

DIEGO M. PAPAYANNIS*

El derecho privado como instrumento de la política pública

ENGLISH TITLE

Private Law as an Instrument of Public Policy

ABSTRACT

In this essay I will defend that private law is a necessary part of public policies. I will show that the criticisms that stress the alleged inability of private law to contribute effectively or efficiently to the achievement of social goals are no more than a prejudice. Furthermore, I will argue that private law can make a significant contribution to a wide range of social goals, such as income redistribution or gender equality, to name a few examples.

KEYWORDS

Private Law – Public Policies – Rational Legislation – Effectiveness – Efficiency.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría del derecho privado se ha mantenido tradicionalmente al margen del discurso de la política pública¹. Ello ha ocurrido por dos razones fundamentales. La primera es que se lo considera usualmente un mal instrumento para alcanzar fines u objetivos sociales que, por su naturaleza, exceden el ámbito de las transacciones interpersonales. La segunda razón es

* Profesor Serra Húnter de filosofía del derecho e Investigador de la Cátedra de Cultura Jurídica, Universidad de Girona (Proyecto Análisis Filosófico del Derecho Privado). Con apoyo del proyecto “Los errores en la producción y en la aplicación del derecho” (PID2020-114765GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España). Este trabajo fue presentado en las Giornate di ermeneutica giuridica 2021. Diritto privato. Nuove frontiere e nuovi strumenti metodologici, Università degli Studi di Padova, 12 y 13 de marzo de 2021. Agradeczo los comentarios de los participantes. Asimismo, me he beneficiado de la atenta lectura de Carolina Fernández Blanco, Henry M. Reyes Garcés y Jaime Oportus al último borrador.

1. Con grandes diferencias entre sí, esta postura se refleja en autores como Morgan, 2013, pp. 148-157, y Weinrib, 1995, p. 221.

que aun cuando el derecho privado pudiese ser utilizado, con un alcance limitado, para promover ciertas políticas públicas, lo haría a costa de socavar aquello que hace valiosas sus instituciones: estas conforman un marco en el cual los particulares pueden relacionarse e interactuar persiguiendo los fines que mejor consideren². Es un ámbito de libertad en el cual las partes desarrollan su autonomía y la intervención pública excesiva, animada por objetivos globales, iría necesariamente en desmedro de ese valor.

Las cosas cambiaron ligeramente con la irrupción del análisis económico del derecho. Esta corriente, a diferencia de la postura tradicional, sí entiende que el derecho privado es instrumental a objetivos sociales. Sin embargo, no cualquier objetivo puede ser promovido por el derecho privado³. Se le asigna básicamente la función de maximizar la riqueza. Así, el derecho de contratos, por ejemplo, debe facilitar los intercambios para lograr que los recursos se trasladen de unas personas a otras, hasta alcanzar su uso más valioso⁴. Los remedios contractuales, a su turno, deben desincentivar el comportamiento oportunista⁵ y asegurar el cumplimiento de los contratos solo cuando eso sea eficiente⁶. Paralelamente, la responsabilidad extracontractual debe minimizar el coste de los accidentes⁷. De este modo, mientras que el derecho de contratos hace crecer la economía, la responsabilidad extracontractual cumple la función complementaria de evitar que esta se retraija como consecuencia de nuestras interacciones dañosas.

Aunque la doctrina tradicional en general niega que la maximización de la riqueza sea un objetivo prioritario o central en el derecho privado⁸, coincide con el análisis económico del derecho en que otros objetivos de política pública, como la redistribución del ingreso, la promoción de la igualdad de género, la lucha contra toda forma de discriminación, entre otros, no pueden ser perseguidos eficazmente mediante el derecho privado.

En este breve escrito sostendré que las razones que comúnmente se esgrimen para rechazar la participación del derecho privado en la política pública en realidad no son más que prejuicios. Procederé del siguiente modo: en el apartado 2, partiré de la noción de política pública y sus fases para mostrar que en realidad el derecho privado es parte de ella. El apartado 3, abordaré una serie de objeciones vinculadas con los distintos sentidos en los

2. Rawls, 1993, pp. 268-269.

3. Incluso algunos trabajos que plantean el problema como uno de política pública niegan que el derecho privado sea capaz de alcanzar, por ejemplo, objetivos de justicia distributiva. Véase Fried & Rosenberg, 2003, pp. 66-72.

4. Cooter & Ulen, 2012, p. 75.

5. Posner, 2014, p. 97.

6. Birmingham, 1970, p. 284.

7. Calabresi, 1970, p. 26 y ss.

8. Véase, por todos, Pantaleón, 2000, p. 170 y ss.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

cuáles la implementación de políticas públicas mediante el derecho privado podría ser considerada una empresa *irracional*. Finalmente, en el apartado 4, mostraré algunas ventajas de implementar ciertas políticas públicas mediante el derecho privado.

2. EL DERECHO PRIVADO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Por “política pública” entiendo el conjunto de decisiones y acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diversos actores, en principio estatales (aunque no siempre), con el propósito de resolver o prevenir un problema *definido políticamente* como “colectivo”. Las políticas públicas se implementan fundamentalmente mediante normas jurídicas generales, mas su desarrollo requiere también la realización de actos jurídicos concretos, como la celebración de contratos administrativos, etc., y el dictado de normas individuales, como las sentencias juridiciales⁹.

El primer paso de toda política pública, entonces, es la identificación de un problema social que requiera ser abordado. El segundo consiste en plantear un objetivo que sea realizable y que solucione total o parcialmente el problema social identificado. Luego, debe explicitarse la política pública misma, es decir, los medios con los cuales se pretende alcanzar esos objetivos. Un buen planteo en esta etapa ha de ser transparente en cuanto a los presupuestos que se asumen en la definición del problema y en la propuesta de solución, pues un conjunto suficiente de errores en esta instancia pone en peligro el éxito de la política. Por desgracia, muchas veces las políticas públicas no explicitan sus propósitos, ni sus presupuestos, lo cual dificulta evaluar su éxito o discutir su racionalidad en el contexto en que se la pretende implementar. Además, como último paso, deben compararse los medios elegidos con otras alternativas para poder sopesar las ventajas relativas de la política impulsada. Ello incluye sus costes y beneficios esperados y las posibles externalidades negativas o positivas¹⁰. Veamos un ejemplo.

Supongamos que se considera que existe un grave déficit educativo, sobre todo en los estadios iniciales de la formación, entre los habitantes del barrio Φ. La política pública establece entonces un objetivo, que podría ser, por ejemplo, reducir el abandono escolar en un 50%. Para ello se propone una medida concreta: un subsidio a los padres de los niños, condicionado a la asistencia escolar. Corresponde entonces exponer los presupuestos asumidos por quien diseña la política pública, por ejemplo, que la causa principal por la cual existe una deserción tan alta entre los habitantes de Φ es principalmente económica.

9. Estos son los elementos definitorios que sirven a los efectos de este trabajo. Una explicación más completa puede consultarse en Fernández Blanco, 2021, pp. 5 y ss.

10. Sidney, 2006: 79 y ss.; Bellinger, 2007, pp. 6-7.

Los hijos se integran tempranamente a la vida laboral y, por tanto, el subsidio podría contrarrestar en parte la pérdida de ingreso derivada de la escolarización. Si este presupuesto es errado, y la razón por la cual en Φ se verifica un abandono tan elevado es que allí existe una concentración alta de miembros de una etnia que rechaza el modelo educativo liberal, entonces, la política no funcionará como se espera. Por otra parte, la explicitación de los presupuestos permite tener cautela al momento de intentar replicar experiencias pasadas en un barrio distinto. Si en Φ el motivo de la deserción fuese económico y este presupuesto está explicitado, será claro que la política debería ser revisada antes de ser trasladada a otro contexto en el cual algún condicionamiento subyacente pueda debilitar la efectividad de la política pública¹¹. Luego, deben considerarse los medios alternativos. En lugar de conceder subsidios, ¿podrían implementarse sanciones penales para los padres que no escolarizan a sus hijos? ¿Sería eso tan eficaz como el subsidio? Nuevamente, ¿qué presupuestos se asumen en este caso? Por último, el análisis debe calcular los costes derivados de la política pública elegida. ¿Cuánto cuesta gestionar el subsidio? ¿Existen efectos negativos previsibles derivados de la política del subsidio? Alternativamente, ¿qué consecuencias sociales puede tener la intervención del derecho penal en estas cuestiones? ¿Puede suponer una criminalización de la pobreza?

Este modo de analizar el diseño de políticas públicas es bastante estándar. ¿Existe alguna razón por la cual no podamos pensar las normas del derecho privado desde esta misma óptica? Es evidente que *de hecho* el derecho privado regula un conjunto de problemas sociales. Así, regula el problema de los daños que nos causamos unos a otros, qué tipos de intercambios son permisibles (es decir, los límites del mercado y las formas lícitas de asociación entre particulares), las formas de organización familiar (lo que permite una oscilación considerable entre modelos perfeccionistas y modelos más liberales), entre muchas otras cosas.

Tomemos el problema de los daños que nos causamos unos a otros. Respecto de este problema podríamos desarrollar el mismo análisis que realizamos en relación con la deserción educativa. En efecto, como se verá, las discrepancias entre distintas corrientes teóricas pueden ser comprendidas de mejor manera si se las concibe como desacuerdos sobre la manera apropiada de resolver el mismo problema. Comparemos tres visiones diferentes del asunto¹²:

11. En Kenia, por ejemplo, los programas de desparasitación tuvieron un importante impacto en la reducción del absentismo escolar. Véase Miguel & Kremer, 2004. Por lo tanto, una cancelación o variación en ese programa puede hacer fracasar la política educativa implementada.

12. Por supuesto, en la literatura existen muchas más posturas sobre las funciones de la responsabilidad civil.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

Para algunos autores, lo que debería hacerse con los daños que nos causamos unos a otros es, como ya mencioné, *minimizar sus costes*¹³. Ello requiere disuadir los riesgos ineficientemente altos. ¿Cómo se logra este objetivo? La responsabilidad civil (en particular ciertas reglas en cada contexto) es una alternativa, pero este objetivo también puede lograrse mediante multas administrativas para los generadores de riesgos excesivos o mediante el castigo penal. Supongamos que el medio elegido para llevar adelante los objetivos de política pública es la responsabilidad civil. Deben explicitarse ahora los presupuestos de la propuesta: ¿conocen sus destinatarios el contenido de la responsabilidad civil? ¿Son sensibles a estas normas? ¿Son capaces de calcular probabilidades de daño a efectos de apreciar la magnitud de los riesgos que generan sus actividades? ¿Cuentan con información suficiente sobre las diligencias que pueden adoptar para evitar daños a terceros? En cada una de estas preguntas yace una posible fuente de frustración de la política sugerida. Luego, ¿qué costes tiene implementar la responsabilidad civil? Por un lado deben computarse los costes de gestión (tribunales, abogados, peritos, etc.) y, por otro, el coste derivado de que ciertas víctimas sean incapaces de cobrar una indemnización cada vez que falla el sistema. ¿Qué ventajas tiene la responsabilidad civil respecto de otros modos de incentivar a los agentes dañadores, como el derecho administrativo o el penal?

Otros autores proponen *compensar* a las víctimas de daños injustos¹⁴. También este objetivo abre varias posibilidades: puede implementarse un sistema de responsabilidad civil o un fondo de compensación social financiado por impuestos generales o mediante contribuciones especiales a cargo de los generadores de riesgo¹⁵. Si se opta por la responsabilidad civil, uno de los presupuestos es que existe un amplio acceso a la justicia, es decir, las víctimas tienen facilidades para demandar y ganar el pleito cuando son dañadas injustamente. Si, por el contrario, se opta por un fondo de compensación, uno de los presupuestos es que este sistema no afectará los incentivos de las víctimas para tomar precauciones, porque ello podría elevar la cantidad de accidentes. ¿Es esto así, en todas las actividades y para todo tipo de daños? Por otra parte, ¿qué coste tiene la implementación de un fondo social en comparación con la responsabilidad?

Por último, quienes proponen que el problema de los daños que nos causamos unos a otros debe abordarse implementando la *justicia interpersonal*

13. Calabresi, 1970, p. 26.

14. La meta compensatoria es una de las más mencionadas en la literatura. Entre muchos otros, véase Abraham, 2002, pp. 14-20; Alpa, 2010, pp. 217 y ss.; Cane, 2006, p. 411; Dobbs, Hayden & Bublick, 2016, pp. 21 y ss.; Mullis & Oliphant, 2011, pp. 12 y ss.

15. Coleman, 1992, p. 404.

sugieren que solo la responsabilidad civil puede lograr este objetivo¹⁶. Sin embargo, ello no evita el debate de fondo. ¿Es la justicia interpersonal suficientemente importante como para tolerar que muchas víctimas queden sin compensación por los daños que sufren? Es decir, si existe un beneficio derivado de la responsabilidad civil (un beneficio moral en este caso), ¿tiene de todas maneras suficiente peso como para contrarrestar las consideraciones opuestas, por ejemplo, que su operación habitual deja demasiadas víctimas sin compensación o que genera resultados regresivos por dirigir los riesgos hacia las personas más desventajadas de la sociedad?¹⁷

En definitiva, las distintas concepciones sobre el derecho privado y sus funciones pueden ser encuadradas como discusiones sobre cuál es la política pública más defendible una vez que se delimita un problema social que merece una respuesta. Negar, entonces, que el derecho privado pueda participar de la política pública, cuando en sí mismo es parte de una determinada política pública, resulta o bien ingenuo o bien una posición motivada por razones ideológicas. Una cuestión distinta atañe a la racionalidad o conveniencia de llevar adelante una política pública en concreto mediante el derecho privado. A esta cuestión me dedicaré en el apartado siguiente.

3. LAS SUPUESTAS IRRACIONALIDADES DE PERSEGUIR OBJETIVOS DE POLÍTICA PÚBLICA MEDIANTE EL DERECHO PRIVADO

¿Qué problemas podría enfrentar el derecho privado para implementar políticas públicas? Básicamente, los mismos que cualquier otra rama del derecho. Sin embargo, hay tres tipos de irracionalidad que han preocupado especialmente a los teóricos del derecho privado. Estas preocupaciones pueden ser reconstruidas, empleando la terminología de Atienza en el campo de la legislación racional, de la siguiente manera: el intento de desarrollar políticas *públicas* mediante el derecho *privado* adolece de una irracionalidad *pragmática*, una irracionalidad *teleológica* y una irracionalidad *ética*.

Una norma es pragmáticamente irracional cuando fracasa como directiva, en su propósito de guiar el comportamiento de la manera requerida por la política pública. La irracionalidad teleológica, por su parte, se produce cuando la norma no logra los objetivos que se propone y/o trae otras consecuencias imprevistas que se juzgan indeseables. Por último, la irracionalidad ética

16. Weinrib, 2012, p. 4 y ss.; Ripstein, 2016, p. xi.

17. Ripstein (2016, pp. 294-295), por ejemplo, entiende que algunas consideraciones de justicia distributiva pueden recomendar que se limite la operatividad de la responsabilidad civil. Sobre el hecho de que la responsabilidad civil tradicional perjudica a los más desventajados, véase Keren-Paz, 2007, p. 68 y ss.; Papayannis, 2014, pp. 272 y ss.; y 2016, pp. 71-73.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

consiste en una falta de justificación moral de la norma¹⁸. Existen, por supuesto, relaciones entre los tres tipos de irracionalidad. Así, una norma que podemos anticipar que será ineficaz (irrationalidad pragmática) a la vez es muy probable que no alcance los objetivos esperados (irrationalidad teleológica)¹⁹. Asimismo, una norma puede ser éticamente irracional porque: 1) persigue un objetivo ilegítimo (como la segregación racial); o 2) emplea medios ilegítimos para objetivos legítimos. La ilegitimidad del medio puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando se emplea un medio frontalmente inmoral, como la disuasión de daños con penas excesivas o violatorias de los derechos humanos. Es relativa si el medio empleado es ilegítimo para el fin concreto que se lo pretende utilizar. El caso más discutido es el derecho privado redistributivo, que trataré a continuación. Según señala la crítica, aunque la redistribución de la riqueza sea un objetivo defendible, el derecho privado es un medio ilegítimo para lograrlo porque sus consecuencias últimas son inadmisibles. Se observa en este último caso una estrecha relación entre la irrationalidad ética y la irrationalidad teleológica. Pese a todo, las tres categorías son útiles para entender problemas diferentes.

La irrationalidad pragmática en el derecho privado tiene que ver con el hecho de que las dinámicas propias de la interacción entre particulares favorecen las conductas de evitación. Supongamos que una norma busca mejorar la posición de los más desaventajados en el mercado estableciendo un límite a la tasa de interés que puede cobrarse en los créditos de consumo. En lugar de fomentar la concesión de crédito a bajo coste, los agentes racionales reaccionarán no contratando con los consumidores que más necesitan el crédito, es decir, evitando la aplicación de la norma, o desarrollarán otros patrones de comportamiento que frustran el fin de la norma, como el requerimiento de avales o garantías que están fuera del alcance de los potenciales beneficiarios²⁰.

En lo que hace a la irrationalidad teleológica, pensemos en una norma que impone una garantía obligatoria de 2 años. Esta norma parece tener un efecto redistributivo claro a favor de los consumidores, sobre todo aquellos de menores ingresos. Sin embargo, los agentes racionales cumplirán con la garantía legal subiendo los precios de los productos. Esto significa que trasladarán el coste de la garantía a los propios beneficiarios y el efecto redistributivo quedaría neutralizado. A la vez, es posible que algunos

18. Véase Atienza, 1997, pp. 36-39.

19. Podría darse lo que Fernández Blanco (2019, p. 268, nota 13) denomina “efectividad impropia”: que una norma sea ineficaz porque exige a los individuos realizar A y los individuos no hacen A, sino B, pero B logra en alguna medida el objetivo planteado. Esto deja espacio a que una norma pragmáticamente irracional no sea siempre teleológicamente irracional, aunque en la mayoría de los casos, una cosa llevará a la otra.

20. Morgan, 2013, p. 152.

consumidores de bajos recursos, que hubiesen comprado el producto sin la garantía a un precio menor, ahora no puedan pagarlo y queden fuera del mercado. El resultado parece ser ineficiente y perjudicial para las personas a las que se pretendía beneficiar²¹.

Por último, la irracionalidad ética se observa cada vez que los resultados de las normas de este tipo son arbitrarios. Tomemos nuevamente la norma sobre límites a las tasas de interés. Las cláusulas que incluyan tasas superiores a las permitidas serán nulas. Esto significa que algunas personas, por ejemplo, los vendedores de electrodomésticos usados en barrios carenciados que tratan a diario con los pobres soportarán la carga de la redistribución en mayor medida que otras personas que no tienen relación con las clases desaventajadas, como un cirujano plástico de Beverly Hills²². El resultado es arbitrario porque la política redistributiva no incluye a todos los que deberían aportar, ni a todos los que deberían recibir los beneficios de la redistribución. Por otra parte, la aportación de quienes sí están incluidos también es azarosa, pues nada garantiza que se respete el principio de capacidad contributiva, ni de necesidad. Algunos aportan (y otros reciben) más o menos de lo que deberían según un criterio de justicia distributiva defendible públicamente. Las consecuencias arbitrarias de implementar estos objetivos globales mediante el derecho privado hacen injustificables estas normas, aun cuando el objetivo último sea loable.

Responder de manera completa cada una de estas objeciones requiere un espacio considerable. Sin embargo, aquí basta con señalar lo siguiente. Todas estas objeciones, en el mejor de los casos, muestran que *algunos* objetivos no pueden perseguirse razonablemente con el derecho privado, pero eso no excluye que otros sí puedan ser logrados de manera óptima. He mencionado específicamente estos ejemplos porque son los que proliferan en la literatura crítica. A pesar de ser los casos que se toman como paradigmáticos de la inconveniencia de que el derecho privado lleve adelante políticas públicas, distributivas en este caso, creo que ninguno de los problemas señalados es realmente serio.

En cuanto a la irracionalidad pragmática, es sencillamente falso que los agentes puedan evitar todas las exigencias normativas que le resulten inconvenientes. En materia de contratos, existen reglas que prohíben la discriminación. Incluso se han llegado a aplicar sanciones penales por casos de negativa de venta discriminatoria²³. Pero aun cuando fuese posible evitar la acción requerida por la norma, ello no es necesariamente perjudicial. Si la norma pretende que se concedan créditos a bajo coste y el agente deja de conceder créditos abusivos a consumidores vulnerables, pues este efecto

21. Craswell, 1991, p. 395 y ss.

22. Fried, 2015, p. 106.

23. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 5487/1998, de 29/09/1998.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

también tiene un aspecto beneficioso desde el punto de vista de la política pública. La experiencia muestra que esta clase de créditos generan una situación de endeudamiento perpetuo que no contribuye en realidad al bienestar de las clases desventajadas²⁴.

Por su parte, en el ámbito extracontractual, la posibilidad de evadir normas redistributivas tampoco es perjudicial. El hecho de que los agentes eviten situaciones de redistribución en este contexto significa que evitan dañar a las personas a las cuales las normas redistributivas intentan proteger. Por ejemplo, si se establece una responsabilidad objetiva sobre las industrias contaminantes en beneficio de los habitantes de los barrios pobres, la evitación de esa regla supone que los pobres no serán contaminados en el mismo grado que antes de la regla, con lo cual el objetivo se logra aun con mayor éxito que cuando opera la regla compensatoria. Dicho de otro modo, si la responsabilidad objetiva opera, eso es positivo porque las víctimas son compensadas en unas condiciones más favorables que antes de la implementación de la política pública. Si, en cambio, la regla es evitada, eso significa que la política pública fue aun más exitosa porque ha logrado disuadir (al menos en parte) los daños derivados de la contaminación.

Otro tanto puede decirse de la supuesta irracionalidad teleológica. La crítica consistía en afirmar que los agentes reaccionarán trasladando a precios el coste de la política pública. En primer lugar, debe notarse que no todos los afectados por una política pública están en posición de trasladar a precios los costes adicionales que ella les supone. En segundo lugar, incluso cuando se trate de agentes de mercado que podrían teóricamente cobrar precios más altos a sus consumidores, ello depende en última instancia de la elasticidad de la demanda y de la oferta²⁵. Habrá casos en los cuales es imposible trasladar a precios, otros en los que es posible hacerlo parcialmente y otros íntegramente. Si el traslado es parcial, entonces, los efectos de la política pública se ven reducidos, pero no neutralizados.

Pero ¿qué ocurre si el traslado es total? Aquí podrían ocurrir dos cosas. Si los consumidores son personas distintas de los beneficiarios de la política pública, entonces, que la política redistributiva tenga efectos positivos depende de si los consumidores están en condiciones de soportar el incremento del precio. Si lo están, el efecto es positivo de todos modos. Piénsese en una industria que contamina a un barrio pobre y produce bienes de lujo para consumidores ricos. El aumento de precio dado por una regla de responsabilidad objetiva que protege a los pobres está plenamente justificado. La política logra sus propósitos por completo. Si, en cambio, los consumidores

24. Véase, en este sentido, la decisión del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en el caso *Wiziken Bank S. A. vs. Fidela*, STS 600/2020, de 4/3/2020.

25. Véase Kennedy, 1982, p. 605 y ss.

son los mismos beneficiarios de la política pública, como en el caso reseñado más arriba de la garantía obligatoria o, mejor aun, una responsabilidad objetiva por daños causados por el propio producto, los efectos redistributivos serán parciales, pero no desdeñables. Con esa garantía, ningún consumidor pobre se quedará sin compensación luego de sufrir un daño. Se evita de este modo que el daño quede concentrado en los pocos desafortunados que los sufren. Ello es así porque el agente sujeto a responsabilidad objetiva contratará un seguro de responsabilidad civil, subirá el precio ligeramente, y entre todos los consumidores cubrirán el coste de compensar a las víctimas. El resultado redistributivo es todavía importante.

Asimismo, no hay razón para pensar, como sugiere parte de la crítica de irracionalidad teleológica, que todas las normas de este tipo introducirán ineficiencias²⁶. Existe un buen número de normas que son eficientes y a la vez favorecen objetivos redistributivos. La responsabilidad objetiva, las garantías obligatorias, los estándares de diligencia agravados, entre muchas otras, son reglas que favorecen a una clase a costa de la otra y todas han recibido justificaciones económicas plausibles, en tanto contribuyen a la eficiencia en ciertos contextos²⁷. De hecho, son normas que están vigentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y, añadiría aquí, por excelentes razones de *política pública*.

Finalmente, la objeción de irracionalidad ética también es infundada. Las políticas públicas del derecho privado no consisten en una aplicación de criterios *ad hoc* para casos individuales. Siempre se piensa en reglas que sean justificables por sus efectos globales. Que esos efectos no abarquen a todos los que tengan capacidad contributiva, ni beneficien a todos los que merecen ser beneficiados, no es algo que deba escandalizarnos. Exactamente lo mismo ocurre con el derecho público. Los impuestos solo afectan a algunas personas. Incluso el impuesto sobre la renta, que es de los más generales que pueden existir, afectan a quienes tienen ingresos de su trabajo, no a todos los ciudadanos, y además tampoco toma de cada persona exactamente lo que sería justo según su capacidad contributiva. Dos personas con iguales ingresos contribuyen en la misma medida, pero es posible que una tenga alguna enfermedad crónica que no está contemplada en ninguna exención y, por lo tanto, su capacidad económica real sea menor que la que indica sus ingresos. Es decir, todos los impuestos son sub y sobreincluyentes respecto de la capacidad contributiva. En este sentido, los economistas tienen claro que los sistemas tributarios tienen un grado de aleatoriedad inerradicable. Se trata de encontrar un diseño aceptable, no perfecto²⁸.

26. Kaplow & Shavell, 1994, pp. 667 y ss.

27. La literatura sobre esto es muy numerosa. Véase un panorama general en Shavell, 1987.

28. Kaplow, 2008, p. 36.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

Tampoco del lado de las políticas públicas puede decirse que ellas siempre benefician a todos los que merecen ser beneficiarios. El Estado decide construir una obra pública en el barrio A y no en el B, aunque ambos son igualmente pobres. La arbitrariedad del derecho tributario y del gasto público es también considerable, por lo tanto, no hay una alternativa que sea siempre claramente superior (y en ese sentido preferible) al derecho privado. Adicionalmente, tampoco hay razones para pensar que los impuestos son siempre eficientes. Más bien al contrario, ningún impuesto es inocuo. Por un lado desincentivan el trabajo. Por otro, el propio procedimiento recaudatorio, el control contra la evasión, etc., termina consumiendo una parte no trivial de lo recaudado²⁹. En comparación con el derecho público, el derecho privado permite transferencias directas entre las personas, con lo cual no se destruyen *necesariamente* recursos en el proceso de recaudación y transferencia centralizadas³⁰.

En lo que hace a los incentivos para el trabajo, no hay evidencias de que el desincentivo sea mayor bajo una regla del derecho privado que bajo una norma impositiva. Algunos autores sugieren más bien lo contrario³¹. Del lado de los beneficiarios ocurre algo similar. Una regla del derecho público que concede un subsidio destruye los incentivos para el trabajo más que una regla de derecho privado que mejora las condiciones de acceso al mercado. Ello es así porque el subsidio depende de que la persona no genere ingresos suficientes. En contraste, una regla de derecho privado que da acceso a un mercado más justo solo es útil para quien tiene ingresos y puede beneficiarse de esas reglas. A quien está fuera del mercado, las normas sobre cláusulas abusivas, garantías obligatorias, etc., le serán de poca utilidad.

Para concluir esta sección, diré que la crítica en general exagera las virtudes del derecho público en la comparación con el derecho privado, sin detenerse en los propios defectos del primero. Cuando se afirma que los individuos reaccionarán evitando las normas redistributivas del derecho privado parece ignorarse que también podrían reaccionar evitando las normas del derecho tributario (o, incluso, evadiendo impuestos, lo que acarrea costes sociales todavía mayores). Cuando se afirma que los agentes económicos intentarán trasladar los costes del derecho privado redistributivo a precios, se olvida que lo mismo harán con las normas impositivas³². Eso indica que no hay una razón *de principio* por la cual nunca las políticas públicas, redistributivas o de

29. Ibidem, pp. 90-96.

30. Por supuesto, si un conflicto es judicializado, ello implica costes administrativos que deben tomarse en cuenta. Pero en todos los demás casos no judicializados, las transferencias operan de modo directo.

31. Se ha sugerido que esto es así porque muchas personas interpretan los impuestos como un ataque a los rendimientos del trabajo, mientras que la responsabilidad civil es vista como un gasto más, solventado con nuestros ingresos. Véase Jolls, 1998, p. 1670.

32. Véase Colander, 2016, pp. 147-148.

cualquier clase, puedan ser legítima y útilmente llevadas a cabo contando con el derecho privado como parte de la solución.

4. EL POTENCIAL DEL DERECHO PRIVADO EN LA POLÍTICA PÚBLICA

Pese a todo, la posición ortodoxa es que el derecho privado debe permanecer siempre al margen de las cuestiones de política pública. Los problemas globales, como la justicia distributiva, no deben alterar la naturaleza *privada* del derecho privado, de lo contrario, este dejará de cumplir su función más importante. Ya hemos visto que las reglas que pueden servir a la política pública no son ajenas al derecho privado moderno, ni requieren evaluaciones caso a caso. Por esta razón, la posición ortodoxa se basa en un equívoco sobre la manera en que el derecho privado contribuye de hecho en las políticas públicas. No existe tal cosa como una desnaturalización del derecho privado simplemente porque se incluyan responsabilidades objetivas, garantías obligatorias, catálogos de cláusulas nulas, estándares de diligencia más exigentes, prohibiciones de discriminar, entre otras alternativas. Antes bien, estas normas posibilitan un derecho privado interpersonalmente justo³³.

Pero más allá de esto, parecería que la división entre los problemas públicos, como la pobreza o la desigualdad de género, y la regulación de los asuntos privados, se basa también en un equívoco sobre el rol del derecho privado en la etiología de los problemas sociales. El derecho privado *es parte* del contexto que genera y perpetúa desigualdades estructurales. La prohibición de ejercer el comercio para la mujer, sin autorización del marido, que estaba presente en algunos códigos civiles decimonónicos, el establecimiento de principios como la *restitutio in integrum* o el mismo *pacta sunt servanda*, sin concesiones, son parte de las reglas que generan el problema que ahora se pretende solucionar mediante el derecho público. ¿Tiene sentido la estrategia de implementar políticas públicas *ex post* para reparar las injusticias sociales que el propio derecho privado contribuye a crear? ¿No sería mejor evitar esas injusticias con un derecho privado más equitativo? ¿No parece más sensato anticiparse a estos problemas con una mejor regulación de las relaciones entre particulares?

Hay tres razones por las cuales la estrategia preventiva de las inequidades podría hacer preferible incluir al derecho privado dentro de una política pública. La primera es que las políticas públicas orientadas a paliar los efectos negativos del derecho privado son absolutamente contingentes. Dependen del ánimo político del momento, de que haya un presupuesto adecuado, de

33. Dagan & Dorfman, 2016, pp. 1397 y 1412.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

que no se esté transitando alguna crisis que haga prioritario atender otros asuntos más urgentes, entre otras cosas. En cambio, el derecho privado está más cerca de la vida cotidiana de las personas. Un derecho contractual justo impide la discriminación y exclusión de algunos grupos desventajados. Un derecho laboral justo es capaz de evitar las desigualdades entre hombre y mujeres con mucha mayor efectividad que el derecho público. Un derecho de propiedad justo, en combinación con las normas contractuales, permite un acceso a la vivienda en condiciones que no son sustituibles por la acción interventora del Estado. Para los colectivos desventajados hace una gran diferencia que sea el Estado quien les otorga un subsidio para acceder a estos bienes o, en cambio, que sean ellos mismos quienes puedan procurárselos en el mercado, en condiciones de igualdad y, en última instancia, de dignidad³⁴. En definitiva, el efecto de las normas del derecho privado es inmediato y, como de ordinario están menos sujetas a los vaivenes de la política, son capaces de brindar estabilidad y, con el tiempo, promover una verdadera transformación social³⁵.

La segunda razón, íntimamente relacionada con la primera, es que respecto de algunos bienes el tipo de reglas que se están considerando favorecen un estado de cosas superior al que puede lograrse con el derecho público. Piénsese, por ejemplo, en la distribución de bienes inmateriales como la libertad, la seguridad, la indemnidad, el honor, el poder de negociación, la información o, fundamentalmente, la igualdad interpersonal³⁶. En algunos de estos casos, la distribución que opera mediante el derecho público es marcadamente menos eficaz que la llevada a cabo por el derecho privado. Unas normas de diligencia poco exigentes hacen que las personas sufran daños de una magnitud superior a la que hubiesen sufrido con una norma más exigente. Cualquier respuesta, ya sea una indemnización proveniente de la responsabilidad civil, de un fondo social de compensación o de un subsidio

34. Martha Nussbaum (2011, p. 30) ha elaborado un listado de diez capacidades que ella denomina “centrales” y que en su opinión especifican un mínimo de condiciones sociales para que las personas puedan llevar adelante una vida digna. La posibilidad de tratar con otros en condiciones de igualdad es una de ellas.

35. Como bien señalan Goldberg & Zipursky (2020, pp. 40-41), la negativa de Catharine MacKinnon de tratar el acoso sexual como un “mero ilícito extracontractual” es un ejemplo de cómo el potencial del derecho privado para abordar problemas estructurales puede pasar fácilmente desapercibido.

36. Ciertamente, algunos de estos valores, como la libertad, pueden hasta cierto punto lograrse con reglas de derecho público, pero solo parcialmente. Por ejemplo, la libertad de contratar con otros particulares según se juzgue conveniente, de asociarse con fines privados, la potestad de reclamar a quienes nos dañan que nos reparen, todo ello en pie de igualdad, son aspectos importantes de la calidad de vida y solo pueden lograrse plenamente mediante el derecho privado. Algunos de estos argumentos los he presentado en Papayannis, 2016, pp. 233 y ss.; para una versión más desarrollada de esta idea, véase Papayannis, 2021.

estatal, es un subóptimo respecto del estado ideal en el cual las personas no están expuestas a riesgos irrazonables.

La tercera razón es que un derecho privado pretendidamente neutro a las políticas públicas no solo tiene la disposición a generar desigualdades, sino que tiene fuerte potencial para anular las políticas paliativas que se implementen desde el derecho público. Como es evidente, un derecho contractual injusto, que tolera la explotación de los más débiles, transfiere recursos desde quienes tienen menos poder de negociación hacia quienes tienen más. Ello implica que una persona que sea beneficiaria de ayudas estatales justificadas por su situación de pobreza, por ejemplo, ni bien recurra al mercado para proveerse de bienes y servicios, verá que una parte del subsidio recibido se desvanece por aplicación de condiciones contractuales desfavorables. El derecho privado injusto contribuye a crear el problema distributivo y luego obstaculiza la efectividad de la solución proveniente del derecho público. En consecuencia, parte del gasto realizado en políticas correctoras regresa a los bolsillos de los grupos mejor posicionados cuando el derecho privado se mantiene al margen de la política pública contra la pobreza.

Todo esto indica que un derecho privado que no es parte de la solución de política pública es indefectiblemente parte del problema. La importancia de incluir las normas del derecho privado en el diseño de políticas públicas integrales solo puede ser menospreciada por razones ideológicas, no teóricas.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo he sostenido que el derecho privado es una parte necesaria de las políticas públicas. He mostrado que las críticas que apuntan a las supuestas incapacidades del derecho privado para contribuir eficaz o eficientemente en el logro de objetivos globales no pasan de ser un prejuicio. Esto no significa que el derecho privado sea autosuficiente. Lo que se defiende es que el derecho privado puede contribuir de modo significativo en una amplia gama de políticas públicas, no que siempre lo haga, ni que lo haga de la mejor manera. Habrá problemas que son mejor resueltos por el derecho privado en combinación con el derecho público y muchos otros en los que el derecho privado poco pueda aportar. Lo que niego es que sea racional descartar *ab initio* la participación del derecho privado. Las razones para no confiar en el derecho privado la canalización de algún objetivo de política pública tienen que resultar de un análisis de los presupuestos del problema que se quiere abordar y la solución que se sugiere adoptar, no de preconceptos sobre sus supuestas limitaciones para alcanzar objetivos colectivos.

EL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA PÚBLICA

BIBLIOGRAFÍA

- Abraham, K. S. (2002). *The Forms and Functions of Tort Law*. 2nd ed. Foundation Press.
- Alpa, G. (2010). *La Responsabilità Civile. Parte generale*. Utet Giuridica. Citado por la traducción de C. Moreno More (2016). *La responsabilidad civil. Parte general*. Tomo 2. Ediciones Legales.
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Bellinger, W. K. (2007). *The Economic Analysis of Public Policy*. Routledge.
- Birmingham, R. L. (1970). Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*, 24, 273-292.
- Cane, P. (2006). *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 7th ed. Cambridge University Press.
- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press.
- Colander, D. C. (2016). *Microeconomics*. 10th ed. McGraw-Hill Education.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Oxford University Press.
- Cooter, R. D., Ulen, T. (2012). *Law and Economics*. 6th ed. Addison-Wesley.
- Craswell, R. (1991). Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*, 43, 361-398.
- Dagan, H., Dorfman, A. (2016). Just Relationships. *Columbia Law Review*, 116 (6), 1395-1460.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T., Bublick, E. M. (2016). *Hornbook on Torts*. 2nd ed. West Academic Publishing.
- Fernández Blanco, C. (2019). Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 42, 259-283.
- Fernández Blanco, C. (2021). *Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas*. Próximamente, en Diritto & Questioni Pubbliche 2/2021.
- Fried, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. 2nd ed. Oxford University Press.
- Fried, C., Rosenberg, D. (2003). *Making Tort Law. What Should Be Done and Who Should Do It*. AEI Press.
- Goldberg, J. C. P., Zipursky, B. C. (2020). *Recognizing Wrongs*. Harvard University Press.
- Jolls, C. (1998). Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rule. *Vanderbilt Law Review*, 51, 1653-1677.
- Kaplow, L. (2008). *The Theory of Taxation and Public Economics*. Princeton University Press.
- Kaplow, L., Shavell, S. (1994). Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. *The Journal of Legal Studies*, 23 (2), 667-681.
- Kennedy, D. (1982). Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 41 (4), 563-658.
- Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Ashgate.
- Miguel, E., Kremer, M. (2004). Worms: Identifying Impacts on Education and Health in the Presence of Treatment Externalities. *Econometrica*, 72 (1), 159-217.

DIEGO M. PAPAYANNIS

- Morgan, J. (2013). *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*. Cambridge University Press.
- Mullis, A., Oliphant, K. (2011). *Torts*. 4th ed. Palgrave Macmillan.
- Nussbaum, M. C. (2011). *Creating Capabilities. The Human Development Approach*. Harvard University Press.
- Pantaleón, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las administraciones públicas). *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 4, 167-191.
- Papayannis, D. M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2021). ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? En C. Fernández Blanco, E. A. Pereira Fredes (eds.), *Derecho y pobreza*. Marcial Pons.
- Posner, R. A. (2014). *Economic Analysis of Law*. 9th ed. Woken Kluwer Law & Business.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Ripstein, A. (2016). *Private Wrongs*. Oxford University Press.
- Shavell S., (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press.
- Sidney, M. S. (2006). Policy Formulation: Design and Tools. En F. Fischer, G. J. Miller, M. S. Sidney (eds.). *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, Politics, and Methods*. CRC Press. Taylor & Francis Group.
- Weinrib, E. J. (1995). *The Idea of Private Law*. Harvard University Press.
- Weinrib, E. J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford University Press.