conjunto de trabajos no era el único que rechazaba el análisis económico del derecho, sus razones para hacerlo eran distintivas. Estas razones comenzaban con la estructura antes que con la sustancia. En vez de sostener que el análisis económico tenía una carga ideológica poco atractiva, plagada de tensiones internas, o que era ambiguo sobre si sus tesis eran normativas o descriptivas, el argumento desde la justicia correctiva resaltaba la incompatibilidad del análisis económico con la estructura bilateral de la relación demandante-demandado. Esta estructura requiere que las razones para la responsabilidad sean tales que vinculen a un demandado específico con un demandante específico. Pues en cada caso de responsabilidad no se trata meramente de determinar por qué el derecho debe imponer una carga sobre el demandado o proporcionar un beneficio al demandante, sino por qué debería hacer ambas cosas simultáneamente, en una sola operación. En otras palabras, las razones deben abarcar a ambas partes en su interrelación más que lidiar con cada una de ellas de forma independiente. El análisis económico no lograba hacer esto porque los incentivos que postulaba estaban dirigidos necesariamente a las partes por separado. El resultado fue que el análisis económico no podía ni proporcionar una teoría para el nexo entre las partes ni explicar los

conceptos jurídicos mediante los cuales el derecho expresaba ese nexo. Esta crítica soslayó la necesidad de determinar la solidez del análisis económico en sus propios términos. Todo lo que se sostuvo fue que, dada la estructura de la relación entre las partes, el análisis económico era incapaz de clarificar la naturaleza jurídica de la responsabilidad.

Este rechazo del análisis económico del derecho de daños se sigue de la concepción específica de la justicia correctiva desarrollada en *La idea de derecho privado* y sus artículos preparatorios. Al reflejar la obviedad de que la responsabilidad de un demandado específico es siempre una responsabilidad hacia un demandante específico, la justicia correctiva considera la relación entre las partes como el rasgo central y prevalente de la responsabilidad y, por tanto, el rasgo cuya explicación es la tarea fundamental de la teoría. Dentro de esta relación, la posición de una parte siempre está condicionada por la posición de la otra. Puesto que la responsabilidad es un fenómeno bilateral, su análisis teórico no puede centrarse en ninguno de los polos. Así, es un error explicar la responsabilidad por referencia a consideraciones de relevancia separada para alguna de las partes (o incluso para ambas). En cambio, el carácter relacional de las razones que apoyan la responsabilidad debe ajustarse a la estructura relacional de la propia responsabilidad. Una acción de responsabilidad extracontractual, por ejemplo, se basa en que el demandante sufrió un injusto causado por el demandado. El libro defiende que la naturaleza de ese injusto, y de la responsabilidad que lo corrige, es inteligible solo si la causación y el sufrimiento son contemplados como una sola unidad normativa en la que la posición de cada parte es el reflejo de la posición de la otra. Entonces, la fuerza normativa de las razones para asignar responsabilidad por la comisión de un injusto resulta aplicable tanto al demandante como al demandado.

La importancia que la justicia correctiva da a la relación entre las partes es la precondition para la crítica estructural al análisis económico. La crítica recurre a la naturaleza relacional de la responsabilidad para señalar que es inadecuado explicar la responsabilidad sobre la base de incentivos dirigidos de forma separada a demandantes y a demandados. El argumento contra el análisis económico resalta así el desencaje entre el funcionamiento de los incentivos y la estructura de la relación entre las partes. Sin entrar en discusiones económicas, se enfrenta al análisis económico justo en el punto en que sus tesis pasan de la eficiencia a la responsabilidad.

La naturaleza relacional de la justicia correctiva tiene implicaciones amplias que permiten que *La idea de derecho privado* vaya más allá de los confines del debate en la teoría de la responsabilidad extracontractual entre «economistas» y «moralistas». Vale la pena prestar atención a tres puntos.

Primero, el argumento de la incompatibilidad estructural no está restringido al análisis económico; se extiende a todos los enfoques instrumentalistas

del derecho privado. Un enfoque instrumentalista postula un objetivo (o una pluralidad de objetivos) que son deseables independientemente del derecho privado y entonces entiende que la responsabilidad promueve ese objetivo, o bien que es defectuosa en la medida en que no lo haga. Puesto que el objetivo no surge de la unidad bilateral de la relación demandante-demandado, ni la refleja, solo puede ser promovido quebrando la relación mediante razones para la responsabilidad que se refieran separadamente a una u otra de las partes. El análisis económico, por ejemplo, asume que la eficiencia es el objetivo que el derecho de daños debería promover o que de hecho promueve. Puesto que ese objetivo está desconectado de la estructura bilateral de la relación entre las partes y es indiferente a ella, la razón para la responsabilidad que el análisis económico ofrece —que la responsabilidad puede actuar como incentivos para una conducta eficiente— se refiere a una parte o a la otra, pero no a la relación entre ellas. Cualquiera que sea el objetivo se pone en juego una dinámica similar. Esto es evidente de manera paradigmática en los objetivos del derecho de daños invocados con la mayor frecuencia: la disuasión y la compensación. Consideradas como razones para asignar responsabilidad, la primera de ellas se refiere solo a las acciones incorrectas sin explicar por qué la responsabilidad extracontractual requiere la producción de un daño; de forma inversa, la última se refiere solo a los daños sin explicar por qué la responsabilidad extracontractual requiere de incorrección. Así, el problema que la justicia correctiva identifica en el análisis económico es general a todas las concepciones instrumentalistas de la responsabilidad. En la medida en que estas han dominado el estudio académico del derecho durante generaciones, este libro constituye un extenso argumento para un cambio radical de orientación teórica.

Segundo, el énfasis en la relación entre las partes también afecta al ala «moralista» del debate. Uno podría estar tentado de desarrollar el enfoque «moralista» del derecho de daños elaborando nociones generales de responsabilidad personal y moral personal. El derecho de daños, sin embargo, está lleno de doctrinas, como el estándar objetivo en las normas sobre negligencia y la ausencia del deber de llevar a cabo incluso un auxilio sencillo, que son difíciles de reconciliar con esas nociones generales. La justicia correctiva apunta en una dirección diferente, a la existencia de un tipo especial de moral que refleja el carácter bilateral de las relaciones de derecho privado. Desde la perspectiva de la justicia correctiva, las consideraciones dirigidas a solo una de las partes están tan fuera de lugar en el enfoque moral del derecho de daños como lo están en el enfoque económico. Se excluyen consideraciones que tratan toda la relación desde la perspectiva de la subjetividad o de las necesidades de una de las partes. De este modo, esta moral especial coincide con el derecho de daños en no dejar espacio para un deber de socorro, porque tal deber obligaría al demandado a responder por las necesidades del demandante. Tampoco puede admitir un estándar subjetivo, puesto que ello trazaría



las fronteras de la seguridad del demandante en los límites de las habilidades particulares del demandado. Como ocurre con el análisis económico, estas consideraciones son rechazadas por razones estructurales sin referencia a su solidez o deseabilidad independientes. La justicia correctiva no implica negar que las necesidades o subjetividad de una persona específica sean relevantes para la deliberación moral en ciertos contextos o para ciertos propósitos. Más bien, la cuestión es que esos contextos o propósitos no son pertinentes para comprender el carácter normativo de la responsabilidad.

Tercero, al exponer la estructura de la relación demandante-demandado, la justicia correctiva clarifica no solo la responsabilidad extracontractual sino todos los fundamentos de responsabilidad del derecho privado. Una teoría de la responsabilidad extracontractual basada en la justicia correctiva es parte de una teoría más amplia del derecho privado porque su punto de partida es la concepción de la relación entre las partes que es común a la responsabilidad en general. Ciertamente, todo fundamento de responsabilidad tiene un conjunto diferente de requisitos, pero esos requisitos encajan en una estructura conceptual uniforme que relaciona directamente a cada una de las partes con la otra. Al prestar atención a la naturaleza e implicaciones de la justicia correctiva, el libro presenta una teoría general del derecho privado en vez de solamente una teoría de la responsabilidad extracontractual. En efecto, cuando el libro fue originalmente propuesto para su publicación un evaluador sagaz se percató de la provocación en su título que, rechazando implícitamente la noción proveniente del realismo jurídico de que el derecho privado es solo derecho público disfrazado, trata el derecho privado como un proyecto normativo distintivo animado por su propia idea organizativa.

Este libro desarrolla esta idea a través de una serie de pasos complementarios que lidian a su vez con la metodología de investigar las estructuras relacionales del derecho, la estructura específica de las relaciones de derecho privado y el contenido adecuado de esa estructura.

La metodología implica rehabilitar la noción de formalismo jurídico, largamente desacreditada. En el discurso jurídico contemporáneo suele identificarse el formalismo con una posición interpretativa que surge de una cierta concepción del positivismo: esta versión del formalismo requiere adhesión estricta o mecánica a las reglas del derecho positivo formuladas autoritativamente sin referencia al sustrato normativo de las reglas. El formalismo presentado en este libro no tiene nada que ver con esta idea, justificadamente vilipendiada. El formalismo del libro no es ni positivista, ni una posición interpretativa hacia formulaciones verbales, ni está centrada en las reglas, ni divorciada de sustratos normativos. Pretende, en cambio, elucidar los diferentes modos en que las relaciones jurídicas pueden ser ordenadas coherentemente. Presentadas de la manera más abstracta, estos diferentes modos constituyen las estructuras más generales o «formas» inmanentes a las actuaciones del de-