

# INTRODUCCIÓN

---

Introduction

**Martín Hevia**

**E**l derecho privado presenta cada vez más desafíos. Así, por ejemplo, en Iberoamérica, la incorporación de los tratados de derechos humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales, la llamada constitucionalización del derecho privado, los procesos de unificación del derecho civil y comercial, el surgimiento y evolución del derecho de los consumidores, las nuevas formas de propiedad intelectual y la regulación de Internet, el desarrollo de la biotecnología, de las nuevas tecnologías reproductivas y su regulación jurídica, entre otros fenómenos jurídicos recientes, han modificado la forma del derecho privado, que se aleja cada vez más de las familiares y tradicionales categorías de origen románico a las que los abogados y juristas estábamos acostumbrados. Estos cambios y desarrollos fuerzan a la comunidad jurídica a embarcarse en una constante y necesaria reflexión acerca de los fundamentos del derecho privado.

Ahora bien, el derecho privado puede estudiarse desde diferentes enfoques o metodologías.<sup>1</sup> Un enfoque posible es el histórico, que tiene por objetivo explicar cuáles son las causas de la existencia del derecho privado y de su desarrollo. Por ejemplo, James Gordley, un historiador del derecho privado, ha sostenido que la mejor explicación de las ins-

---

*Martín Hevia, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Correspondencia: Av. Figueroa Alcorta 7350 (C1428BCW), Buenos Aires, Argentina. mhevia@utdt.edu*

<sup>1</sup> En este punto, seguiré a Smith, 2004, p. 4. Si bien Smith se concentra en diferentes enfoques en la teoría del derecho contractual, su análisis también es aplicable a la teoría del derecho privado. Discuto la taxonomía de Smith en “Respuestas a las Críticas” (por publicarse en *Discusiones*) – en donde respondo a las críticas a la teoría del derecho contractual que propongo en Hevia, 2012a.

tituciones del derecho privado que tenemos puede encontrarse en las preocupaciones de los juristas medievales por desarrollar un sistema jurídico virtuoso (Gordley, 2007 y 1991). Una segunda alternativa es estudiar el derecho privado desde una perspectiva meramente descriptiva, tal como lo hacen la mayoría de los manuales y tratados de derecho privado con los que se estudia y se enseña derecho privado en las facultades de derecho de la región.

Esta sección monográfica tiene como objetivo contribuir a nuestra comprensión del derecho privado desde un tercer enfoque posible, el de la filosofía jurídica. En Iberoamérica, la filosofía jurídica ocupa un papel central en la investigación jurídica. Así, por ejemplo, las facultades de derecho de la región otorgan a los cursos de teoría general del derecho, teoría constitucional o hasta filosofía política un lugar importante en los planes de estudio de sus carreras de abogacía. Además, las contribuciones de juristas iberoamericanos a la teoría jurídica son vastas. No obstante, a diferencia de lo que ha ocurrido en el mundo anglosajón, hasta no mucho tiempo atrás, el derecho privado no era objeto de reflexión filosófica entre nuestros juristas.<sup>2</sup> En los últimos años, al igual que el interés por el análisis económico del derecho, el interés por la filosofía del derecho privado ha crecido,<sup>3</sup> generando cada vez más entusiasmo.

Los filósofos del derecho privado adoptan, según el caso, dos perspectivas diferentes. Por un lado, algunos autores adoptan un enfoque prescriptivo o normativo, es decir, presentan un ideal acerca de cómo debería ser el derecho a la luz de los compromisos morales que podemos tener (Smith, 2004, p. 4). Por otro lado, algunos autores adoptan un enfoque que, siguiendo a Dworkin, podría denominarse “interpretativo”: se proponen iluminar o encontrarle un sentido al área del derecho o a un aspecto de esa área en la que se concentran. Este enfoque parte del material jurídico disponible para explicarlo o preguntarse si tiene sentido a la luz de diferentes teorías morales o de otro tipo, como podría ser una interpretación económica del derecho. Estas dos pers-

---

<sup>2</sup> Para una discusión de este punto, véase Spector, 2003, pp. 241-261.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la colección de artículos sobre teoría del derecho privado en Hevia, 2012b.

pectivas se reflejan en los artículos incluidos en esta sección monográfica.

El conjunto de autores y temas abordados permite resaltar que la agenda de investigación teórica sobre el derecho privado puede cubrir tópicos que van desde las preguntas clásicas acerca de la responsabilidad civil hasta diferentes aspectos del derecho de familia y la regulación de la propiedad intelectual y, por qué no, la legitimidad de las deudas contraídas por los Estados –que, en el fondo, es un problema de obligaciones contractuales complejo.

En “La práctica del *alterum non laedere*”, Diego Papayannis se pregunta si efectivamente existe en nuestros ordenamientos jurídicos un deber de no dañar, cuya violación sea el fundamento de la responsabilidad civil. La mayoría de la doctrina sostiene que dicho deber existe, pero hay autores que lo niegan. Nuestra comprensión del sistema de responsabilidad civil puede variar según el modo en que respondamos a esta pregunta. Según Papayannis, por un lado, si tenemos un deber general de no dañar, la práctica de la responsabilidad civil incluye dicho deber primario y el derecho correlativo –también primario– a no ser dañado; a su vez, la violación del deber activa el derecho secundario a exigir compensación y el deber secundario de reparar el daño causado. En cambio, si el deber de no dañar no existe, entonces la responsabilidad civil tiene por objetivo reparar a las víctimas de daños y, entonces, la idea de que tenemos derechos y deberes primarios debe descartarse. Para el teórico de la responsabilidad civil, es necesario entender bien cuál es su estructura normativa porque solamente en ese caso podrá evaluar el éxito explicativo de las teorías de la responsabilidad civil alternativas –tales como la explicación económica, que apela a la eficiencia, o la deontológica, que apela a la justicia correctiva. Como explica Papayannis, la pregunta central de su artículo también tiene consecuencias importantes para la dogmática jurídica porque, si no hay un deber general de no dañar, ¿es relevante el elemento “anti-juridicidad” en la responsabilidad civil? Papayannis analiza argumentos a favor y en contra de la existencia de un deber general de no dañar. Concluye que, si este deber no existiera, no podríamos explicar el derecho de daños que tenemos.

En “Los fundamentos filosóficos de la doctrina del *fair use*”, Facundo Rojo explora una pregunta central para los abogados que se especializan en temas de propiedad intelectual: si bien, en general, nuestros sistemas jurídicos reconocen el derecho de los autores a determinar con exclusividad qué usos pueden darse a sus obras, también se reconocen algunas excepciones, que permiten en ciertos casos usar obras de creación ajena para crear obras nuevas. Rojo investiga qué fundamentos podemos encontrar para tales excepciones, reconocidas tanto en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos que siguen la tradición continental del derecho de autor como en los que siguen la del *copyright*, propia del *common law*. Debido a que las discusiones iusfilosóficas contemporáneas han tenido lugar más bien en el mundo anglosajón, Rojo se concentra en la justificación de la doctrina del *fair use*. Rojo investiga en qué medida tres tipos de justificaciones de la propiedad intelectual son consistentes con la doctrina del *fair use*. En primer lugar, discute la justificación hegeliana, que justifica la propiedad intelectual apelando a que las obras son una extensión de la personalidad del autor. En segundo lugar, discute la justificación utilitarista, que defiende la propiedad intelectual porque genera resultados socialmente deseables: en ausencia de propiedad intelectual, no habría incentivos para desarrollar “creaciones útiles”. Finalmente, discute la justificación lockeana, que sostiene que, así como tenemos derecho a los frutos de nuestra propiedad privada, tenemos también derecho a las ideas o los inventos que creamos. Según Rojo, las tres teorías podrían explicar la doctrina del *fair use*. Como explica Rojo, las tres justificaciones defienden la propiedad intelectual en general y no solo el *copyright*; por consiguiente, según Rojo, si pueden explicar la doctrina del *fair use*, también deberían ser útiles para entender mejor las excepciones a la exclusividad otorgada por el derecho de autor a los autores para decidir acerca del uso de sus obras.

En “La familia en Rawls: ¿en qué sentido es parte de la estructura básica?”, Ezequiel Spector discute si, a la luz de la obra del famoso filósofo político John Rawls, la familia debe ser considerada parte de lo que Rawls llama “la estructura básica” de la sociedad, es decir, de la estructura coercitiva de la sociedad, mediante la que se asignan derechos y obligaciones. Como es sabido, Rawls ha sostenido que

la estructura básica de una sociedad debe organizarse en función de principios de justicia. Spector sostiene que Rawls es ambiguo acerca de si los principios de justicia deben regir las relaciones familiares o no deben hacerlo. Por un lado, Rawls ha sostenido que la naturaleza de la familia es parte de la estructura básica de la sociedad. Si ello es así, entonces las familias deben organizarse en función de principios de justicia, como podría ser el de una división igualitaria del trabajo, o la igualdad de oportunidades entre los hijos. No obstante, por otro lado, también ha sostenido que la familia es similar a asociaciones voluntarias como las universidades, clubes e iglesias, que pueden estar organizadas en función de principios que establezcan sus integrantes, que podrían ser parte de una concepción moral comprensiva. En este segundo caso, por ejemplo, los padres podrían decidir el tipo de educación que prefieren para sus hijos, sin que deba importar si es una educación liberal o no. Spector sostiene que, en verdad, instituciones como las familias o las iglesias son instituciones complejas, con rasgos diversos. Algunos de esos rasgos podrían considerarse parte de la estructura básica y otros no. Para determinar qué rasgos pertenecen a la estructura básica, Spector propone el test de “las dos facultades morales”. Estas dos facultades son la capacidad de formar, revisar y perseguir una concepción del bien y la capacidad de actuar desde la perspectiva de los principios de justicia. De acuerdo con el test propuesto por Spector, un aspecto de una institución pertenece a la estructura básica si, y solo si, los principios de justicia no se le aplicaran, estaría en peligro el ejercicio de al menos una de las dos facultades mencionadas. Así, por ejemplo, ¿afecta alguna de estas facultades la decisión de los padres de no vacunar o de no autorizar una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida a uno de sus hijos por razones religiosas? ¿Pueden los padres imponer a sus hijos educación religiosa o basada en determinadas ideologías políticas? Como explica Spector, la pregunta acerca de si la familia es o no es parte de la estructura básica tiene implicancias para el derecho. Así, por ejemplo, si lo es, dependiendo de cuáles sean los principios de justicia que se adopten, entonces los códigos civiles u otras normas relevantes quizá puedan estipular cómo deben distribuirse los bienes conyugales, u obligar a los padres a educar a sus hijos de la forma requerida por los principios de justicia.

En “La ética del default: por qué algunas deudas no son obligatorias para las generaciones actuales”, Cristian Dimitriu analiza una cuestión que es de gran importancia en las democracias contemporáneas: ¿Debe un gobierno honrar las deudas en que incurrieron gobiernos anteriores? La pregunta de Dimitriu tiene por fondo el hecho de que muchos gobiernos toman préstamos que luego tienen como destino el bolsillo de los gobernantes o políticas públicas cuyo fin último es la violación de derechos humanos. El derecho internacional, por ejemplo, no ha ofrecido una respuesta clara a esta pregunta para el caso de las llamadas “deudas odiosas”, es decir, deudas en las que han incurrido gobiernos dictatoriales. En el caso de las deudas incurridas por gobiernos elegidos democráticamente, en cambio, parece haber consenso en que las deudas deben pagarse. Dimitriu propone investigar qué podría decir el contractualismo, el libertarismo y el consecuencialismo en favor o en contra de la obligación de un gobierno actual de pagar deudas contraídas por gobiernos anteriores. La pregunta que preocupa a Dimitriu es interesante no solo en el ámbito del derecho internacional, o de las reglas aplicables a los Estados, sino también para discutir los fundamentos de las obligaciones contractuales en el derecho civil y comercial interno de los Estados: ¿por qué las deudas se transmiten a los herederos? Como es sabido, las personas gozamos del “beneficio de inventario”: los herederos pueden rechazar las deudas siempre que rechacen, también, los créditos; ¿por qué los Estados no pueden hacer lo mismo? De hecho, Dimitriu propone trazar una analogía con el derecho privado para explicar por qué los gobiernos no deben hacerse cargo de todas las deudas: en el contrato de agencia, el principal que contrata a un agente no es responsable cuando éste se excede en su mandato y, en nombre del principal, contrae fraudulentamente deudas. Ello es así cuando, a su vez, el acreedor –prestamista, en caso de que se trate de un préstamo– conoce o es razonable asumir que debe conocer las intenciones fraudulentas. Dimitriu sostiene que los ciudadanos son los principales de sus gobernantes, que son agentes que, si exceden su mandato, no pueden obligar legítimamente a los Estados en cuyo nombre dicen actuar. Dimitriu argumenta que los gobiernos actuales deben pagar las deudas contraídas por los gobiernos anteriores de un Estado si, y solo si, el gobernante que contrajo la deuda no excedió el mandato de los ciudada-

nos. Esta conclusión es desafiante porque no es compartida por los filósofos y los juristas que han escrito sobre la obligación de los gobiernos de pagar las deudas de gobiernos: en general, los filósofos niegan que esa obligación exista y los abogados sostienen que los gobiernos actuales sí la tienen.

En suma, espero que este conjunto de artículos contribuya al diálogo académico en torno al derecho privado en Iberoamérica y que este diálogo nos ayude a comprender mejor los desafíos que plantea esta fascinante y cambiante área del derecho.

### Referencias bibliográficas

Gordley, James, 2007: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichement*. Nueva York, Oxford University Press.

\_\_\_\_\_, 1991: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Cambridge, Oxford University Press.

Hevia, Martín, 2012a: *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*. Dordrecht, Springer.

\_\_\_\_\_, (coord.), 2012b: *Teoría y crítica del derecho civil y comercial*. México, Fontamara.

Smith, Stephen, 2004: *Contract Law Theory*. Nueva York, Oxford University Press.

Spector, Horacio, 2003: “Justicia y bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, pp. 241-261.