



James Gordley^(*)^(**)

Los fundamentos morales del Derecho Privado^(***)

The moral foundations of Private Law

“LA JUSTICIA CONMUTATIVA ES RELEVANTE PORQUE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA LO ES. DICHO EN OTROS TÉRMINOS, DEBERÍAMOS TRATAR DE PRESERVAR CADA CUOTA DE RIQUEZA PERSONAL EN LA MEDIDA QUE QUEREMOS QUE CADA PERSONA TENGA LO QUE NECESITA PARA VIVIR COMO DEBERÍA VIVIR”.

Resumen: Las reglas que muchos sistemas occidentales disponen para regular determinados aspectos de las instituciones jurídicas del derecho privado, como la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil y el enriquecimiento injusto, pueden explicarse de mejor manera si se recurren a algunos conceptos tradicionales, en lugar de recurrir a las teorías jurídicas creadas por la doctrina jurídica moderna, o por el análisis económico del derecho.

Palabras clave: Justicia conmutativa - Contrato - Responsabilidad civil - Enriquecimiento injusto - Propiedad - Análisis Económico del Derecho.

Abstract: Rules of many occidental systems, which govern certain aspects of legal institutions of private law, as property, contract, tort and unjust enrichment, can be better explained with some concepts of the ancient tradition, instead of drawing on law theories thought up by modern law doctrines, or by law and economics.

Keywords: Commutative justice - Contract - Tort - Unjust enrichment - Property - Law and Economics.

-
- (*) Abogado egresado de la Universidad de Harvard. Profesor de derecho en la Universidad de Tulaine. Especialista en derecho comparado y derecho contractual.
- (**) Una versión preliminar del artículo fue expuesta en el marco de la *Natural Law Lecture* de la *Notre Dame Law School* realizada el 11 de abril de 2002. El autor desea agradecer a Melvin Eisenberg y a Kim Scheppele por sus comentarios.
- (***) *Título original: The moral foundations of private law.* En: *The American Journal of Jurisprudence*. Volumen 47. 2002; pp. 1-23. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor, así como de *The American Journal of Jurisprudence*. Las gestiones estuvieron a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco. Traducción de Renzo E. Saavedra Velazco, Magíster en Derecho de Empresa con mención en Derecho del Mercado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú; y de César E. Moreno More, Asistente de Docencia la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios. Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

Los fundamentos morales del derecho privado, el enriquecimiento injustificado, la propiedad, la responsabilidad civil y el contrato, constituirán mi tema central, y no la historia del derecho. Sin embargo, me serviré del trabajo de una escuela jurídica, cuyos representantes escribieron en los siglos XVI y XVII, a la cual los historiadores denominan como *Escolástica tardía*. Por tal motivo, comenzaré diciendo algo acerca sus integrantes.

En la actualidad, pocas personas se encuentran familiarizadas con los nombres de los líderes de esta escuela: por ejemplo, Domingo de Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600), y Leonardo Lesio (1554-1623). Empero, como señalé en otro lugar, ellos fueron los primeros en darle al derecho privado una teoría y una estructura doctrinal sistemática⁽¹⁾. Antes de sus obras, el derecho romano vigente en la mayor parte de Europa carecía de ellas. A pesar de su sutileza, ni los jurisconsultos romanos ni los profesores medievales de derecho romano fueron teóricos. En cambio, los escolásticos tardíos trataron de explicar el derecho romano en base a principios filosóficos bosquejados por sus modelos intelectuales, Thomas de Aquino y Aristóteles. En el siglo XVII, las obras de estos autores influyeron profundamente a Hugo Grocio (1583-1645) y Samuel Putendorf (1632-1694), fundadores de la escuela nórdica del derecho natural, quienes adoptaron muchas de sus conclusiones y las difundieron a través del norte de Europa, aunque paradójicamente ello sucedió en la época en que la filosofía aristotélica y tomística pasaba de moda.

Los escolásticos tardíos acogieron la concepción tomística y aristotélica del hombre. Para ellos, tal como para Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad humana residía en vivir una vida que fuese distintivamente humana, una vida que tome en consideración, hasta donde sea posible, las propias potencialidades como ser humano. Una vida diferente a la del resto de animales, en la medida que un ser humano puede actuar, no sólo por instinto, sino por razón y voluntad. En otras

“AQUELLOS QUE TRATAN DE
EXPLICAR EL DERECHO EN
TÉRMINOS ECONÓMICOS NO
SE PREOCUPAN POR LA JUSTICIA,
SINO POR LA EFICIENCIA
(...)”.

palabras, el hombre puede entender que una determinada acción contribuye a alcanzar la vida distintivamente humana que debería vivir, y por tal motivo puede elegirla. Vivir una vida como aquella es el fin último, mientras que las acciones correctamente elegidas son solamente el medio (sea instrumental, sea como partes constitutivas) de dicha vida. Para identificar las acciones que contribuyen a tal vida, una persona ejerce una habilidad adquirida (una virtud) a la cual estos autores denominan *prudencia*. Al seguir los dictados de la prudencia, el hombre puede necesitar también otras virtudes, tales como el coraje para afrontar el dolor y el peligro, o el temperamento para renunciar al placer. Debido a que el hombre es un animal social, parte de vivir esta vida consiste también en ayudar a otros hombres a vivirla. Para hacerlo, no sólo se requieren virtudes, sino también otras cosas externas. Una persona debería tratar de adquirir lo que necesita y ayudar a otros a hacer lo mismo. El propósito de la justicia distributiva sería asegurar que cada quien tenga la riqueza necesaria para adquirir dichas cosas. El objetivo de la justicia conmutativa sería permitir al hombre obtener dichas cosas sin disminuir injustamente la parte de riqueza que les corresponde a los demás.

(1) GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press, 1991; pp. 69-111. GORDLEY, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, en David Owen (editor), *Philosophical Foundations of Tort Law: A Collection of Essays* Oxford: Clarendon Press, 1995; p. 131. GORDLEY, James. *The Principle Against Unjustified Enrichment*, en KLAUS Luig, Haimo SCHACK y Herbert WIEDEMANN (editores). *Gedichtnisschrift für Alexander Lüderitz*. Munich: C.H. Beck, 2000; p. 213.



James Gordley

Entonces, mi pregunta es: ¿qué conceptos son necesarios para dar sentido al derecho privado? Pienso que son los que se acaban de describir: la idea de que existe una vida distintivamente humana a ser vivida y que existen virtudes, particularmente las virtudes de la prudencia y de la justicia distributiva y conmutativa, que permiten a las personas vivir esa vida. Creo que puede construirse una mejor explicación en base a estos conceptos, en lugar de las nociones que los han desplazado. Desde luego, no puedo discutir las teorías modernas a profundidad aquí, pero ilustraré mi punto comparando la perspectiva de los académicos que se basan en la tradición aristotélica, con aquella aproximación que, en la actualidad, parece encontrarse en boga en las facultades de derecho estadounidenses: el análisis económico del derecho. Trataré de probar que el derecho privado puede explicarse de mejor manera a través de los conceptos centrales de la antigua tradición, que con conceptos económicos como *satisfacción de preferencias* y *eficiencia económica*.

Debería decir algo más acerca de la justicia distributiva y conmutativa antes de hablar sobre el derecho privado. Mi comprensión de estos términos se encuentra, al menos eso creo, dentro de la corriente principal de la tradición aristotélica. No intentaré contextualizar históricamente dichos términos, sin embargo, trataré de decir lo mínimo requerido para vincularlas, luego, con el derecho privado.

Aunque el propósito de la justicia distributiva es permitir que cada persona pueda ser capaz de adquirir los objetos externos que necesita para vivir la vida que debería, como Grocio sostuvo, no podemos simplemente asignar a cada quien el objeto externo que creemos, o que él cree, necesita(r). Grocio advirtió que esto solamente podía realizarse en una sociedad semejante a

una familia o un monasterio, en donde existen pocas personas y hay buenas relaciones entre ellas⁽²⁾. Los autores pertenecientes a la tradición aristotélica conciben a la justicia distributiva como garantía de que cada persona tendrá una justa participación en la riqueza. En términos gruesos, ellos entendían por riqueza lo que nosotros denominamos como poder adquisitivo⁽³⁾. Así, se afirmó que la cuota justa será diferente en sociedades constituidas de modo distinto. En una sociedad gobernada por personas virtuosas (una aristocracia) se razonará que la riqueza tiene que dividirse de acuerdo a la virtud; en una democracia, se entenderá que cada persona debería idealmente tener la misma participación⁽⁴⁾. Estos escritores aclaran que tales principios son ideales. Una democracia no debería confiscar la riqueza de los ricos, de los virtuosos o de cualquier otra clase de personas y dividirla entre los demás⁽⁵⁾. Podemos encontrar una razón de por qué no debería procederse de esta manera, si es que prestamos atención a las objeciones de Aristóteles (compartidas luego por Tomás de Aquino) a la propuesta platónica de abolir la propiedad privada. Aristóteles sostiene que de hacerlo se crearían conflictos interminables y que la gente no tendría ningún incentivo para trabajar o para cuidar su propiedad⁽⁶⁾. Si se desea prevenir estos males, sólo podemos aproximarnos a una distribución ideal de la riqueza.

-
- (2) GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. Amsterdam: Iohannes Blaeu Fenmbridge University Press), 1646; II.i.2.
- (3) Lo cual no es del todo exacto, porque la gente adquiere cosas que no son más valiosas para ellos que el monto del poder adquisitivo que estas representan. Una persona que pierde tales cosas, y no puede comprar otra, perdería más que dicho monto. Consecuentemente, si alguien toma o destruye tal objeto, debería pagar su valor al propietario, incluso si este es mayor que el monto pagado por el propietario para adquirirla. Si una cosa idéntica no está disponible en el mercado y alguien ofrece comprarla, el propietario puede venderla a un precio que refleje su valor para él. Véase GORDLEY, James. *Contract Law in the Aristotelian Tradition*. En: BENSON, Peter (editor). *The Theory of Contract Law: New Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; pp. 265 y 313.
- (4) ARISTÓTELES. *Nicomachean. Ethics in Basic Works of Aristotle*. R. McKeon, ed.. New York: Random House, 1941; V.i.1131 b-I 132b. DE AQUINO, Tomás, *Summa theologiae*. 3era edición. Taurini: Matrini, 1963; II-II, Q. 61, a. 2.
- (5) ARISTÓTELES. *Politics in Basic Works of Aristotle* Volumen V 1304b; Volumen IX 13 10a; VI.3 1318a25-26; VI.5 1319b - 1320a.
- (6) ARISTÓTELES. *Politics*, II. DE AQUINO, Tomás. *Summa theologiae*, L-II, Q. 66, a. 2.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

Mientras que el objetivo de la justicia distributiva es otorgar a cada ciudadano una cuota justa de poder adquisitivo, el objetivo de la justicia conmutativa es preservar dicha cuota personal. Aquí una vez más, hablamos de un ideal, al cual solamente podemos aproximarnos. Cualquier eventualidad puede cambiar la cuota de una persona. Tal como los escolásticos tardíos sabían, los precios fluctúan, y deben hacerlo para reflejar lo que denominaban necesidad, escasez y el costo de los bienes⁽⁷⁾. Un cambio en los precios necesariamente modifica el poder adquisitivo representativo de cada bien. Asimismo, los bienes perecen. Los Escolásticos tardíos aceptaban la regla romana *res pereat domino*: la pérdida recae en el propietario. Quizá no veían cómo un sistema de propiedad privada podía funcionar de otro modo. No existiría ningún incentivo para cuidar la propiedad y la distribución de la riqueza pasaría a favor de los adquirentes, quienes se encuentran sujetos un riesgo mayor. Por tanto, existirían cambios en la distribución del poder adquisitivo que no podrían ser prevenidos. Para ellos, no había razón para tolerar aquello que podemos prevenir. Los escolásticos tardíos pensaban que si Pedro se enriquecía a expensas de Pablo, el derecho debía preguntarse por qué. Análogamente, la muerte es un mal que a menudo no podemos prevenir. Pero si Pedro mata a Pablo, entonces el derecho se preguntará por qué.

Estas ideas se entrelazan. La justicia conmutativa es relevante porque la justicia distributiva lo es. Dicho en otros

términos, deberíamos tratar de preservar cada cuota de riqueza personal en la medida que queremos que cada persona tenga lo que necesita para vivir como debería vivir. Podemos hablar significativamente acerca de cómo cada persona debería vivir porque hay una vida distintivamente humana que vivir y una capacidad distintivamente humana para entender y elegir lo que contribuye a dicha vida.

Ahora podemos retornar al derecho privado. Desde un punto de vista aristotélico y tomístico, es muy fácil explicar el enriquecimiento injustificado. Si Pedro se enriquece a costa de Pablo, el derecho se preguntará por qué sucedía ello⁽⁸⁾. De este modo, los escolásticos tardíos explicaban el enriquecimiento injustificado en clave de justicia conmutativa⁽⁹⁾. El derecho romano otorgaba remedios para casos específicos de enriquecimiento injustificado: por ejemplo, cuando A paga a B una deuda que realmente no tenía⁽¹⁰⁾. El Digesto de Justiniano contenía la máxima conforme a la cual nadie debería enriquecerse a expensas de otros⁽¹¹⁾. Sin embargo, a diferencia de los escolásticos tardíos, los

- (7) GORDLEY, James. *Óp. cit.*; pp. 94-102; DE SOTO, Domingo. *De iustitia et iure libri decem*. Salamanca: Andreas A Portonariis, 1553; lib. 6 q. 2 a. 3; DE MOLINA, Luis. *De iustitia et iure tractatus*. Venice: Sessas, 1614; 11, disp. 348; todos estos factores habían sido mencionados, aunque de manera crítica, por DE AQUINO, Tomás. *In decem libros ethicorum expositio*. En: PIROTTA, Angeli (editor). Taurini: Matrini, 1934; lib. 5, lee 9; DE AQUINO, Tomás. *Óp. cit.*, 11-11, Q. 77 a. 3 ad 4. Estos fueron discutidos por los comentaristas medievales de Aristóteles. LANGHOLM Odd. *Price and Value in the Aristotelian Tradition*. Bergen: Universitetsforlaget, 1979; pp. 61-143.
- (8) Me ocupo de la objeción según la cual el derecho no siempre otorga un remedio cuando el enriquecimiento de una persona causa una pérdida en otra persona, en Gordley James. *The Principle Against Unjustified Enrichment*. Hablo de cómo la justicia puede explicar la defensa del cambio de posición y los remedios que una corte dará, respectivamente, en *Restitution Without Enrichment? Change of Position and Wegfall der Bereicherung* de próxima aparición en JOHNSTON, David y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *The Law of Unjustified Enrichment*. Cambridge: Cambridge University Press., y *The Purpose of Awarding Restitutionary Damages: A Reply to Professor Weinrib*. En: *Theoretical Inquiries in Law*. Volumen 1. 2000; p. 39.
- (9) DE MOLINA, Luis. *De iustitia et iure*, H, disp. 718, n. 2; LESIO, Leonardo. *De iustitia et iure, ceterisque virtutibus cardinalis libra quatuor* (Lyon: Philippus Borde, Laurentius Arnaud & Claudius Rigaud, 1628), lib. 2, cap. 14, dub. 1, n. 3.
- (10) Inst. 3.27.6. Véase: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of The Civilian Tradition*. Capetown. Juta: 1990; pp. 837-857.
- (11) Dig. 12.6.14; Dig. 50.17.206.



James Gordley

romanos jamás explicaron la máxima o intentaron esbozar, de manera sistemática, sus consecuencias. En efecto, como Robert Feenstra ha indicado, los escolásticos tardíos fueron los primeros juristas que identificaron el enriquecimiento injustificado como un campo distinto del derecho privado, a semejanza de la responsabilidad civil y el contrato⁽¹²⁾. Los iusnaturalistas nórdicos tomaron prestada esta idea⁽¹³⁾ y nos la transmitieron, aunque, con el tiempo, sus orígenes y el concepto filosófico que la inspiró, fueron olvidados.

Los sistemas jurídicos modernos también otorgan un remedio cuando alguien se enriquece a costa de otro, como cuando una persona paga a otra una deuda que en realidad no tenía. Es difícil explicar las razones de tal proceder, a menos que un objetivo del derecho sea preservar la cuota de recursos de cada persona. En definitiva, al ofrecer un remedio estaríamos hablando de justicia conmutativa, aun cuando no se emplee dicho término.

Aquellos que tratan de explicar el derecho en términos económicos no se preocupan por la justicia, sino por la eficiencia. La eficiencia presupone cierta distribución de poder adquisitivo y la pregunta a absolver es cómo las personas pueden, dada tal distribución, satisfacer de mejor manera sus preferencias. Según una definición, atribuida a Pareto, un cambio será eficiente si por lo menos las preferencias personales de alguien pueden ser satisfechas de mejor modo sin disminuir la habilidad de otros individuos a satisfacer las suyas. Según una definición más laxa, un cambio resultará eficiente inclusive si algunas personas pierden, siempre que los ganadores (aquellos cuyas preferencias son satisfechas de mejor manera) estén dispuestos a compensar a los primeros.

Esta es la denominada eficiencia según Kaldor-Hicks. De acuerdo con Richard Posner, esta definición es formalmente idéntica a aquello que él denomina maximización de la riqueza⁽¹⁴⁾. Desde el punto de vista de un economista, en cualquier evento, una distribución del poder adquisitivo resulta eficiente o ineficiente, y no justa o injusta. Consecuentemente, por sí mismo, nada malo sucedió si la distribución del poder adquisitivo entre dos individuos cambia. Tal cambio no puede ser el mal que el derecho intenta remediar.

Para un economista, el mal consistirá en esta circunstancia si es que no se otorga un remedio, toda vez que alguien incurriera en un costo innecesario. A manera de ejemplo, si las personas no pudiesen recuperar el dinero que pagaron cuando en realidad no lo debían, de acuerdo con Saul Levmore: esas personas “se protegerían con más papeleo, y los agentes que efectúan los desembolsos exigirían más pruebas antes de efectuar tales pagos. No se requiere mucha fe en la utilidad del análisis económico del derecho para suponer que, en estos casos, una negación categórica de la restitución conduciría a un ineficientemente alto nivel de cuidado”⁽¹⁵⁾.

Parece extraño imaginar que la razón por la que no puedo mantener un millón de dólares

(12) FEENSTRA, Robert. *Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and Its Influence on Roman-Dutch Law*. En: Schrage: E. J. H. (editor), *Unjust Enrichment*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995; p. 197.

(13) GROCIO, Hugo. *De iure bellis ac pacis*, L.I.x.5. PUFENDORF, Samuel. *De iure naturae et gentium libri octo*. Amsterdam: Andreas van Hoogenhuysen, 1688; IV.xiii.9.

(14) POSNER, Richard A. *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*. En: *Journal of Legal Studies*. Volumen 9. 1980; pp. 243 y 244.

(15) LEVMORE, Saul. *Explaining Restitution*. En: *Virginia Law Review*. Volumen 71. 1985; pp. 65 y 69. Véase DAGAN, Hanoch. *Symposium: Restitution and Unjust Enrichment: Mistakes*. En: *Texas Law Review*. Volumen 79. 2001; p. 1795. Quien analiza cómo ahorrar los costos en que se puede incurrir cuando un enriquecimiento injusto se verifica. Él no llega tan lejos como para decir que, en y por sí mismo, el enriquecimiento injusto no es importante. Por el contrario, él cree que debido a que es un ejemplo de *involuntariedad* este es contrario a la *autonomía* apreciada por la *tradición liberal*. *Ibíd.*; 1976. Quizá, pero desde el punto de vista económico que toma en su artículo, es difícil ver por qué es importante si alguien pierde involuntariamente el poder de adquisición que tuvo alguna vez, cuando no importaba si involuntariamente nunca lo tuvo en primer lugar.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

que un banco deposita accidentalmente en mi cuenta es prevenir el papeleo extra. En todo caso, si se supone que la única razón para otorgar un remedio es evitar dichos costos (como se afirma desde la lógica económica) entonces no se explica el enriquecimiento injustificado. Asumamos que el demandado, quien se enriqueció, puede probar que el demandante no podía prevenir lo que sucedió, aun incurriendo en costos extras. Ningún sistema jurídico le permitirá liberarse de responsabilidad.

Incluso si el derecho otorgara un remedio sólo cuando es económicamente eficiente hacerlo, sigo sin ver cómo los principios de eficiencia pueden explicar por qué el derecho es como es, a menos que tales principios realmente moldearan al derecho. Estos podrían hacerlo sólo si los juristas que dieron forma al derecho hubiesen vislumbrado dichos principios, sin embargo ello no fue así. Por el contrario, los juristas se tropezaron con el resultado eficiente por accidente, de manera similar los Estados Unidos al anexar Filipinas adquirió buenas bases para aeronaves militares, todo ello sin proponérselo. Los juristas bien podrían haber lanzado los dados. Si esto es así, ¿por qué la eficiencia explicaría el derecho, más de lo que la necesidad de bases aéreas explica la anexión estadounidense de Filipinas? ¿Por qué aquellos que toman una perspectiva económica se preocupan si, por causalidad, los juristas llegan a resultados que corresponden a sus propias conclusiones? En efecto, los economistas deberían sentirse avergonzados si esto le sucede a los juristas constantemente, mientras que nosotros deberíamos sospechar que ellos ajustan sus conclusiones para encajarlas a los resultados, con el objetivo de darles sentido. A pesar de todo, ellos dicen que dichas coincidencias impregnan el sistema jurídico.

Entonces, los economistas harían bien en considerar si es plausible que los juristas que dieron forma al campo jurídico del enriquecimiento injustificado realmente vislumbraron el principio de prevención de costos en lugar del principio de

justicia, construyendo luego el derecho sobre la base de dicho principio. En verdad, no lo creo. Estos juristas dijeron estar interesados en la justicia, que resulta injusto que una persona se enriquezca a costa de otra e hicieron citas de jurisprudencia que parece no estar relacionada con la prevención de costos. Por el contrario, las personas han formulado explicaciones sobre el efecto de los remedios restitutorios sólo de manera reciente, y esto porque la perspectiva económica exige un costo que evitar. Varias de sus explicaciones son novedosas y lo suficientemente inteligentes como para tener a alguien pensando en ellas. Asimismo, incluso si se les hubiere ocurrido a los antiguos juristas romanos, a los civilistas medievales, a los iusnaturalistas o a los conceptualistas del siglo XIX que el derecho podía ser usado para promover una eficiente prevención de costos, no estoy seguro si a ellos les hubiese importado demasiado. Ellos estaban interesados en otras cosas.

Hasta aquí he hablado del enriquecimiento injustificado, veamos al derecho de propiedad. Los juristas del siglo XIX intentaron explicar el derecho de propiedad en virtud a la *teoría de la voluntad*, una teoría que no dejaba espacio para consideraciones de justicia conmutativa o justicia distributiva. El propósito de la propiedad es sencillamente tutelar el derecho exclusivo del propietario de hacer lo que quiera con aquello que es suyo⁽¹⁶⁾. El problema es que, desde tal perspectiva, uno no puede explicar ninguna de las limitaciones que el derecho establece sobre el derecho del

(16) Por ejemplo LANGDELL, Christopher Columbus. *Classification of Rights and Wrongs (part 1)*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 13. 1900; pp. 537 y 538; POLLOCK, Frederick. *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*. London: Macmillan & Co., 1896; p. 160; AUBRY, Charles y Charles RAU. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. 4ta edición. París: Marchal et Billard; 1869-71; 2: § 190; LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. París: A. Durand & Pedone Lauriel, 1869-78; 6: § 101; DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon*. París: Imprimerie générale, 1854-82; 9: § 543; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 7ma. edición. Düsseldorf: 1. Buddeus, 1891; 1: § 167.



James Gordley

propietario⁽¹⁷⁾; y el derecho limitó los derechos del propietario incluso en esa época.

Una de tales limitaciones es fijada por la doctrina de la necesidad. Cuando la necesidad de una persona es lo suficientemente grande, dicha persona puede emplear la propiedad ajena sin el permiso del propietario e incluso en contra de su voluntad. Aunque los teóricos alemanes de la voluntad menospreciaban esta doctrina, la misma fue adoptada por el Código civil alemán de 1900⁽¹⁸⁾, en tanto que los redactores del Código dijeron que se “atentaría contra el Derecho si no se permite a un hombre que se ahoga subirse a un bote ajeno para salvarse”⁽¹⁹⁾. El Derecho Civil de otros países es similar⁽²⁰⁾, por ejemplo en el derecho estadounidense. En 1908, en *Ploof vs. Putnam*, el propietario de un muelle fue considerado responsable cuando su dependiente desató la cuerda con la que el barco del demandante fue amarrado para resguardarse de una tormenta⁽²¹⁾.

Mientras que los redactores del Código Civil alemán y los tribunales estadounidenses vieron intuitivamente que los derechos del propietario deben ser limitados, los autores que forman parte de la tradición aristotélica explicaron por qué esa limitación es justa. El fin último es que las personas tengan aquello que necesitan para vivir como deben. Los

derechos reales son establecidos para fomentar tal objetivo y no para frustrarlo. Por esas razones, De Aquino avala una conclusión que había sido alcanzada por los canonistas medievales⁽²²⁾: cuando la necesidad de una persona es lo suficientemente grande, él puede usar la propiedad ajena en contra de la voluntad del propietario⁽²³⁾. Tomás de Aquino fue seguido por los escolásticos tardíos y por los iusnaturalistas nórdicos⁽²⁴⁾.

Es difícil explicar esta doctrina en términos de eficiencia económica. Richard Posner anota que, en *Ploof vs. Putnam*, fue el dependiente del propietario del muelle quien desató el barco del demandante. El dueño del muelle no estaba presente y por tanto “en esas circunstancias, las negociaciones eran inviables”⁽²⁵⁾. Las negociaciones habrían conducido a un resultado eficiente. Sin embargo, supongamos que el propietario hubiese desatado, él mismo, el barco. En el caso *Ploof*, el tribunal basó su decisión no en la ausencia del demandado, sino en la necesidad del demandante⁽²⁶⁾. Entonces, si

(17) Para una ulterior discusión. Véase GORDLEY, James. *Contract, Property and the Will-The Civil Law and Common Law Traditions*. En: SCHEIBER, Harry (editor). *The State and Freedom of Contract*. Palo Alto: Stanford University Press, 1998; p. 66.

(18) Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 904.

(19) *Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlín: J. Guttentag, 1899; § 419, p. 214

(20) En el derecho francés, de acuerdo con algún comentarista, el estado de necesidad excusa al demandado, no obstante el código civil francés no lo menciona, TERRÉ, François. SINLER, Philippe y Yves LEQUETTE. *Droit civil Les obligations*. 7ma. edición. París: Dalloz, 1999; n. 704. De acuerdo con el Código Civil italiano, el demandado debe pagar aún cualquier compensación que la corte estime sea equitativa. Código Civil italiano (*Codice civile*): artículo 2045.

(21) *Ploof v. Putnam*, 71 A. 188 (Vt. 1908). Pero él puede recuperar si su muelle está dañado. *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, 124 N.W. 221 (Minn. 1910).

(22) *Glossa ordinaria* al *Decretum Gratiani*. Venice: Iuntas, 1595; D. 47 c. 8 al *commune*. De manera similar, Id. a D. 1 c. 7, al *communis omnium*; *Glossa ordinaria* a *Decretales Gregorii IX* (Venice: Iuntas, 1595), 5.18.3 a *poenitaet*

(23) DE AQUINO, Tomas. *Op. cit.*; 11-11 Q. 66, a. 7.

(24) DE SOTO, Domingo. *Op. cit.*; lib. 5, q. 3, a. 4; DE MOLINA, Luis. *De iustitia et iure*, II, disp. 20; LESIO, Leonardo. *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 12, dub. 12; GROCIO, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*, II.ii.6-7; PUTENDORF, Samuel. *De iure naturae et gentium* II.vi.5.

(25) POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5ta. edición. Nueva York: Aspen, 1998; p. 190.

(26) 71 A. a 189 (“el estado de necesidad... justificará la intromisión en terreno ajeno y la interferencia con la propiedad personal que de otro modo constituirían transgresiones”).

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

esto quiere decir lo que el tribunal afirma, como en Alemania y en otros sistemas jurídicos del *Civil Law*, se habría considerado responsable al dueño del muelle. Supongamos que el dueño del muelle desató el barco por pura terquedad a pesar de que el demandante le ofreció una fortuna para abstenerse. ¿Habría sido este resultado eficiente? Creo que un economista tendría que decirlo. Él define eficiencia en términos de satisfacción de preferencias, cualquiera sea la preferencia, y la terquedad es una preferencia como cualquier otra. Asumamos que luego de la negociación el propietario acepta la promesa del demandante de darle una fortuna por su permiso de amarrarse al muelle. ¿Esto tendría que ser eficiente? En un artículo sobre rescates en el mar, Posner encontró una razón de por qué no podría serlo. De acuerdo con el derecho marítimo, el barco que rescata la propiedad de un barco en peligro, solamente puede cargar una cantidad razonable. Según Posner, esta regla es eficiente porque de otra forma los dueños de barcos invertirían excesivamente en equipos de seguridad para evitar la necesidad de un rescate⁽²⁷⁾. Presumiblemente, él encontraría algunas razones similares para explicar por qué al hombre que se ahoga, en el ejemplo de los redactores del Código Civil alemán, se le permite subirse en el bote de otra persona. Como en el caso anterior, no hay una buena explicación jurídica. El demandado no puede liberarse de responsabilidad probando que ninguna inversión en equipos de seguridad habría podido prevenir la emergencia. Asimismo, este es otro ejemplo de cómo se intenta explicar el derecho en base a principios que podrían no haber estado presentes en su formación. Si los juristas responsables de formular las reglas del derecho marítimo y la doctrina de la necesidad, dieron con un resultado eficiente, fue por casualidad, y no porque ellos estuvieran preocupados en optimizar las inversiones en equipos de seguridad.

Posner también presupone que el barco en problemas puede pagar un precio razonable por el rescate. Asumamos que no o que el hombre que se ahoga está en quiebra y no puede pagar nada al dueño del bote por salvar su vida o asumamos que una persona sin su culpa se muere de hambre, ya que no tiene dinero para comprar alimentos. En la tradición aristotélica, donde el fin último es permitir a las personas obtener aquello

que necesitan, cuando la necesidad es grave, las reglas usuales de justicia conmutativa no se aplican. En una emergencia, el hombre que muere de hambre puede tomar lo necesario para sobrevivir. Si la gente muere de hambre, no a causa de una emergencia, sino por la forma en cómo se ha distribuido la riqueza en cierta sociedad, entonces el problema es uno de justicia distributiva. Sin embargo, el propio Posner advierte que si el objetivo del sistema jurídico resulta ser la maximización de la riqueza, cualquier persona cuyo *producto social neto es negativo* puede que tenga que morir de hambre. “(É)l no tendría derecho a los medios de sustento, aun cuando no exista nada de reprochable en su inhabilidad para sustentarse a sí mismo”. Posner reconoce que esta conclusión *choca con la sensibilidad moderna* y a pesar de ello “no ve escape de ella, en la medida que es consistente con cualquier teoría ética moderna mayor”⁽²⁸⁾. Esto suena como un punto que alguien como yo quisiera abordar acerca de teoría ética moderna. Y, sin ánimo de ser demasiado inquisitivo, me pregunto por qué una persona adoptaría una teoría ética que choca con su propia sensibilidad ética. Pienso que el asunto de la teoría ética debería echar luces sobre ella.

Otra limitación al derecho de propiedad fue descrita en el siglo XIX por el jurista alemán Rudolf von Jhering. Él señaló que es contradictorio decir que el propietario tiene el derecho ilimitado de hacer lo que quiera con su propiedad. Si A pudiera hacer cualquier cosa que desee, podría producir ruido o fetidez en su propio terreno de manera tal que deprecie el valor del terreno de su vecino B. Si B pudiese obligar a que A no haga nada que perturbe el uso de su terreno, él podría empeñarse en

(27) LANDES, William M. y Richard A. POSNER. *Salvors, Finders, Good Samaritans and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*. En: *Journal of Legal Studies*. Volumen 7. 1978; p. 83. La misma explicación es dada por BUCKLEY, F. H. *Three Theories of Substantive Fairness*. En: *Hofstra Law Review*. Volumen 19. 1990; pp. 33 y 40-48.

(28) POSNER, Richard. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, en *Journal of Legal Studies*. Volumen 9. 1979; pp. 103 y 128.



James Gordley

que A nunca haga el más mínimo ruido o inicie un fuego⁽²⁹⁾. La solución de Jhering, basada en sentido común en lugar que en teoría, pasó al Código Civil alemán: A no es responsable si su interferencia con B es normal, dados los usos típicos del terreno en el área; si el uso es anormal y grave, A deberá detenerse, o, si su actividad es lo suficientemente valiosa, A continuará con la actividad pero deberá compensar a B⁽³⁰⁾. El derecho estadounidense y el de muchos otros países del *Civil Law* es similar⁽³¹⁾.

Empero, ¿cómo podemos explicar teóricamente esta limitación a los derechos del propietario? Los escolásticos tardíos no discutieron el problema. En uno de mis artículos, traté el asunto en términos de justicia conmutativa⁽³²⁾. El derecho previene que una persona gane a costa de otra. En esta sede, no puedo más que bosquejar las razones que me llevaron a pensar de ese modo. Imagínese una comunidad en la que todos se dedican a la misma actividad: por ejemplo, una comunidad rural en la cual todos los granjeros crían animales. El olor de los animales de cada granjero incomoda a sus vecinos, y en este sentido, impone un costo. Sin embargo, debido a que cada granjero deriva el mismo beneficio para sí mismo, imponiendo el mismo costo en los otros, nadie obtiene una ganancia o una pérdida neta. Ahora, supongamos que una fábrica de cemento se muda al pueblo y causa un hedor mayor al producido por los animales. La fábrica obtiene un beneficio al producir y vender cemento, beneficio que sus vecinos no comparten, y al hacerlo la fábrica interfiere con los vecinos en una forma en que estos últimos no interfieren con la fábrica. En ese orden de ideas, la fábrica gana a costa de los vecinos. Si se le ve como un problema de justicia conmutativa, no se debería permitir a la fábrica afectar a los vecinos.

Este ejemplo podría parecer artificialmente muy sencillo porque, si ninguno de los granjeros compra cemento a la

empresa, su actividad no los beneficiaría. Empero, supongamos que sí. El argumento permanece vigente en tanto que nadie se beneficia o es perjudicado en la misma proporción. Asumamos que una vía férrea es construida en la localidad rural con una estación y un gran corral para el ganado, y el ruido de los trenes y del ganado aguardando el transporte, perturba a los granjeros que viven cerca a los rieles. La empresa ferroviaria ganará, como a su vez lo harán los granjeros que ahora pueden transportar su producción, pero la ganancia está asegurada a expensas de aquellos que viven cerca. Así, algunos ganan a costa de otros. Como una cuestión de justicia conmutativa, la empresa ferroviaria debería pagar una compensación. La empresa ferroviaria ajustará sus precios para recobrar el monto que pagó a los granjeros. En última instancia, todos los granjeros pagarán por la perturbación en la misma proporción que usan la vía férrea.

Los economistas explican el problema de manera distinta. Los economistas sostienen que si la fábrica de cemento no paga los daños ocasionados a los granjeros habrá una sobreproducción de cemento y una subproducción en las granjas. Así, en 1960, Ronald Coase publicó su famoso artículo *El problema del costo social*⁽³³⁾. Este artículo mostró que si los costos de transacción son igual a cero, esto significa que los granjeros pueden negociar con la fábrica de cemento sin costo alguno, hablando a una sola voz,

(29) JHERING, Rudolph von. *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Volumen 6. 1863; pp. 81 y 94-96.

(30) Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 906.

(31) *Restatement (Second) of Torts* § 831 (1965). La regla conforme a la cual uno puede continuar pero pagando una compensación no es una regla tradicional pero ha sido adoptada en algunas jurisdicciones, por ejemplo, *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 257 N.E.2d 870 (N.Y. 1970). Código Civil suizo (*Zivilgesetzbuch*) § 684; Código civil italiano (*Codice civile*) artículo 844. Para el derecho francés, véase TERRÉ, François y Philippe SIMLER. *Droit civil Les Biens*. 5ta edición. París: Dalloz, 1998; § 309.

(32) GORDLEY, James. *Immissionsschutz, Nuisance and Troubles de Voisinage in Comparative and Historical Perspective*. En: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Volumen 2. 1998; p. 13.

(33) *Journal of Law and Economics*. Volumen 3. 1960; p. 1.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

el resultado sería eficiente si la empresa es considerada responsable o no. De cualquier forma, la planta de cemento prevendrá los olores si, y solo si, el costo de hacerlo es menor que el daño ocasionado a los granjeros, alcanzándose el resultado eficiente. Incluso, si la compañía es considerada responsable por el daño, ella no prevendrá los olores si los costos son mayores al resarcimiento a desembolsar. Asimismo, si la compañía no es considerada responsable, los granjeros le pagarán para que se detenga, siempre y cuando el costo de hacerlo es menor que el perjuicio que sufrirían. Sin embargo, otra posibilidad es que el hedor sea insoportable pero el costo de prevenirlo exceda el monto que los granjeros se encuentren en aptitud de pagar, entonces el resultado eficiente sería que los granjeros sean borrados del mapa. Empero, si todo lo que cuenta es la eficiencia, en principio, no estaría mal que la empresa de cemento elimine a los granjeros, incluso si no los compensa por su pérdida.

Este resultado ofende el sentido de justicia de la mayoría de las personas. Una forma de evitar esto es advertir, como lo ha hecho Guido Calabresi, que los costos de transacción no son igual a cero. Ciertamente, la empresa se encuentra en aptitud de conocer los costos de prevención de manera más barata que los granjeros⁽³⁴⁾. Pero, ¿es todo lo que puede decirse? No creo que Guido Calabresi piense que todo está bien si los granjeros son eliminados incluso si los costos de transacción fuesen iguales a cero y no hubiese posibilidad de prevenir el hedor de la fábrica. Si su preocupación es realmente la justicia, él debería hablar de justicia en lugar de hablar de los males de la sobreproducción o subproducción de algo como el cemento.

He hablado de enriquecimiento injustificado y propiedad, en cambio cuando Aristóteles trató el tema de justicia conmutativa lo hice a través de lo que nosotros llamamos responsabilidad civil y contratos. Él decía que en las transacciones involuntarias, cuando alguien es privado de sus

recursos, la justicia conmutativa exige que la víctima recupere el monto de su pérdida. En cambio, en las transacciones voluntarias, en las cuales las personas intercambian recursos, la justicia conmutativa exige que el intercambio de recursos sea por un valor equivalente, de tal suerte que nadie gane a costa de otro⁽³⁵⁾. Ambos tipos de justicia conmutativa no solamente nos recuerdan nuestras categorías de responsabilidad civil y contratos, sino que posiblemente son sus predecesoras. Nuestras categorías derivan en el fondo del jurista romano Gayo. Los juristas romanos antiguos habían discutido lo que llamamos supuestos especiales de responsabilidad civil y contratos. Gayo fue el primero en utilizar los términos generales *contractus* y *delictus*⁽³⁶⁾. En tanto que Gayo se refirió en otros lugares a Aristóteles, muchos juristas creen que aquí él hizo lo propio⁽³⁷⁾.

Sea como fuere, los juristas pertenecientes a la tradición aristotélica dan una explicación de la responsabilidad civil y del contrato que, en mi opinión, es mejor que la ofrecida por los juristas modernos. En la responsabilidad civil, en el derecho romano, así como en los sistemas jurídicos modernos, el demandado que es considerado responsable debe colocar al demandante en la posición en la que se encontraba antes que se produjese el evento dañoso. Los juristas de la tradición aristotélica tenían una razón para ello: dado que era un tema de justicia conmutativa, el derecho debía preservar la porción de recursos que pertenecía a cada persona.

(34) Los argumentos de Calabresi se dirigieron al análogo problema de la responsabilidad objetiva por accidentes. Véase CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970; pp. 135-403; CALABRESI, Guido. *Transactions Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment*. En *Journal of Law and Economics*. Volumen 11. 1968; pp. 67 y 71-73.

(35) ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. V.ii 1130b-1131a; V.i 1131b-1132b.

(36) *G. Inst.* 3.88.

(37) ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. pp. 10 y 11; KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. 2da. edición. Munich: C.H. Beck, 1971; p. 522. HONORD, Anthony. *Gaius* 100. Oxford: Clarendon Press, 1962; COING, Helmut. *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*. En: *Zeitschrift Der Savigny-stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.* Volumen 69. 1952; pp. 24, 37 y 38.



James Gordley

Para estos autores era una incógnita que, de acuerdo con Aristóteles, la justicia conmutativa rectificaba una situación por la que una parte ganaba a costa de la otra⁽³⁸⁾. Aristóteles admitía que parecía extraño hablar de una *ganancia* cuando una persona dañaba a otra⁽³⁹⁾. ¿Por qué esto representa una ganancia? Tomás de Aquino respondió: una “persona que daña o mata a otra tiene más de aquello que se considera como un bien, en la medida que, esto es, realiza su voluntad, y la realización de dicha voluntad es vista como una suerte de ganancia”⁽⁴⁰⁾. Entonces, *ganar* significa que alguien realiza su propia voluntad. Aquel que daña a otro para alcanzar sus propios fines, *gana* al hacer u obtener aquello que quiere, o tratar de hacer u obtener lo que quiere. Por tanto, este sujeto debería pagar una compensación.

Para Tomás de Aquino, uno llega a esta conclusión no sólo siguiendo la teoría aristotélica de la justicia conmutativa, sino también siguiendo su teoría de la acción voluntaria. Una acción será voluntaria si es realizada de acuerdo con un principio interno. Como se ha indicado, el principio interno por el cual un ser humano actúa, y por la cual vuelve humana dicha acción, es la razón y la voluntad. Por lo tanto, una acción es involuntaria si el ser humano no conoce lo que está haciendo o no tiene elección, como cuando su cuerpo es movido por la fuerza⁽⁴¹⁾. Aristóteles concluye que, en tales condiciones, el ser humano no puede ser elogiado o culpado por dichas acciones⁽⁴²⁾. Por su parte, De Aquino concluye que el ser humano no puede ser responsable por dichas acciones.

Otra incógnita está referida a la responsabilidad por negligencia. Como lo demostró mi difunto colega, David Daube, y como

el propio De Aquino advirtió, Aristóteles estaba hablando sólo de daños producidos intencionalmente⁽⁴³⁾. Pero en el derecho romano vigente en gran parte de la Europa medieval, el demandado también era juzgado responsable por negligencia. Entonces, ¿la negligencia es voluntaria? Tomás de Aquino respondió afirmativamente⁽⁴⁴⁾. Si una acción no es voluntaria de ninguna forma, entonces no puede imputarse a alguien. Empero, una persona negligente falla en ejercer la prudencia⁽⁴⁵⁾. La prudencia, como todas las virtudes, se adquiere por acciones voluntarias, asumiendo las consecuencias de la propia acción tomada en cuenta, y al asumirlas una y otra vez se convierte en habitual. Desde luego, no todas las personas son igualmente prudentes, aun si se esforzaran por serlo. Los Escolásticos tardíos concluyeron que una persona debía ser responsable por fallar al ejercer el grado de prudencia que se esperaba que poseyese⁽⁴⁶⁾.

Existen tres características de este repaso que encuentro no solamente atractivas, sino que las juzgo necesarias para una sólida teoría de la responsabilidad extracontractual. En primer lugar, explica por qué el demandante debería ser reparado y por qué el pago deriva del demandado. El demandado se

(38) En transacciones voluntarias, Aristóteles decía que “el juez trata de igualar las cosas mediante la pena”, quitando la *ganancia* de una parte y restableciendo la *pérdida* de la otra. *Nicomachean Ethics* V.iv 1132a.

(39) *Ibidem*.

(40) DE AQUINO, Tomás. *In decem libros ethicorum Aristoteles expositio*. lib. V, lectio vi, n. 952.

(41) ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics* III.i; DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologiae*. I-H, Q. 6, aa. 1, 5, 8.

(42) ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics*. III.i.

(43) DAUBE, David. *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*. Edinburgo: Edinburgh University Press, 1969; pp. 131-156; DE AQUINO, Tomás. *In decem libros ethicorum Aristoteles exposition*. lib. V, lectio xiii, n. 1043.

(44) DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologiae* II-I, Q. 68 a. 8.

(45) Técnicamente, la negligencia (*negligentia*) es la falta de atención (*sollicitudo*) o diligencia (*diligentia*). Atención o diligencia es la virtud que hace posible la prestación alerta, habilidosa, del *acto principal* de prudencia, *praecipere*, que puede ser traducido como *dirigir* o *ejecutar*. La prudencia requiere tres *actos*: seguir el consejo o considerar lo que se debe hacer (*consilium*); juzgar o decidir lo que se debe hacer (*iudicare*), y ejecutar esta decisión (*praecipere*). Véase DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologiae* II-II, Q. 47, aa. 8-9; Q. 54, a. 1-2; Q. 64, a. 8.

(46) LUGO, Juan de. *Disputationum de iustitia et iure*. I, disp. 8, sec. 3. Lyon: Laurentius Arnaud & Petrus Borde, 1670; LESIO, Leonardo. *De iustitia et iure*. lib. 2, cap. 7, dubs. 2 & 6; DE MOLINA, Luis. *De iustitia et iure*. II, disp. 698.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

benefició (en el sentido de obtener lo que él quiere o al tratar de obtenerlo) a costa del demandante. Las modernas teorías económicas tienen dificultades en estos puntos. Asumamos que la razón por la cual el demandado es forzado a pagar no es la compensación al demandante, sino generar en las demás personas el incentivo para alcanzar un nivel eficiente de precaución en el futuro⁽⁴⁷⁾. Si esto fuese así, muchas características de la responsabilidad civil se tornan misteriosas: por ejemplo, cuando alguien es asesinado, y no es posible compensarlo, o nadie recibe la compensación o bien la familia de la víctima recibe un resarcimiento menor; cuando los incentivos son proporcionados por procesos judiciales en materia civil, los cuales son costosos justamente porque los tribunales están ocupados tratando de lograr el resultado apropiado en un caso individual, en lugar de un resultado promedio; y cuando las personas se encuentran en aptitud de adquirir un seguro de responsabilidad civil aunque esto cambie sus incentivos. Asimismo, como se vio, parece extraño explicar una regla antigua y en la actualidad ampliamente aceptada, a partir de una percepción reciente acerca de la eficiencia.

En segundo lugar, de acuerdo con la perspectiva antigua, en principio, un sujeto es civilmente responsable porque actuó voluntariamente. Esto es así por razones de justicia conmutativa y porque sólo un acto voluntario es atribuible a un ser humano. Desde mi punto de vista, esta perspectiva

explica de mejor modo la responsabilidad subjetiva que las denominadas teorías *objetivas* de la negligencia. Oliver Wendell Holmes defendió dicha teoría. Él decía que *si un hombre nace apresurado y torpe* debía ser juzgado responsable por negligencia porque “sus descuidos son tan problemáticos para sus vecinos, como si estos se hubiesen originado de una negligencia culpable”⁽⁴⁸⁾. Holmes correctamente señaló que un demandado no puede librarse de responsabilidad arguyendo haber nacido apresurado y torpe. Tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law* el estándar es objetivo: el demandado debe actuar tan cuidadosamente como una *persona razonable*⁽⁴⁹⁾. Pero esto no es una sorpresa^(NT1). Un tribunal no tiene los medios para determinar si el sujeto realmente nació apresurado y torpe, y aun cuando así fuese, él podría cumplir el estándar de los demás labrando mejores hábitos y tomando cuidados adicionales. Pero tan pronto como el demandado prueba una discapacidad física verdadera que le impide actuar cuidadosamente como una persona normal (por ejemplo, era ciego) no será juzgado responsable⁽⁵⁰⁾. Si Holmes estaba

(47) POSNER, Richard. *Óp. cit.*, pp. 179-183.

(48) HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little Brown, 1881; p. 108.

(49) Por ejemplo: DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West, 2000; § 118 (derecho norteamericano); HANAU, Peter. En REBMANN, Kurt y SICKER Franz-Jurgen (editores), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 3ra edición. Munich: C. H. Beck, 1994; § 276, n. 78 (derecho alemán); STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER. *Obligations*. Volumen 1. *Responsabilité délictuelle* (4ta edición. París: Litec, 1991; n. 307 (derecho francés); BALDASSARI, Augusto. En: CENDON Paolo (editor). *Codice civile annotato con la giurisprudenza*. Torino: Utet, 1996-97; n. 3 al § 2043 (derecho italiano).

(NT1) Para una aproximación de las diversas maneras en que puede concebirse la culpa, se aconseja la revisión del texto del profesor FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo?* En: *Themis*. 2da. época. No. 50. Lima: 2005; pp. 237 y siguientes.

(50) Véase *Restatement (Second) of Torts*, § 283C (1965); DOBBS, Dan B. *Torts* § 119 (derecho norteamericano); HANAU, Peter. *Münchener Kommentar* § 276, n. 85 (derecho alemán); STARCK, Boris, Henri ROLAND, y Laurent BOYER, *Responsabilité délictuelle*, n. 307 (derecho francés); BIGLIAZZI Geri, Lina BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco y Ugo NATOLI. *Diritto Civile*. Torino: Utet, 1989; 3: 702 (derecho italiano). Es verdad que en algunas jurisdicciones, los menores de edad y los dementes son considerados responsables por el comportamiento que ellos no podían evitar. Pero esto es un fundamento débil para una teoría objetiva de la culpa. Los códigos civiles alemán e italiano dicen que estas personas no son culpables pero las consideran responsables si es equitativo bajo determinadas circunstancias. Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) §§ 827 y 828; Código Civil italiano (*Codice civile*) § 2046 y 2047. En los Estados Unidos, los menores no son considerados responsables si están dedicados a una actividad apropiada para su edad. *Restatement (Second) of Torts* § 283A (1965). Los dementes son responsables en todos los Estados, a excepción de dos. DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*;



James Gordley

en lo cierto, todo lo que debería importar es cuán peligroso era el sujeto. Una persona que transmite una enfermedad contagiosa es peligrosa, así como aquel que cae de un techo y se precipita a tierra sobre alguien. Pero no es responsable si no es culpable.

En tercer lugar, la perspectiva antigua proporciona una mejor explicación de la negligencia. En cierta medida, la perspectiva es similar a la nuestra. En la facultad de derecho, explicamos la negligencia por medio de la *fórmula de Learned Hand*^(NT2). Una persona es negligente si no toma una precaución que valía la pena tomar, dada la carga de hacerlo, teniendo en cuenta el riesgo de ocasionar perjuicios si la precaución es omitida, y la magnitud del daño que podría derivar⁽⁵¹⁾. Los autores adscritos a la tradición aristotélica están de acuerdo en que existen necesidades a ser sopesadas. Una persona prudente opondría la probabilidad de obtener el resultado que busca con el mal que evita. Como Tomás de Aquino sostuvo: “toda persona prudente aceptará un mal menor con el fin de no obstaculizar un bien mayor”⁽⁵²⁾. Una persona prudente se preocupa por las probabilidades, es decir, *qué sucede en la mayoría de casos*⁽⁵³⁾. Supongamos que una enfermera acuesta a un bebe en su propia cama para que deje de llorar, y cuando ambos

se quedan dormidos, se da la vuelta y ahoga al bebé. ¿La enfermera fue negligente? De acuerdo con Tomás Cayetano, comentarista de Tomás de Aquino, esto depende de:

“(S)i la cama es amplia y no hay nada más cerca, si la enfermera está acostumbrada a ubicarse siempre en el mismo lugar y posición en la cual se acostó, y la imposibilidad de calmar al infante exigía dicha conducta, de ser así parecería estar liberada, porque no es razonable hacerla responder cuando estas cosas concurren”⁽⁵⁴⁾.

Los economistas modernos concuerdan en que debe existir ponderación. La diferencia estriba en determinar qué debe ser ponderado. Para los economistas, la ponderación no recae en la magnitud de las consecuencias buenas o malas, sino en la magnitud de los costos y beneficios. Los costos y beneficios están determinados por el monto que una persona

§ 120. Sin embargo, a diferencia de los culpables en sentido ordinario, en la mayoría de los Estados, no se considera que puedan concurrir con su negligencia. *Ibidem*. En Francia, los menores y los dementes se los considera responsables sin calificación alguna, pero tradicionalmente esto era así. Ley del 2 de junio de 1968, ahora código civil francés (*Code civil*), arts. 489-492 (los dementes son responsables); *Cour de cassation, Assemblée plénière*, Resolución del 9 de mayo de 1984, *Recueil Dalloz Sirey*, 1984, Jur. 525 (los menores son responsables).

(NT2) Se refiere a la famosa fórmula emitida por el juez estadounidense Learned Hand en la sentencia recaída en el caso *United States vs. Carroll Towing Co.* La regla aludida no solamente goza de gran reconocimiento en el sistema jurídico estadounidense, sino que ha circulado en diversos sistemas jurídicos europeos. El principal motor de la difusión de la fórmula se centra, en nuestra opinión, en el interés creado entre los operadores jurídicos por los postulados del análisis económico del derecho. Si bien la fórmula no es propiamente un desarrollo imputable a los teóricos del *Law and Economics*, sí reconoce implícitamente el importante papel de los incentivos; razón que lleva a muchos de los promotores de este enfoque a exponer sus méritos. Para una aproximación a la fórmula original véase FELDMAN, Allan M. y Kim JEONGHYUN. *The Hand formula and United States vs. Carroll Towing Co. reconsidered*. En: *American Law and Economics Review*. Volumen VII. No. 2, 2005; pp. 523 y siguientes; por su parte, para un recorrido a su aplicación en sistemas jurídicos europeos consúltese el trabajo de KERKMEESTER, Heico y Louis, VISSCHER. *Learned Hand in Europe: A study in the Comparative Law and Economics of negligence*, en *German Working Papers in Law and Economics*. Volumen. 2003. paper 6, 2003; pp. 1 y siguientes. (de la versión pdf).

(51) *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

(52) DE AQUINO, Tomás. *De Veritate* Q. 5, a. 4, ad 4. En: *Opera omnia. Secundem impressionem Petri Fiacadori Parnae 1852-1873, photolithographice reimpressa* (Nueva York: Musurgia Publishers, 1948-1950; 9:5).

(53) DE AQUINO, Tomás. *Summa Theologiae* II-II, Q. 49, a. 1; a. 8 y 3.

(54) CAYETANO, Tomás. *Commentaria a Tomás de Aquino, Summa Theologica post*. Q. 64 a. 8 (Padua: Typografia seminarii, 1698).

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

estaría dispuesta a pagar, dado el poder adquisitivo del cual dispone, para obtener o evitar lo que le gusta o no le gusta. De esa forma, de acuerdo con Posner, si una persona camina rápido y aplasta la naranja de otro, el tribunal deberá juzgar cuánto valían para el demandante las naranjas, y cuánto valía para el demandado el caminar rápido; en otras palabras, cuánto estaría dispuesto a pagar cada uno por lo que desea⁽⁵⁵⁾.

Las implicancias de esta perspectiva entran en conflicto con el sentido de justicia de la mayoría de personas. Al inicio de la novela de Dickens, *Una historia de dos ciudades*, el aristócrata que hacía correr a sus caballos a través de las calles de París, daña a un niño pobre, se pregunta si sus caballos han sido dañados. ¿Eso fue eficiente? Podría serlo si el aristócrata pudiese haber compensado anticipadamente a sus víctimas potenciales por su anuencia a correr el riesgo de ser afectados por sus caballos. Lo que importa es, parafraseando a Posner, cuánto valía para el aristócrata hacer correr a sus caballos a través de las calles públicas y cuánto valía la seguridad para aquellos que eran puestos en peligro por dicha conducta. Si ellos son lo suficientemente pobres, como los trabajadores que asumían grandes riesgos antes de la moderna legislación sobre seguridad en las fábricas, y además se encuentran dispuestos a arriesgar su seguridad a cambio de una pequeña suma de dinero, el resultado sería eficiente. Me pregunto incluso si tiene alguna relevancia el que la víctima sea un niño. Según la tradición aristotélica, uno diría que el niño podría no haber tenido la prudencia para hacer una elección apropiada. Empero, si no hablamos de prudencia, sino sólo de satisfacción de preferencias, y el niño se encuentra dispuesto a arriesgar su vida por una golosina, ¿por qué no? Asimismo, siguiendo la definición de eficiencia de Kaldor-Hicks o la noción de Posner acerca de la maximización de la riqueza, el aristócrata no necesita realmente compensar a la víctima. Lo que importa es si él habría estado dispuesto a compensarla si fuese necesario. Arrojar al niño y no compensarlo sería, por tanto, eficiente si el aristócrata es lo suficientemente rico, lo suficientemente aficionado a correr y lo suficientemente indiferente a la vida humana. En cambio, habría mucho por decir a la luz de la perspectiva tradicional.

El Derecho Romano y el moderno imponen una responsabilidad objetiva, una responsabilidad que prescinde de la culpa. Los escolásticos tardíos jamás encontraron una buena razón para ello y esto parece ser una dificultad en su perspectiva. Sin embargo, como señalé en otro lugar, creo que la responsabilidad objetiva puede ser explicada en términos de justicia conmutativa, y, de hecho, de la misma forma que se explicó la responsabilidad de la planta de cemento por la emisión de malos olores⁽⁵⁶⁾. En el derecho estadounidense, por regla general, uno es juzgado según un estándar de responsabilidad sin culpa si es que ejerce una actividad anormalmente peligrosa⁽⁵⁷⁾. Tenemos como ejemplo la detonación de explosivos, el transporte o venta de gas o explosivos. El derecho de la mayoría de los sistemas jurídicos del *Civil Law* se asemeja en los resultados⁽⁵⁸⁾. En dichos casos, el demandado, para ganar una ventaja que no es compartida con todos, impone un riesgo en otras personas quienes a su vez no le han impuesto ninguno. En tal sentido, él ha ganado a costa de otros. Si no obtiene ninguna ganancia, no será responsable, aun si ha puesto en peligro a otros: por ejemplo, si era ciego o tenía una enfermedad contagiosa. Por supuesto, podría darse el caso que su actividad beneficie a sus potenciales víctimas. Por ejemplo, se encuentra detonando explosivos para construir un nuevo túnel para una autopista, y todos se beneficiarán con el túnel. Pero seguirá siendo responsable si el beneficio de todos no es proporcional al riesgo que asumen. Los que más se benefician con el túnel serán los que lo usen más, mientras aquellos que asumen los mayores riesgos son quienes viven cerca de la obra. De esta forma, algunos se benefician a costa de otros. Esta

(55) POSNER, Richard. *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, p. 120.

(56) GORDLEY, James. *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, pp. 151-157.

(57) *Restatement (Second) of Torts* § 519 (1976)

(58) Véase GORDLEY, James. *Contract and Delict: Toward a Unified Law of Obligations*. En: *Edinburgh Law Review*. Volumen 1. 1997; pp. 345, 350-351.



James Gordley

explicación es similar a la que propuso George Fletcher, quien cree que aquellos que crean un riesgo no recíproco deben ser considerados responsables⁽⁵⁹⁾. El concepto aristotélico de la justicia conmutativa provee una razón para explicar por qué dichas personas deben ser responsables.

Llegué, finalmente, al contrato. Aquí, al igual que en el derecho de propiedad, los juristas del siglo XIX acogieron una *teoría de la voluntad*⁽⁶⁰⁾. Durante siglos, los juristas han sabido que los contratos sólo vinculan a las partes que prestan su consentimiento. La innovación del siglo XIX fue definir el contrato en términos de voluntad o consentimiento como si esto fuera lo único que importase⁽⁶¹⁾. La voluntad de las partes se asumió como la fuente de todas sus obligaciones. Esta perspectiva afrontó dos problemas, los cuales aún plagan las teorías modernas. En primer lugar, en los sistemas jurídicos modernos, al igual que en el derecho romano medieval, no se otorga coerción a todos los términos que las partes han acordado. Los sistemas jurídicos no les reconocen fuerza vinculante a los términos contractuales que son lo suficientemente injustos. En segundo lugar, no se otorga coerción solamente a los términos pactados por las partes. La mayoría de las regulaciones sobre el contrato de compraventa, arrendamiento, de sociedad, etc., contienen disposiciones a las cuales las partes se encuentran obligadas, a menos que se estipule en contra de ellas. Si los contratos son simplemente el producto de la voluntad de las partes, ¿por qué son vinculantes en los términos apenas esbozados? Este problema condujo a Holmes y a Williston a proponer la llamada teoría *objetiva* del contrato. Las obligaciones de carácter contractual son las consecuencias que el derecho liga al contrato, sea que las

partes las deseen o no⁽⁶²⁾. Pero, entonces, uno necesita explicar por qué el derecho adiciona algunas consecuencias en lugar de otras. Y la pregunta permanece: ¿por qué, si las partes expresaron su asentimiento en ciertos términos, se encuentran vinculadas en términos que nunca fijaron en su contrato?

En la tradición aristotélica no es complicado ver por qué un tribunal no hace cumplir términos injustos: el concepto de justicia pertenece a la definición misma de contrato. Un contrato de intercambio es un acto de justicia conmutativa, según el cual el valor de lo otorgado por cada parte debería ser equivalente a aquello que recibe, preservando, de este modo, la porción del poder adquisitivo de cada una de ellas. Esta idea (que las partes deben efectuar intercambios a un precio justo) ha sido malentendida tan a menudo que debemos esclarecer lo que esta no significa para los autores de esta tradición. Esta idea no significa que cada una de las partes del contrato asigna el mismo valor tanto a los bienes que dio como a los bienes que recibió. Si esto fuese cierto, las partes no intercambiarían. Como el propio Aristóteles afirmó, el zapatero no intercambia con otro zapatero sino con el albañil⁽⁶³⁾. Tampoco creían que el precio justo de los bienes fuese una cualidad intrínseca o estable a ellos, como sí lo es su color. Los juristas de la tradición aristotélica identificaban

(59) FLETCHER, George P. *Fairness and Utility in Tort Theory*. En: *Harvard Law Review*. Volumen 85. 1972; pp. 537 y 542. Sin embargo Fletcher trata de explicar la responsabilidad subjetiva a través del mismo principio.

(60) SIMPSON, A.W.B. *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*. En: *Law Quarterly Review*. Volumen 91.1975; p. 247 y p. 266; GORDLEY, James. *Philosophical Origins*; pp. 161-229.

(61) Por ejemplo, LANGDELL, Christopher C., *A Summary of the Law of Contracts*, 2da edición. Boston: Little, Brown, 1880; pp. 1-21; LEAKE, Stephen. *Elements of the Law of Contracts*. Londres: Stevens & Sons, 1867; pp. 7 y 8; POLLOCK, Frederick. *Principles of Contract*. Londres: Stevens & Sons, 1885; pp. 1-9; DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon* 24: § 12; LAROMBIÈRE, León. *Théorie et pratique des obligations* París: A. Durand, 1857; 1: § 41; LAURENT, François. *Principes de droit civil français*, 15: §§ 424-427; PUCHTA, Georg Friedrich. *Pandekten*. Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1844; §§ 49, 54; VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlín: Veit, 1840; 3: § 134; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt-on-Main: Rütten & Loening, 1891; 1: § 69. Véase, de manera general, GORDLEY, James. *Philosophical Origins*; pp. 161-213.

(62) WILLISTON, Samuel. *The Law of Contracts*. Nueva York: Baker, Voorhis & Co., 1920; 2: § 615.

(63) ARISTÓTELES. *Nicomachean Ethics* V.v 1133a.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

el precio justo con el precio en un mercado competitivo⁽⁶⁴⁾, el cual, sabían, fluctuaba de un día para otro y de lugar en lugar, como respuesta a la necesidad, la escasez y los costos⁽⁶⁵⁾. Así, aunque creían que ninguna de las partes se haría rica ni pobre en el momento de la transacción, estaban conscientes de que las partes podían encontrarse más ricas o más pobres al día siguiente.

De ser así, y si los mercados funcionan del modo en que los economistas dicen, los escolásticos tardíos estaban en lo correcto. Según los economistas, es tan probable que los precios en los mercados suban mañana, como que bajen. Si esto no fuera así, el precio de mercado no habría subido o bajado hoy. Consecuentemente, un intercambio a precio de mercado no modifica el valor de los recursos de cada una de las partes contratantes al momento del intercambio, o, como un economista diría, esto no cambia sus valores esperados⁽⁶⁶⁾. Por lo tanto, es justo para ambas partes, de la misma forma que lo es una apuesta con probabilidades justas. Este es el único tipo de justicia que puede obtenerse si los precios pueden fluctuar, como los Escolásticos tardíos sabían que ocurría. Ellos sabían que los precios reflejan la necesidad, la escasez y los costos. No es necesario ser un economista moderno para ver que si un precio es fijado bajo el costo, los bienes no serán producidos, y si el precio es fijado cuando los bienes escasean, el poder adquisitivo será redistribuido a aquellos que se apresuren a obtenerlos.

Uno podría efectuar un planteamiento similar sobre los términos que el derecho percibe en un contrato carente de acuerdo. Un término puede imponer un riesgo en una de las partes que, si llega a materializarse, la hará más pobre. Sin embargo,

si esta parte es compensada por asumir el riesgo, no se vuelve más pobre al momento de la transacción y la otra más rica, al igual que una persona que apuesta con probabilidades justas no es en dicho momento ni más pobre ni más rica. Un ejemplo de lo que se sostiene se presenta en la responsabilidad del vendedor por la venta involuntariamente de un bien defectuoso. Tomás de Aquino sostuvo que el vendedor deber ser juzgado responsable⁽⁶⁷⁾. De manera contraria, la justicia conmutativa sería infringida si el comprador paga un precio por bienes en buenas condiciones y recibiría bienes defectuosos. El escolástico tardío Luis de Molina decía que el vendedor podría liberarse de responsabilidad si reducía el precio de venta⁽⁶⁸⁾. Entonces, el comprador pierde si se demuestra que los bienes son defectuosos, porque la reducción del precio sólo reflejaría la probabilidad de dicho evento. Pero, al momento de la transacción, el contrato sería justo, al igual que una apuesta efectuada con probabilidades justas. La reducción del precio reflejaría, de manera justa, el riesgo que el comprador estaba asumiendo⁽⁶⁹⁾.

Si las partes siempre contrataron con los ojos abiertos, entendiendo los riesgos que el contrato imponía en ellas, creo que todo contrato sería justo en el sentido anteriormente descrito. Este impondría riesgos en la parte que podría asumirlos con mayor facilidad

(64) Como ha sido subrayado por NOONAN, John. *The Scholastic Analysis of Usury*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1957; pp. 82-88; DE ROOVER, Raymond. *The Concept of the Just Price and Economic Policy*, en *Journal of Economic History*, Volumen 18. 1958; p. 418.

(65) Véase nota 7, supra.

(66) De hecho, en otro contexto, los escolásticos tardíos describieron el concepto como lo hacemos nosotros: el valor es la ganancia o la pérdida descontada por la probabilidad de que esta ocurra. Véase FRANKLIN, James. *The Science of Conjecture Evidence and Probability before Pascal* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001), pp. 286-288; GORDLEY, James. *The Rule Against Recovery in Negligence for Pure Economic Loss: An Historical Accident*, de próxima aparición en: PALMER, Vernon y Mauro BUSSANI (editores). *Recovery for Pure Economic Loss in European Tort Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

(67) DE AQUINO, Tomás. *Summa theologiae* II-II, Q. 77, a. 2.

(68) MOLINA, Luis de. *De iustitia et iure*, II, disp. 353.

(69) Creo que Molina logró explicar el problema de esa forma porque la noción de valor esperado fue conocida por la Escolástica Tardía, véase nota No. 66, supra.



James Gordley

y se le compensaría por los riesgos asumidos. Una parte podría ser capaz de asumir cierto riesgo más fácilmente que la otra en tanto que la probabilidad de sufrir una pérdida es menor, o porque es probable que tal pérdida sea menor, o porque puede asegurar o autoasegurarse frente a ese riesgo de mejor manera que su contraparte. Si cincuenta dólares compensa a una parte por asumir determinado riesgo y, en caso de verificarse, a dicha parte le costaría quinientos dólares compensar a la otra, entonces la primera de ellas estaría de acuerdo en asumir el riesgo a cambio de cincuenta dólares. Ella preferirá asumir el riesgo en lugar de pagar a su contraparte quinientos dólares, que sería el monto que debería pagársele a la segunda parte por asumir el riesgo siempre que estuviese al tanto de los riesgos⁽⁷⁰⁾.

Podríamos esbozar dos conclusiones. Primero, los términos justos no son sólo los términos que las partes atentas han redactado con ellas mismas. También lo son aquellos términos que las partes ecuanímes querrían que el derecho interprete en un contrato carente de un acuerdo expreso. Por lo tanto, podemos ver un vínculo, que eludió a los teóricos de la voluntad del siglo XIX, entre la voluntad de las partes y los términos que un tribunal interpretaría en su contrato. En el vocabulario de los escolásticos tardíos, los términos son queridos *implícitamente* por las partes. Nuevamente, según su vocabulario, si *explícitamente* quieres algo (por ejemplo, un automóvil), entonces *implícitamente* también quieres aquello que sea necesario para hacer que el carro funcione (por ejemplo, un árbol de levas) incluso si nunca has escuchado hablar de un árbol de levas. En efecto, tú querrías eso si entendieras su relación con aquello que explícitamente quieres. Si celebras un contrato, explícitamente deseas lo que acordaste de manera expresa, pero si eres ecuaníme, implícitamente querrás cualquier término que torne justo el acuerdo. Si bien no has pensado en esos términos, los aceptarías si lo hubieras hecho y en esa medida verías que

son justos. Por supuesto, una parte podría no ser ecuaníme. La parte en mención podría querer enriquecerse a costa de su contraparte. Pero esta es una intención que el derecho debería impedir.

La segunda conclusión es que si un tribunal puede ver que un contrato, en efecto, impone un riesgo en la parte que es menos capaz de asumirlo, entonces no puede ser posible que dicha parte sea compensada de manera justa por asumirlo. La otra parte habría preferido correr el riesgo ella misma en lugar de pagar la reparación. En otro lugar, sostuve que es precisamente en dichos casos donde el derecho otorga un remedio: en los Estados Unidos, en tanto que el contrato es *irrazonable*; en Alemania, porque se ha violado la *Treu und Glauben* o la buena fe; y en la Unión Europea, porque una Directiva comunitaria protege a los consumidores frente a los términos que otorgan al vendedor una ventaja desproporcionada⁽⁷¹⁾.

Así, la tradición aristotélica puede explicar de manera directa por qué el derecho debería leer, en los contratos, términos que no enriquecen a una parte a costa de la otra, y por qué debería negarle coerción jurídica a aquellos términos que sí lo hacen. Una vez más, es complicado para un economista moderno encontrar una explicación. El economista convendrá que los términos a ser evaluados en un contrato son los que las partes habrían elegido por sí mismas y que estos son los términos que imponen riesgos en la parte que puede asumirlo más fácilmente.

(70) Posner cree que la competencia producirá términos como estos, no obstante él no los describiría como justos. "Si un vendedor ofrece términos no atractivos, un vendedor de la competencia, que quiere las ventas para sí, ofrecerá términos más atractivos. El proceso continuará hasta que los términos sean óptimos". POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, p. 126. Yo no veo por qué es necesario asumir un mercado competitivo. Un monopolista cobrará más pero, si la otra parte tiene los ojos abiertos, él no ganará nada trasladando el riesgo en la contraparte, riesgo que él pudo asumir más fácilmente. Yo esperararía que el monopolista asuma el riesgo en tanto que él puede cobrar más que el costo que representa asumirlo, y más o menos por la misma razón él pondría tapicería de cuero en los carros que está vendiendo si los clientes están dispuestos a pagar un monto mayor a sus costos.

(71) GORDLEY, James, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, pp. 318-323.

Los fundamentos morales del Derecho Privado *The moral foundations of Private Law*

Pero su explicación no es justa. Su explicación se centra en que de alguna manera un costo será evitado. Posner advierte que podría ser costoso para las partes pensar previamente en todos estos términos y más barato para ellas dejar a los tribunales lo hagan más tarde⁽⁷²⁾. La razón por la que una corte otorga un remedio cuando los términos son injustos, entiendo, es que de otra forma una de las partes habría sido sometida a un gasto adicional a fin de familiarizarse con los riesgos y cargas que el contrato le impone, y luego evitándolos.

Si esta explicación es correcta, entonces no importarán los términos que un tribunal incluya o borre en un contrato, a menos que las partes, de alguna otra forma, hayan incurrido en gastos adicionales extrayéndolos del contrato o redactándolos. Pero a menudo las partes no lo hacen. Es casi un cliché que la mayoría de las personas que celebran un contrato no esperan terminar frente a un tribunal. El problema que los juristas denominan *la batalla de las formas* surge porque las partes tienen el hábito de celebrar contratos redactados por su contraparte, incluso si los términos son contradictorios. Asimismo, incluso si una decisión de una corte no afectase los costos de interpretar y redactar un contrato, difícilmente sería incierto qué hacer. Esto no debería ser diferente. Finalmente, una vez más, no creo que uno pueda explicar aquello que han hecho los tribunales durante siglos, recurriendo a percepciones recientes sobre eficiencia, proporcionada por quienes están comprometidos a encontrar explicaciones económicas de todo lo que necesita ser explicado.

Hasta el momento hablé acerca de la justicia, la cual es más fácil de explicar con la tradición aristotélica que mediante la teoría de la voluntad del siglo XIX o la moderna teoría económica. Sin embargo, formulemos la pregunta más amplia, ¿por qué hacemos cumplir los contratos? Los teóricos de la voluntad, curiosamente, no tienen una respuesta. El contrato es vinculante porque es querido por las partes. Ellos no nos dan una explicación del por qué la voluntad de las partes

debería ser respetada. Como Véronique Ramouil sostuvo, el contrato es vinculante porque es un contrato⁽⁷³⁾.

Aquellos que asumen una perspectiva económica dirán que el contrato es vinculante porque el resultado es eficiente, y definen la eficiencia en términos de preferencias. Ellos creen que uno podría medir la intensidad de las preferencias en unidades denominadas utilidades. Como Paul Samuelson advirtió cincuenta años atrás, sin embargo, muchos economistas “dejaron de creer en la existencia de toda introspectiva magnitud o cantidad de tipo cardinal o numérica”⁽⁷⁴⁾. Ellos asumen sencillamente que una persona puede jerarquizar sus preferencias: así, prefiere A en lugar de B, y B en lugar de C. Como Samuelson explica, ellos definen una *preferencia* como lo que realmente una persona elige. “Así -observa Samuelson- la conducta del consumidor es explicada en términos de preferencias, las que a su vez son definidas sólo por su conducta”⁽⁷⁵⁾.

De esta forma surge la pregunta, ¿por qué se asume que la satisfacción de preferencias es algo bueno? Esto es así porque, en la mayoría de ocasiones, ¿las personas son los mejores jueces de aquello que los coloca genuinamente en una mejor situación? Entonces, ¿qué queremos dar a entender con mejor situación? Si decimos que estar en mejor situación significa vivir una vida humana más plena y que la gente tiene la habilidad de juzgar aquello que contribuye con ello, regresamos a la tradición aristotélica.

(72) POSNER, Richard. *Óp. cit.*; pp. 104 y 105.

(73) RANOUIL, Véronique. *L'Autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. París: Presses universitaires de France, 1980; p. 72; citando a GOUNOT, Eduard. *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*. París: 1912; p. 129.

(74) SAMUELSON, Paul Anthony. *Foundations of Economic Analysis*. Nueva York: Atheneum, 1976; p. 91.

(75) SAMUELSON, Paul Anthony. *Foundations of Economic Analysis*; p. 91. De manera similar, Leff niega que esta sea una “definición circular” al decir que “lo que las personas hacen es bueno, y esta bondad puede ser determinada por lo que ellas hacen”. LEFF, Arthur Allen. *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*. En: *Virginia Law Review*. Volumen 60. 1974; pp. 451 y 458.



James Gordley

Sin embargo, muchos economistas parecen pensar que la satisfacción de preferencias resulta buena precisamente porque una preferencia es satisfecha. No importa de qué preferencia se trate. Esa es una afirmación extraña. A fin de ilustrar cuán extraña es esta afirmación, contaré una historia que admito haber compartido en más de una ocasión. El yate de cierta persona se hundía, quien indicó su posición al guarda costas, respondiéndosele que, por diversas razones, no podría ser rescatado sino hasta dentro de seis días. El hombre se subió a un bote salvavidas con un *six pack* de cervezas, las cuales eran lo único que tenía para beber. El hombre sabía (no importa cómo) que si bebía sólo una cerveza por día, viviría; pero si se acababa las cervezas de manera más rápida, moriría. Ello ocurrió, se bebió cuatro latas el primer día, dos el segundo y fue encontrado muerto el sexto día. Les pregunté a seis economistas destacados, incluido un ganador del premio nobel, si ese resultado es eficiente. Cinco respondieron afirmativamente. Sin embargo, el sexto, el premio nobel, dijo que eso no podía suceder.

Esta historia indica la distancia que existe entre el concepto de eficiencia o bienestar de estos economistas, y toda idea normal de lo que pone a las personas en una mejor situación. Como el hombre en el bote salvavidas, una persona que obtiene lo que elige podría no estar en una mejor situación, en el sentido normal del término. Pero los economistas aludidos concebían a la eficiencia o al bienestar de tal manera que, por definición, esta se veía aumentada cuando una persona elegía cualquier cosa que deseara. Sin embargo, ¿por qué debemos suponer que es bueno aumentar la eficiencia o el bienestar en estos términos?

En su obra fundamental: *On Ethics and Economics*, Sen afirmó que “la distancia de la economía y la ética ha empobrecido las economías del bienestar, y han debilitado también la base de una buena parte de la economía descriptiva y predictiva”⁽⁷⁶⁾. Sen, como parte de su programa de aproximación, distingue el *bienestar* de una persona de aquello que la hace feliz o de lo que dicha persona desea o valora. El *bienestar* es lo verdaderamente valioso. No necesitamos suponer que “*todo aquello que una persona llega a valorar (es) valioso (i) incondicionalmente, y (ii) tan intensamente como es valorada por la persona*”⁽⁷⁷⁾. En otros términos:

“El bienestar es fundamentalmente una cuestión de valoración, y mientras la felicidad y la realización de lo que uno desea, pueden ser muy bien valorados para el bienestar de una persona, estas no pueden -por sí mismas o en conjunto- reflejar adecuadamente el valor del bienestar. ‘Ser feliz’ no es ni siquiera una actividad valorativa, y ‘desear’ es a lo sumo la consecuencia de la valoración. La necesidad de valoración en la evaluación del bienestar demanda un reconocimiento más directo”⁽⁷⁸⁾.

Por lo tanto, hay una vida a ser vivida, lo cual es verdaderamente valioso, y una habilidad para ver lo que esa vida implica, aunque podamos estar equivocados. No es un accidente que Sen comience su libro citando a Aristóteles a efectos de demostrar que hay un *fin del hombre* a la cual la política debe servir y que se sirve a dicho fin haciendo uso “del resto de las ciencias, incluyendo la economía”⁽⁷⁹⁾. Sen se encuentra más cerca de la tradición aristotélica que aquel pequeño círculo de ideas modernas de las cuales él desea escapar.

Si Sen está en lo cierto, nosotros debemos evitar ese círculo para entender la economía. Si yo tengo razón, nosotros debemos hacer lo mismo para entender el derecho. Afortunadamente, para hacerlo, contamos con la ayuda de pensadores que, a través de los siglos, entendieron los fundamentos morales de la economía y el derecho de manera más profunda que nuestros contemporáneos, pero en formas que han perdido familiaridad para nosotros.

(76) SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*. Oxford: Basil Blackwell, 1987; p. 78.

(77) *Ibid.*; p. 42.

(78) *Ibid.*; p. 46.

(79) *Ibid.*; p. 3.