



La Necesidad de la Convergencia en el Derecho Privado^(*)^(**)

The Necessity of Convergence in Private Law

Richard A. Epstein^(*)**

New York University (Nueva York, Estados Unidos)

Resumen: El presente artículo describe la discusión entre Gayo y Hume con respecto a la verdadera definición de “ley natural”, concluyendo que todas leyes que regulan al hombre, con las cuales ha formado no solo el Derecho Civil de cada Estado, sino el Derecho de las Naciones, son siempre convencionales, siendo las verdaderas leyes naturales únicamente las que no han tenido intervención alguna del hombre para su creación, sino que existen por sí mismas: física, química y biología. Una vez definido esto, la investigación presenta las condiciones en las que el Derecho Privado, el cual regula las actividades cotidianas del ser humano y se ha ido creando poco a poco por la conducta de las acciones ordinarias y sin intervención de un ser superior, necesita converger con estas leyes naturales, las cuales son inamovibles, intransferibles e invariables. Las condiciones serán aplicadas a las instituciones del Derecho Privado que son parte de los rasgos universales que se comparten entre todos los seres humanos como esencia de su existencia: el matrimonio, la fuerza, la propiedad, el daño y el contrato.

Palabras clave: Derecho Privado - Derecho Natural - Derecho Civil - Convergencia - Razón natural

Abstract: This article describes the discussion between Gaius and Hume regarding the correct definition of “natural law”. It concludes that all rules that regulate man, through which he has formed not only the Civil Law of each State but also the Law of Nations, are always conventional, being the correct natural laws only those that have not had any intervention by man for their creation but exist by themselves: physics, chemistry, and biology. Once this is defined, the investigation presents the conditions under which Private Law, which regulates the daily activities of the human being and has been created gradually by the conduct of ordinary actions and without the intervention of a superior being, needs to converge with these natural laws, which are immovable, non-transferable, and invariable. The conditions will be applied to the institutions of Private Law that are part of the universal features shared by all human beings as the essence of their existence: marriage, force, property, damage, and contract.

Key words: Private Law - Natural Law - Civil Law - Convergence - Natural reason

(*) Este artículo fue originalmente publicado como: Epstein, Richard (2019). The Necessity of Convergence in Private Law. *Southern California Law Review*, 92(4), p. 751-768. La traducción estuvo a cargo de Estephany León Rodríguez, estudiante de pregrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Directora Ejecutiva de la Asociación Civil IUS ET VERITAS y ex Directora del portal jurídico IUS 360. La revisión final estuvo a cargo de Walter Humberto Vásquez Rebaza, profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) Este artículo fue preparado para una conferencia sobre la convergencia y divergencia de los sistemas legales, patrocinado por el Classical Liberal Institute, y celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York el 2 y 3 de noviembre de 2018. El autor agradece a Jeremy Rozansky, promoción 2019 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, y a Tiberius Davis y Denis Rondeau, promoción 2020 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, por su excelente apoyo en la investigación.

(***) Profesor de Derecho Laurence A. Tisch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, Catedrático Emérito Peter and Kirsten Bedford en el Hoover Institution, y Profesor de Derecho Emérito por Servicio Distinguido James Parker Hall y Profesor Principal en la Universidad de Chicago.



1. Sobre el derecho civil y natural

“Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres en parte utilizan sus propias leyes y recurren parcialmente a las que son comunes a todos los hombres; esto, en tanto lo que cada pueblo establece como ley para sí mismo es peculiar en sí mismo, y se llama Derecho Civil, por ser tan particular a ese Estado; por otro lado, lo que la razón natural establece entre todos los hombres y es observada por todos los pueblos por igual, se llama Derecho de las Naciones, al tratarse de la ley que todas las naciones emplean. Por lo tanto, el pueblo romano utiliza en parte su propia ley y en parte se vale de lo común a todos los hombres, lo cual explicaremos por separado en el momento apropiado”⁽¹⁾.

Este frecuentemente citado pasaje de Las Instituciones de Gayo suena anacrónico para el oído moderno, pero la tesis de este artículo es que, al plantear un fuerte reclamo por la convergencia entre sistemas legales diversos y separados, Gayo estableció al derecho privado en el curso correcto durante la mayor parte de dos milenios. Para Gayo, las diferencias entre los sistemas legales eran diferencias en la forma, las cuales resultan ser críticas en la operación diaria de cualquier sistema legal, pero finalmente están al servicio de fines comunes. Concretamente, todos los sistemas de derecho privado exitosos tienen como objetivo proteger cuatro relaciones fundamentales: la formación del matrimonio, la transferencia de bienes, el cumplimiento de las promesas, y el control de la violencia privada en todas sus diversas formas. Las primeras tres son susceptibles al uso de formalidades en transacciones importantes. El cuarto, obviamente, no lo es.

Esto no quiere decir que la ley sustantiva en cualquiera de estas áreas sea idéntica en todos los tiempos y en todos los sistemas legales. No obstante, el reclamo más modesto es cierto: es probable que surjan variaciones a través y dentro de los sistemas legales, como señaló el profesor Saul Levmore hace algún tiempo, sobre preguntas de segundo orden con méritos tan cercanos que resulta igualmente probable que el desacuerdo y las inconsistencias surjan⁽²⁾. Sin embargo, en asuntos que van enfocados en la supervivencia humana, esas diferencias desaparecen. Ninguna comunidad, como quiera que haya sido constituida, podría tolerar durante mucho tiempo el robo, la invasión, el asesinato, la violación o la negativa a hacer cumplir cualquier promesa comercial. En pocas palabras, el control de la agresión y el avance del comercio son demasiado importantes para admitir diferencias.

El marco legal natural aprovechó estos hechos y debe ser entendido a la luz de aquellos. No obstante, desde hace unos cien años, surgió resistencia a la formulación de Gayo. Hoy en día hay pocas frases que hacen que el abogado moderno retroceda más que las palabras “razón natural” o la cercana expresión “ley natural”. Para la mayoría de los abogados modernos, con la notable excepción del profesor John Finnis⁽³⁾, el uso del término “natural” en el discurso legal representa un gigante error categórico. Las leyes de la naturaleza son las de física, química y biología. Estas leyes tienen que ver con las relaciones entre causa y efecto en un mundo inmoral desprovisto de intereses, pasiones, emociones y deseos. Todas estas reglas se refieren a regularidades naturales, por lo que es inútil actuar como si una roca que cayera pudiera desobedecer las leyes de la gravedad. Las reglas humanas son estrictamente invenciones humanas o, como David Hume, siendo él mismo un escocés entrenado en derecho romano, dijo hace mucho tiempo: las convenciones “artificiales” estructuran las relaciones humanas⁽⁴⁾. El derecho, por lo tanto, es meramente una herramienta instrumental que permite a las sociedades gobernarse a sí mismas. No obstante, y a pesar de todos sus enredos terminológicos, la posición de Hume es una versión menos precisa de la de Gayo:

“Usted puede estar pensando que si se concede que la justicia es una invención humana entonces ella también debe ser endeble y no permanente; sin embargo, los casos son bastante diferentes. El interés en el que se funda la justicia es el más grande imaginable, y se extiende a todos los tiempos y lugares. No podría ser servido por ningún otro invento⁽⁵⁾.”

Para evitar ofender debo señalar aquí que cuando niego que la justicia es una virtud natural, estoy usando la palabra “natural” en

- (1) Gayo (1932). *The Institutes of Gaius* (S. P. Scott ed.) (S.P. Scott, trad.), 1.1. Hay un pasaje paralelo en los Institutos de Justiniano. Véase Justiniano (1913). *The Institutes of Justinian* (5ta ed.) (J. B. Moyle, trad.), 1.2.1. Oxford: Clarendon Press.
- (2) Véase Levmore, Saul (1987). Variety and Uniformity in the Treatment of the Good-Faith Purchaser. *The Journal of Legal Studies*, 16(1), p. 49.
- (3) Véase Finnis, John (2011). *Natural Law and Natural Rights* (Paul Craig, edit; 2da ed., 2011), p. 23-30. Discutiendo sobre la filosofía del derecho y la ética religiosa.
- (4) Hume, David (2017). *A treatise on human nature, book III* (Jonathan Bennett ed.), moral 257. Recuperado de: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/hume1740book3.pdf>.
- (5) Idem. p. 322.



lugar de "artificial"... En otro sentido de la palabra, ningún principio en la mente humana es más "natural" que un sentido de virtud, por lo que ninguna virtud es más "natural" que la justicia [...]. No obstante, aunque las reglas de la justicia son artificiales, no son simplemente decididas por uno o más seres humanos. Y no hay nada de malo en llamarlas "leyes de la naturaleza", si consideramos que la "naturaleza" incluye todo lo que es común a nuestra especie, o incluso si lo tomamos más estrictamente para cubrir solo lo que es inseparable de nuestra especie⁽⁶⁾.

De hecho, justo después de estas declaraciones, Hume continúa, de manera un tanto inexacta, planteando las proposiciones centrales de una sociedad justa que se ocupa de la estabilidad de la propiedad y su transferencia, temas sobre los cuales claramente deriva su clasificación básica del modelo Justiniano⁽⁷⁾ (Gayo aún no había sido redescubierto cuando Hume escribió). En *A Treatise on Human Nature, Book III: Morals*, Hume aborda "las reglas que establecen quién posee qué"⁽⁸⁾. Comienza señalando que "la estabilidad de la propiedad no es solo útil, sino absolutamente necesaria para la sociedad humana," y luego procede a abordar las reglas particulares que resuelven esa cuestión en casos individuales⁽⁹⁾. Finalmente, su lista proviene directamente de Justiniano: (1) ocupación, (2) prescripción, (3) adhesión, y (4) herencia⁽¹⁰⁾. Con estas premisas establecidas, es posible apreciar por qué la posición de Gayo (tal como fue extendida por Justiniano) tiene sentido, al ver cómo el sistema en general encaja.

Primero, ni Gayo ni Hume creen que alguna figura autoritaria histórica, ya sea divina o humana, promulgó las leyes, ni apelan a alguna teoría de la ética lógicamente necesaria para explicar el surgimiento de cualquier conjunto de reglas universales. Ninguna de las formulaciones insinúa ningún tipo de inevitable kantiano. Ambos piensan en términos de justificaciones instrumentalistas para las leyes, obtenidas a través de lenta sedimentación de la práctica consuetudinaria. Así, Hume escribe: "la regla sobre la estabilidad de la propiedad comienza a existir gradualmente, reuniendo fuerzas de una progresión lenta y de nuestra experiencia reiterada de los inconvenientes derivados de transgredirla; no obstante, eso no resta valor a su condición de convención humana"⁽¹¹⁾.

En términos políticos, esta última observación significa que la ley natural surge antes de que cualquier estado esté en condiciones de generar las reglas aplicables. A la luz de

la posición de Gayo y Hume, los críticos de la tradición del derecho natural fracasan seriamente si, habiéndose convencido de que las leyes no disfrutaban del estado de las verdades lógicas o fácticas, afirman que las leyes son dictados arbitrarios que las sociedades pueden aceptar o rechazar a voluntad. La ley natural, como concepto organizador, duró dos milenios por una buena razón: funcionó. De hecho, solo cedió durante la era progresiva en los Estados Unidos bajo el movimiento realista legal, que a menudo se basaba en la opinión incorrecta de que la naturaleza imprecisa del lenguaje dificulta la formulación de normas legales⁽¹²⁾, o desafía a implicar un conjunto de términos razonables en cualquier contrato, reglamento o constitución⁽¹³⁾. No obstante, los fundamentos naturales están basados en cosas mucho más resistentes de lo que suponen sus críticos. La ley natural permitió a las sociedades exitosas elaborar reglas legales para maximizar el bienestar humano o prosperar a la luz de las leyes de la naturaleza, incluidas las de física, química y, por supuesto, biología. La uniformidad que vemos en la organización de las prácticas de derecho *privado* refleja estas limitaciones subyacentes en la organización social.

Mi puntualización general sobre la universalidad solo se aplica al derecho *privado*, que gobierna las relaciones de los individuos comunes entre sí en un plano de paridad *antes* del surgimiento del Estado. En la práctica, el Estado bien organizado afianza estas reglas para mejorar su estabilidad en general. De hecho, esta es una visión de la ley natural que está asociada con John Locke y sus *Two Treatises of Government*. Es totalmente antitética a la visión anterior de Thomas Hobbes sobre el mismo tema, tal como fue expresada en su reconocido trabajo,

(6) Ídem. p. 260.

(7) Justiniano (1913). *The Institutes of Justinian*, 1.2.1.

(8) Hume, David (2017). *A treatise on human nature, book III*, *supra* nota 4, p. 260.

(9) Ídem. p. 260. Para una discusión sobre el contraste entre la teoría de la propiedad-trabajo de Locke y la visión tradicional sobre la ocupación expresada por Gayo, Justiniano y Hume, vea el texto *infra* que acompaña las notas 36-38.

(10) Ídem. p. 261. Para un breve comentario sobre cada una de estas cuatro, véase Barry Nicholas (1962). *An introduction to Roman Law*, p. 120-40, p. 234-41.

(11) Hume, David (2017). *A treatise on human nature, book III*, *supra* nota 4, p. 254.

(12) Véase Epstein, Richard (2016). Linguistic Relativism and the Decline of the Rule of Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 39, p. 601.

(13) Véase Epstein, Richard (2017). Our Implied Constitution. *Willamette Law Review*, 53, p. 298-299.



Leviathan⁽¹⁴⁾. Hobbes retrató la ley natural como el sistema en el que todos los individuos podían hacer lo que quisieran para promover su propio interés porque “la virtud cardinal” en el estado de naturaleza era el uso de la fuerza y el fraude durante tanto tiempo (y hasta) que uno se encuentra con la fuerte resistencia de algún poder⁽¹⁵⁾. En un estado de naturaleza, todos conservan lo que ganan sin importar cómo lo ganen. En esta sombría visión de la naturaleza humana, la formación de cualquier estado seguramente tendrá problemas por dos razones. Primero, el equilibrio se desmoronará. Mientras una persona piense que es ventajoso quedarse fuera, esta representa un peligro para todos los demás e inspirará a otros a irse, hasta el punto en que las deserciones generen el efecto “bola de nieve”. En segundo lugar, incluso si ese problema se superara, ningún líder sabrá cómo liderar porque estará desprovisto de experiencia y de juicio en los cuales confiar.

El derecho público es, o al menos puede ser, una bestia muy diferente. Éste necesariamente surge en la ciudad o el estado mucho después de que las prácticas habituales hayan creado el conjunto de reglas que lidian con éxito con la cooperación y con el conflicto entre las personas comunes, a menudo dentro de un contexto familiar. Por el contrario, cualquier sistema de derecho público, siguiendo a Hobbes, a menudo otorga primacía al poder arbitrario del soberano de quien ahora se dice que es el autor (o al menos el ratificador) de todo el Derecho Privado. El republicanismo romano desarrolló un complejo sistema de separación de poderes para protegerse contra el poder arbitrario⁽¹⁶⁾, el cual sirvió de base al constitucionalismo americano, como lo demuestran las referencias a instituciones y prácticas antiguas encontradas, por ejemplo, en *The Federalist Papers*⁽¹⁷⁾. Pero el poder arbitrario surge siempre que una persona o un grupo pequeño logra agrandar su monopolio relativo al uso la fuerza dentro de un territorio, para emplear la útil definición de Max Weber⁽¹⁸⁾. No es probable que alguien pueda idear un conjunto normativo de prácticas políticas a partir

de la máxima romana *quod principi placuit legis vigorem habet* - aquello que agrada al príncipe tiene fuerza de ley.

El derecho privado es bastante diferente debido a la ausencia de una persona dominante que pueda manipular las reglas del juego. A diferencia del formato público, el derecho privado funciona bajo una restricción incorporada de “espectador imparcial” (Adam Smith)⁽¹⁹⁾ o “velo de ignorancia” (John Rawls)⁽²⁰⁾, porque los individuos no saben si serán perpetradores o víctimas, compradores o vendedores, propietarios o personas ajenas, en cualquier transacción en particular. Por lo tanto, las personas se ven obligadas a adoptar una perspectiva neutral al formular cualquier regla. Ese proceso no necesita generar reglas eficientes. Para muchas sociedades primitivas fueron destruidas por conflictos internos, incluso antes de ser abrumadas por fuerzas externas. Sin embargo, la posición de ignorancia empuja a las personas hacia una solución eficiente: las reglas que tienden a conducir al mayor nivel de producción social. Dado que las presiones de la escasez y las imperfecciones humanas ejercen una influencia constante en las diferentes culturas, las soluciones tenderán a converger al menos en cuestiones de principios, porque es demasiado costoso ignorar las condiciones básicas de supervivencia o lo que los antiguos y los modernos dramáticamente llaman, mencionándolo manifiestamente por escrito en la tradición del derecho natural, “autoconservación”⁽²¹⁾.

(14) Hobbes, Thomas (1988). *The Leviathan*. Nueva York: Prometheus Bks.

(15) *Ídem*. p. 66. La formulación exacta de Hobbes es la siguiente:

“En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu”.

(16) Para obtener un reporte informativo sobre estas conexiones, véase Sellers, Mortimer (1994). *American Republicanism: Roman Ideology in the United States Constitution* (p. 46–49). Nueva York: New York University Press.

(17) Vale la pena señalar que *The Federalist Papers* se publicaron bajo el nombre de Publius y se referían explícitamente a las instituciones, la historia y la práctica romanas. *The Federalist*, No. 6, p. 24, 27 (Alexander Hamilton) (Buccaneer Books 1992); *The Federalist*, No. 70 p. 356, 361 (Alexander Hamilton) (Buccaneer Books 1992); *The Federalist*, No. 38, p. 182, 189 (James Madison) (Buccaneer Books 1992); *The Federalist*, No. 63, p. 321–22, 324–25 (James Madison) (Buccaneer Books 1992).

(18) Weber, Max (1991). Politics as a vocation. En H.H Gerth y C. Wright Mill (edit., trad.), *Max Weber: Essays in Sociology* (p. 77-78). Londres: Routledge. Definiendo el estado como “una comunidad humana que (con éxito) reclama el monopolio del uso legítimo de la fuerza física dentro de un territorio determinado” [énfasis en el original]. La definición de Weber necesita mucho trabajo para lidiar con la soberanía dual bajo la constitución estadounidense, para lo cual se necesitan líneas claras para separar las esferas de soberanía estatal de federal, ambas necesariamente en el mismo territorio.

(19) Smith Adam (2006). *The theory of moral sentiments*, p. 100-101. MetaLibri.

(20) Rawls, John (1999). *A theory of justice*, p. 118-125. Cambridge: Harvard University Press.

(21) Cicerón (1913). *De Officiis* 13 (T.E. Page et al. eds., Walter Miller trad., William Heinemann) (c. 44 B.C.E.).



2. Las precondiciones físicas y biológicas de la convergencia

2.1. Física y fuerza

Entonces, ¿cuáles son esas condiciones? Derivan de las reglas de la física y la biología. Comenzamos con las leyes de la física, que contienen términos como fuerza y poder que comúnmente se transfieren a cada sistema legal en funcionamiento. Esta traducción universal de la física al derecho no representa un error intelectual singular repetido infinitamente por todas las sociedades de todo el mundo. La traducción de lo físico a lo legal resuena debido a una progresión en tres etapas. Primero, la ley de la física impulsa el desarrollo del lenguaje (y su gramática universal)⁽²²⁾, que a su vez impulsa las relaciones legales, incluida la prohibición de la ley de la fuerza.

Una persona que tiene y puede ejercer fuerza contra otra tiene una gran ventaja. La amenaza del uso de la fuerza puede asegurar la capitulación de las personas que prefieren la entrega de la propiedad a la pérdida de la vida. La gravedad es una constante universal. La altura siempre es una gran ventaja, porque la fuerza de la gravedad está contigo y no contra ti, lo que pone al desvalido, literalmente, en desventaja. No es por nada que el poseedor del poder recibe el título de “su alteza”, mientras que aquellos de órdenes inferiores tienen que arrodillarse y así desarmarse. La gente se preocupa por tener que pelear una batalla cuesta arriba, y la equidad surge de una competencia en igualdad de condiciones.

El apalancamiento es importante para el poder, tal como Arquímedes dijo que lo sería. Es por este motivo que el derecho común dijo que la coacción en el sentido más estricto de la palabra siempre implica la creación de una opción – ya sea que entregues lo que posees o infligiré un daño mayor a ti, tu familia y tu propiedad. La razón por la que la coacción es inadecuada no es que niega toda elección, sino que niega, como dijo el juez Holmes, la elección que todos los individuos valoran más: la negativa de tratar con otros seres humanos al tomar caminos separados⁽²³⁾. Esta noción está integrada en una gramática universal. El nominativo se refiere a la persona que ejerce la fuerza y el acusativo a la persona o cosa a quien se dirige esa fuerza. “Me golpeó” se convierte en el modo dominante de transformación física. Esa transformación a su

vez se convierte en la causa del daño una vez que se demuestra que la transformación física de la aplicación de la fuerza reduce el valor de la persona o cosa a la que se aplica⁽²⁴⁾. Una cosa es cincelar una escultura en piedra. Otra cosa es destruirla, incluso cuando se use el mismo cincel para ambas tareas.

2.2. Biología y matrimonio

A continuación, viene la biología. Aquí el imperativo es la reproducción, para que las personas puedan sobrevivir de generación en generación. Para los seres humanos, el período de maduración siempre es lento, por lo que deben tomarse medidas para cuidar de los jóvenes mientras no puedan cuidarse a sí mismos. Para la procreación y la crianza de los hijos, las formas tradicionales de matrimonio son clave. Estas tareas requieren la cooperación de hombres y mujeres en ambas etapas, generalmente a través de relaciones monógamas, pero a menudo también mediante relaciones polígamas. Mucho antes de la creación del estado, las reglas legales crean una “obligación natural” para que los padres cuiden de los niños que dependen del vínculo genético común para mantener la relación estable a lo largo del tiempo.

En este punto, Gayo seguramente tiene razón en que el matrimonio es un arreglo social uniforme. Hume, siempre un no-escéptico, escribe sobre “el apetito natural entre los sexos, que los une y los mantiene juntos ‘como una sociedad de dos personas’ hasta que su preocupación por su descendencia los une de una nueva manera”⁽²⁵⁾. Debido a que el matrimonio es una relación importante e infrecuente (uno no se casa todos los martes), las sociedades utilizan trámites formales para delimitar las negociaciones preliminares del matrimonio real. Esa combinación de alto

En primer lugar, la Naturaleza ha dotado a todas las especies de criaturas vivientes con el instinto de autoconservación, de evitar lo que parece causar lesiones a la vida o al cuerpo, y de procurar y proporcionar todo lo necesario para la vida: comida, refugio y similares. Una propiedad común de todas las criaturas es también el instinto reproductivo (cuyo propósito es la propagación de la especie) y también una cierta preocupación por su descendencia.
Ídem.

(22) Para la mención temprana, véase Chomsky, Noam (1969). *Syntactic Structures*, p. 49-50 (8va edición).

(23) *Union Pac. R.R. v. Pub. Serv. Comm'n.*, 248 U.S. 67, 70 (Supreme Court of the United States, 1918) (Holmes, J.). “Siempre es del interés de la parte bajo coacción elegir el menor de los dos males. Pero el hecho de que se haya elegido según el interés no excluye la coacción. Esta es la característica de la coacción propiamente dicha”.

(24) Véase Epstein, Richard (1973). *Theory of Strict Liability*. *Journal of Legal Studies*, 2(1), p. 151 y 166.

(25) Hume, David (2017). *A treatise on human nature, book III, supra nota 4*, p. 251.



valor y baja frecuencia se aplica también a los testamentos y las transacciones inmobiliarias. Por lo tanto, estas transacciones también generan requisitos de formalidad, escritura y registro. Históricamente, la misma ceremonia de mancipación - un cruce incómodo entre cesión de propiedad y juicio ficticio - se aplicaba al matrimonio, a las cesiones de tierras y de animales valiosos⁽²⁶⁾. Por lo tanto, en este punto, Gayo vuelve a tener razón al notar que estas formalidades - rituales, escritos, testigos y registros - pueden variar de una cultura a otra, incluso si la institución del matrimonio no lo hace. La necesidad de formalidades se mantiene tanto cuando el matrimonio se concibe como una transacción voluntaria entre el esposo y la esposa, como cuando, como era históricamente común, se realizaba una cesión de una hija de la familia de la esposa al esposo, donde las dotes y las obligaciones de apoyo iban de la mano. Sin embargo, las formalidades a menudo se rompen, de modo que todos los sistemas legales desarrollaron reglas de respaldo, por lo general, permitiendo la perfección del título mediante un uso prolongado, ya sea por cohabitación, posesión adversa o prescripción. Eran solo estas reglas las que gobernaban al propietario "bonitario"⁽²⁷⁾. Estas son nuevamente reglas que no pueden admitir excepciones, incluso si los detalles del derecho prescriptivo varían.

2.3. Propiedad

Las leyes de la física y la biología también establecen las condiciones para la convergencia, entre sociedades, de las reglas básicas que rigen la adquisición y transferencia de propiedad. Las reglas que rigen la adquisición de propiedad privada revelan dos patrones inconfundibles y son específicas a los recursos.

Por ejemplo, en ninguna sociedad las reglas que rigen los derechos de agua son equiparables a las de la tierra, a las de los bienes muebles, y a las de los animales, que difieren en menor medida entre ellos. Los derechos de agua comienzan con la noción de propiedad común (*res commune*) en un estado de naturaleza, por el cual nadie está en condiciones de excluir a todos los demás o desviar el agua exclusivamente para su uso privado⁽²⁸⁾. Nuevamente, la física básica impulsa todos los sistemas legales del agua porque la privatización total de los ríos y caminos conduce a una balcanización interminable. El valor del agua para el transporte, para la recreación y para la

pesca se pierde si esa agua es puesta en un barril. Del mismo modo, en los sistemas ribereños, cierta eliminación del agua del río es consistente con la preservación del resto para uso común, que sigue siendo clave para el panorama general. Sin embargo, en ningún momento los principios de los derechos ribereños se basan en la lockeana "teoría de la propiedad-trabajo" sobre la adquisición de propiedades⁽²⁹⁾. Sin duda, cualquier agua extraída de un río es propiedad privada. No obstante, las reglas consuetudinarias imponen restricciones muy diferentes a las remociones, que tienen poco o nada que ver con las dos limitaciones Lockeanas estándar: dejar lo mismo de nuevo e igual de bueno - lo que bajo escasez nunca se puede lograr - o la prohibición del desperdicio⁽³⁰⁾. Todo sistema ribereño rechaza la noción de prioridad temporal para los ribereños anteriores. Está diseñado para maximizar el valor total sujeto a una restricción distributiva de paridad aproximada⁽³¹⁾.

Históricamente, la exigibilidad legal fue posterior a estas reglas de la ley natural. No obstante, el uso intensivo del agua para el transporte, la pesca y la recreación podría conducir al consumo excesivo, el que debe ser frenado sin alterar las relaciones básicas entre los diversos interesados, y la llamada doctrina de la confianza pública es una permutación moderna por la cual la Corona o el Estado se hacen cargo de la operación del río, no como un propietario externo, sino como un administrador cuyo deber es maximizar el valor del recurso para todos los interesados⁽³²⁾. Al igual que otros administradores, el administrador público está obligado por ley contra el auto-acuerdo y recibe la protección de la regla de juicio comercial para las decisiones de gestión estándar.

(26) Véase Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 1.119 (discutiendo el matrimonio); Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 2.14, 2.18, 2.22-23.

(27) Véase, e.g., Justiniano (1913). *The Institutes of Justinian*, 2.1.1-5.

(28) Véase, e.g., Justiniano (1913). *The Institutes of Justinian*, 2.1.1-5.

(29) Véase Locke, John (1979). *Locke's Second Treatise of Civil Government* (Lester DeKoster ed.), p. 26-27. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company.

(30) Ídem. p. 24 y 32.

(31) Para más discusión sobre este tema, véase Epstein, Richard (1994). On the Optimal Mix of Private and Common Property. *Social Philosophy & Policy*, 11(2), p. 17-41.

Epstein, Richard (2015). Property Rights in Water, Spectrum, and Minerals. *University of Colorado Law Review*, 86(2), p. 389 y 401.

(32) Véase Epstein, Richard (1987). The Public Trust Doctrine. *Cato Journal*, 7(2), p. 411-412.



Las reglas para la ocupación de la tierra, los animales y los bienes muebles toman la forma inversa, donde la prioridad temporal prevalece: antes en el tiempo es mejor en el derecho. ¿Pero antes de hacer qué? La regla de derecho romano y de derecho consuetudinario sobre la prioridad la relacionó con la ocupación⁽³³⁾, un término que Hume usó correctamente en su Tratado⁽³⁴⁾, junto con su sólida conciencia del estado de propiedad común del aire y el agua⁽³⁵⁾. Locke, por otro lado, comete un error cósmico al adoptar la llamada teoría de la “apropiación-trabajo”, según la cual las personas adquieren propiedades al combinar su trabajo con alguna entidad externa⁽³⁶⁾. Entonces, ¿por qué la diferencia es tan crítica? Según la teoría de la ocupación, el adquirente potencial solo necesita hacer *lo menos* posible para demarcar su propiedad del resto del mundo. Por lo tanto, el propietario no tiene que eliminar el excedente que aquel obtiene de la gestión eficiente, el uso y el desarrollo del activo para perfeccionar la titularidad sobre la tierra o la captura de un animal. Obviamente, puede haber disputas sobre cuándo se adquirió la posesión, ya sea por persecución, herida o captura. Sin embargo, estas son diferencias de bajo nivel que no reflejan cambio importante alguno en la visión del mundo, dado que, en la práctica, derivan en el mismo resultado más del noventa y nueve por ciento del tiempo⁽³⁷⁾. Por el contrario, teoría de la “apropiación-trabajo” de Locke hace parecer, erróneamente, como si la titularidad se adquiriera solo en la medida en que se agrega trabajo, una concepción decididamente marxista y en total contraste con la regla del derecho consuetudinario⁽³⁸⁾. La eficiencia relativa de las dos reglas debería ser evidente de inmediato. La teoría de la “apropiación-trabajo” da como resultado un desperdicio masivo de recursos, incentivando a los posibles interesados a trabajar tanto como sea posible para reclamar la cosa. Si se requieren \$100 de trabajo para adquirir tierras con un valor de \$100, ¿para qué trabajar siquiera en lo más mínimo?

Sin duda, una teoría de propiedad-trabajo es relevante siempre que dos o más partes, como suele suceder, contribuyan aportes de propiedad o trabajo conjuntamente a la creación de un nuevo producto. En estos casos, para obtener los incentivos correctos, la mejor solución busca normalizar la tasa de rendimiento para maximizar el excedente total de la propiedad⁽³⁹⁾. Cuando se necesitan dos barcos para varar o

capturar una ballena, la segunda tripulación tiene que dividir el valor con la primero. Del mismo modo, el buscador que informa sobre la ballena al barco que la mató recibe, por costumbre, una compensación por los servicios prestados, pero no puede quedarse con la ballena o su aceite de esperma⁽⁴⁰⁾. Una vez más, estas reglas básicas se aplican en todas partes. La principal debilidad de estas reglas es que conducen a la captura excesiva de ballenas, pero esto se maneja mejor con reglas que limitan las capturas, no alterando las reglas de adquisición. Y esas reglas institucionales que establecen límites de captura u otras formas de restricciones de caza y pesca requieren legislación o tratado para su aplicación.

También vemos una convergencia en la ley de transferencias de propiedad. Normalmente, los contratos estandarizados transfieren propiedad, pero en algunos casos, la transferencia surge por error o robo. A continuación daremos tres ejemplos. Primero, considere la situación en la que A toma posesión de la tierra que es propiedad de B. Ya sea a propósito o por error, B siempre tiene la oportunidad de recuperar esa propiedad durante un intervalo de tiempo aceptable antes de que se aplique la normativa de prescripción. No obstante, A inmediatamente obtiene un buen título frente al resto del mundo para que la propiedad no caiga en un limbo una vez que sea poseída irregularmente. Por lo tanto, si A demanda a un poseedor posterior T, T no puede defenderse mostrando que B tiene un mejor título que A. En segundo lugar, se presenta la circunstancia en la que A mezcla su trabajo o propiedad con la de B. Si A lo hace a propósito, pierde la posibilidad de reclamo. No obstante, si la acción se realiza por error, surge la pregunta de cómo

(33) Véase, Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 2.66.

(34) Hume, David (2017). *A treatise on human nature, book III, supra* nota 4, p. 262.

(35) *Idem*. p. 256.

(36) Locke, John (1979). *Locke's Second Treatise of Civil Government*, *supra* nota 29, p. 26 - 27.

(37) Véase Epstein, Richard A. (1979). Possession as the Root of Title. *Georgia Law Review*, 13, p.1221 y 1230.

(38) Para la discusión, véase Epstein, Richard A (2018). The Basic Structure of Intellectual Property Law. En R. Dreyfuss & J. Pila (edit.), *The Oxford Handbook of intellectual property law* (p. 25, 27-36). Oxford: Oxford University Press.

(39) Para reglas sobre divisiones de ballenas, véase Ellickson, Robert C. (1881). *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes* (p. 191-206). Cambridge: Harvard University Press; Holmes, Oliver W. (1881). *The Common Law* (p. 198-199). Recuperado de <http://quidprolaw.com/>.

(40) Véase *Ghen v. Rich*, 8 F. 159, 162 (D. Mass. 1881).



respetar los aportes de ambas partes. Cuando la unión se puede deshacer fácilmente, es mejor volver al status quo ante. Pero cuando la fusión no se puede deshacer, la ley asigna la cosa a una de las partes – generalmente a quien agrega un componente distintivo, prefiriendo, por ejemplo, al escultor sobre el proveedor de la piedra – pero le da a la otra parte una compensación justa por el material transferido.

La última es la situación común en la que A toma los bienes de B y se los vende a C. Si C sabe que los bienes son robados, tiene que devolvérselos al propietario. Si no lo hace, existen reglas complejas para determinar si A o C prevalecen, y estas reglas difieren tanto entre como a través de las sociedades. Sin embargo, nadie protege al ladrón. La uniformidad de la ley natural básica se mantiene firme.

2.4. Daños (Responsabilidad Civil)

Esta preocupación por fuerza se encuentra transversalmente en la ley; por ejemplo, en la formación del derecho de daños, la agresión física es siempre el mayor peligro para la paz social. Por lo tanto, la temprana ley inglesa de las inmisiones comienza abordando la aplicación directa de la fuerza de una persona a otra. Esa regla se aplica a una persona que pone su mano sobre otro cuerpo, lo cual en el Derecho Romano llevaba consigo el evocativo nombre de *corpore corpori*, o “por el cuerpo al cuerpo”. Pero en este punto de partida, las mismas extensiones tuvieron lugar tanto en los sistemas del Derecho Romano como en los sistemas del common law. Si tocas la ropa en el cuerpo, también tocas el cuerpo. Y si usas un palo, la transmisión de fuerza se extiende desde la mano a través de un objeto fijo. Las flechas y las balas son la aplicación directa de la fuerza, incluso si ya no están al alcance del arquero o tirador, ya sea que el golpe haya sido directo o haya sido sólo un rebote que cambió la dirección de la flecha o la bala.

Por lo tanto, la extensión casuística está ahora vinculada a la física. La causalidad en la ley, como en la vida, no tiene nada que ver con alguna abstracción filosófica sobre las condiciones “necesarias” y “suficientes”. La universalidad de la física explica por qué las leyes de la naturaleza tienen una conexión tan estrecha con la ley natural. La realidad física se traslada necesariamente a la gramática de cada idioma mediante el uso de una lista familiar de verbos transitivos: golpear, tirar, pegar, patear, con un sujeto y un objeto directo. De hecho, en algunos casos complejos, tanto el inglés como el latín usan el hiper-transitivo de la forma “A hizo que B golpee a C”, donde B es tanto actor con respecto a C como objeto con respecto a A. B generalmente se representa en el acusativo para que A tenga la responsabilidad final. Las decisiones legales difíciles

surgen cuando A está fuera de la escena de manera que B se convierte en la única fuente de alivio de C – una situación demasiado infrecuente al tratar con daños físicos como para desestabilizar cualquier sistema legal.

Este reporte incompleto prepara el escenario para muchas complicaciones, de las cuales solo mencionaré algunas. La primera implica causalidad conjunta, que en este modelo estrecho ocurre cuando $F1 + F2$ se combinan, aditivamente, para causar el daño. Ahora, decidir la responsabilidad individual es mucho más difícil cuando se debe satisfacer un nivel mínimo de fuerza, F_x , antes de que se produzca un daño físico – digamos la rotura de la piel o los huesos. Por lo tanto, no existe un mecanismo claro de distribución entre dos fuerzas, donde $F1 > F2$, cuando la fuerza mínima necesaria para el daño es menor que $F1 + F2$ ¿Es sólo una de las personas responsable del todo, o debería dividirse la pérdida? Y si es así, ¿cómo? Al presente, las leyes de la física no explican la separación entre las partes, incluso si todas estas cantidades se conocen con precisión⁽⁴¹⁾. El problema adquiere una aplicación especial, nuevamente en todos los sistemas, cuando $F1$ es suministrado por el demandante y $F2$ es suministrado por el demandado – en otras palabras, sobre cómo la causalidad contributiva se relaciona con la negligencia contributiva⁽⁴²⁾. Sin importar el sistema legal, este problema de causalidad conjunta no es avanzado por la estrategia común, si es ilícita, de convertir un problema de física en un problema pseudo lógico, al preguntar si $F1$ o $F2$ es condición necesaria o suficiente. Esta formulación se descompone a medida que aumenta el número de fuerzas contribuyentes, disminuye su tamaño relativo, y las fuerzas puramente naturales contribuyen al daño general.

Las reglas que rigen la fuerza dejan una enorme brecha en todo sistema legal: cuando termina la aplicación de la fuerza directa, ¿qué sucede con la teoría de la causalidad? Para el modernista que piensa en términos

(41) Para una galante exploración de estas complicaciones, véase generalmente a Rizzo, Mario & Arnold, Frank (1980). Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory. *Columbia Law Review*, 80(7), p. 1399.

(42) Para mayor discusión respecto a este problema en particular, véase Epstein, Richard (1974). Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability. *The Journal of Legal Studies*, 3(1), p. 165, 179-80.



de causalidad “a no ser por”, esta pregunta no merece una segunda reflexión. Sin embargo, la teoría del “a no ser por” se descarrilla porque comienza en el extremo equivocado. Todas las teorías serias de causalidad surgen de la causalidad directa, no funcionan desde teorías de causalidad salvajemente remotas. Nadie afirma que “si no fuera por el descubrimiento (negligente) de América por parte de Colón, este accidente nunca habría sucedido”, razón por la cual la causalidad “a no ser por” no tiene acogida en los sistemas del civil law que parten de los casos *corpore corpori*⁽⁴³⁾. En cambio, los argumentos causales se extendieron históricamente a través de la “acción análoga” – la *actio in factum* – para abordar casos que los romanos llamaron “*causam mortis praestare*”, o proporcionar una causa de muerte⁽⁴⁴⁾. El caso paradigmático fue darle veneno a alguien quien lo bebió por su libre albedrío sin saber que era veneno. De la misma forma, en los casos en los que una persona coloca una trampa para otra – es decir, una condición oculta que aparentaba seguridad – en la que una tercera persona cayó, también aquella fue considerada responsable a pesar de que la fuerza directa provenía de la acción de la gravedad sobre el cuerpo de la persona. Ninguno de estos casos involucra la aplicación directa de la fuerza. Pero en todos los sistemas la acción errónea del demandante no rompe la cadena causal, como algunos “*novus actus interveniens*”, o un acto nuevo e interpuesto. Este argumento no es particular del Derecho Romano, ya que la misma transformación tuvo lugar en el Derecho Inglés temprano con el surgimiento de la *action on the case* – en otras palabras, para hechos particulares – donde el ejemplo común era un caballo tropezando con un tronco dejado en el camino⁽⁴⁵⁾. La inocente aplicación de fuerza del demandante no rompe la conexión causal con la condición peligrosa subyacente.

Cuando se combinan, estas dos teorías de causalidad explican el daño causado por la molestia, como con la liberación de olores o vapores escandalosos que salen de la propiedad del demandado – algunos directamente y otros no. Estas molestias pueden ser asuntos en expansión, que ejercen una fuerte presión sobre las demandas privadas, de modo que los remedios administrativos tienden a dominar (excepto en los casos de descargos concentrados de algunas personas contra unas pocas personas). No obstante, dado que estas permutaciones se basan en hechos físicos

indiscutibles, las variaciones sustantivas entre los sistemas legales son menores, incluso si los dispositivos formales de unión o regulación difieren, al menos en el nombre, tal como Gayo predijo⁽⁴⁶⁾.

2.5. Contratos

La ley de contratos facilita las ganancias provenientes de la cooperación y el intercambio. El primer elemento de este proyecto, por supuesto, es crear algún acuerdo entre dos (o más) partes. En algunos casos, esto es fácilmente logrado con un mínimo de molestias e incomodidades, especialmente en los casos de intercambio rápido de bienes y servicios de bajo valor, donde la velocidad es esencial y las formalidades no son importantes. No obstante, muchas transacciones, como el matrimonio, la venta de tierras, la formación de organizaciones complejas, son de mayor valor y duran mucho más. En estas situaciones, la segunda parte de la regla general de Gayo, que trata sobre la formalidad, entra en juego para garantizar la validez de la transacción. Anteriormente he mencionado el uso romano de la mancipación para la transferencia de tierras, ciertos animales y esclavos⁽⁴⁷⁾, así como para el matrimonio⁽⁴⁸⁾. En la Inglaterra medieval, la *livery of seisin* era una forma estándar para la transferencia de tierras, al menos antes de ser reemplazada por las escrituras bajo el *Statute of Frauds*⁽⁴⁹⁾. De manera similar, en derecho contractual, los romanos requerían el emparejamiento de un sistema explícito de preguntas y respuestas para las estipulaciones – contratos unilaterales que se usaban para la creación de deudas y la entrega de bienes⁽⁵⁰⁾. Estas formalidades varían, por supuesto, con el tiempo y la tecnología. Ningún contrato romano fue verificado por firma electrónica.

(43) Para la discusión, véase Zimmerman, Einhard (1990). *The law of obligations: Roman Foundations of the civilian tradition* (p. 988-96). Oxford: Oxford University Press.

(44) Mommsen, T.; Krueger, P. y Watson A. (1985). *The Digest of Justinian 9.2.6–8 (Ulpian, Ad Edictum 18)*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

(45) Véase, e.g., *Reynolds v. Clarke* (1725) 92 Eng. Rep. 410, 412–13 (KB).

(46) Véase, e.g., Restatement (Second) of Torts § 433B (American Law Institute. 1965).

(47) Véase, Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 2.15–18.

(48) *Idem*. 1.119.

(49) Véase Willis, Hugh E. (1928). The Statute of Frauds—A Legal Anachronism. *Indiana Law Journal*, 3(6), p. 427 y 436.

(50) Véase Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 2.92–116.



Para nuestros propósitos, lo que importa es la lógica uniforme que determina el uso selectivo de las formalidades. Todos los contratos están sujetos a disputas sobre el lenguaje contractual y la ejecución. Cualquier sistema de formalidad intenta limitar las posibilidades de error y fraude mediante el uso de precauciones generales antes del evento. Tales formalidades ayudan a minimizar la presión sobre los costos de resolución de disputas posteriores a la formación, al lidiar, entre otras cosas, con los molestos problemas de error, fraude y coacción que podrían surgir durante la vigencia de un contrato⁽⁵¹⁾. En general, el ideal es minimizar la suma de los costos de administración ex ante y ex post, y reducir la incertidumbre sobre la vigencia de una transacción. Esto generalmente se realiza mediante precauciones ex ante, tanto en el momento de la formación como a lo largo de la ejecución (por ejemplo, exenciones de gravámenes)⁽⁵²⁾. Tomando en cuenta que estas formalidades nunca tienen la intención de limitar los términos sustantivos del acuerdo, ya sea en el precio, la definición del tema, o las condiciones, y por lo tanto son muy diferentes de las regulaciones (por ejemplo, el salario mínimo o el control de la renta) que imponen limitaciones sustantivas en los términos de las transacciones y, por lo tanto, en las posibilidades de ganancias del comercio. Las sanciones correctivas exactas contra las diversas partes seguramente pueden variar – considere la no ejecución, daños y castigos penales –, pero los derechos básicos permanecen notablemente constantes en todo momento.

Sin duda, existen algunas limitaciones sustantivas apropiadas, las cuales generalmente están vinculadas a externalidades contra terceras personas que se correlacionan con los costos sociales. Los dos candidatos más destacados son los contratos – ahora llamados concertaciones – para usar la fuerza contra terceros, y, en tiempos más modernos, los contratos que imponen restricciones irrazonables al comercio⁽⁵³⁾. Las reglas contra las concertaciones para cometer asesinatos o robos se aplican rigurosamente, precisamente porque los beneficios evidentes de la cooperación entre los coconspiradores *aumentan* la probabilidad y la gravedad de una externalidad negativa admitida y, por lo tanto, tienen que frenarse.

Una vez que se responde a la pregunta de formalidad, comienza la cuestión de la clasificación de los contratos, y

aquí también se cumple la distinción romana entre los contratos *bona fide* (de buena fe) y *stricti iuris* (derecho estricto). La línea aquí se ilustra de mejor manera con los casos extremos. El riesgo real en un contrato de préstamo es la falta de pago, para lo cual hay pocas o ninguna excusa. Entonces, la regla general es tener una ley estricta sujeta a una serie de excepciones limitadas, cada una de las cuales tiende a ser especialmente alegada. No obstante, en un contrato de venta, alquiler o cualquier combinación entre ellos (por ejemplo, un contrato de alquiler, con opción de compra), las obligaciones son mucho más fluidas, y la secuencia de desempeño en asuntos como la inspección o entrega son más difíciles de identificar. La limitación *bona fide* deja en claro que se requiere un comportamiento cooperativo óptimo, pero, en ausencia de un conocimiento claro de qué pasos se deben seguir, la ley se retira a una perspectiva más global⁽⁵⁴⁾. Por lo tanto, la disposición básica de buena fe utiliza su capacidad generativa para articular ciertos términos que ayudan a la eficiencia. Por ejemplo, las garantías de título protegen contra reclamantes superiores, mientras que las garantías de comerciabilidad cubren defectos en la condición del producto vendido, y ambas se transfieren a la ley moderna en su forma original⁽⁵⁵⁾.

Los contratos complejos también plantean una secuencia de problemas de rendimiento en los que el rendimiento del vendedor, por ejemplo, depende del cumplimiento de ciertas condiciones por parte del comprador. Por ejemplo, yo no tengo que entregar un electrodoméstico grande en su hogar a menos que haya un modo seguro de entrada. A medida que aumentan las combinaciones, el árbol de decisiones se vuelve más crítico,

(51) Véase Fuller, Lon L. (1941). Consideration and Form. *Columbia Law Review*, 41(5), p. 799-801.

(52) Epstein, Richard (2016). Compounding Errors: Why Heightened Regulation and Taxation Are Bad Antidotes for Recessions and Income Inequality. *Theoretical Inquires in Law*, 17(2), p. 711, 723-24.

(53) Véase *Mitchel v. Reynolds* (1711) 24 Eng. Rep. 347, 347 (Q.B.); véase también *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 72-77 (1911) (trasladar el límite de restricciones irrazonables al comercio en los tiempos modernos).

(54) Véase Gayo (1932). *The Institutes of Gaius*, 3.137.

Asimismo, en los contratos de esta descripción, las partes son recíprocamente responsables, porque cada una es responsable ante la otra de realizar lo que es correcto y justo; mientras, por otro lado, en el caso de obligaciones verbales, una parte estipula y la otra promete; y, al presentar reclamos, una parte crea una obligación al hacerlo, y la otra se hace responsable.
Ídem.

(55) U.C.C. § 2-312 (American. Law Institute. 2018) (addressing title); *Id.* § 2-314 (abordando la comerciabilidad).




y para cada desviación de la norma, se podría hacer una pregunta: si la parte en incumplimiento tiene la opción de reparar, si los daños o el rechazo o ambos son apropiados, y así sucesivamente. Estos y otros acuerdos similares surgen a menudo en las leyes de ventas, alquileres, agencias y asociación. Se requiere cooperación en todas partes.

El asunto se hace más difícil porque la incompletitud de los términos es una característica fija de la contratación. Sin embargo, una vez que la descarga por desempeño no está completa, uno tiene que lidiar con las excusas implícitas – error y frustración – y la elección de remedios. Idealmente, estos problemas se resuelven mediante una disposición explícita, y eso sucede cuando un problema es recurrente y grande. En cuanto a los daños, la restitución, la dependencia y los daños por expectativas cubren muchos casos⁽⁵⁶⁾, pero, más enfáticamente, *no* es el caso de daños consecuentes después de la violación – por ejemplo, las ganancias perdidas que surgen cuando una pequeña parte de un avión funciona mal, inhabilitando la nave⁽⁵⁷⁾. Por lo tanto, para eliminar la necesidad de abordar cuestiones complejas de mitigación, se hace necesario elaborar términos particulares que establezcan la responsabilidad inicial (o máxima) por incumplimiento en los contratos de transporte de mercancías. La formalidad estándar requiere una suma designada que es pequeña en relación con los daños totales, pero bastante relevante para el precio del contrato de transporte. Esto brinda cierta garantía de entrega a la parte cuyos productos se envían, y un fuerte incentivo para la parte que recibe y utiliza los productos para tomar medidas para mitigar los daños, lo que a menudo implica el envío de los mismos productos por un transportista diferente a través de una ruta diferente. Nuevamente,

estos problemas no están sujetos al tiempo y al lugar; la convergencia tiende a sobrevivir en los tiempos modernos, a menos que, por supuesto, sea desplazada por el estatuto.

3. Conclusión

La progresión de este artículo se ejecuta de la siguiente manera. Es evidente que los seres humanos tienen algunos rasgos en común y algunos en los que difieren. Los rasgos comunes conducen a cada sociedad a reglas que comprenden que todas las personas temen a la muerte mediante el uso de la fuerza y deben protegerse contra esas formas de agresión y sus sustitutos cercanos – por ejemplo, envenenando o colocando trampas. También significa que deben tener formas de casarse y reproducirse las cuales, bajo los principios del amor natural y el afecto, lleven a los padres a cuidarse mutuamente y, en el otro sentido de cuidado, cuiden a sus hijos. La ley de propiedad debe regular la adquisición, el uso y la transferencia de varios tipos de recursos. El derecho contractual facilita la obtención de las ganancias del comercio al reforzar la seguridad de las transacciones, a menudo mediante el uso de formalidades que reducen el costo general de la ejecución contractual. Los casos difíciles están siempre presentes en los márgenes, pero para la gran mayoría de las transacciones rutinarias, las reglas legales son relativamente constantes en el tiempo y espacio.

Esta colección de reglas y prácticas se desarrolló sin tener en cuenta alguna teoría consciente de la utilidad o de la maximización de la riqueza, conceptos que fueron extraños durante gran parte de nuestra historia legal. No obstante, los antiguos tenían una concepción del florecimiento humano que proporciona el vínculo necesario entre la teoría del derecho natural y el utilitarismo⁽⁵⁸⁾. La traducción no es tan difícil de ver. El florecimiento parece un término biológico que se aplica al bienestar individual, pero es fácil transformarlo en un concepto social al notar que el florecimiento de uno no puede surgir atacando al cuerpo o propiedad de otra persona, o incumpliendo promesas. El esfuerzo para asegurar el florecimiento humano de todos anticipa la opinión de que todos los cambios sociales deberían buscar las mejoras de Pareto siempre que sea posible⁽⁵⁹⁾, con solo excepciones estrechas en casos de desequilibrio extremo⁽⁶⁰⁾. Hace mucho tiempo que defiendo esta opinión, y aún no he visto cualquier evidencia poderosa o sistemática de lo contrario. 

(56) Véase Fuller, L. & Perdue, W. (1936). The Reliance Interest in Contract Damages. *The Yale Law Journal*, 46(3), p. 52, 53–57.

(57) Véase Epstein, Richard (1989). Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract. *The Journal of Legal Studies*, 18(1), p. 105-108.

(58) Véase Epstein, Richard (2015). From Natural Law to Social Welfare: Theoretical Principles and Practical Applications. *Iowa Law Review*, 100(4), p. 1743 y 1772. [en adelante: Epstein, Richard (2015). From Natural Law to Social Welfare].

Véase Epstein, Richard (1989). The Utilitarian Foundations of Natural Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 12, p. 719-729.

(59) Epstein, Richard (2015). *From Natural Law to Social Welfare*, supra nota 59, p. 1766-1772.

(60) Quizás el caso más dramático en el que los derechos de propiedad anteriores fueron anulados debido a las enormes diferencias generales en la producción fue Coffin v. Left Hand Ditch Co. (1882), 6 Colo. 443.