

## DERECHO PRIVADO Y PROCESO CIVIL: MÁS ALLÁ DEL INTERÉS INDIVIDUAL

## PRIVATE LAW AND CIVIL PROCEDURE: BEYOND INDIVIDUAL INTERESTS

Carlos Correa Robles\*  
Esteban Pereira Fredes\*\*

### RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar en qué sentido el Derecho privado y el proceso civil no se encuentran exclusivamente comprometidos con intereses individuales, sino que estos persiguen ciertos valores sociales y desempeñan funciones públicas. Se desarrollan algunas estrategias para dar cuenta de estas dimensiones tanto en el derecho privado como en el proceso civil. Por último, es evaluada la incidencia que esta comprensión presenta para la relectura de instituciones representativas de ambos ámbitos jurídicos.

173

**PALABRAS CLAVE:** Derecho privado; proceso civil; valor social; función pública; interés individual

### ABSTRACT

This work aims at demonstrating the way in which private law and the civil procedure are not only committed with individual interests, but also

---

\* Profesor de Derecho procesal, facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago. Correo electrónico: c.correa@uai.cl

Este artículo forma parte de una investigación financiada mediante un proyecto FONDECYT de iniciación (n.º 11190036: “La prueba ilícita en el proceso penal: más allá de la regla de exclusión”, 2019-2022) cuyo apoyo agradezco en esta nota.

\*\* Profesor de teoría del Derecho y Derecho privado, facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Dirección postal: Av. Diagonal Las Torres 2640, Peñalolén, Santiago. Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl

Los autores agradecen a la profesora Flavia Carbonell Bellolio, a los árbitros anónimos y a los profesores de la facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez por sus críticas, sugerencias y comentarios al trabajo.

Recepción: 2021-09-20; aceptación: 2022-03-08.

with certain social values and develop public functions. Some examples reflecting this public dimension of private law and the civil procedure are explained herein. Finally, the influence of this approach –when rethinking on these institutions that represent both legal spheres– is assessed.

KEYWORDS: private law; civil procedure; social value; public function; individual interest

## INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista tradicional, tanto el Derecho privado como el proceso civil albergan exclusivamente los intereses particulares de los agentes. Mientras que el Derecho privado está conformado por un conjunto de instituciones que solo reflejan los intereses individuales de quienes participan en sus prácticas situados en una aparente posición paritaria, el proceso civil se entiende como un mecanismo de resolución de conflictos de intereses intersubjetivos. El fenómeno descrito constituye un rasgo distintivo de ambos ámbitos y tiene una marcada incidencia al momento de comprender el modo en que operan sus reglas, instituciones y prácticas.

174

El presente trabajo tiene por objetivo desafiar esta asunción tradicional, mostrando en qué sentido el Derecho privado y el proceso civil no están solo comprometidos con intereses particulares. Por el contrario, ambas áreas del fenómeno jurídico reconocen la búsqueda de determinados valores públicos y, a su vez, admiten la ejecución de ciertas funciones sociales. Como sostendremos, el reconocimiento de estas dimensiones en lugar de resentir estos ámbitos los fortalece, contribuyendo a que puedan desarrollar de mejor modo sus tareas y hacer frente a los retos que hoy en día enfrentan.

La justificación para efectuar un examen que comprenda, de manera conjunta, el Derecho privado y el procesal tiene su origen en la relación profunda que vincula a ambas categorías. En este sentido, la clásica distinción propia del siglo XX entre reglas procesales (adjetivas) y sustantivas, aunque útil en muchos contextos, no pertenece a una estructura profunda del Derecho<sup>1</sup>, habiendo en la actualidad perdido buena parte de su utilidad<sup>2</sup>.

El Derecho procesal –asumimos desde ya– no es instrumental respecto del Derecho sustantivo. Sus reglas son autónomas, mas no tributarias respecto del primero, consagrando igualmente derechos subjetivos que son ejercidos por los litigantes (por ejemplo, el derecho a presentar prueba

<sup>1</sup> ATRIA (2013), p. 113.

<sup>2</sup> LARROUCAU (2021), p. 24. Acerca de la historia de la dicotomía entre derecho sustantivo y derecho procesal, véase MAIN (2010), p. 804 y ss.

o a recurrir de una sentencia)<sup>3</sup>. Al respecto, son las reglas sustantivas las que reparten el riesgo de error entre quienes participan en un contexto no judicial, mientras que las reglas procesales se encargan de distribuir este riesgo en un proceso judicial al regular la forma en que se discuten, prueban y deciden los derechos sustantivos<sup>4</sup>. Como sostiene Main, el derecho sustantivo no es ni “aprocudimental” ni “transprocedimental”, sino que se requiere de un aparato procesal específico enfocado en reivindicar los derechos creados o las responsabilidades asignadas por el ordenamiento<sup>5</sup>, para, en definitiva, llevar a cabo el mandato del legislador<sup>6</sup>.

Así, la pretendida demarcación conceptual entre Derecho procesal (adjetivo) y Derecho civil (sustantivo) tiende a colapsar, en tanto los derechos subjetivos reconocidos por el legislador no se entienden sin la posibilidad de activar su protección jurisdiccional<sup>7</sup>.

La estructura del trabajo es la siguiente: en la primera sección es tematizado el valor público del Derecho privado, revisando la lectura tradicional y algunas estrategias para posicionar sus dimensiones sociales o públicas formuladas en la reflexión filosófica. En la segunda sección, en tanto, es revisado el valor público del proceso civil, comenzando por un estudio del contenido solo iusprivatista asignado tradicionalmente al mismo, para analizar con posterioridad ciertas posturas que le atribuyen funciones que exceden la mera resolución de conflictos intersubjetivos. En la tercera sección, por último, son apuntadas algunas repercusiones que se generan en ambas esferas al suscribir este enfoque, echando mano para ello al Derecho de contratos y a las facultades probatorias del juez civil. Nuestra conclusión discurrirá por un sendero contrario a la tesis tradicional: ni el Derecho privado ni el proceso civil pueden exclusivamente entenderse en términos de los intereses individuales de las partes.

175

## I. VALOR PÚBLICO DEL DERECHO PRIVADO

La posición que ocupa el Derecho privado en el fenómeno jurídico puede considerarse en términos dogmáticos como una cuestión pacífica. Su foco

---

<sup>3</sup> LARROUCAU (2021), p. 26.

<sup>4</sup> LARROUCAU (2021), p. 24 y ss.

<sup>5</sup> MAIN (2010), p. 822.

<sup>6</sup> Dicho fenómeno es en todo caso complejo porque las reformas procesales pueden tener el efecto de negar derechos sustantivos sin la transparencia, las garantías y la responsabilidad que acompañan a la toma de decisiones públicas y legislativas. En efecto, ciertas reformas procesales han debilitado de manera intencionada, y con bastante éxito, las leyes relativas a derechos civiles y discriminación. Véase MAIN (2010), p. 820.

<sup>7</sup> CARBONELL (2019), p. 621.

de atención relativo a relaciones jurídicas interpersonales conformadas con base en la coordinación de sus participantes acentúa su carácter privado. Si bien hay controversias dogmáticas en torno a los criterios según los cuales es trazada la distinción entre Derecho privado y público, la identidad privada del primer ámbito parece constituir un asunto indubitado<sup>8</sup>. El Derecho privado conforma una imagen conspicuamente privada y ello se refleja en la generalidad de sus reglas, instituciones y prácticas más distintivas.

Sin embargo, la eventual presencia de valores públicos o del cumplimiento de funciones sociales no es solo dependiente de la demarcación entre Derecho privado y público. El Derecho privado es parte, como se sabe, del entramado general de diseños institucionales que establece el sistema jurídico, y de ahí que resulta en un sentido importante inevitable que ciertas dimensiones del Derecho público tengan influjo en el marco del Derecho privado.

La cuestión decisiva es si acaso el Derecho privado encarna un valor público o desempeña alguna función social que diga algo normativamente relevante sobre su identidad, fundamentos y propósitos. En buenas cuentas, su posicionamiento en un área de lo jurídico no puede servir de óbice para que despliegue exigencias públicas o desarrolle tareas sociales. Desde luego, esto puede invitar a desafiar la distinción entre ambas esferas del Derecho, pero también importa refinar la comprensión que se tiene sobre el Derecho privado y capturar parte de la complejidad con la cual se manifiesta.

En esta sección del trabajo nuestro objetivo es explorar algunas de las estrategias esgrimidas para dar cuenta de esta clase de dimensiones en el Derecho privado. Para ello echaremos mano de un esquema de comprensión que niega la pertinencia de estas consideraciones en el Derecho privado y, enseguida, revisaremos tres estrategias que apuntan en la dirección contraria. Su apuesta es mostrar esta dimensión sobre la base de tres fórmulas distintas; a saber, la función social del Derecho privado, su naturaleza pública y el carácter de cuestión pública que aquel importa. La relación que media entre estas últimas aproximaciones es, como lo indicaremos, de complementariedad. El lugar común en el cual convergen es mostrar desde diferentes ángulos que el Derecho privado efectivamente posee un valor público y presta funciones sociales que resultan innegables. Como se podrá observar, el tratamiento de este problema ha concentrado parte de las ocupaciones de la filosofía del Derecho privado.

---

<sup>8</sup> Sobre la demarcación entre Derecho privado y público puede consultarse HAREL (2014), pp. 1040-1063 y LUCY y WILLIAMS (2013), pp. 45-88. Las teorías conforme a las cuales se tematiza la aparente *summa divisio* que media entre ambas áreas del fenómeno jurídico están desarrolladas en VELASCO CABALLERO (2014), pp. 30-46. Una influyente reconstrucción en el contexto jurídico continental acerca de la transformación del Derecho privado se encuentra en DUGUIT (2007), pp. 151-235.

### *1. La relación de Derecho privado y la autonomía del Derecho público*

La fuerte influencia de la obra de Ernest J. Weinrib en la reflexión filosófica acerca del Derecho privado explica el rol que juega el carácter distintivo de la relación de Derecho privado para remarcar la autonomía de este ámbito respecto del Derecho público<sup>9</sup>. Según Weinrib, un rasgo que caracteriza el Derecho privado es la relación directa que media entre los participantes de sus prácticas jurídicas. La relación de Derecho privado devela un modo directo de interacción entre las partes, como el que –en el campo del Derecho procesal– opera entre demandante y demandado<sup>10</sup>.

En esferas como el Derecho de daños, la víctima y el agente causante del daño se encuentran directamente conectados entre sí. Dado que el segundo lesiona algún derecho del primero, por regla general, este último tiene derecho a reclamar la reparación solo al agente que lo ha dañado<sup>11</sup>. Tal vinculación está formulada en términos de la correlatividad entre derechos y deberes de quienes conforman la relación. De ahí que la justicia correctiva encuentra su natural asiento en la relación de Derecho privado, toda vez que aquella trata a las partes como situadas en planos formalmente paritarios. La posición simétrica de quienes participan de la relación de Derecho privado es honrada por la justicia correctiva y sus términos equitativos resguardan la igualdad que entre ellos media. Este tipo de justicia opera en forma estructural en el Derecho privado, vinculando de manera transversal a las partes entre sí. Desde luego, es posible hallar áreas de este fenómeno en las cuales se expresa con mayor nitidez la correlatividad y el posicionamiento igualitario en que están situados los participantes.

177

---

<sup>9</sup> Por supuesto, la tesis ofrecida por Weinrib no es la única posición que aboga por la demarcación entre Derecho privado y Derecho público en función de garantizar la autonomía de la primera área respecto de la segunda. Sin embargo, su visión encarna de manera ostensible la imagen según la cual el Derecho privado es necesariamente privado porque solo alberga intereses individuales de las partes de su relación jurídica. Esto muestra la razón acerca del porqué la introducción de consideraciones ajenas a sus participantes desafía que se trate de Derecho privado. La estructura de la relación de Derecho privado asegura su independencia de cuestiones sociales o políticas que, según el autor, son competencia del Derecho público.

<sup>10</sup> Según Weinrib, la autonomía del derecho privado “[...] abarca los rasgos mutuamente complementarios que constituyen una relación coherente entre quien causa un daño y quien lo sufre, la adecuación de los conceptos y justificaciones jurídicas presupuestos en una relación tal y la auto-regulación del derecho privado de acuerdo con su forma inmanente y su fundamentación normativa”. WEINRIB (2017), p. 243.

<sup>11</sup> Por supuesto, tal esquema no obvia el hecho de que hay sistemas de responsabilidad por el hecho ajeno o vicaria, así como mecanismos de seguro social que busquen sociabilizar los daños en una comunidad.

El ámbito contractual, por ejemplo, muestra de manera paradigmática a las partes del contrato en una posición equivalente en términos formales, y hace que la justicia correctiva parezca gobernar íntegramente las obligaciones derivadas del intercambio y la corrección de los perjuicios que acarrea la infracción de lo pactado. Sin embargo, se trata de un elemento que está presente en todo el Derecho privado entendido como un sistema coherente y unitario.

Desde el prisma de Weinrib, la conexión inmediata entre las partes está explicitada a partir del litigio en virtud del cual se resuelve la controversia que se ha promovido. Dicho conflicto tiene naturalmente lugar entre las partes de la relación de Derecho privado y, por ende, se enmarca en la correlatividad de derechos y deberes entre demandante y demandado. Esto reafirma el carácter “privado” del juicio en términos de un mecanismo de resolución del conflicto jurídico ventilado entre las partes y resuelto a la luz de las exigencias de la justicia correctiva<sup>12</sup>.

La imagen privada del Derecho privado puede entenderse, entonces, gracias al litigio que conecta directamente al demandante con el demandado, remarcando que se trata de un conflicto intersubjetivo formulado mediante intereses particulares.

Para comprender qué es el Derecho privado, piensa Weinrib, es necesario pensarlo desde dentro, teniendo en consideración sus componentes distintivos asociados al plano conceptual e institucional. Mientras que el primero alude al conjunto de derechos y deberes correlativos que conforman un especial vocabulario, el segundo es relativo al diseño corporativo de adjudicación de esos derechos y deberes en el marco del litigio. Por ello, el peculiar razonamiento jurídico que envuelve el Derecho privado captura el carácter privado del fenómeno y acude a esta manera de entender el proceso para reforzarlo<sup>13</sup>.

Hay dos cuestiones que conviene resaltar sobre este planteamiento. En primer lugar, la relación de Derecho privado no es únicamente entendida

<sup>12</sup> En el mismo sentido, BARROS BOURIE (2001). Desde su prisma, los fines públicos –sean distributivos o de otra especie– “[...] resultan extrínsecos a la relación entre las partes, el derecho civil o comercial [...] *son derecho privado porque atienden exclusivamente a la justicia de la precisa relación*”. BARROS BOURIE (2001), p. 20. Énfasis añadido.

<sup>13</sup> WEINRIB (2017), pp. 43-44. Con todo, debemos tener presente que la concepción según la cual el Derecho privado constituye un área solo ocupada de tutelar los intereses de los particulares ha sido discutida en los estudios dogmáticos. Autores como Guido Alpa han afirmado que esta visión se movió a favor del Derecho público a la luz del rol que juega la persona en el ordenamiento jurídico. En sus términos, “[...] frente a la persona desaparece la distinción entre derecho público y derecho privado; de manera que el derecho privado (ya) no puede ser considerado como un conjunto de reglas que tutelan *intereses privados*, desde el momento en que la tutela de la persona exige garantías públicas y límites, prohibiciones y coerciones, que inciden en las relaciones de los particulares”. ALPA (2017), p. 37. Énfasis del original.

con base en una posición igualitaria de las partes por el esquema de Weinrib. Se trata, en realidad, de una asunción del Derecho privado moderno. El tratamiento igualitario de los sujetos fue una consideración que estuvo presente en el movimiento codificador.

Según Giovanni Tarello, una ideología que inspiró la codificación decimonónica fue la igualdad jurídica y el establecimiento de un sujeto único de Derecho<sup>14</sup>. Frente a la diversidad de grupos, estamentos y estatus existentes se configuró una noción unitaria sobre el destinatario de las reglas jurídicas. Del mismo modo, las diferencias subjetivas entre los individuos fueron obviándose al entenderse que todos son iguales como personas, aun cuando no todas ellas pueden desempeñarse de la misma manera en el tráfico jurídico y las relaciones de intercambio. Si bien no todos los individuos pueden actuar personalmente en las relaciones jurídicas y generar efectos, la capacidad de ejercicio o negocial es la regla general y esta no toma en cuenta la mayor o menor competencia, destreza o conocimiento que poseen las partes contratantes. De esta manera, se configuró el Derecho privado moderno sobre la base de una igualdad de los sujetos. Como indica Tarello, esta

“[...] ideología igualitaria se manifestó esencialmente en una forma particular de igualitarismo jurídico, o de ‘igualdad ante la ley’. Esta igualdad ante la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue, más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos”<sup>15</sup>.

179

Un aspecto que sí corresponde rastrear en Weinrib es la manera en que la justicia correctiva ampara la relación bilateral entre las partes, estimándolas como formalmente iguales entre sí. Dado que la posición de quienes participan en la relación de Derecho privado es paritaria y se encuentra representada por el vínculo correlativo entre derechos y deberes entre iguales, las consideraciones sustantivas sobre las personas que permitirían diferenciarlas son desplazadas. A su vez, las exigencias bilaterales de la justicia correctiva impiden efectuar consideraciones unilaterales a favor de uno de los participantes. Al introducir alguna de ellas a favor de una parte

<sup>14</sup> TARELLO (2002), p. 55 y ss. La posición preeminente del individuo en el movimiento codificador queda patente en las siguientes palabras de Gioele Solari: “[l]a Codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico, y durante el siglo XVIII fué [sic] la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles”. SOLARI (1946), p. 78.

<sup>15</sup> TARELLO (2002), p. 56. De acuerdo con Franz Wieacker, a partir del *Code* hay igualdad burguesa de derechos gracias a la visión radical del individualismo revolucionario que asentó dicho texto legal. Al respecto, véase WIEACKER (2002), p. 327.

que está posicionada en una situación contractual desaventajada, en forma inevitable se rompe el equilibrio que media entre ellas, cuestionando que la relación sea entre iguales. Por 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 [...]”<sup>16</sup>.

En este sentido, la justicia correctiva que de modo estructural guía las relaciones de Derecho privado exige que sus participantes sean considerados como iguales. Según Weinrib,

“[l]a 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”<sup>17</sup>.

180

En segundo lugar, la relación de Derecho privado muestra un proyecto normativo diferente e independiente del Derecho público. Para Weinrib esta relación directa entre las partes encarna un contraste sustantivo entre Derecho privado y público, impidiendo que el primero sea subsumido en el segundo, desconociéndose la propia idea organizativa que posee. La forma de interacción directa que liga a las partes y que se expresa en el litigio que entre estas se suscita, es diametralmente distinta al modo en que interactúan las personas en una relación de Derecho privado, porque ahí su conexión es más bien indirecta o mediata. Su vinculación opera a través de los objetivos colectivos que son determinados por la autoridad política. De ahí que el carácter autónomo del Derecho privado respecto del público depende en buena medida del tipo de interacción que solo este promueve entre los participantes de sus prácticas. De acuerdo con Weinrib,

“[l]a autonomía del derecho privado como cuerpo de estudio es una consecuencia del carácter distintivo del derecho privado como modo de interacción”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> WEINRIB (2017), p. 17. En otro lugar, el autor ha observado que “[c]onsideraciones unilateralmente favorables o desfavorables sobre cualquiera de las partes no juega ningún papel”. WEINRIB (2012), p. 3.

<sup>17</sup> WEINRIB (2017), p. 17.

<sup>18</sup> WEINRIB (2017), p. 42.

Esto explica en parte el porqué de la insistencia del autor en abogar por comprender el Derecho privado desde dentro y que “[...] el objetivo del derecho privado es ser derecho privado”<sup>19</sup>.

Si el Derecho privado representa una forma peculiar de interacción entre las partes y los intereses particulares que se manifiestan en sus disputas, entonces, el Derecho privado no puede ser emparentado con el Derecho público. Si esto fuera así, el Derecho privado tendría que ser algo distinto a lo que es, desprendiéndose del modo inmediato de interacción que promueve entre quienes participan de la relación jurídica. Por ello, el Derecho privado solo puede ser aquello que es.

Esta lectura en filosofía del Derecho privado es ciertamente atractiva pues revela una aparente consistencia interna que posee esta esfera de lo jurídico. Dicha coherencia está fundada por la relación directa entre los participantes de los vínculos jurídicos privados, quienes se encuentran posicionados en planos de igualdad y sujetos a las exigencias de la justicia correctiva<sup>20</sup>. Tal rasgo es distintivo del Derecho privado y refleja la estructura unitaria que exhibe en sus distintas preocupaciones. Su carácter privado es, desde este punto de vista, una cuestión necesaria e insoslayable.

Sin embargo, las reflexiones teóricas sobre este ámbito jurídico han puesto de relieve dimensiones públicas o sociales que es posible hallar en sus compromisos normativos, composición interna e instituciones características. Esta clase de visiones críticas no solo se encuentra presente en los estudios contemporáneos, sino que puede rastrearse en un par de centurias anteriores a la nuestra. La imagen estrictamente privada del Derecho privado ha sido en forma permanente puesta a prueba<sup>21</sup>. A conti-

<sup>19</sup> WEINRIB (2017), p. 39. Énfasis añadido.

<sup>20</sup> Desde luego, la comprensión tradicional del contrato según la cual este se desarrolla entre partes libres e iguales no ha pasado del todo desapercibida para la dogmática civil nacional. Es necesario dotar de una dimensión sustantiva de igualdad a la libertad que en términos formales poseen todos los contratantes, para que esta también goce de un carácter sustantivo. Como advierte Domínguez Águila, “[e]l contrato es expresión de libertad, pero ésta requiere de un mínimo de equivalencia entre las partes. No de aquella igualdad *teórica* de los filósofos del liberalismo, aquella que alude la Declaración de los Derechos del Hombre, sino de una igualdad mínima *en los hechos*”. DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1981), p. 152. Énfasis añadido. Dicha mínima igualdad real es condición de la efectiva libertad en materia contractual.

<sup>21</sup> Por supuesto, la revisión crítica acerca el carácter privado del Derecho privado no es una cuestión reciente ni tampoco tiene lugar a partir de las tres posiciones seleccionadas. Se trata de maneras disponibles de dar cuenta de dimensiones públicas o sociales que resienten tal imagen unitaria. El influjo de la función social de la institución propietaria fue decisivo para desacoplar el Derecho privado del resguardo exclusivo de intereses particulares. Del mismo modo, el examen global de la cuestión exige prestar atención a fenómenos como el de la constitucionalización del Derecho privado, gracias al cual la normativa constitucional ha irradiado a ámbitos sensibles con consideraciones sociales y distributivas, como ocurre con el derecho de propiedad y de familia, alcanzando incluso el

nuación, revisaremos tres de estos esquemas de comprensión del Derecho privado.

## 2. *Función social del Derecho privado*

A fines del siglo XIX Otto von Gierke presentó en Viena su célebre discurso “La función social del derecho privado”. Este texto puede considerarse como uno de los trabajos indispensables para abordar la idea de derecho social que enmarcó a buena parte del pensamiento jurídico alemán de aquella época<sup>22</sup>. Como veremos más adelante, este último también desarrolló un cuestionamiento a la concepción del proceso civil hasta entonces dominante.

De igual manera que Anton Menger, otro insigne representante del socialismo jurídico, Gierke desplegó una severa crítica al proyecto de BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemán que se discutía. Mientras que Menger criticó el impacto que tendría la legislación civil en las clases desaventajadas, toda vez que encarnaba el férreo individualismo que inspiró el movimiento revolucionario francés y fue plasmado en el *Code* de 1804, Gierke procuró develar la función social que desarrolla el Derecho privado, cuestionando la manera en que es trazada la distinción entre el Derecho privado y el público<sup>23</sup>. Desde su modo de ver, el Derecho privado cumple y debe ejercer una función social indispensable e irreductible.

Su concepción sobre el Derecho estuvo arraigada en las comunidades y colectividades humanas. A partir de la relevancia que tuvo el proyecto de *Código Civil* para el Imperio alemán, Gierke planteó la necesidad de indagar sobre cuál es la función propia del Derecho privado. El proyecto, por el contrario, no tuvo en cuenta esa funcionalidad. La distinción tajante entre Derecho privado y Derecho público acentúa la escisión entre el individuo y la comunidad, conspirando con la posibilidad de alcanzar un todo unitario porque el Derecho privado, a pesar de que “[...] se preocupa de los intereses del individuo, debe esforzarse por conseguir el bien público”<sup>24</sup>.

Si bien la legislación civil optó por el esquema romano del Derecho privado, Gierke rescató la tradición germánica acerca de esta parcela como

---

Derecho de contratos. Sobre su incidencia en el sistema jurídico nacional puede consultarse CORRAL (2004), pp. 47-63 y DOMÍNGUEZ ÁGUILA (1996), pp. 107-137. Un agudo examen se encuentra en MICKLITZ (2021), pp. 166-179.

<sup>22</sup> En relación con esta noción, véase GURVITCH (2005), p. 19.

<sup>23</sup> MENER (1998), pp. 117-155. Una crítica similar respecto de la legislación civil italiana de la época se encuentra en SALVIOLI (2019), en particular, p. 38. Allí se afirma que la adopción del individualismo francés constituye el vicio fundamental de tal codificación.

<sup>24</sup> GIERKE (2015), p. 9.

un posible modelo para efectuar su relectura. Más allá del refinamiento del Derecho privado de raíz romana,

“[...] necesitamos también un Derecho privado en el cual viva, y palpite la idea de comunidad, a pesar de todo el respeto escrupuloso a la inviolable esfera del individuo. En una palabra: nuestro Derecho público debe estar alentado por un soplo del ideal de libertad jurídico natural; y nuestro Derecho privado tiene que estar impregnado de una gota de socialismo”<sup>25</sup>.

El yerro de la legislación alemana fue, según Gierke, apostar por el esquema romano en lugar del germánico. Ambos modelos encarnan visiones divergentes sobre el Derecho privado, puesto que el germánico pone de manifiesto un Derecho privado con matiz social y vivaz, mientras que el esquema suscrito por el proyecto instalaba “[...] un patrón abstracto, romanístico, individualístico, momificado en una fría dogmática”<sup>26</sup>. El Derecho privado debe estar “desde arriba a abajo” impregnado por el espíritu de la comunidad para que pueda desempeñar su función social, desmarcándose de la comprensión de la sociedad como un puñado de individuos disgregados entre sí y con intereses atomizados. Para ello es menester que la función social del Derecho privado transite de modo transversal desde las relaciones patrimoniales individuales hasta las relaciones personales permanentes. Dicho recorrido importa, por ejemplo, abordar áreas como el derecho de propiedad, la libertad de contratación y el Derecho de familia.

En relación con el derecho de propiedad, Gierke se apartó de la concepción absoluta de la esfera dominical, rechazando que este derecho sea unilateral y, por ende, que el propietario pueda actuar y decidir sobre sus cosas sin mayores limitaciones. En verdad, la “[...] potestad arbitraria y exclusiva es una mera ficción”<sup>27</sup>. Todas las potestades propietarias están sujetas a deberes, porque “[...] *no hay derecho sin deber*”<sup>28</sup>. El ejercicio de sus facultades se encuentra limitado por los derechos de las demás personas y debe estar en consonancia con los intereses de la comunidad. Mientras que el proyecto de legislación alemana amparaba la exclusividad del dueño sobre sus bienes, posibilitando que pueda incurrir en un ejercicio abusivo de su derecho de propiedad, Gierke alegó que este debe ser ejecutado de manera recta en el contexto social ya que las facultades deben

---

<sup>25</sup> GIERKE (2015), p. 14.

<sup>26</sup> GIERKE (2015), p. 16.

<sup>27</sup> GIERKE (2015), p. 19.

<sup>28</sup> GIERKE (2015), p. 17. Énfasis del original.

desplegarse “[...] en beneficio de toda la sociedad humana”<sup>29</sup>. La propiedad está inmersa en la vocación social del Derecho privado.

Respecto de la libertad de contratación, tampoco puede entenderse de manera arbitraria. Esta se encuentra limitada y debe ejercerse de modo razonable. No es pertinente considerar que cualquier vínculo contractual es válido por el hecho de fundarse en la libertad contractual de las partes. Un aspecto que fue notado por Gierke radica en los efectos nocivos de la libertad contractual en condiciones no paritarias de contratación. Tras el proyecto igualitario del Derecho privado en el cual la libertad de las partes se configuró como piedra angular de las relaciones de Derecho privado, su ejercicio se tornó perjudicial respecto de los contratantes situados en una posición contractual desfavorable. En el marco en que tienen lugar las relaciones contractuales, la libertad de contratación sin trabas constituye

“[u]n arma formidable en manos del fuerte, un instrumento embotado en manos del débil; se convierte en un medio de opresión de unos por otros, es la despiadada explotación del mayor poder espiritual y económico”<sup>30</sup>.

184

La ausencia de limitaciones aniquila la libertad contractual y se distancia del espíritu social del Derecho privado<sup>31</sup>. Desde esta perspectiva, el Derecho privado tiene “[...] la misión de proteger al débil contra el fuerte, y el beneficio de la comunidad, contra el egoísmo del individuo”<sup>32</sup>.

La importancia del Derecho de familia, por último, descansa en que el Derecho privado no solo se ocupa por la personalidad del individuo que refleja su aislamiento respecto de la realidad social, sino que también aborda vínculos jurídico-personales permanentes. El Derecho de familia

<sup>29</sup> GIERKE (2015), p. 18.

<sup>30</sup> GIERKE (2015), p. 25. Valentín Letelier también puso de relieve esta consideración crítica del Derecho privado de inspiración romana, el cual “[...] ha hecho a los desvalidos víctima de los fuertes y de los poderosos. El régimen de libertad, que es un régimen esencialmente negativo, que no es régimen de garantía, es el mejor de los estados jurídicos para los que contratan y obran en condiciones de relativa igualdad. Mas, cuando no existe esta igualdad, la libertad es una irrisión para los débiles porque ‘no hay desigualdad mayor que la de aplicar un mismo derecho a los que de hecho son desiguales’”. LETELIER (1957), p. 140.

<sup>31</sup> Una interesante imagen que está asociada a este enfoque se encuentra en el artículo 421 del *Código Civil* brasilero de 2002, el cual reza como sigue: “La libertad de contratar será ejercida en razón de los límites de la función social del contrato”. La funcionalidad social del contrato no solo afecta a libertad contractual de las partes, sino que también a otros principios fundamentales como el *pacta sunt servanda* y el efecto relativo del contrato. Acerca de la función social del contrato y la dificultad para forjar una identidad compartida en el Derecho de contratos latinoamericano, véase PEREIRA FREDES (2017), pp. 79-114.

<sup>32</sup> GIERKE (2015), p. 25.

debe organizarse a partir del ideal de comunidad, evitando configurar sus institutos solo atendiendo a la soberanía individual. Gierke considera que si esta rama del Derecho privado es organizada sobre la base del principio romano será imposible que logre cumplir su misión social; a saber, “[...] la conservación y afirmación de la unidad fundamental del cuerpo social [...]”<sup>33</sup>.

Así, el Derecho de familia debe edificarse con base en las ideas de unidad y comunidad. Este constituye un aspecto en el cual conviene detenerse. El Derecho de familia con frecuencia presenta dificultades para encajar con el prisma individualista del Derecho privado y con el carácter privado de este ámbito. Su organización no es fácil de engarzar con el principio individualista, porque en esta esfera de lo jurídico se promueven intereses colectivos y no solo particulares. En general, los estudios acerca del Derecho privado descuidan el Derecho de familia, pero según Gierke este es crucial para que el Derecho privado pueda observar su función social. Tal área permite evaluar en forma crítica la imagen “privada” del Derecho privado, invitando a cuestionarse si acaso este último va “[...] más allá de una suma de relaciones individuales jurídicas obligatorias entre *individuos libres e iguales* [...]”<sup>34</sup>.

La disyuntiva que enfrentaba, desde la mirada de Gierke, el Derecho privado de su época se enmarcó en la adopción del modelo romano o germánico. Mientras que el proyecto alemán suscribió el primer parámetro, el segundo ofreció la posibilidad de que el Derecho privado desarrolle su función social. Por ello, como indica Gierke, “[n]uestro Derecho privado será social o no será”<sup>35</sup>.

Como veremos, la preocupación por develar la imagen pública o social del derecho privado no solo se presentó a propósito de la codificación decimonónica, sino que ha sido una cuestión que ha capturado la atención de la reciente filosofía del derecho privado<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> GIERKE (2015), p. 31.

<sup>34</sup> GIERKE (2015), p. 34. Énfasis añadido.

<sup>35</sup> GIERKE (2015), p. 37.

<sup>36</sup> Desde luego, la visión individualista del Derecho privado no es la única forma de describirlo y justificar sus reglas, instituciones y prácticas distintivas. Sin embargo, esta concepción tradicional encaja en forma conspicua con su imagen articulada en términos de un compromiso común con intereses individuales. Sobre este punto es indispensable advertir que varias de sus esferas se han distanciado de manera progresiva de su constitución decimonónica, y ello se ha reflejado en las legislaciones del siglo XX y en reformas más recientes a ciertos cuerpos normativos. De ahí que el proceso experimentado por las regulaciones del Derecho privado y la revisión de sus principios fundamentales devela su apartamiento del prisma individualista.

### 3. Naturaleza pública del Derecho privado

Claudio Michelon también ha apuntado valiosas consideraciones sobre la posible naturaleza pública del Derecho privado. La cuestión, como hemos visto, es pertinente porque el Derecho privado es –al final del día– Derecho y, por ende, lleva consigo elementos públicos<sup>37</sup>. El Derecho privado suele entenderse como un espacio opuesto al público, mientras que en este último es relevante la mutua realización de las personas, el ámbito jurídico privado parece tratarse de un terreno en que aquellas se encuentran libres de preocuparse por las demás. Un ejercicio de autocomprensión del Derecho privado puede esgrimirse al desentrañar la naturaleza pública del Derecho privado a partir de la cual este último constituye un escenario significativo de interacción y formación del sentido de la vida en común y, por ese motivo, es razonable preservarlo como tal.

En la comunidad política, piensa Michelon, hay una pretensión de conectividad que desafía el enfoque del individualismo liberal. Desde el punto de vista de la autoridad, el interés de todos y cada uno de quienes integran el cuerpo político tiene que ser tomado en cuenta, toda vez que hay una conectividad entre sus intereses. De ahí que

186

“[...] lo reconozcan o no, todos los miembros de una comunidad política particular tienen un interés en la realización de todos los demás”<sup>38</sup>.

Pese a que no todas las personas se conozcan entre sí, la realización de los integrantes de la comunidad está conectada de manera conceptual con la realización de los demás. El carácter del derecho en términos de institución política abona esta conectividad social en la realización de cada uno de los miembros de la comunidad. Esta constituye una dimensión virtuosa de contar con un marco institucional.

Con base en este marco teórico, el interrogante que surge es cuál sería entonces el rol del Derecho privado en esta aspiración de conectividad. Por supuesto, esto conlleva traer a colación la idea de lo privado que esgrime el pensamiento liberal. El divorcio entre lo público y lo privado expresa una fractura entre, por una parte, un espacio en el cual hay conectividad social y en que la realización de una persona se encuentra entrelazada con la realización de las demás y, por otra, un ámbito en que no rige la conectividad sino el aislamiento, separando la realización de un miembro de la comunidad con la de todos los otros que la componen. La imagen

<sup>37</sup> MICHELON (2020), p. 3.

<sup>38</sup> MICHELON (2020), p. 7.

que provee el liberalismo de lo privado lo entiende como un ámbito en que toda conexión significativa debe ser “libremente elegida” por el individuo. La realización de los demás solo será relevante en la medida en que el agente así lo haya decidido. Por ello, en la esfera privada el otro se presenta más bien como una valla que es necesario sortear para lograr alcanzar la autorrealización personal, de acuerdo con el plan de vida que en forma libre la persona se ha forjado para sí. Allí es posible elegir sin tener en consideración a los demás.

Gracias al Derecho privado es posible entender el ámbito privado como un espacio de conexión significativa y con ello se revela la naturaleza pública que aquel posee. Según Michelin, el Derecho privado

“[...] otorga sentido conectivo a las interacciones de los agentes privados en la esfera privada al mismo tiempo que mantiene el sentido en el cual la esfera privada es una esfera de conexión elegida libremente”<sup>39</sup>.

Esta naturaleza pública determina las características distintivas del Derecho privado. Si bien la lectura pesimista concibe que los individuos a la larga se conducirán del modo en que logren maximizar su utilidad en desmedro de los demás, el marco institucional hace posible que el agente tenga en consideración los intereses de los otros miembros de la comunidad. Tal contexto hace posible lo que de otro modo no podría tener lugar. La institución contractual, por ejemplo, permite que se forjen relaciones entre personas que pueden no confiar entre ellas ni desarrollar vínculos personales<sup>40</sup>.

De este modo, el rol público del Derecho privado importa nutrir con la idea de respeto mutuo a contextos en que las personas podrían no confiar unas de otras. Como observa Michelin, lo que en forma principal hace el Derecho privado “[...] es hacer obligatorias ciertas formas de comportamiento que manifiestan ese respeto”<sup>41</sup>. El Derecho privado, entonces, convierte al espacio privado en un lugar en que hay una conexión significativa entre las partes privadas, evitando la objetivación del otro y haciéndolo presente de un modo más sustantivo que como un mero límite para cristalizar los proyectos personales de vida, deseos y aspiraciones. A partir del Derecho privado, el comportamiento deviene respetuoso con los demás, porque aun cuando las personas no tengan una genuina preocupación por las otras, actúan de la manera en que lo hace quien sí tiene en consideración a los demás.

---

<sup>39</sup> MICHELON (2020), p. 13.

<sup>40</sup> En este sentido, KIMEL (2018), pp. 127-162.

<sup>41</sup> MICHELON (2020), p. 14.

En este sentido, la narrativa del Derecho privado debe orientarse a este esfuerzo de profundización de la conexión política entre las partes privadas, infundiendo el ámbito privado con esta conectividad. Como podemos apreciar, tal empresa muestra un horizonte que se aparta de la imagen estrictamente “privada” del Derecho privado como vínculos que se formulan entre personas libres e iguales, y cuyos intereses involucrados son solo particulares y con prevalencia absoluta del personal sobre el de los demás.

#### 4. *Derecho privado como cuestión pública*

Diego M. Papayannis ha defendido la tesis según la cual “[...] el derecho privado tiene una dimensión pública innegable”<sup>42</sup>. Su lectura no cuestiona de modo directo la distinción entre Derecho público y Derecho privado, sino la forma en que tiene sentido trazar dicha diferenciación. La técnica tradicional de establecer la relación sobre la base de dualismos como ocurre con el interés general del Derecho público y el particular del privado, o bien con el orden público de la primera esfera y la autonomía individual de la segunda.

Como es sabido, no todas las dimensiones del Derecho público encajan con las categorías de un lado, ni las del derecho privado engarzan con las del otro. Así, por ejemplo, el derecho privado alberga un conjunto de consideraciones de orden público que, a su vez, atienden a cuestiones de interés general. Incluso en ámbitos que pudieren estimarse de “privados” como ocurre con el contractual y el Derecho de consumo, la contratación no está desarrollada exclusivamente a partir de los intereses particulares de quienes contratan, ni tampoco las relaciones jurídicas responden solo a la autonomía de la voluntad de estas partes. La existencia de ciertos estatutos de orden público de protección en el Derecho privado –*i.e.* a favor del contratante débil o del consumidor– limita de modo considerable la disposición de las reglas por parte de los contratantes. El Derecho de familia también ofrece escollos para identificar de manera uniforme intereses privados y, a su vez, la autonomía privada se encuentra allí restringida.

La estrategia del autor para mostrar la dimensión pública del Derecho privado consiste en echar mano de la distinción entre la justicia correctiva y la distributiva y, enseguida, desafiar la ubicación canónica que sitúa la primera en el Derecho privado y la segunda en el público.

La cuestión pública del Derecho privado puede develarse a partir de la responsabilidad civil extracontractual y el Derecho de contratos, porque “[...] en estos dos ámbitos es más prominente que en los demás el carác-

---

<sup>42</sup> PAPAYANNIS (2016), p. 17.

ter *privado* del derecho privado”<sup>43</sup>. Por ende, si hay cuestiones públicas inmersas en estas áreas, el argumento se vuelve más plausible respecto de las restantes preocupaciones del Derecho privado. En el caso de la responsabilidad extracontractual, la exigencia según la cual la víctima solo puede reclamar al agente dañoso la reparación de los daños que ha sufrido, refleja una bilateralidad que es propia del Derecho privado. Se trata de cuestiones que conciernen a esas partes de la obligación reparatoria. Del mismo modo, el Derecho de contratos encarna esta bilateralidad entre las partes contratantes a partir de la cual nace el vínculo contractual y deviene en obligatorio solo para quienes lo hayan formado. Para el resto de las personas, en cambio, el contrato es *res inter alios acta*.

Sin embargo, este tipo de interacciones personales contienen aspectos públicos que reflejan una visión mixta o plural del Derecho privado, es decir, una en la cual conviven tanto elementos privados como públicos y que están compaginados de una manera singular. Tal combinación permite acercarse a una tesis intermedia según la cual “[...] no todo es *privado* en el derecho privado ni, mucho menos, todo es *público*”<sup>44</sup>. La justicia distributiva se presenta tanto en el Derecho de daños como en el Derecho contractual. De un lado, en el Derecho de daños la rectificación de las interacciones injustas es una cuestión de justicia correctiva, pero la determinación de qué tipo de interacciones son injustas constituye un asunto de justicia distributiva. En efecto, la operatividad de las exigencias de justicia correctiva presupone la existencia de derechos y deberes de indemnidad –bienes primarios en clave de Rawls– que han sido distribuidos con anterioridad. Como Papayannis advierte en otro lugar, “[...] la justicia correctiva depende de la asignación de recursos dada por una institución distributiva”<sup>45</sup>. De ahí que la justicia correctiva sea vinculante en términos morales solo cuando existen razones para aceptar los resultados de esas instituciones, a pesar de que no sean justas según la mejor teoría de la justicia distributiva disponible<sup>46</sup>.

De otro lado, en el Derecho de contratos también concurren consideraciones de justicia correctiva y distributiva. Pese a que la visión tradicional entiende el Derecho contractual como un asunto de justicia correctiva, sus reglas consisten en parte en distribución de recursos y en parte en un mecanismo de rectificación de interacciones injustas. De nuevo, el funcionamiento de la justicia correctiva presupone que de manera previa ha tenido lugar una distribución de derechos. Tanto la transgresión como la

<sup>43</sup> PAPAYANNIS (2016), p. 19. Énfasis del original.

<sup>44</sup> PAPAYANNIS (2016), p. 22. Énfasis del original.

<sup>45</sup> PAPAYANNIS (2014), p. 215.

<sup>46</sup> Un enfoque igualitario en el Derecho de daños, que exagera su dimensión pública de justicia distributiva para evitar el ensanchamiento de la brecha entre grupos aventajados y desaventajados, está en KEREN-PAZ (2016), en especial, pp. 21-41.

rectificación de derechos formuladas por la justicia correctiva, debe efectuarse sobre la base de derechos definidos como tales por criterios independientes a los de la justicia correctiva y ellos responden, en verdad, a principios distributivos. Más allá de esta consideración, la posibilidad de que el ámbito contractual sea una cuestión solo privada depende de la real vigencia de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales. Para que el Derecho de contratos

“[...] sea una institución *privada*, entonces, los términos del intercambio válido deberían establecerse exclusivamente por la voluntad de las partes”<sup>47</sup>.

No obstante, la participación de la autonomía de la voluntad de los contratantes se ha visto resentida en las formas de contratación que hoy en día rigen los intercambios. Cuando se trata de derechos y deberes que han sido establecidos con independencia de la voluntad de las partes y, además, algunos de ellos están al margen de su facultad de configuración interna, resulta complejo que la justicia correctiva privada pueda hacer todo el trabajo. Por lo demás, hay institutos –*i.e.* lesión subjetiva-objetiva, abuso del derecho, excesiva onerosidad sobreviniente o ventaja injusta– que procuran conservar la equivalencia de las prestaciones. Esta última es una preocupación de claro carácter distributivo y se expresa en la intolerancia al aprovechamiento injusto del otro contratante y en el establecimiento de límites para la inequidad distributiva, configurando criterios de distribución justa en el intercambio contractual<sup>48</sup>. Esta clase de instituciones constituyen el marco normativo en el cual las interacciones son permitidas por el Derecho de contratos<sup>49</sup>.

Según Papayannis, la estructura bilateral del Derecho privado y el carácter voluntario de las obligaciones contractuales tiende a ocultar que este puede ser empleado para perseguir directrices de política pública. El Derecho de contratos, tal como otras esferas del Derecho privado, constituye un instrumento que puede servir para alcanzar los fines sociales que la co-

<sup>47</sup> PAPANANNIS (2016), p. 349. Énfasis del original.

<sup>48</sup> La Corte Suprema de Chile ha admitido la íntima conexión que media entre la autonomía de la voluntad y las asunciones decimonónicas sobre las relaciones contractuales, observando que “[...] la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la ilustración de la libertad y de la igualdad, que llevados ambos al plano jurídico, se traducen en igualdad y la libertad jurídica de las partes”. *Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraff Foods Chile* (2011).

<sup>49</sup> Un esquema alternativo que aboga por la inclusión de consideraciones de justicia distributiva en la estructura general del Derecho contractual, puede consultarse en BAGCHI (2014), pp. 193-211.

munidad estime valiosos. Es efectivo que la responsabilidad que emana de las relaciones contractuales es particular y, en la generalidad de las ocasiones, solo vincula a las partes que concurrieron a la celebración del acuerdo, mas ello no desplaza la presencia de alegaciones distributivas en el ámbito contractual, remarcando las cuestiones públicas que ahí yacen. En estos términos,

“[...] el derecho privado es *privado* porque deja en manos de los particulares el establecimiento de responsabilidades personales en mayor medida que el llamado derecho público, sin que ello vaya en desmedro de reconocer que el problema que se aborda desde el derecho privado tiene una importancia e innegable dimensión *pública*”<sup>50</sup>.

Sobre este punto, conviene añadir una consideración adicional. La conexión que de manera tradicional se efectúa entre Derecho privado y justicia correctiva, de un lado, y Derecho público y justicia distributiva, de otro, refuerza la lectura según la cual el Derecho privado atiende solo a intereses individuales. De ahí que el posicionamiento de la justicia distributiva en ámbitos del Derecho privado, como lo es el contractual, contribuye a poner en cuestión dicha tesis, mostrando que intereses públicos y valores colectivos están presentes y que, a su vez, este tipo de consideraciones forma parte de sus institutos y aspiraciones. Al pensar el Derecho de contratos, por ejemplo, en términos de su compromiso con la justicia distributiva es posible develar el valor el público del Derecho privado toda vez que este debe tener entonces un lugar relevante en la organización social.

Un reto de la reflexión sobre el Derecho contractual ha sido determinar si este juega o no un rol importante en la estructura básica de una sociedad justa que formuló John Rawls<sup>51</sup>. Como se ha indicado, parece insostenible pensar que Rawls obvió el Derecho de contratos de las instituciones de la estructura básica de la sociedad<sup>52</sup>. Pero si es correcto afirmar que la justicia distributiva está asentada en el Derecho contractual es evidente que un Derecho de contratos “justo” contribuye a la conformación de sociedades “justas”. Esto fortalece la imagen “pública” del Derecho de contratos y del Derecho privado general, desmarcándolos de la gestión de intereses particulares anidados en las consideraciones de justicia correctiva.

El recorrido efectuado por estas aproximaciones que ponen en entredicho la asunción del carácter privado del Derecho privado, develan su genuino

<sup>50</sup> PAPAYANNIS (2016), p. 368. Énfasis del original.

<sup>51</sup> RAWLS (1995), p. 21 y ss.

<sup>52</sup> En este sentido, SCHEFFLER (2015), p. 219.

compromiso con ciertos valores públicos o el desempeño de funciones sociales. Del mismo modo, estas consideraciones permiten concluir que no es una cuestión indubitada que el Derecho privado albergue exclusivamente intereses privados de las partes situadas en una relación paritaria y cuya correlatividad entre los términos se expresa aún en el litigio como una forma de resolución de los conflictos que se promuevan entre “sus” intereses.

La manera en que concurren a desafiar la imagen privada del ámbito jurídico privado es, desde nuestro modo de ver, complementaria<sup>53</sup>. En las alegaciones de la función social del derecho privado, su naturaleza y la cuestión pública que aquel importa va envuelta la consideración sustantiva aquí en juego; a saber, que la concepción que ve en el Derecho privado solo un carácter privado pasa por alto la complejidad de esta esfera de lo jurídico. Tal rasgo se manifiesta –entre otros sentidos– en la falta de uniformidad en la fundamentación normativa, racionalidad y finalidades de sus reglas, instituciones y prácticas. La imagen de la relación de Derecho privado en términos de un vínculo entre personas que son libres e iguales desde un ángulo formal y que están regidos por consideraciones de justicia correctiva, muestra solo “una” parte de la historia.

A continuación, desarrollaremos el panorama que se presenta en el proceso civil. Por último, articularemos la conexión que media entre la dimensión pública del proceso civil y del Derecho privado, anotando algunas incidencias de asumir este ejercicio de recompreensión.

192

## II. VALOR PÚBLICO DEL PROCESO CIVIL

La presente sección busca aportar en el reconocimiento de una concepción del proceso civil que permita superar el dogma liberal-decimonónico el cual reduce su rol al de una herramienta dirigida a la resolución de disputas entre particulares. El proceso civil cumple, además, una función pública que excede los límites del conflicto intersubjetivo, pudiendo generar un efecto social y económico virtuoso.

---

<sup>53</sup> La complementariedad de las tres estrategias escogidas descansa en el hecho de pueden implementarse de manera conjunta para dar cuenta del valor público del Derecho privado, en la medida en que sus alegaciones acerca de esta parcela de lo jurídico resultan compatibles entre sí. Por ende, la revisión del problema desde uno de estos esquemas no obstaculiza la aplicación de otro de ellos. El punto en común es, entonces, poner en entredicho la visión unitaria del Derecho privado que lo asocia solo a la regulación de intereses particulares, relevando cuestiones públicas y sociales que son también parte constitutiva de este ámbito. Por lo demás, se trata de posiciones que, por razones históricas y de raíces intelectuales, no polemizan entre sí, sino que muestran diferentes aristas de la interpretación pública del Derecho privado.

Sin perjuicio de la relevancia práctica que la postura que a este respecto se adopte, el problema acerca de los fines asignados al proceso civil ha sido tratado en forma modesta por la literatura chilena<sup>54</sup>. En efecto, la pregunta por la función del proceso civil es fundamental para, en último término, entender y diseñar de manera adecuada un sistema procesal civil moderno y eficiente<sup>55</sup>.

El Derecho privado, como es sabido, confiere derechos y consagra obligaciones. Por regla general, y en la mayoría de los casos, los derechos consagrados en la legislación positiva son respetados por la voluntad del sujeto que está obligado a su cumplimiento, ya sea por lealtad al ordenamiento jurídico, o bien por adscripción a los valores sociales o beneficios económicos que el cumplimiento de una obligación importa. En otros casos, la voluntad de cumplimiento espontáneo estará condicionada a la amenaza del accionar del poder estatal, por medio de la activación del aparato jurisdiccional, en tanto mecanismo que permite al titular de un derecho subjetivo requerir (incluso en forma compulsiva) el cumplimiento de una obligación pendiente frente al obligado a la misma<sup>56</sup>. En este sentido, más importante que la consagración normativa de derechos subjetivos, es la posibilidad otorgada por el ordenamiento jurídico a sus titulares de accionar en torno a ellos.

El proceso, en general, evita la autotutela como mecanismo de resolución de conflictos, comprendiendo aquellas controversias suscitadas al alero del Derecho privado. De este modo, la posibilidad real con la que cuentan los sujetos titulares de Derecho de hacer efectivo un derecho invocado (garantía de acceso a la justicia) constituye un componente necesario e ineludible de un efectivo reconocimiento de derechos por parte del ordenamiento sustantivo<sup>57</sup>. Sin ello, o bien, careciendo el ordenamiento de un sistema que permita a los sujetos accionar de manera efectiva y eficiente, su vigencia será letra muerta o al menos estará limitada en cuanto a su alcance a aquellos actores capaces de sortear las dificultades que un sistema jurisdiccional deficiente plantea<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> Un panorama general de la discusión en Chile se encuentra en HUNTER (2011a), p. 76 y ss.

<sup>55</sup> En este sentido, HUNTER (2011a), p. 75.

<sup>56</sup> ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD (2018), p. 3.

<sup>57</sup> GENN (2010), p. 11.

<sup>58</sup> Tal pareciera ser el caso del proceso civil chileno vigente. Las dificultades estructurales de las cuales dicho sistema adolece (y cuyo tratamiento excede el alcance de este trabajo), entre las cuales se encuentra la excesiva duración de los juicios, los costos asociados a estos y el ritualismo extremo que supedita el éxito o fracaso de una pretensión a meras formalidades, han hecho que, en la práctica, el proceso civil seguido ante los tribunales ordinarios sea utilizado casi solo por sociedades comerciales en la búsqueda de la satisfacción de créditos incumplidos por personas naturales. El ciudadano común (por

En este orden de cosas, la posibilidad del cumplimiento forzado de una obligación, por medio de los procedimientos compulsivos consagrados en la legislación procesal, permitiría disminuir las infracciones de la ley<sup>59</sup>. En consecuencia, las características de un sistema procesal civil en particular incidirán de modo directo en la estabilidad del tráfico jurídico; la presencia de un sistema procesal civil eficiente, incorrupto y accesible constituirá un fuerte incentivo para el cumplimiento de deberes y obligaciones.

El proceso civil debiera erigirse como un eficiente disuasivo frente al incumplimiento de una obligación contraída en forma previa. La sola amenaza de una rápida y efectiva aplicación de una consecuencia gravosa por parte de un tribunal incorporará un factor insoslayable para el deudor al momento de decidir qué conducta seguir<sup>60</sup>. A *contrario sensu*, la presencia de un sistema procesal civil ineficiente e impredecible constituirá un poderoso aliciente para dilatar el cumplimiento de una obligación, o bien para incumplirla. En estos casos, la creencia de que el acreedor no podrá exigir el reconocimiento ni, con posterioridad, el cumplimiento de sus derechos, o al menos no tendrá seguridad de contar con una vía jurisdiccional de la cual poder razonablemente esperar un resultado determinado, terminará incidiendo de manera negativa en la conducta de las partes<sup>61</sup>.

194

Las interacciones lógicas entre el Derecho privado y el proceso civil inciden en forma directa en la concepción que se tenga de este último. En efecto, la función privada que de modo tradicional es asignada al proceso civil se condice con la naturaleza primaria del objeto del litigio y con el pretendido plano de igualdad en el cual los sujetos involucrados en este son en general situados. Sin embargo, el carácter privado del conflicto jurisdiccional intersubjetivo no alcanza a explicar el fenómeno en toda su extensión: el proceso civil no es “únicamente” un medio de resolución de conflictos entre particulares, sino mucho más que eso.

---

los factores mencionados y por las dificultades prácticas que las Corporaciones de Asistencia Judicial imponen para el acceso a la justicia real), se ha visto en gran parte excluido de este sistema. Un panorama completo del estado crítico en el que se encuentra nuestro sistema procesal civil puede encontrarse en LILLO (2020), *passim*.

<sup>59</sup> BREHM (2020), p. 6.

<sup>60</sup> Véase HUNTER (2011a), p. 92.

<sup>61</sup> La efectividad de la amenaza del accionar, como incentivo para el cumplimiento de obligaciones, dependerá, desde luego, de las capacidades del sistema en orden a poder satisfacer de manera adecuada la demanda del titular del derecho, disminuyendo su efecto disuasivo en aquellos casos en los cuales el resultado del juicio no se encuentra en realidad vinculado a la plausibilidad de la pretensión invocada, sino a factores externos. Tal pareciera ser el caso del proceso civil chileno, donde –como sostuvimos– el éxito o fracaso de una demanda depende muchas veces más de factores “procedimentales”, que sustantivos.

### *1. La resolución de conflictos intersubjetivos como función paradigmática del proceso civil*

La realización o reconocimiento de una pretensión por medio del auxilio jurisdiccional, en tanto finalidad inherente al proceso civil, obedece y reconoce sus límites, ante todo, en el principio dispositivo, entendido en términos de la manifestación del interés del titular de un derecho subjetivo comprometido respecto de la activación y delimitación del objeto del proceso. Este principio constituye una derivación propia de la autonomía de la voluntad en el plano procesal.

De este modo, la concepción vigente del proceso civil está determinada por la naturaleza privada y, por consiguiente, disponible del objeto de la controversia. Quien detenta un derecho vulnerado, reconocido por el ordenamiento civil, es libre no solo de iniciar un procedimiento para obtener su reconocimiento, o bien su cumplimiento de quien le es exigible, sino además, de determinar el contenido y extensión de las pretensiones que someterá al arbitrio del tribunal. Además, el titular del derecho puede disponer en todo momento la terminación del proceso por su voluntad, desistiéndose de su demanda. Para el éxito de su pretensión, quien invoca una pretensión en juicio deberá contribuir –en primer término– con la aportación de elementos probatorios necesarios para la resolución del conflicto a su favor<sup>62</sup>, recayendo en él la llamada carga subjetiva de la prueba, o carga de sumministrazione de evidencia<sup>63</sup>.

La doctrina (al menos la clásica) y la jurisprudencia chilena, entienden el proceso civil vigente bajo un dogma liberal-decimonónico<sup>64</sup>, esto es, como un mecanismo solo destinado a la resolución de conflictos entre particulares<sup>65</sup>, y en último término, al aseguramiento de los derechos subjetivos por parte del juez a través de un proceso contradictorio. Bajo esta concepción, la tarea del proceso civil se restringe a la protección de los derechos subjetivos asegurados por el ordenamiento sustantivo. La controversia promovida solo tendrá por tanto un alcance de carácter privado, incidiendo sus resultados solo en los sujetos involucrados en la contienda<sup>66</sup>.

Son las partes (y solo ellas), por medio del ejercicio del principio dispositivo, las encargadas exclusivas de delimitar y sustentar en términos probatorios las afirmaciones sobre los hechos que fundamentan sus pre-

<sup>62</sup> JAUERNIG y HESS (2011), p. 2 y ss.

<sup>63</sup> ROSENBERG (2002), p. 32 y ss.

<sup>64</sup> Dicha premisa resulta aplicable no solo a Chile, sino a la codificación latinoamericana, la cual se encuentra impregnada de un talante individualista y liberal. HUNTER (2020), p. 25.

<sup>65</sup> Por todos: VALENZUELA QUIRÓS (2019), p. 78. Sobre las características del proceso civil liberal del siglo XIX, véase HUNTER (2020), p. 19 y ss.

<sup>66</sup> Véase HUNTER (2011a), p. 79.

tensiones, mejorando o empeorando su posición procesal en atención a las decisiones que adopten u omitan a lo largo del juicio. La absoluta neutralidad y pasividad del juez (muchas veces confundida con su imparcialidad), es entendida como una garantía que impide privilegiar a una de las partes por sobre la otra, entendiéndoseles bajo un plano de igualdad, y siendo estas quienes detentan el monopolio de la iniciativa probatoria. Así, el juez debe guardar la necesaria distancia de las partes, limitándose a resolver la disputa con base en los antecedentes por aquellas proporcionados. Un juez dotado de iniciativa en cuanto a la aportación probatoria caería en un peligroso activismo que pondría en entredicho el carácter privado del conflicto sometido a su arbitrio, convirtiéndose en un auxiliar de las partes, quien, al favorecer a alguna de estas, perdería su imparcialidad<sup>67</sup>. Para esta postura, asignar una finalidad al proceso civil que vaya más allá de la mera resolución de conflictos intersubjetivos, podría generar por cierto un déficit en el cumplimiento de su función primaria<sup>68</sup>.

196

Ahora bien, como ha sostenido en forma crítica Taruffo, es frecuente que los litigantes no estén en iguales condiciones, o al menos, en posiciones no comparables desde el punto de vista cultural y económico. La noción de “partes iguales”, propia de esta configuración del proceso civil, resulta equivalente a la noción de “sujeto de derecho privado”<sup>69</sup>, asumiendo los reproches que se atribuyen a esta concepción, y que ya fueron mencionados. Por lo general, los recursos económicos de una parte pueden ser limitados y su inversión en la actividad probatoria puede no estar equilibrada con la producción probatoria de la otra. El peligro concreto es que la verdad sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante<sup>70</sup>. Dichas consideraciones reducen la pretendida igualdad de las partes solo a un plano teórico, que resulta difícil de conciliar con la realidad. La introducción de consideraciones adicionales para explicar de modo satisfactorio la naturaleza del proceso civil se muestra, desde este punto de vista, necesaria.

## *2. La función pública del proceso civil en sentido débil*

En términos históricos, la función del proceso civil no se ha limitado a la concepción propia que lo entendía como una mera disputa de partes frente a un juez neutral y pasivo, cuyo rol se limitaba a ser un mero observador de

---

<sup>67</sup> Véase HUNTER (2020), p. 22.

<sup>68</sup> BREHM (2020), p. 7.

<sup>69</sup> TARUFFO (1980), p. 113. En este sentido, véase además: HUNTER (2020), p. 26 y ss.

<sup>70</sup> TARUFFO (2003), p. 210 y ss.

una contienda que es pretendida como justa<sup>71</sup>. En este sentido, desde hace más de un siglo y hasta nuestros días, se han asignado distintas funciones al proceso civil que exceden la resolución de un conflicto intersubjetivo. Las denominaremos funciones públicas del proceso civil<sup>72</sup>.

A este respecto, podemos asignar dos funciones públicas al proceso civil. La primera, que analizaremos a continuación, corresponde a una acepción “débil” de dicho concepto, en contraposición a la concepción “fuerte” que revisaremos más adelante<sup>73</sup>. Ella entiende el proceso civil como parte de un entramado económico y social complejo, mediante el cual se reafirman comportamientos sociales, a la vez que se posibilita una evolución del derecho objetivo.

Si bien dicha concepción reconoce que el proceso civil se dirige, en primer término, a la resolución de conflictos entre partes, le asigna además la potestad de resolver por vías pacíficas conflictos sociales y económicos, que así entendidos exceden el mero interés individual, comprendiendo dicha atribución como una finalidad subyacente a la judicatura civil<sup>74</sup>. Así, bajo esta premisa, el proceso civil está de todos modos llamado a cumplir una función que trasciende el conflicto intersubjetivo y cuyo beneficio puede considerarse más público que privado. En cuanto a su dimensión económica, el proceso civil reafirmaría, por medio de la declaración de

---

<sup>71</sup> LÜKE (2020), p. 4.

<sup>72</sup> El reconocimiento en el proceso civil de funciones que hemos denominado “públicas” no tiene por finalidad adscribir el Derecho procesal civil al Derecho público, lo cual podría ser problemático, ni tampoco admitir un interés estatal o político en aquel, sino solo reconocerle finalidades que van más allá del interés directo y primigenio de las partes en disputa, y que, en consecuencia, exceden la satisfacción de las pretensiones invocadas en un caso concreto.

<sup>73</sup> HUNTER (2020), p. 32 y ss. ha hablado de la publicación del proceso civil en un sentido débil y uno fuerte, aunque en un sentido diferente al aquí expuesto. Para dicho autor, las concepciones débiles del fenómeno histórico de la publicación del proceso civil se condicen con la introducción dentro del proceso civil de instituciones con fuertes ribetes sociales, estableciendo una relación instrumental entre la “publicación” y la “socialización” del proceso civil, bajo la cual resultaba necesario introducir instituciones dirigidas a ofrecer ayuda a la parte económicamente débil en la relación jurídico procesal. Dicha concepción derivó en la asignación de mayores potestades procesales y materiales al juez, entendiéndolo como “director del proceso y dispensador de la justicia”. Por su parte, Hunter ha entendido la publicación del proceso civil en un sentido fuerte identificándola con los sistemas procesales surgidos de países donde se implementó la ideología socialista. Bajo esta concepción, los poderes del juez llegaron al extremo de hacer desaparecer las manifestaciones más evidentes del principio dispositivo (HUNTER [2020], p. 46 y ss.), limitando la protección de los intereses privados solo en tanto ellos coincidían con los intereses generales, que se encontraban vinculados en términos políticos a la referida ideología.

<sup>74</sup> En Alemania: ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD (2018), p. 12. En Chile: LILLO (2020), p. 148.

los derechos cuya satisfacción se demanda en juicio, las reglas esenciales que permiten sustentar las bases sobre las cuales se erige la sociedad, y que permiten a los sujetos individuales y personas jurídicas (entendidos ambos en este sentido como agentes que participan de algún modo o en alguna parte del proceso de una actividad económica) contar con un marco normativo consolidado en el cual puedan desarrollar sus negocios y asegurar su inversión<sup>75</sup>.

En cuanto al componente supraindividual asignado se ha sostenido, además, que el proceso civil desempeñaría una labor de confirmación, configuración o negación de una afirmación de contenido normativo que integra el ordenamiento sustantivo y cuyo alcance podría trascender el conflicto particular<sup>76</sup>. En concreto, al resolver, el juez en el proceso civil puede (al igual que el legislador al crear, eliminar o modificar reglas procesales) denegar, modelar o ampliar derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento sustantivo. Así, uno de los componentes más relevantes de la finalidad pública del proceso civil en sentido “débil”, corresponde al desarrollo y perfeccionamiento del derecho (idea desarrollada en especial en Alemania, bajo el concepto de *Rechtsfortbildung*)<sup>77</sup>. De modo paradigmático, en la interpretación de disposiciones legales o de cláusulas generales propias del derecho material, así como en el tratamiento de vacíos normativos, el proceso civil desempeña una función social<sup>78</sup>. Así, por ejemplo, el contenido general de lo que podría ser considerado una discriminación arbitraria hacia la población migrante, o minorías sexuales, los límites a la libertad de expresión, o bien, el grado de cuidado que un médico debe tener al momento de practicar una intervención pueden delinarse (de manera adecuada o inadecuada) por medio de una sentencia, y más en general, gracias a la labor de la jurisprudencia. Bajo ciertas condiciones institucionales que aseguren una razonable estabilidad en la decisión judicial adoptada y sujeción a la misma por parte de los tribunales, dichas directrices podrán ser asumidas como reglas de conducta por parte la población general.

Lo recién señalado excede la mera satisfacción de una pretensión invocada por un particular en tanto permitirá a los individuos reconocer el contenido y alcance de un derecho subjetivo lesionado, o bien fomentar su reconocimiento frente a un posible estado de incertidumbre respecto de su real existencia o vigencia. Para que dicha función se desarrolle en forma adecuada, y asumiendo que ella no contará con la transparencia, resguar-

---

<sup>75</sup> GENN (2010), p. 17.

<sup>76</sup> BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN (2006), p. 9.

<sup>77</sup> ROSENBERG, SCHWAB y GOTTWALD (2018), p. 4.

<sup>78</sup> MEYER (2004), p. 4.

dos y legitimidad propias del proceso legislativo de toma de decisiones<sup>79</sup>, es necesario contar con un marco institucional que permita generar uniformidad en la toma de decisiones por órganos jurisdiccionales, evitando en particular la dispersión jurisprudencial.

Junto con la dictación de la sentencia, el sistema recursivo civil cumple una función que es de índole pública y que en muchos casos excede (o incluso prescinde) de la mera resolución de un conflicto de partes<sup>80</sup>. Ello tiene lugar en nuestro sistema judicial, por ejemplo, en el recurso de casación en el fondo civil, el cual persigue la recta aplicación e interpretación de la ley, contribuyendo (al menos en forma ideal) a la creación de una jurisprudencia uniforme y constante<sup>81</sup>. Dicha uniformidad jurisprudencial permitirá, a su vez, incrementar la confianza de la ciudadanía en las instituciones encargadas de la administración de justicia, fomentando con ello la predictibilidad por parte de la ciudadanía de los resultados de una controversia futura o eventual<sup>82</sup>. El mencionado efecto repercutirá en un aumento o disminución de las tasas de litigiosidad<sup>83</sup>.

La finalidad descrita trasciende un determinado sistema jurídico. En efecto, bajo un ordenamiento arraigado en la tradición del *common law*, el proceso civil desempeña una función que excede el interés de las partes involucradas en la resolución de un conflicto. Como sostiene Jolowicz desde el Derecho inglés, una de las funciones del proceso civil, que denomina social, consiste en demostrar la efectividad de la ley y en permitir a los jueces aclarar, desarrollar y aplicar la ley<sup>84</sup>. En Alemania, si bien se entiende el proceso civil, en primer término, como un mecanismo de realización

---

<sup>79</sup> Véase MAIN (2010), p. 821.

<sup>80</sup> Véase NÚÑEZ (2015), p. 203 y ss.

<sup>81</sup> ATRIA (2005), p. 275. Más patente aún es dicho objetivo en el recurso de unificación de jurisprudencia, vigente en el sistema chileno para el procedimiento laboral. Al respecto, véase CORREA (2020), pp. 253-274, para quien, en forma acertada, el recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral tiene por objeto contribuir a satisfacer el interés público en una jurisprudencia uniforme.

<sup>82</sup> DELGADO y DÍAZ (2011), p. 283.

<sup>83</sup> Las tasas de litigación son en especial sensibles a factores que inciden en la predictibilidad de los resultados de un potencial juicio. En el proceso civil, ello no solo se manifiesta en el contenido y alcance del derecho, sino que puede verse condicionada en materia probatoria, con la mayor o menor estabilidad de los elementos de prueba necesarios para acreditar las alegaciones invocadas. En concreto, si las reglas sobre carga de la prueba están fijadas con antelación, los operadores jurídicos podrán evaluar las posibilidades de éxito o fracaso de un eventual juicio y ver si es mejor aceptar una transacción o no iniciar acción alguna, en vez de aventurarse en un proceso de pronóstico adverso. Si, por el contrario, se introducen reglas de cargas dinámicas, todo litigante, aunque no tenga pruebas de su pretensión ni sepa si puede obtenerlas, estará incentivado a intentar llegar al juicio. Véase CORRAL (2012), p. 113.

<sup>84</sup> JOLOWICZ (2000), p. 71.

del Derecho privado, poniendo con ello término a un conflicto intersubjetivo, se comprende de igual modo dicha actividad como parte de una estructura social compleja. En consecuencia, se asigna a la jurisprudencia un rol fundamental en el establecimiento y mantención de la paz social por medio de la estabilidad<sup>85</sup> y uniformidad de las relaciones y prácticas jurídicas<sup>86</sup>.

Para alcanzar los fines recién mencionados, se requerirá que el juez se acerque a la verdad. Como se ha sostenido de manera correcta por Hunter, solo hay incentivo al cumplimiento espontáneo del Derecho y a la motivación de conductas acordes al ordenamiento por parte de los ciudadanos, si el proceso judicial se estructura hacia la resolución del caso sometido a su decisión, y fija de modo exacto quién ha cumplido y quién no con el mandato legislativo<sup>87</sup>. Para ello, veremos en la sección final de este artículo, podría no bastar con la actividad probatoria desplegada por las partes a lo largo de la contienda: los constreñimientos propios de un proceso civil liberal-decimónico, que restringen la actividad del juez en el proceso al mínimo, podrían constituir un obstáculo para que el ejercicio de la jurisdicción se erija como una herramienta destinada a cumplir de manera efectiva cualquier función que exceda el marco dado por el conflicto intersubjetivo.

### *3. La función pública del proceso civil en sentido fuerte*

La asignación de una función pública al proceso civil tuvo en Franz Klein, el padre de la *Ordenanza Procesal Civil* austríaca de 1895, uno de sus principales precursores. El fundador de la llamada “concepción social del proceso”, y otrora ministro de justicia del Imperio austrohúngaro, sustentaba como premisa básica de su concepción sobre el proceso civil el que no todos los ciudadanos poseen las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos<sup>88</sup>. Dicha posición presupone una identificación de las desigualdades materiales, estructurales, que impiden que la “igualdad de armas” y de oportunidades que caracterizan de modo tradicional a las reglas del proceso civil puedan concretarse, resultando una simple quimera.

Para Klein constituía una obviedad que el objeto y fin del proceso civil se encuentra definido por el Derecho civil. En este sentido, el proceso no

<sup>85</sup> EZURMENDIA (2021), p. 249 y ss.

<sup>86</sup> Véase BREHM (2020), p. 6 y BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN (2006), p. 9.

<sup>87</sup> Véase HUNTER (2011a), p. 85.

<sup>88</sup> MEYER (2004), p. 1.

es sino el medio para la determinación del derecho material invocado<sup>89</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, el autor entendía el proceso civil no como un mecanismo de resolución de disputas entre partes, sino como una imprescindible institución pública de bienestar y, en particular, como un componente de ayuda social<sup>90</sup>, concepto ligado a una visión del Estado, por medio de la cual el proceso civil se erige como uno de los medios disponibles para prestar asistencia social pública. Dicho interés, entiende que las disputas jurisdiccionales, aun versando sobre bienes individuales disponibles, importan que el Estado asuma un interés activo en el correcto ejercicio de la jurisdicción, en tanto instrumento de política pública<sup>91</sup>. Denominaremos a esta concepción de la función social del proceso civil en sentido “fuerte”.

Para lograr el objetivo indicado, Klein instaba a otorgarle una amplia potestad a los jueces, para que, en conjunto con las instituciones propias del sistema de administración de justicia, se situaran al servicio de la sociedad<sup>92</sup> y no solo al de las partes del conflicto. De este modo, dotando al juez de importantes poderes de dirección material del procedimiento, y mediante el aumento de sus facultades de instrucción probatoria, se garantizaría la veracidad de la determinación de los hechos,<sup>93</sup> y con ello, se lograría una decisión justa.

Ahora bien, la propuesta de Klein no debe entenderse como una concepción “democratizante” del proceso civil, sino como parte –en efecto– de una política social autoritaria<sup>94</sup>. La crítica contemporánea a dicha visión es comprensible, en la medida en que, a todas luces, el Imperio Austro-húngaro de finales del siglo XIX no fue el mejor ejemplo de un orden jurídico democrático<sup>95</sup>.

Como cuestionamiento adicional, se ha sostenido que la concepción de Klein acerca del rol del juez en el proceso ha devenido en que sea percibido como un verdadero “ingeniero social”, idea que podría considerarse incompatible con la función primaria del proceso civil que busca en primer término convertirse en un medio para la realización del derecho material en un caso concreto. Un juez que busque alcanzar los objetivos sociales propuestos perseguirá intereses que supeditan el derecho subjetivo

---

<sup>89</sup> KLEIN (1900), p. 11.

<sup>90</sup> KLEIN (1901), pp. 30-36.

<sup>91</sup> Desde luego, eso no importaba una renuncia al fin primario del proceso civil, en tanto él mismo lo concebía como un mecanismo para la realización del derecho material, función que debe mantenerse. KLEIN (1900), p. 11. Véase HUNTER (2011a), p. 91.

<sup>92</sup> KLEIN (1901), p. 36.

<sup>93</sup> SEGATTI (2021), p. 331 y ss.

<sup>94</sup> KLEIN (1901), p. 35.

<sup>95</sup> MEYER (2004), p. 4.

invocado a dicha función. El cumplimiento del Derecho vigente, en consecuencia, no sería el fundamento de sus decisiones judiciales.

### III. REPERCUSIONES DE LA RELECTURA EN CLAVE PÚBLICA

Las coordenadas de análisis que de manera precedente han sido desplegadas en ambos ámbitos de lo jurídico revelan desde distintas dimensiones el compromiso que estos presentan con ciertos valores públicos o determinadas funciones públicas.

En esta sección ulterior, nuestro propósito es contribuir a la delimitación de las diversas estrategias que fueron esgrimidas para develar ese compromiso y apuntar algunas incidencias de tal ejercicio. Mostraremos de acuerdo con qué términos debería sustentarse un esquema de relectura tanto en el Derecho privado como en el derecho procesal civil y, enseguida, anotaremos su rendimiento en algunos de sus institutos representativos. Por supuesto, esta evaluación no es exhaustiva ni pretende agotar la complejidad del fenómeno en cuestión.

#### *1. Derecho privado, complementación y las luces de lo público*

202

Según observamos, las estrategias de posicionamiento de las dimensiones públicas o sociales en el Derecho privado que han sido articuladas a partir de su función social, naturaleza pública y carácter de cuestión pública, son complementarias entre sí. Esta consideración la asumimos sobre la base de enfatizar el lugar común que está en juego en esos esquemas de comprensión del Derecho privado.

El Derecho privado no responde a un carácter exclusivamente privado puesto que en sus reglas, instituciones y prácticas se gestionan intereses privados y públicos y, por ello, el litigio no puede reducirse solo a un mecanismo de resolución de conflictos intersubjetivos entre “esos” intereses. Tal descripción concuerda con una parte del escenario del Derecho privado, mas carece de valor explicativo respecto de la totalidad de modalidades que tienen lugar en esta parcela de lo jurídico. Se ajusta a la imagen tradicional del Derecho privado como un área en que las personas se relacionan dotadas de libertad para generar y desarrollar relaciones jurídicas y, a su vez, en que se encuentran situadas en planos de igualdad con base en los cuales pueden diseñar y disfrutar de los estados de cosas que en forma autónoma han configurado.

Dicho núcleo del Derecho privado, en efecto, encaja con exigencias de justicia correctiva que amparan la relación de derechos y deberes corre-

lativos. Tras las demandas de Gierke, Michelin y Papayannis aparece el cuestionamiento compartido a que ese modo de ver las cosas sea comprensivo con el Derecho privado. La respuesta compartida es que no lo es y, por el contrario, esa visión descuida el valor público o las funciones sociales que le corresponde desempeñar. En estas dimensiones de análisis se advierte una imagen de la relación de Derecho privado que está en realidad distanciada de la anterior, es decir, que no puede calificarse de “privada”<sup>96</sup>.

Desde esta perspectiva, la lectura privada del Derecho privado encuentra su pertinencia teórica en la comprensión que ve en el vínculo de Derecho privado uno que está formado entre personas libres y posicionadas en condiciones paritarias, en el cual prima su autointerés. Sin embargo, ella no da cuenta de todas las relaciones de Derecho privado en la medida en que una buena cantidad de estas no engarza con tal descripción.

Al tomar prestadas las herramientas conceptuales de los autores, observamos que, si esa visión fuera la única disponible en el Derecho privado, entonces, este no podría efectuar las funciones sociales que le competen y que están alejadas del prisma individualista, ni lograría desarrollar la función de conectividad que fomenta el respeto y la atención por los intereses de los demás, ni tampoco tendrían cabida las consideraciones de justicia distributiva que yacen en sus diversas preocupaciones.

Dado que las tres posiciones discurren por la dirección contraria es menester desacoplar el Derecho privado de aquella visión que lo hace ver como un asunto solo de índole privada. Por ende, en lugar de concluir de manera precipitada la mayor idoneidad de alguna de las estrategias sobre las restantes, conviene ensayar una respuesta que permita conjugarlas y así evaluar su rendimiento en ciertas instituciones del derecho privado. Cabe destacar que esta complementación no se traspalará a la posterior reflexión sobre el Derecho procesal civil, ya que el sentido débil y el fuerte del proceso revelan dos maneras diferentes de comprender la institución procesal. Aquí no se trata, en verdad, de una divergencia en el énfasis que se adopte para el tratamiento<sup>97</sup>.

Un terreno fértil para encauzar el ejercicio en el Derecho privado es, como se ha visto, el Derecho contractual. Este último ha sido entendido

---

<sup>96</sup> Acerca del proceso de debilitamiento del prisma individualista y surgimiento de la idea social en el Derecho privado puede revisarse SOLARI (1950), pp. 1-10.

<sup>97</sup> Al repensar la comprensión tradicional del Derecho privado resulta pertinente el ensanchamiento de la agenda de investigaciones de esta área, fortaleciendo su valor epistémico. Esta incidencia teórica se refleja en que problemas respecto de los cuales el Derecho privado ha sido relegado –como ocurre con la pobreza– pueden ser parte de su núcleo de preocupaciones. Sobre esta cuestión, véase PEREIRA FREDES (2021), pp. 129-170. Para que el Derecho privado haga frente a problemas sociales es indispensable develar que en este no solo hay intereses individuales involucrados.

en términos tradicionales sobre la base de una imagen privada según la cual la institución contractual responde solo a los intereses de las partes contratantes. Si bien la reflexión filosófica de Weinrib centró su mirada en la relación de responsabilidad extracontractual existente entre la víctima y el agente causante del daño, su esquema calza de manera cómoda con la relación contractual. Allí las partes son entendidas como libres e iguales en términos formales y, en tanto, sus convenios son interpretados como frutos del acuerdo de sus voluntades. De ahí que estén conectadas a la luz de la correlatividad que media entre los derechos y deberes de cada participante del vínculo contractual. Sus relaciones se encuentran reguladas de modo formal a partir de las exigencias de la justicia correctiva. Por ello, es natural pensar que, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor cuenta con remedios contractuales para corregir la insatisfacción de sus creencias e intereses. La infracción de lo pactado constituye por cierto una transgresión a la justicia correctiva que envuelve la regla del *pacta sunt servanda* y que sustenta la operatividad de los medios de tutela del crédito de la parte acreedora. En buena medida, el ejercicio de los remedios frente al incumplimiento del contrato busca restablecer el equilibrio entre las partes según su estatus de igualdad.

204

Este marcado compromiso con la igualdad de las partes en la relación contractual determina, según el modo tradicional de verla, su carácter privado. Según Francesco Messineo,

“[c]omo institución de *carácter privado*, el contrato presupone que los sujetos que en él participan (contratantes) se encuentran sobre un pie de *paridad jurídica*, aunque a veces (o a menudo) estén en situación de *disparidad económica*, en virtud de la diferente fuerza económica de que cada uno de ellos puede hallarse dotado [...]”<sup>98</sup>.

Dicha paridad jurídica corresponde a la igual cobertura de la legislación y el reconocimiento igualitario que el Derecho de contratos en particular ofrece a las partes.

No obstante, esta aproximación es solo formal y desatiende las diferencias sustantivas que median entre quienes celebran un contrato. El problema es que cualquier consideración unilateral acerca de “una” de las partes que atienda a particularidades de índole subjetiva, desafía el estándar igualitario de la relación de Derecho privado como una de justicia correctiva. La introducción de este tipo de consideraciones, en términos de Weinrib, “[...] es inconsistente con la igualdad transaccional de las partes”<sup>99</sup>. Aquí

<sup>98</sup> MESSINEO (2007), p. 79. Énfasis del original.

<sup>99</sup> WEINRIB (2017), p. 208.

se devela que buena parte de las razones que justifican esta hostilidad descansan en la preservación del carácter “privado” del Derecho contractual y que, en realidad, representa la generalidad del Derecho privado.

El Derecho de contratos de corte decimonónico encarna de manera conspicua esta forma de interpretar su imagen privada, así como su resistencia a dar cabida o explicitar dimensiones públicas que puedan estar presentes en sus reglas, instituciones y prácticas. Por supuesto, la contratación contemporánea difiere de la visión tradicional del contrato y de ahí que el grueso de las relaciones contractuales se efectúa sobre la base de planos de asimetría en que el poder de negociación de un contratante es superior al de la otra parte, del mismo modo que en general las condiciones subjetivas y materiales favorecen a una de las partes, situando a la otra en una posición desaventajada. Puede pensarse, por ejemplo, en los mecanismos de contratación en masa en que gracias a los contratos por adhesión se pone en entredicho la comprensión tradicional del vínculo contractual y que, además, dan lugar al establecimiento de cláusulas abusivas por un contratante que resultan nocivas para los intereses contractuales de la parte ubicada en una condición desfavorecida.

Lo interesante de esto es que uno de los cargos de Gierke en contra de la visión individualista que impedía al Derecho privado cumplir su función pública fue precisamente la situación que produce en la contratación estandarizada y, en particular, en los contratos por adhesión. La asunción de la igualdad formal entre los contratantes –que es central para sustentar la imagen privada del Derecho privado– puede dar cabida a abusos de una parte y abonar que su comportamiento esté solo conducido por su interés personal desatendiendo los de la otra parte del acuerdo. En la cuestión si acaso el Derecho privado es solo “privado” ocupa un lugar importante la alegación por la sustancialidad de las relaciones de Derecho privado. Mientras que la lectura privada la rechaza, para la visión pública es una urgencia abandonar el prisma formalista igualitario y acoger las diferencias y particularidades sustantivas que están de manifiesto en estos vínculos<sup>100</sup>.

Lo anterior se encuentra expresado de manera nítida en el Derecho de contratos y muestra en qué sentido la historia intelectual del Derecho privado moderno acentuó su carácter privado. El ideario ilustrado de entender a las personas como libres e iguales, movidas por el impulso de la autonomía de la voluntad y gobernadas por la justicia correctiva que reina en

<sup>100</sup> Al respecto, se ha abogado por la necesidad de transitar desde el tratamiento formal de la libertad e igualdad de las partes a las exigencias de forjar relaciones respetuosas entre los agentes sobre la base de su autodeterminación e igualdad sustantiva. Para Hanoch Dagan y Avihay Dorfman el valor del Derecho privado reside en este punto, transparentándolo en “[...] su construcción de marcos de interacción respetuosa –de relaciones justas– entre individuos genuinamente libres e iguales”. DAGAN y DORFMAN (2016), p. 1397.

los intercambios, permitió que se pensara que “quien dice contractual dice justo”, según reza la conocida fórmula de Fouillé. De ahí que el Derecho contractual heredado de la codificación decimonónica “parezca” más privado de lo que es el actual.

El Derecho de contratos que se presenta a diario y que es producto del esfuerzo de reinterpretación teórica de sus fundamentos, propósitos e institutos tradicionales aparece como más público, al menos desde un punto de vista sustantivo. Esto explica el menor o mayor encaje que presentan instituciones que han sido construidas mediante el trabajo dogmático o jurisprudencial, alcanzando reconocimiento en legislaciones comparadas o en textos de armonización del Derecho de contratos. Muchos de estos institutos participan más bien de valores públicos y confluyen con posibles funciones sociales del Derecho privado, en lugar de solo engarzarse con la imagen privada de esta esfera del fenómeno jurídico. Por ende, resulta consistente que el Derecho contractual fundado en la comprensión tradicional del contrato obvie o exprese hostilidad frente a instituciones que no responden a la lógica privada. La razón es que los institutos conforme con los cuales se ha reformulado de modo progresivo el Derecho de contratos están, en verdad, emparentados con dimensiones sociales o públicas. Cuando se presta atención a figuras como la lesión subjetiva-objetiva, el abuso del derecho, la excesiva onerosidad sobreviniente o la ventaja injusta, la reflexión se desmarca del carácter puramente privado del Derecho privado y comienza a sacar partido y honrar consideraciones sociales o públicas<sup>101</sup>.

Permítasenos implementar estas observaciones en la última de las instituciones enlistadas. La ventaja injusta constituye un instituto que ha acaparado el interés de los estudios recientes, reafirmado por su impacto en legislaciones contemporáneas y en los instrumentos de armonización contractual o *soft law*<sup>102</sup>. De acuerdo con sus parámetros, cuando en una relación con-

<sup>101</sup> El vínculo entre el Derecho privado y las funciones sociales que este desempeña ha sido examinado a partir de las instituciones de esa esfera de lo jurídico. Karl Renner, por ejemplo, estableció que “[l]a naturaleza orgánica del orden jurídico implica además que todas las instituciones del derecho privado y sus instituciones complementarias también están conectadas con el derecho público. Sin ella, no pueden ser ni efectivas ni inteligibles”. RENNER (1949), p. 76. Desde luego, tal consideración rechaza el aislamiento del Derecho privado respecto del Derecho en general y del Derecho público en particular, estrechando su conexión con estos ámbitos y poniendo en entredicho su pretendida autonomía.

<sup>102</sup> Su reconocimiento se encuentra, por ejemplo, en los artículos 37 de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, bajo la denominación de excesiva desproporción; 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en términos de beneficio excesivo o ventaja injusta; II.-7:207 del Borrador del Marco Común de Referencia según la noción de explotación indebida; y, 3.2.7 de los Principios UNIDROIT en clave de excesiva desproporción. El funcionamiento de esta figura supone la celebración de un contrato en que las partes concurren, desde luego, en posiciones de franca asimetría

tractual una parte se aprovecha de la vulnerabilidad de la otra, obteniendo en forma injusta un provecho económico, tal vínculo puede ser impugnado a pesar de haberse celebrado observando los requisitos generales de validez de los negocios jurídicos<sup>103</sup>.

Conviene preguntarse en qué medida la ventaja injusta desafía la imagen solo privada del Derecho contractual y, por consiguiente, del Derecho privado. Siguiendo esta visión privada, los acuerdos son adoptados por personas libres e iguales y, asimismo, el resultado de la negociación se ajusta a la regulación autónoma y racional efectuada por cada parte como la mejor gestora de sus propios intereses. Ello explica el hecho de que de modo tradicional el Derecho contractual considera irrelevante el principio de equivalencia de las prestaciones contractuales, sosteniendo que la validez del contrato no depende de que las prestaciones contraídas sean equivalentes. En este sentido, el contrato es “formalmente” obligatorio aun cuando no sea “sustancialmente” el mejor acuerdo. Su preocupación radica en la justicia procedimental del acuerdo y no así en su justicia sustantiva. Este divorcio entre las dos clases de justicia en el campo contractual ha sido puesto en duda por autores como Atiyah, quien rechaza que el Derecho de contratos solo evalúe la observancia de la justicia procedimental, puesto que la distinción es artificial y este ámbito sí tiene en cuenta la justicia sustantiva de los intercambios<sup>104</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente privado, el Derecho de contratos solo atiende a la justicia procedimental de lo convenido, pero desde una óptica social o pública, es evidente que no puede aparecer como indiferente el resultado del vínculo contractual, ni la manera en que se ha arribado a los términos pactados.

Al hacer hincapié en las dimensiones sociales o públicas es inevitable examinar la justicia sustantiva del contrato. Del modo en que el propio Atiyah lo advirtió en otro lugar, el privilegio incontrovertible de las razones de forma en el Derecho de contratos fue perdiendo terreno frente a la relevancia de las razones de sustancia y de ahí que

---

contractual. En este contexto de desequilibrio, una de ella se aprovecha de la vulnerabilidad de la otra, obteniendo de esta una ventaja injusta que contraviene las exigencias de la buena fe. Frente a tal situación, la parte afectada puede solicitar –en la solución de mayoría– la adaptación del contrato o bien su nulidad.

<sup>103</sup> El tratamiento efectuado por los PECL acerca de esta institución del Derecho de contratos es reveladora para efectos de ilustrar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el contratante que es explotado, en la medida en que este último “[...] dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora [...]”. Acerca de la operatividad de la ventaja injusta véase GÓMEZ CALLE (2018), en especial, pp. 153-204.

<sup>104</sup> Desde este punto de vista, ATIYAH (1986a), pp. 329-354.

“[c]ada vez más a menudo los tribunales parecen dispuestos a explorar la transacción, abrirla, e ir más allá de las razones de forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones”<sup>105</sup>.

La ventaja injusta muestra, entonces, un espacio de confluencia entre ambas esferas de la justicia contractual. Que un contratante se aproveche de la debilidad de la otra parte –explotándola– no es en absoluto irrelevante para el Derecho de contratos que hoy en día conocemos y eso devela la importancia de la justicia sustantiva del intercambio para esa esfera del Derecho. Así, la aparente intrascendencia de la equivalencia de las prestaciones contractuales es puesta en cuestión cuando la desproporción proviene del aprovechamiento de una parte de la vulnerabilidad de la otra. Si se acepta que el Derecho de contratos no responde solo a un carácter privado, ni únicamente gestiona los intereses particulares de las partes, entonces, puede abonarse la proscripción de la explotación injusta que efectúa un contratante al otro.

Al releer el Derecho contractual desde los valores públicos o las funciones sociales que debe acometer en la comunidad, institutos como la ventaja injusta cobran mayor pertinencia. La aparente falta de encaje de ella con esta esfera del Derecho privado no es, en realidad, “con” el Derecho de contratos –*qua* Derecho contractual– sino que lo es con “una” determinada manera de comprenderlo, la cual descansa en la visión meramente privada del Derecho privado.

Situada esta institución en sus dimensiones públicas, en cambio, parecen desvanecerse las dificultades de conciliación. Hay una correspondencia entre el posicionamiento y el fomento de los aspectos sociales o públicos del Derecho privado, de un lado, y la justificación y racionalidad del tipo de instituciones que encarna la ventaja injusta, de otro. Esto muestra que una interpretación que dé cuenta de los valores públicos o funciones sociales se encuentra en mejor posición para albergar esta clase de institutos que una lectura que, por el contrario, prescindiera de tales parámetros y encasille la respectiva área en su carácter exclusivamente privado.

Por supuesto, la complejidad del fenómeno que caracteriza al Derecho privado también es capturada de mejor manera cuando se evita entender que su relación jurídica “solo” puede desarrollarse entre personas formalmente libres e iguales, que se encuentra regida por directivas de justicia correctiva y administra intereses particulares. En lugar de ello, la adopción de una visión del Derecho privado que enfatice su atención por las diferencias y particularidades sustantivas de quienes participan en sus relaciones, y que

<sup>105</sup> ATIYAH (1986b), p. 116.

además admita consideraciones de justicia distributiva y rehúse limitarse únicamente a intereses particulares, facilitará tal tarea.

Un aspecto que aún permanece pendiente para la evaluación del rendimiento de la lectura pública del Derecho privado reside en la complementariedad de las estrategias que revisamos con anterioridad. Como señalamos, y a diferencia de la revisión articulada sobre el proceso civil, los esquemas que exploran los valores públicos o las funciones sociales en el Derecho privado pueden complementarse entre sí, con el objeto de reforzar la pertinencia de estas dimensiones en algunas de sus reglas, instituciones y prácticas y, del mismo modo, rechazar su imagen estrictamente privada. Por lo demás, la complejidad distintiva del Derecho privado recomienda la integración de diferentes niveles de análisis y no perder de vista alguno de los puntos que cada estrategia resalta. De nuevo, acudiremos a la ventaja injusta para determinar el rendimiento complementario de los tres esquemas. La compatibilidad entre los modelos que hemos revisado permite la aplicación de cada uno de estos, desentrañando el valor público del Derecho privado desde distintos ribetes y haciendo frente en común a su visión como únicamente privado. De ahí que efectuaremos su implementación de manera progresiva.

El modelo de Gierke resulta interesante porque el campo contractual fue precisamente uno de los que él tematizó para que el Derecho privado desempeñare su función social. Su interés en la libertad de contratación se fundó en la preocupación por los efectos perjudiciales que ocasiona la parte fuerte sobre el contratante débil. La igualdad formal habilita a que la parte mejor posicionada actúe en desmedro de la otra y, por ello, es que debe revisarse esta asunción y apartarse del individualismo egoísta que según Gierke estaba impregnado en la legislación inspirada en el prisma romano.

La ventaja injusta constituye una institución que no engarza con el espíritu individualista que denunció Gierke, pero además resulta iluminadora porque retrata dos observaciones del autor. De una parte, las partes contratantes no gozan de la posición paritaria que formalmente se les atribuye y, de otra, al pasar por alto esa desigualdad sustantiva se pueden producir abusos de un contratante al otro. El tratamiento igualitario deviene, al final del día, “[...] en un medio de opresión de unos por otros, *es la despiadada explotación del mayor poder espiritual y económico*”<sup>106</sup>. En la ventaja injusta no solo está en juego la desproporción de lo pactado en virtud de contratantes situados en posiciones asimétricas, sino también que una parte ha obtenido un provecho económico “al explotar” la vulnerabilidad de la otra. Este reclamo es más bien sustantivo del Derecho de contratos y

<sup>106</sup> GIERKE (2015), p. 25. Énfasis añadido.

del Derecho privado en general: una persona no puede explotar a la otra en estas relaciones y sacar así ventajas de manera injusta. De ahí que este instituto abona la participación de la justicia sustantiva en el Derecho contractual. De este modo, entonces, el enfoque de Gierke puede ser imbricado con la justificación de la explotación injusta y develar en qué sentido su reconocimiento y operatividad en el Derecho privado responde a su función pública.

El esquema de Michelin, por su parte, muestra que el Derecho de contratos tiene un rol determinante en la conectividad de quienes participan de sus relaciones. Con cargo en la naturaleza pública del Derecho privado, el Derecho contractual ofrece un espacio para profundizar la conectividad y respeto entre los intereses de todas las personas. Tal esfuerzo evita entender la relación de Derecho privado como una en que predomina de manera concluyente el autointerés y las demás personas son objetivadas como meros límites para alcanzarlo. La ventaja injusta resulta precisamente pertinente con la empresa de profundizar la conectividad entre todos los intereses y, al mismo tiempo, no objetivar al otro contratante. En el núcleo de sus exigencias está el respeto al interés y la posición contractual efectiva en que se encuentra la otra parte. De ahí que la situación de vulnerabilidad en que está situado el otro contratante no puede resultar indiferente para quien contrae prestaciones contractuales. Más allá de la atención en el procedimiento para arribar a los acuerdos, la conexión entre los intereses de los integrantes de la comunidad política también demanda velar por el resultado de la contratación para evitar que una parte obtenga de manera indebida un provecho económico a partir de la inferioridad que caracteriza a la otra. Apelar a la naturaleza pública del Derecho privado importa acoger parte de las exigencias y los compromisos que encarna la institución de la ventaja injusta en materia contractual. Esta última permite, entonces, que “se haga obligatoria una cierta forma de comportamiento que manifiesta el respeto recíproco” entre los intereses de todos los participantes del Derecho privado<sup>107</sup>.

Del mismo modo, la comprensión de Papayannis sobre el Derecho privado como cuestión pública auxilia a mostrar otra arista de lo que está en juego en la ventaja injusta. Como fue indicado, una consideración crucial al momento de distanciarse de la imagen meramente privada del Derecho privado reside en observar el lugar relevante que ocupa la justicia

---

<sup>107</sup> MICHELON (2020), p. 14. Este tipo de consideraciones normativas que tienen en cuenta el interés y la vulnerabilidad de los agentes en el Derecho privado –en especial en el caso de los consumidores– ha servido de inspiración para la empresa que busca politizar el Derecho privado. Para esta perspectiva, véase HESSELINK (2014), pp. 31-41.

distributiva en sus diversas preocupaciones. Dentro del puñado de institutos al cual el autor acude para echar luz sobre la vigencia de este tipo de directrices se encuentra por cierto la ventaja injusta. El tránsito desde un interés que está solo centrado en la observancia del proceso de formación del consentimiento y la negociación de los términos del pacto al examen en el resultado de este, en que se procura evitar que una parte aventajada explote a otra quien adolece de una posición de vulnerabilidad, devela la insuficiencia de la justicia correctiva en el terreno contractual. La ventaja injusta responde más bien a exigencias de justicia distributiva que se vuelven patentes al admitir que los contratantes no son iguales y que, por el contrario, una puede obtener un aprovechamiento indebido del otro “gracias” a la condición en que se encuentra este último. Cuando se proscribe que un contratante explote la vulnerabilidad del otro, sacando partido de esta situación, el Derecho de contratos explicita la participación de la justicia distributiva en sus demandas normativas<sup>108</sup>.

De este modo, la ventaja injusta engarza con una perspectiva acerca del Derecho de contratos –y del Derecho privado general– que resalta su dimensión pública y guía la racionalidad de parte de sus instituciones de acuerdo con cánones propios de la justicia distributiva. Así, precaver la explotación de la vulnerabilidad contractual de un contratante es solo “uno” de sus múltiples reflejos. Su posicionamiento refuerza, de nuevo, que el “derecho privado tiene una importancia e innegable dimensión pública”<sup>109</sup>.

El carácter complementario de la implementación de estos tres esquemas permite echar luz sobre el lugar que ocupan ciertos valores sociales y funciones públicas en el fenómeno jurídico privado, desafiando la tesis tradicional según la cual este gestiona exclusivamente intereses particulares. La institución de la ventaja injusta se aparta de esta lógica y, por el contrario, responde a consideraciones asociadas a la función social y naturaleza pública del Derecho privado, así como a su carácter de cuestión pública formulado a la luz de las demandas de justicia distributiva. Desde luego, la ventaja injusta no agota este tipo de dimensiones en el Derecho de contratos, pero muestra que al sacar partido de los valores sociales y las funciones públicas que yacen en el Derecho privado, se logra un mayor encaje con el tipo de institutos que representa la proscripción de la ventaja indebida obtenida por un contratante. Su justificación es que allí no solo se alber-

---

<sup>108</sup> Acerca de la relevancia de esta institución para desentrañar el papel que cumple el Derecho de contratos en los principios de justicia de la estructura básica de la sociedad, con cargo a la protección del contratante débil en las transacciones, véase BARCELÓ (2009), p. 33 y ss.

<sup>109</sup> PAPAYANNIS (2016), p. 368.

gan intereses individuales y efectivamente hay cabida a consideraciones sustantivas sobre quienes son parte de las prácticas de Derecho privado<sup>110</sup>.

*2. La pérdida de relevancia del proceso civil chileno  
como mecanismo efectivo de resolución de disputas  
y los riesgos asociados a ello*

El arcaico sistema procesal civil chileno –paradigma del dogma liberal-decimonónico de la resolución de conflictos intersubjetivos, como fin exclusivo de este<sup>111</sup>– presenta características que le dificultan desempeñar el fin primario que se le asigna, esto es, el juzgamiento de controversias de relevancia jurídica. El proceso civil que en la actualidad se encuentra vigente, caracterizado por su lentitud, burocratización y extremo formalismo no puede ser considerado como un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos entre partes.

Del mismo modo, no siendo un sistema eficiente de resolución de controversias, las disputas tenderán a resolverse fuera de los tribunales ordinarios<sup>112</sup>. Como resulta esperable, en la actualidad las empresas de cierta en-

212

---

<sup>110</sup> Un aspecto de interés acerca de las consecuencias que arrojó la pandemia en la contratación fue la necesidad de repensar la comprensión tradicional del Derecho de contratos a la luz de las dificultades que esta presentó al estar forjada sobre un núcleo individualista. Ello se refleja, por ejemplo, en la discusión sobre la pertinencia y el ensanchamiento de los alcances de la doctrina de la *rebus sic stantibus* en las relaciones contractuales. Lo interesante de esta cuestión radica en observar que las situaciones de anormalidad pueden contribuir a transparentar la presencia de valores públicos en el Derecho privado que son particularmente sensibles a esta clase de contextos y, por ello, los postulados e instituciones clásicas del Derecho contractual son objeto de revisión crítica desde el enfoque público que hemos trazado. Al respecto, Antonio Morales Moreno reflexionó si acaso el Derecho ordinario de contratos constituía la solución para enfrentar los efectos de la pandemia en este ámbito, mostrándose pesimista sobre ello porque este modo de ver el Derecho contractual está construido sobre la base de la justicia conmutativa y, en cambio, se requiere atender a consideraciones de justicia distributiva, que según se ha revisado delimitan la imagen pública del derecho privado. Esta insuficiencia debe ser suplida mediante la actuación del legislador, quien “[d]ebe hacerlo con criterios de justicia distributiva, respetando los principios constitucionales sobre los que se asienta la contratación. La actuación del legislador debe estar orientada por dos principios: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable”. MORALES MORENO (2020), p. 453.

<sup>111</sup> HUNTER (2020), p. 59. Como antecedente histórico, resulta curioso que el Mensaje del CPC de 1893 enmarque el proyecto que se presentaba entonces a tramitación como un sistema procesal tributario del entonces naciente fenómeno de la publicitación del proceso civil. En este se menciona como uno de los intereses del procedimiento civil el de la justicia, el cual requiere una “concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo”, confiando para ello a los magistrados “mayor latitud en sus atribuciones a fin de que puedan sentir en mayor grado que hasta ahora su acción en la formación y marcha de los procesos”.

<sup>112</sup> Véase LILLO (2020), p. 149.

tividad han eludido la ineficiente acción de la justicia ordinaria por medio del –cada vez más relevante– recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos civiles.

Además, la crisis del proceso civil ha implicado que en Chile la sentencia pronunciada por un juez haya perdido en forma creciente su otrora posición (casi) monopólica como mecanismo de resolución de conflictos intersubjetivos, para ser (en la práctica o por iniciativa del legislador) reemplazado por soluciones consensuadas, negociadas, cuyo fin es, precisamente, evitar o poner término a un litigio. Dicho fenómeno global, que de manera común es conocido bajo las siglas ADR, constituye una reacción legislativa o práctica frente a un sistema obsoleto del cual, como se podría esperar, las partes rehúyen.

La historia legislativa reciente muestra un creciente interés por parte del legislador en orden a fomentar mecanismos consensuados de resolución de disputas civiles, especialmente a través de la mediación y la conciliación obligatoria<sup>113</sup>. La relevancia práctica de ambas instituciones se muestra, sin embargo, insatisfactoria<sup>114</sup>.

La expansión legislativa de dichos mecanismos alternativos de resolución de disputas, creemos, debiera condicionarse a la presencia de un proceso civil al menos medianamente eficiente. En efecto, como sostuvo Fiss, en los ADR, la aproximación de las partes en una negociación se sustenta no necesariamente en su mero consentimiento, sino más bien en una predicción de lo que asumen que obtendrían en el juicio, sin que este acuerdo cumpla los fines propios del proceso<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Paradigmática en este sentido fue la reforma introducida al CPC por medio de la dictación de la ley n.º 19334 de 1994 que consagró el llamado obligatorio a conciliación en los procesos ordinarios civiles. Véase ALLENDE PÉREZ DE ARCE (2019), p. 258 y ss. Asimismo, la ley n.º 19966 (régimen general de garantías en salud, Ley AUGE) introdujo la mediación obligatoria como requisito previo en las acciones civiles indemnizatorias por responsabilidad médica. El proyecto de CPC, que se encuentra actualmente en tramitación, busca ampliar la mediación obligatoria a arrendamientos, cobros de pesos, indemnizaciones de perjuicios, particiones y asuntos vecinales.

<sup>114</sup> Respecto a la primera de estas instituciones, como sostuvimos, el trámite de la conciliación es en general enfrentado por el tribunal y por las partes sin la seriedad debida, y con el único propósito de cumplir con el trámite: la audiencia de conciliación no es más que el cumplimiento de una mera formalidad en el juicio. Como sostiene el autor, de las 2220401 causas civiles que el año 2016 ingresaron a los tribunales civiles, tan solo 1477 terminaron por conciliación (el 0,06%). Véase ALLENDE PÉREZ DE ARCE (2019), p. 261 y ss. En cuanto a la mediación por responsabilidad médica, las cifras muestran mejores tasas de éxito. En aquellos procesos de mediación obligatoria llevados ante el CDE durante el año 2018, de un total de 1274 mediaciones terminadas por voluntad de las partes, en 277 de estas se alcanzó un acuerdo, lo cual corresponde a un 22% del total. Para estadísticas completas hasta el año 2016, véase RIEGO (2019), pp. 43-72.

<sup>115</sup> FISS (1984), p. 1082.

En el sistema nacional vigente, la ausencia de una jurisprudencia uniforme y los ya referidos vicios estructurales, impiden dotarlo de la eficacia necesaria para erigirse como un mecanismo idóneo de resolución de conflictos. Como consecuencia de ello, la sola amenaza de verse envuelto por años en un litigio de resultado impredecible, impedirá que el acuerdo al que las partes eventualmente arriben sea fruto de un análisis ponderado del esperable resultado hipotético de la disputa evitada.

En todo caso, incluso en aquellos ordenamientos en los cuales se puede colegir que el acuerdo que han alcanzado de manera voluntaria se sustenta sobre la base de las expectativas razonables de las partes, puede que este satisfaga plenamente la voluntad de los involucrados, pero podría no desempeñar las funciones públicas en sentido débil, propias del proceso civil; en los ADR la disputa que hay que resolver no se trata como perteneciente a una clase más amplia (tal como sucede en el proceso civil), sino como un fenómeno único e irrepetible<sup>116</sup>.

El acuerdo extrajudicial adoptado entre, digamos, el inmigrante discriminado, el consumidor dañado o el accionista minoritario vulnerado, y su contraparte aventajada, podría dejar (aparentemente) satisfechas a las partes al resolver su conflicto particular, pero difícilmente a la sociedad, en tanto dichos acuerdos podrían restringir o mutar el contenido de un derecho, o bien, incluso en caso de ser el acuerdo alcanzado deseable en términos sociales, permanecer oculto para terceros ajenos al conflicto. La protección de bienes jurídicos como la no discriminación arbitraria, la protección al consumidor y a los accionistas minoritarios, requerirán para su consolidación y plena operatividad de un reconocimiento por parte de un órgano público a través de una sentencia, al menos en un primer momento. En consecuencia, un acuerdo, por muy perfecto que sea, no permite interpretar y conferir vigencia a los textos autoritativos<sup>117</sup>, y en consecuencia propender al desarrollo continuo del Derecho.

Lo que hemos señalado hasta aquí no debe entenderse como una crítica intrínseca a los ADR como mecanismos idóneos de resolución de conflictos jurídicos, sino más bien como un reproche dirigido exclusivamente al peligro que subyace a estos, cuando el contexto jurisdiccional concreto en el cual tales acuerdos se desenvuelven, es incapaz de alcanzar un grado satisfactorio de coherencia interna, predictibilidad y uniformidad. Por el contrario, en aquellos sistemas jurídicos en los cuales concurren las condiciones antes indicadas, los ADR podrán ser un espejo más o menos fiel de una decisión jurisdiccional hipotética, evitando los costos económicos inherentes al proceso.

---

<sup>116</sup> GIABARDO (2020), p. 62.

<sup>117</sup> FISS (1984), p. 1085.

### 3. *La averiguación de la verdad en el proceso civil como herramienta para alcanzar una decisión justa y adecuada*

La atribución de fines públicos al proceso civil no debe asociarse a una decisión política determinada. En efecto, si bien el planteamiento de Klein, que buscaba transformar el sistema procesal civil en una herramienta social con tintes explícitamente ideológicos, podría ser incompatible con un Estado democrático de Derecho, las funciones públicas asignadas al proceso civil en un sentido débil trascienden una u otra orientación política.

La posibilidad de alcanzar de manera eficiente los fines públicos asignados al proceso civil pasa, en términos paradigmáticos, por lograr una correcta aplicación de las normas en un caso concreto, basada en una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales estas deben ser aplicadas. Como sostiene Taruffo,

“una decisión justa es el propósito final del litigio civil, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene un valor instrumental, pero esencial”<sup>118</sup>.

Una decisión basada en una pobre, incompleta o no confiable ponderación de los hechos será, entonces, una decisión inidónea para generar efectos más allá del caso particular.

Para corregir los desequilibrios estructurales existentes entre las partes, y lograr que esta desigualdad no distorsione la obtención de la verdad por ser la parte más fuerte, la única económicamente capaz de suministrar el material probatorio, resulta necesario adoptar decisiones político-legislativas, en al menos dos dimensiones.

En primer lugar, el proceso civil debe concebirse y aplicarse, enfocado siempre en lograr una resolución eficiente del conflicto planteado. Las ineficiencias estructurales (ya sea por defectos de concepción o por una *praxis* anquilosada) que ralentizan, burocratizan y encarecen el proceso civil terminan por exacerbar los desequilibrios existentes entre los litigantes, haciendo para la parte débil en términos económicos, muchas veces, extremadamente costoso, o incluso imposible, sostener un litigio por años. Los costos que conlleva la contratación de un apoderado, las innumerables notificaciones y exhortos que hay en general que practicar y el encargo de ciertas diligencias probatorias (como la prueba pericial) terminan, muchas veces, erigiéndose como una barrera infranqueable para una o ambas partes. Quien obtiene una decisión favorable en Chile a menudo no es quien

<sup>118</sup> TARUFFO (2003), p. 207.

jurídicamente tiene la razón, sino quien ha cometido menos errores procedimentales, o incluso se trata de quien ha logrado soportar esta verdadera “carrera de obstáculos” de la mejor forma.

En segundo lugar, resulta necesario dotar al juez de un rol activo, tanto en la clarificación de los hechos como en la producción de la prueba<sup>119</sup>. Algunos autores<sup>120</sup> han caricaturizado las potestades probatorias del tribunal en materia civil, adscribiéndola a lo que denominan autoritarismo o activismo judicial. Las tendencias que en términos históricos han buscado dotar al juez de mayores potestades probatorias, se afirma, habrían acarreado como consecuencia romper el orden liberal, que radicaba exclusivamente en las partes la incorporación de hechos y medios de prueba. Bajo esta premisa, no se encontraría justificada la atribución al juez de potestades probatorias en un proceso civil, en el cual lo que se discute son intereses solo privados. Las limitaciones de las partes, a este respecto, serían de su propia responsabilidad e interés. Si el juez se inmiscuye en dicha actividad, con el objeto de contribuir a la búsqueda de la verdad, concluyen, se vulnerarían normas de orden procesal como la imparcialidad del juzgador.

Ahora bien, una visión del proceso civil que rechace *a priori* cualquier injerencia el juez en estas materias, y que confíe en forma ciega en la igualdad de las partes involucradas en un conflicto, tal como para algunos sucedería en materia contractual, constituye por cierto una visión ideologizada y miope del proceso civil. Las desigualdades estructurales de las cuales las partes pueden adolecer<sup>121</sup>, en especial las de índole económica y técnica<sup>122</sup>, podrían incidir en la idoneidad de la actividad probatoria desplegada por las partes. La completitud probatoria, y con ello, la acreditación de las afirmaciones de hecho relevantes para la correcta aplicación del Derecho, podrían verse seriamente comprometidas.

Los problemas que hemos referido, han acercado a los sistemas contemporáneos a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Para al-

<sup>119</sup> TARUFFO (2003), p. 210 y ss.

<sup>120</sup> Tal vez uno de los ejemplos más notables a este respecto es Montero Aroca, quien en forma reiterada ha defendido un modelo de nula injerencia judicial en materia probatoria, confiando exclusivamente a las partes dicha tarea. Véase MONTERO AROCA (2006), p. 438 y MONTERO AROCA (2014), p. 101. Con recensión de ROMERO (2015), pp. 607-615.

<sup>121</sup> Un claro ejemplo de las desigualdades entre partes se puede percibir en el campo de la responsabilidad civil médica. Al respecto, véase CORREA (2019), p. 171 y ss.

<sup>122</sup> Como afirma Hunter, la complejidad técnica con que una de las partes puede enfrentarse a la prueba de un hecho no es indiferente a la jurisdicción. Cuando una parte tiene el dominio completo respecto del hecho (conoce de mejor forma el hecho controvertido), y está en una situación de cercanía respecto de las fuentes de prueba, también se genera una hipótesis de desigualdad, no económica, pero sí técnica. HUNTER (2011b), p. 65.

canzar dicha meta, los jueces deben ser investidos de facultades necesarias<sup>123</sup>. De acuerdo con el modelo que aquí estamos proponiendo, el juez debe dejar de ser un mero espectador de la contienda para convertirse en un protagonista, cuya actividad debe dirigirse a la correcta averiguación de la verdad, propendiendo con ello a proteger a la parte débil. Con esto se lograría una igualdad sustancial de los litigantes favoreciendo una decisión justa.

El proyecto de *Código Procesal Civil* chileno, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria (boletín n.º 8197-07), ha avanzado en este sentido al consagrar un “cambio de paradigma en la concepción del rol y poderes del juez en el proceso”. En este sentido, el proyecto (artículo 288) faculta al juez civil a ordenar diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, facultando al juez civil a ordenar diligencias probatorias, e imponiéndole el deber de esclarecer la verdad de los hechos. Sobre esto último, el Mensaje señala que

“la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez”<sup>124</sup>.

217

Conceder al juez un rol activo en materia probatoria no necesariamente lesionará el derecho a defensa o pondrá en entredicho la imparcialidad del juzgador. Al respecto, lo relevante para determinar una eventual infracción a las garantías referidas se determinará no a partir de las facultades concedidas al juez, sino de las posibilidades que el ordenamiento confiere a las partes para observar o refutar la prueba generada u ordenada por el tribunal<sup>125</sup>. Con todo, es claro que la iniciativa probatoria del juez no pue-

<sup>123</sup> TARUFFO (2003), p. 207.

<sup>124</sup> Véase el Informe sobre el Proyecto de ley Código Procesal Civil: Facultades probatorias oficiosas del juez civil. Elaborado para la Comisión Permanente de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en: Proyecto de Ley que crea el Código Procesal Civil, Boletín n.º 8197-07. Disponible en: [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?i d=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas\\_v4.doc](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?i d=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc) [Fecha de consulta: 9 de febrero de 2022].

<sup>125</sup> Como sostiene HUNTER (2011b), p. 62, si la actividad probatoria se desarrolla en el marco de la audiencia preliminar, guiada bajo un criterio objetivo de completitud del material probatorio, el juez no está en condiciones de saber a ciencia cierta a qué parte va a beneficiar la prueba, por lo que resulta difícil justificar una ruptura del principio de igualdad o imparcialidad. En todo caso, resulta paradójico que el sistema procesal civil chileno, que restringe la iniciativa del tribunal en materia probatoria exclusivamente a las medidas para mejor resolver, no contemple una instancia formal de refutación u observación de la prueba así allegada al proceso.

de garantizar la obtención de la verdad, pero sí contribuir a acercar el proceso a ese ideal.

### CONCLUSIONES

A pesar del influjo de la visión tradicional del Derecho privado y el proceso civil en orden a entenderlos como la expresión, el amparo y la resolución de conflictos entre intereses individuales de sus participantes, ambas áreas presentan dimensiones que invitan a complejizar el análisis y tener presente que no puede simplemente reducirse a este aparente compromiso unitario con el interés individual.

Al prestar atención a los valores sociales y funciones públicas que participan en su composición y funcionamiento se alcanza una comprensión robusta tanto del Derecho privado como del proceso civil, aumentando la pertinencia para que ambas esferas de lo jurídico satisfagan de mejor manera las expectativas y desafíos que en la actualidad enfrentan. Un lugar común en estas coordenadas es admitir que las relaciones de Derecho privado no son forjadas entre individuos libres e iguales y que, por consiguiente, el proceso civil no puede ser exclusivamente entendido como una resolución de “esos” intereses. Por ello, el carácter privado de ambas áreas ha sido puesto a prueba transparentando en qué sentido conviene entenderse más allá del interés individual.

En el Derecho privado, en particular, el impacto de implementar esta relectura en clave pública contribuye a dar cabida a instituciones que no están informadas con la racionalidad tradicional, sino que responden a componentes sociales o públicos según los esquemas teóricos revisados. La ventaja injusta refleja de manera conspicua su falta de pertinencia con el modelo de comprensión tradicional del Derecho de contratos y su encaje con una visión que desmarque a esta parcela de su imagen únicamente “privada”.

Por su parte, un proceso civil idóneo debe hacerse cargo de las implicancias sociales que involucra el ejercicio de la función jurisdiccional, y que exceden el ámbito meramente individual. Un sistema procesal civil acorde a nuestros tiempos, en el cual la jurisprudencia desempeña un rol preponderante y el juez participa de modo activo en la averiguación de la verdad, permitirá no solo dar solución al conflicto promovido sino además irradiará la respuesta jurisdiccional a quienes participan de la vida en sociedad, fomentando un saludable tráfico jurídico. A este respecto, las similitudes entre los valores sociales y las funciones públicas atribuibles al Derecho civil y al proceso civil son innegables.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALPA, Guido (2017). *¿Qué es el derecho privado?* (trad.) C. E. MORENO MORE. Puno: Zela.
- ALLENDE PÉREZ DE ARCE, José Alberto (2019). “Fortalecimiento del trámite de la conciliación como mecanismo para descongestionar los tribunales civiles de justicia”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 32.
- ATRIA, Fernando (2005). “Proceso civil (La casación como problema)”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, vol. 2, n.º 2, Santiago.
- ATRIA, Fernando (2013). *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- ATIYAH, Patrick S. (1986a). “Contract and Fair Exchange”, en Patrick S. ATIYAH. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- ATIYAH, Patrick S. (1986b). “Form and Substance in Contract Law”, en Patrick S. ATIYAH. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- BAGCHI, Aditi (2014). “Distributive Justice and Contract”, en Gregory KLASS, George LETSAS y Prince SAPRAI (eds.). *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- BARCELÓ, Rosa (2009). *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- BARROS BOURIE, Enrique (2001). “Lo público y lo privado en el derecho”. *Estudios Públicos*, n.º 81, Santiago.
- BAUMBACH, Adolf; LAUTERBACH, Wolfgang; ALBERS, Jan y Peter HARTMANN (2006). *Zivilprozessordnung* (64ª edición). München: C.H. Beck.
- BREHM, Wolfgang (2020). “Einleitung”, en Friedrich STEIN y Martin JONAS (eds.). *Kommentar zur Zivilprozessordnung* (23ª edición). Tübingen: Mohr Siebeck, tomo I.
- CARBONELL, Flavia (2019). “La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón Editores.
- CORRAL, Hernán (2004). “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”. *Derecho Mayor*, n.º 3, Santiago.
- CORRAL, Hernán (2012). “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil”, en Maite AGUIRREZABAL (ed.). *Justicia civil: Perspectivas para una reforma en la legislación chilena*. Cuadernos de Extensión Jurídica n.º 23. Santiago: Universidad de los Andes.
- CORREA, Carlos (2019). “La prueba de la causalidad en la responsabilidad contractual médica: Hacia un sistema de presunciones”, en María Elena SANTIBÁÑEZ (coord.). *La prueba en los procedimientos – VII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORREA, Rodrigo (2020). “Función y deformación del recurso de unificación de jurisprudencia”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, n.º 2.
- DAGAN, Hanoch y Avihay DORFMAN (2016). “Just Relationships”. *Columbia Law Review*, vol. 116, n.º 6.

- DELGADO, Jordi e Iván DÍAZ (2011). “La unificación de jurisprudencia pretendida por el recurso extraordinario. Ventajas y problemas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, n.º 2.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1981). “La autonomía privada, decadencia y renacimiento”. *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, n.º 169, año XLVIII.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996). “Aspectos de la constitucionalización del derecho civil chileno”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCIII, n.º 3, Santiago.
- DUGUIT, León (2007). “Las transformaciones del derecho privado”, en León DUGUIT. *Las transformaciones del derecho público y privado*. (trad.) C. G. POSADA. Granada: Comares.
- EZURMENDIA, Jesús (2021). “Res Iudicata, justificación de la oportunidad única desde la perspectiva comparada”, en Flavia CARBONELL y Jonatan VALENZUELA (eds.). *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FISS, Owen (1984). “Against Settlement”. *Yale Law Journal*, vol. 93.
- GENN, Hazel (2010). *Judging Civil Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GIABARDO, Carlo Vittorio (2020). “El valor público de la litigación privada. Una mirada crítica hacia la privatización de la justicia civil”. *Revista de Interés Público*, año 4, n.º 5, Santiago.
- GIERKE, Otto F. von (2015). *La función social del Derecho privado y otros estudios* (trad. J. M. NAVARRO DE PALENCIA). Granada: Comares.
- GÓMEZ CALLE, Esther (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- GURVITCH, Georges (2005). *La idea del derecho social*. (trads.) J. L. MONEREO PÉREZ y A. MÁRQUEZ PRIETO. Granada: Comares.
- HAREL, Alon (2014). “Public and Private Law”, en Markus D. DUBBER y Tatjana HÖRNLE (eds.). *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- HESSELINK, Martijn W. (2014). “Post-Private Law”, en Kai PURNHAGEN y Peter ROTT (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation*. Berlin & London: Springer.
- HUNTER, Iván (2020). *Rol del juez. Prueba y proceso*. Santiago: DER Ediciones.
- HUNTER, Iván (2011a). “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto de Código Procesal Civil”. *Revista Ius et Praxis*, año 17, n.º 2.
- HUNTER, Iván (2011b). “Rol y poderes del juez civil: Una mirada desde la eficiencia del proceso”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 18, n.º 2.
- JAUERNIG, Othmar y HESS, Burkhard (2011). *Zivilprozessrecht* (30ª edición). München: C.H.Beck.
- JOLOWICZ, John Anthony (2000). *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- KEREN-PAZ, Tsachi (2016). *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. (trad.) G. PERROTTA. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- KIMEL, Dori (2018). *De la promesa al contrato: Hacia una teoría liberal del contrato*. (trad.) M. PARGA. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- KLEIN, Franz (1900). *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*. Viena: Manz.
- KLEIN, Franz (1901). *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse: Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden*. Dresden: v. Zahn & Jaenschpp.
- LARROUCAU, Jorge (2021). “La vigencia de la ley procesal civil chilena en el tiempo”, en Flavia CARBONELL y Jonatan VALENZUELA (eds.). *Fundamentos filosóficos del derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LETELIER, Valentín (1957). “Los pobres”. *Anales de la Universidad de Chile*, n.º 105, Santiago.
- LILLO, Ricardo (2020). “La justicia civil en crisis”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, n.º 1, Santiago.
- LUCY, William y Alexander WILLIAMS (2013). “Public and Private: Neither Deep nor Meaningful?”, en Kit BARKER y Darryn JENSEN (eds.). *Private Law: Key Encounters with Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- LÜKE, Wolfgang (2020). *Zivilprozessrecht* (11ª edición). München: C.H.Beck.
- MAIN, Thomas O. (2010). “The Procedural Foundation of Substantive Law”. *Washington University Law Review*, vol. 87, n.º 4.
- MENGER, Anton (1998). *El derecho civil y los pobres*. (trad.) A. POSADA. Granada: Comares.
- MESSINEO, Francesco (2007). *Doctrina general del contrato*. (trad.) R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Lima: Ara Editores.
- MEYER, Peter (2004). “Wandel des Prozessrechtsverständnisses – vom „liberalen“ zum „sozialen“ Zivilprozess?”. *Juristische Rundschau*, Cuaderno 1/2004.
- MICHELON, Claudio (2020). “¿La naturaleza pública del derecho privado?”. *Latin American Legal Studies*, vol. 7, Santiago.
- MICKLITZ, Hans-W. (2021). “Constitutionalization, Regulation and Private Law”, en Stefan GRUNDMANN, Hans-W. MICKLITZ y Moritz RENNER (eds.). *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MONTERO AROCA, Juan (2006). *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan (2014). *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORALES MORENO, Antonio (2020). “El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, n.º 2, Santiago.
- NÚÑEZ, Raúl (2015). “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”. *Revista Ius et Praxis*, año 14, n.º 1.
- PAPAYANNIS, Diego M. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- PAPAYANNIS, Diego M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- PEREIRA FREDES, Esteban (2017). “Fuerza obligatoria y función social del contrato: un estado de la cuestión en Brasil y Chile”. *Latin American Legal Studies*, vol. 1, Santiago.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2021). “¿Cómo repensar la pobreza desde el derecho privado?”, en Carolina FERNÁNDEZ BLANCO y Esteban PEREIRA FREDES (eds.). *Derecho y pobreza*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- RAWLS, John (1995). *Teoría de la justicia* (2ª edición). (trad.) M. D. GONZÁLEZ. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- RENNER, Karl (1949). *The Institutions of Private Law and their Social Functions*. (trad.) A. SCHWARZSCHILD. Londres y Boston: Routledge & Kegan Paul.
- RIEGO, Cristián (2019). “Solución de conflictos en el sistema de salud, mediación y arbitraje en un contexto institucional”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 33, Santiago.
- ROMERO, Sophia (2015). “Recensión: Montero Aroca, Juan (2014) *La paradoja procesal del siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*. Valencia: Tirant lo Blanch”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, n.º 1.
- ROSENBERG, Leo (2002). *La carga de la prueba* (2ª edición en castellano). (trad.) E. KROTOSCHIN. Montevideo y Buenos Aires: Editorial BdeF.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl-Heinz y Peter GOTTWALD (2018). *Zivilprozessrecht* (18ª edición). München: C.H. Beck.
- SALVIOLI, Giuseppe (2019). *El derecho civil y el proletariado*. (trad.) R. OYUELOS. Santiago: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- SCHEFFLER, Samuel (2015). “Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 35, n.º 2.
- SEGATTI, Marco (2021). “La pobreza en el marco procesal. Buscando un marco teórico adecuado”, en Carolina FERNÁNDEZ BLANCO y Esteban PEREIRA FREDES (eds.). *Derecho y pobreza*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- SOLARI, Gioele (1946). *Filosofía del derecho privado*. I. *La idea individual*. (trad.) O. CALETTI. Buenos Aires: De Palma.
- SOLARI, Gioele (1950). *Filosofía del derecho privado*. II. *La idea social* (trad. O. CALETTI). Buenos Aires: De Palma.
- TARUFFO, Michele (1980). *La giustizia in Italia dal 700 a oggi*. Bolonia: Il Mulino.
- TARUFFO, Michele (2003). “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 15.
- TARELLO, Giovanni (2002). “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos”, en *Cultura jurídica y política del derecho*. (trad.) J. L. MONEREO PÉREZ. Granada: Comares.
- VALENZUELA QUIRÓS, Felipe (2019). “Los fines de la justicia civil en el Estado constitucional de derecho”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 29, Santiago.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014). *Derecho público más derecho privado*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

- WEINRIB, Ernest J. (2012). *Corrective Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- WEINRIB, Ernest J. (2017). *La idea de derecho privado*. (trad.) E. PAEZ. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- WIEACKER, Franz (2002). *Historia del derecho privado de la edad moderna*. (trad.) F. FERNÁNDEZ JARDÓN. Granada: Comares.

### *Normas citadas*

*Código Civil*.

*Código Civil* de Brasil.

*Código de Procedimiento Civil*.

Ley n.º 19334, introduce modificaciones al *Código de Procedimiento Civil*, en materia de conciliación. *Diario Oficial de la República de Chile*, 7 de octubre de 1994.

Ley n.º 19966, establece un régimen de garantías en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de septiembre de 2004.

Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos.

Principios de Derecho Europeo de los Contratos.

Borrador del Marco Común de Referencia.

Principios UNIDROIT.

223

### *Jurisprudencia citada*

*Comercializadora Trade Logic Ltda. con Empresa Kraff Foods Chile* (2011): Corte Suprema, 21 de junio de 2011, rol n.º 4260-2011, Westlaw CL/JUR/10079/2011.

### *Otras*

Proyecto de Ley que crea el *Código Procesal Civil*, Boletín n.º 8197-07. Disponible en: [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas\\_v4.doc](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/15307/1/Facultades%20probatorias%20oficiosas_v4.doc) [Fecha de consulta: 9 de febrero de 2022].

### SIGLAS Y ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDE	Consejo de Defensa del Estado
CPC	Código de Procedimiento Civil de Chile
DCFR	Borrador del Marco Común de Referencia

- Ley AUGE Ley n.º 19.966, Establece un Régimen de Garantías en Salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 3 de septiembre de 2004
- PLDC Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos
- PECL Principios de Derecho Europeo de los Contratos.