

# Justicia correctiva y derecho contractual\*



**Martín Hevia\*\***

Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, Argentina

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 5 de abril de 2010

## RESUMEN

Este artículo sugiere que los aspectos centrales del derecho contractual en jurisdicciones diversas pueden explicarse en función de la idea de justicia correctiva. El artículo está dividido en tres partes. La primera distingue entre justicia correctiva y justicia distributiva. La segunda parte describe el derecho contractual. Finalmente, la tercera parte se concentra en las acciones por incumplimiento contractual y en cómo reflejan la idea de justicia correctiva.

**Palabras clave:** derecho contractual, justicia correctiva, justicia distributiva, acciones por incumplimiento contractual, *common law*, derecho civil.

Para citar este artículo: Hevia, Martín, "Justicia correctiva y derecho contractual", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, 12,(1), pp. 35-48.



\* Las ideas básicas de este ensayo son parte de la tesis doctoral del autor titulada: *Separate Persons Acting Together – A Theory of Contract Law*.

\*\* Director de la carrera de Abogacía y profesor asistente de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella; doctor en Derecho, Faculty of Law de University of Toronto.  
Correo electrónico: mhevia@utdt.edu

# Corrective Justice and Contract Law

## ABSTRACT

This article suggests that the central aspects of contract law in various jurisdictions can be explained within the idea of corrective justice. The article is divided into three parts. The first part distinguishes between corrective justice and distributive justice. The second part describes contract law. The third part focuses on actions for breach of contract and within that context reflects upon the idea of corrective justice.

**Key words:** contract law, corrective justice, distributive justice, damages for breach of contract, common law, civil law.

## INTRODUCCIÓN

En este ensayo me propongo mostrar que los aspectos centrales del derecho contractual en diversas jurisdicciones pueden explicarse en función de la idea de justicia correctiva. Más allá de algunas diferencias de detalle, sugeriré que la estructura del derecho contractual es similar tanto en las jurisdicciones que siguen la tradición del derecho civil francés –tales como la argentina–, como en las jurisdicciones que siguen la tradición del *Common Law* –como la del Reino Unido y Estados Unidos–.

Mi ensayo está dividido en tres partes. En la primera introduzco la distinción entre justicia distributiva y justicia correctiva, en la segunda explico aspectos fundamentales del derecho contractual y, finalmente, en la tercera sugiero que la estructura de las acciones por incumplimiento contractual muestra en qué sentido el derecho contractual puede entenderse en función de la justicia correctiva. En la conclusión, sugiero modos diferentes de entender el rol del derecho de los contratos desde la justicia distributiva.

## 1. JUSTICIA CORRECTIVA Y JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La formulación más famosa de las ideas de justicia distributiva y correctiva es la de Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*. La mayor parte de los autores que discuten tales nociones comienzan sus discusiones haciendo referencia a la formulación aristotélica. En el libro V de la *Ética*, Aristóteles presenta tales ideas como dos *formas* de justicia diferente.<sup>1</sup> En la justicia distributiva se



<sup>1</sup> Gardner, John. *The Purity and Priority of Private Law*. 46 U.T.L.J., 1996, pp. 459-468. Es importante no cometer el error de pensar que los principios aristotélicos de “justicia formal” son principios de “justicia sustantiva” como si Aristóteles tuviera una preferencia por la “justicia meramente formal”. El objetivo de

reparte algo con el fin de que cada ciudadano reciba una porción de lo que tenga que distribuirse en función de cierto criterio de distribución seleccionado.<sup>2</sup> Por el contrario, la justicia correctiva tiene que ver con la justicia en las relaciones interpersonales: las relaciones contractuales son un ejemplo de este tipo de relaciones.<sup>3</sup>

Permítanme desarrollar más esta distinción entre justicia distributiva y justicia correctiva. Para Aristóteles, la justicia distributiva “se manifiesta mediante distribuciones de honor o de dinero u otras cosas que deben dividirse entre todos los que tienen algún derecho de acuerdo con la constitución”.<sup>4</sup> Ahora bien, tal como explica Aristóteles, cada sociedad en particular es la encargada de decidir qué principio de justicia distributiva es consistente con su régimen político. Así, por ejemplo, las democracias favorecerán un principio que establezca que las cargas y los beneficios deben repartirse igualmente. En cambio, los regímenes aristocráticos dividirán los bienes en función de la “excelencia” y, en una oligarquía, el mero hecho de ser poderoso y de ser rico cuenta como una razón para recibir todavía más poder y dinero.<sup>5</sup> La gente recibe un trato igualitario si la distribución de las cargas y beneficios se hace en función del criterio elegido, cualquiera sea el criterio en cuestión. Si hay desigualdad en la distribución, ello tiene que deberse a que el criterio de justicia distributiva elegido por la sociedad en cuestión así lo establece. Aristóteles llama a este tipo de igualdad “igualdad geométrica”. La justicia distributiva es la matemática de la división de un pastel. Una vez que las personas reciben lo que les corresponde, tienen “lo suyo”.

El modo en que presenté la idea aristotélica de justicia distributiva puede llevar a la conclusión equivocada de que las concepciones de la justicia distributiva sólo pueden ser “estáticas”. En otras palabras, el lector puede caer en la tentación de llegar a una de las siguientes conclusiones: por un lado, podría pensarse que una vez que establecemos cuál es la distribución ideal y una vez que se distribuyen las cargas y beneficios en función de tal ideal, todo el trabajo relevante está hecho. Por el otro lado, “distribución estática” puede también sugerir que la distribución ideal tiene que mantenerse todo el tiempo. Para ambas interpretaciones de “distribución estática”

---

Aristóteles era, simplemente, analizar las diferentes formas que la justicia puede adoptar –distributiva, correctiva, etc. –.

<sup>2</sup> Benson, Peter. *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*. 77 Iowa L. Rev., 1992, pp. 515-535.

<sup>3</sup> Tomás de Aquino, por ejemplo, describe a la justicia distributiva como la relación entre el todo y la parte y a la justicia correctiva como el orden existente en las relaciones entre las partes. Ver: Aquinas, Thomas. *Summa Theologica* II-II, Q. 61, Art. 1.

<sup>4</sup> *Ética a Nicómaco*, citada en: Gordley, James. *Equality in Exchange*. 69 Cal. L. Rev., 1981, pp. 1587-1589.

<sup>5</sup> Aquí sigo la interpretación de James Gordley.

el problema es el mismo: ¿qué ocurre con la distribución una vez que las personas usan, consumen, etc. los bienes que recibieron? Este problema no está presente en el ejemplo que nos da Aristóteles, que hace referencia a la distribución del poder para gobernar: el poder para gobernar no es algo que pueda usarse o consumirse en el sentido en que empleo el término aquí. Sin embargo, el modo en que presento el enfoque aristotélico puede dar lugar a criterios de justicia distributiva que tengan que enfrentarse con este problema. Si adoptamos la primera interpretación de “teorías estáticas”, el hecho de que la gente intercambie sus bienes, o que los destruya, es irrelevante porque una vez que se distribuyen ya cumplimos con la obligación de hacerlo equitativamente. El problema lo tiene la segunda interpretación de “teoría estática”. Supongamos que tengo derecho a recibir una porción específica de una torta. Supongamos, también, que soy el único que come su porción. Todos tienen su porción y yo no la tengo porque la comí. En función de tal estado de cosas, ¿tengo derecho a que el resto me dé una parte de su porción de modo tal que se mantenga la distribución ideal? Supongamos ahora que le regalo al lector mi porción de torta. En tal caso, ¿tiene usted la obligación de devolvérmela? ¿Tengo la obligación de aceptar su devolución?<sup>6</sup>

A pesar de estas preocupaciones, la mayoría de las teorías de la justicia contemporánea son “dinámicas” antes que “estáticas”. En otras palabras, son teorías que no promueven una distribución justa en particular a cualquier costo. La mayoría de estas teorías da razones a favor del diseño de *estructuras institucionales* que les permitan a los individuos hacer lo que quieran con los bienes que reciben. En consecuencia, las distribuciones que promueven este tipo de teorías son compatibles con diversas distribuciones de los bienes en un momento en particular. Un ejemplo famoso de este tipo de teoría es la teoría de la justicia distributiva de John Rawls, “justicia como equidad”. Según ésta, las personas reciben –lo que él llama– “bienes primarios” –esto es, bienes que, con independencia del plan de vida particular que cada uno de nosotros prefiera para sí, todos necesitamos para llevar adelante nuestros planes–. Entre tales bienes incluye al ingreso y a la riqueza en general. Para Rawls, esos bienes importan porque son una muestra de la idea de igual libertad, esto es, importan porque permiten que las personas adopten y persigan sus propias preferencias. Precisamente, el sentido de darles a las personas tales bienes es que éstas puedan disponer de ellos libremente, sin que los individuos tengan que preocuparse por los efectos distributivos que



<sup>6</sup> Robert Nozick se refiere a este tipo de teorías de la justicia como “teorías pautadas”. Ver: Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, New York, 1974. Para un análisis de la teoría de la justicia de Nozick, ver: Hevia, Martín y Ezequiel Spector. *The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument*. 34 *Social Theory and Practice* 533, 2008.

sus decisiones puedan tener. Ahora bien, puesto que el resultado agregado de las diferentes transacciones que los individuos celebran podría ser una gran desigualdad distributiva, la redistribución de recursos es necesaria para que los individuos sigan interactuando entre sí en condiciones de igualdad. Pero, como no hay una distribución estática que deba mantenerse a cualquier costo, no es cierto que sea necesario interferir directamente con las transacciones que estos celebran. La teoría de la justicia de Rawls es un ejemplo de lo que él mismo llama “justicia pura de fondo” (*pure background justice*): cuando hay instituciones justas, el resultado al que se llegue, cualquiera sea, será un resultado justo.<sup>7</sup>

Voy a referirme ahora a la justicia correctiva. A diferencia de la justicia distributiva, la justicia correctiva es la justicia en las interacciones interpersonales.<sup>8</sup> En los términos de Tomás de Aquino, no es la justicia entre el todo y las partes sino la justicia en la relación entre las partes. La justicia correctiva simplemente se concentra en la reparación de los daños que alguien sufre injustamente. Por ejemplo, si A, que no tiene un buen pasar, choca el auto de B, que es millonario, la justicia correctiva ofrece razones para que A compense a B, con independencia de la situación económica relativa en la que pueda estar cada uno de ellos. La justicia correctiva se concentra en las interacciones entre las personas y ofrece razones para colocar a las partes en la posición en que estarían, o hubiesen estado, si la interacción no hubiera tenido lugar. La justicia correctiva, entonces, protege la propiedad de cada uno de nosotros *vis à vis* las acciones de los demás. Pero la justicia correctiva no ofrece criterio alguno para determinar si es legítima la distribución de los bienes en una sociedad. Esta última cuestión es una cuestión de justicia distributiva, no de justicia correctiva.

Para Aristóteles, la justicia correctiva implica una idea de igualdad “aritmética” –por oposición a la igualdad geométrica de la justicia distributiva–. Tal como explica Aristóteles, para la justicia correctiva “es irrelevante que una persona decente le quite a una indecente, o una indecente a una decente... En vez, el derecho se fija simplemente en las diferencias en el daño, y trata igualmente a las personas involucradas cuando uno comete una injusticia y otro la padece, y uno causó el daño y el otro lo padece”.<sup>9</sup> La justicia correctiva trata como iguales a las partes que interactúan como iguales



<sup>7</sup> Ver, por ejemplo: Rawls, John. *Justice as Fairness -A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 2001, pp. 52-54.

<sup>8</sup> Aristóteles y otros autores hacen referencia a las interacciones personales como “transacciones”.

<sup>9</sup> Aristóteles, *op. cit.*, pp.1132a2-1132a6.

con base en una forma de igualdad que no toma en cuenta ningún criterio basado en mérito, necesidad o cualquier otra característica “distributiva”.<sup>10</sup>

Uno de los modos en que las personas interactúan es celebrando contratos. Cuando dos o más individuos celebran un contrato, las partes voluntariamente crean derechos y obligaciones que no tenían antes del acuerdo contractual. En la próxima sección me concentro en el derecho contractual y en su interpretación fundada en la justicia correctiva.

## 2. EL DERECHO CONTRACTUAL

Los contratos hacen nacer derechos y obligaciones correlativas entre las partes. Se trata de nuevos derechos y obligaciones en el sentido de que no son como las obligaciones propias de la responsabilidad extracontractual, que obedecen a nuestra obligación general de no dañar a los demás y, en particular, de la obligación de respetar el derecho a la seguridad y a la libertad de los demás. En algún sentido, sin embargo, los derechos y obligaciones contractuales nacen porque existen otros derechos y obligaciones anteriores. Así, para que yo pueda obligarme a cortar el pasto de su casa, debo tener derecho a disponer libremente de mi capacidad para hacerlo. Debo tener, entonces, en primer lugar, la posibilidad física de hacerlo y, también, debo tener un derecho a comprometerme a hacerlo. Tal derecho, a su vez, debe estar reconocido por el ordenamiento jurídico. Si incumplo con mi obligación, tendré el deber de compensarlo. Ahora bien, supongamos que hoy me comprometo a cortar mañana el pasto de la casa del lector. Supongamos, también, que estoy seguro de que mañana voy a estar preso –cometí, digamos, algún delito menor– y que, en realidad, no voy a poder cortar el pasto mañana. En tal caso, no sólo no tendré la capacidad física para hacerlo sino que tampoco tengo el derecho a hacerlo porque mañana estaré preso. También podría ser que me comprometiese a decapitar a una persona. En este caso, aun cuando tenga la capacidad física de hacerlo, obviamente no puedo transferir legítimamente un derecho a decapitar a alguien porque, según el ordenamiento jurídico, no tengo derecho a decapitar a nadie. Esto explica por qué los contratos son, básicamente, transferencias voluntarias de *derechos*.

Los contratos dan lugar a derechos y obligaciones correlativos entre las partes. Ésta es la naturaleza transaccional de los contratos. Al momento de la formación del contrato, y antes del cumplimiento de la obligación, el promisorio adquiere del promitente la posesión de algo. Lo que el promisorio obtiene no es algo material. El promisorio obtiene un *crédito* contra el



<sup>10</sup> Ver: Perry, Stephen. “On the Relationship between Corrective and Distributive Justice” En: *Oxford Essays in Jurisprudence*, Fourth Series. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 237.

promitente. El contenido de tal crédito es el cumplimiento de la obligación del promitente, esto es, un hecho del promitente. Esto no quiere decir que, al momento de la celebración del contrato, el promisorio se convierta en dueño del promitente, sino que el promisorio tiene un derecho para exigirle al promitente que cumpla con su obligación. Kant lo explica del siguiente modo:

Mediante un contrato adquiero algo externo. Pero, ¿qué es lo que adquiero? Puesto que se trata simplemente de la causalidad de la decisión de otro en relación al acto que me prometió, lo que adquiero directamente por un contrato no es una cosa externa sino su acción mediante la que la cosa queda en mi control de modo tal que la hago mía. Por un contrato, entonces, adquiero la promesa del otro (pero no lo que me prometió) y aun así algo se agrega a mis pertenencias externas; me enriquecí (*locupletior*) al adquirir una obligación activa sobre la libertad y los medios de otro.<sup>11</sup>

La naturaleza transaccional de los contratos explica el tipo de derechos que el promisorio obtiene del promitente. Los juristas usualmente dicen que los derechos contractuales son derechos *in personam*, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otro individuo –pero no al resto del mundo que no es parte del contrato–. Por ello, en el derecho argentino se hace referencia al “efecto relativo de los contratos” –en el *Common Law*, la expresión que se utiliza para hacer referencia a la idea de que los contratos dan lugar a derechos y obligaciones sólo entre las partes es “*privity of contract*”–. El hecho de que el efecto de los contratos sea relativo explica por qué, por regla, los terceros –ajenos a la relación contractual– no pueden ni demandar ni ser demandados con base en el contrato.

La naturaleza de los derechos *in personam* es estrictamente transaccional: son derechos que conllevan una obligación correlativa para mi contraparte en el contrato, pero que no generan obligación alguna para el resto del mundo. En el *Common Law*, la expresión “*derechos in personam*” se traduce en el anglicismo “*personal rights*”, pero ello puede dar lugar a confusión. Los derechos *in personam* no son simplemente derechos que una persona tiene –tenemos también muchos derechos que no son *in personam*, como los derechos de propiedad–. Se trata de derechos de crédito que podemos oponerle a alguien en particular. Esto es lo que habitualmente se conoce con el nombre de “obligaciones”, ya sean civiles o comerciales.



<sup>11</sup> Ver: Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996, pp. 6-723. Citado en Weinrib, Ernest J. “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies” 78 *Chicago-Kent L. Rev.* 55 en 67.

Es importante destacar, también, que son las normas de la libertad las que requieren que sea posible poseer la acción de otro. Si el hecho de que yo posea la posibilidad de exigirle que haga algo es compatible con su libertad, con la mía, y con la de todos los demás, entonces ello tiene que estar jurídicamente permitido. Para este punto, ver: Byrd, Sharon y Joachim Hrushka. *Kant on “Why Must I Keep My Promise”* 81 *Chicago Kent L. Rev.*, 2006, pp. 47-58.

Los juristas normalmente oponen la noción de derechos *in personam* a la de derechos *in rem*, esto es, a la de derechos de propiedad. Peter Birks explica esta distinción con la siguiente metáfora: en los derechos *in personam*, la soga está atada a una persona; en cambio, en los derechos *in rem*, la soga está atada a una cosa.<sup>12</sup> Por ello, los derechos *in rem*, a diferencia de los derechos *in personam*, son oponibles *erga omnes*, esto es, son oponibles a todos porque todos tenemos la obligación de respetar los derechos de propiedad que otros tienen sobre cosas determinadas. Por supuesto que, al igual que los derechos *in personam*, los *in rem* pueden adquirirse mediante una interacción contractual. Así, por ejemplo, yo me convierto en dueño de su auto cuando, después de vendérmelo, usted me hace entrega del auto. Del mismo modo, al igual que cuando se incumplen las obligaciones, las acciones por violación de un derecho real son bilaterales, esto es, son acciones que se oponen a quien no respeta mi derecho de propiedad. Pero, a diferencia de los derechos *in personam*, la existencia de los derechos reales no se limita a la interacción entre las partes del contrato, por ejemplo, sino que se extiende al resto del mundo; por ello, los derechos reales son oponibles *erga omnes*. Los derechos *in personam* siempre se adquieren ante el titular de la obligación correlativa. En cambio, cuando alguien adquiere un derecho real, lo hace frente a todo el mundo.<sup>13</sup>

Entonces, tal como mencioné antes, el contrato por sí solo no le da al promisorio un derecho de propiedad sobre la cosa prometida. Así, por ejemplo, si yo me obligo a entregarle diez caballos dentro de diez días, hasta tanto usted no esté en poder de tales caballos, usted no será su dueño. Para que los caballos le pertenezcan tienen que estar en su poder. De allí que los juristas sostengan que, para que el derecho real sobre un bien se transfiera, debe haber tradición del bien en cuestión; esto es, el bien debe ser entregado a quien se convertirá en su nuevo dueño. Esto reafirma la idea de que el contrato concede simplemente un derecho de crédito para exigir la entrega de los caballos, pero no más que eso.<sup>14</sup>

### **3. JUSTICIA CORRECTIVA Y ACCIONES POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

Me referiré ahora a la naturaleza de las acciones por incumplimiento contractual. Ya expliqué que, al momento de la formación del contrato y



<sup>12</sup> Birks, Peter. *Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 148.

<sup>13</sup> Para este punto, ver: Hevia, Martín. *Separate Persons Acting Together – Sketching a Theory of Contract Law*, 22 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 291, 2009.

<sup>14</sup> Para este punto ver: Benson, Peter. "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law". En: *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 427, 455-456.



antes del cumplimiento de la obligación, el promisorio adquiere algo, a saber, un derecho de crédito contra el promitente. En caso de que el promitente incumpla con su obligación contractual, el promisorio tiene derecho a exigirle al promitente que le entregue aquello que le pertenece, o sea, tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación. El promisorio tiene derecho a exigir que el promitente lo deje en la posición en la que hubiese estado si el promitente hubiese cumplido con su obligación. Ello puede entenderse de más de un modo. En las jurisdicciones de *Common Law*, la regla es que, en caso de incumplimiento, el promitente le debe pagar al promisorio “*expectation damages*”<sup>15</sup> –que podríamos traducir como indemnización por los daños causados por la expectativa frustrada–. El contenido de tal indemnización dependerá de qué esperaba el promisorio del contrato y qué es lo que razonablemente el promitente podía pensar o prever que el promisorio *razonablemente* buscaba obtener mediante la celebración del mismo. La expectativa razonable del promisorio puede incluir no sólo a la cosa prometida –suponga que se trata de un contrato de compraventa– sino también a los usos potenciales que el promisorio le iba a dar a la cosa prometida. Ésta es la regla que nace con el precedente *Hadley v. Baxendale*,<sup>16</sup> la –así llamada– “regla de la previsibilidad”. Así, por ejemplo, supongamos que la cosa prometida era un tractor que el promisorio iba a utilizar para trabajar en la cosecha de este año. Supongamos que es razonable asumir que el vendedor del tractor podía prever, o debió haber previsto, que el comprador le iba a dar tal uso al tractor. En ese caso, el *Common Law* le exigirá al promitente que también se haga cargo, al menos parcialmente, de las pérdidas que le trae al comprador el no haber podido utilizar el tractor para mejorar la calidad de la cosecha.

En las jurisdicciones de derecho civil, la regla es que, en caso de cumplimiento del promitente, el promisorio puede exigir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación.<sup>17</sup> Quizá, el fundamento para ello sea que, si el promitente le promete al promisorio que va a hacer *X* o a entregarle la cosa *Y*, entonces la obligación del promitente es cumplir con aquello a lo que se obligó específicamente –y no a darle al promisorio el valor del cumplimiento–. Ésta parece ser la consecuencia de la estructura de la promesa. En el caso del derecho argentino, en realidad, el art. 505 del Código Civil le da al acreedor –al promisorio– el derecho de optar entre exigir el cumplimiento específico de la obligación, una indemnización cuyo monto equivalga al valor del cumplimiento de la obligación o a pedirle a un tercero que cumpla



<sup>15</sup> Para este punto ver: Benson, Peter. *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*. 33 Osgoode Hall L.J., 1996, pp. 273-319.

<sup>16</sup> (1854) 9 Ex. 341.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, el art. 505 del Código Civil Argentino.

por el promitente. En la mayoría de los casos, los bienes por los que se contrata son bienes para los que se puede encontrar, en mayor o menor medida, un buen sustituto en el mercado. En tal caso, si al acreedor lo indemnizan por el valor del bien en el mercado más una suma que lo compense por el costo del retraso en el cumplimiento –los intereses moratorios– y el costo de búsqueda del bien en el mercado, el acreedor quedará satisfecho porque el deudor-promitente lo colocaría en la misma posición en la que hubiese estado si el contrato se hubiese cumplido. Cuando el bien prometido no puede conseguirse en el mercado, entonces obligar al deudor a que cumpla con su obligación parece razonable.

En algunos casos, obligar al deudor a cumplir con su obligación no está permitido. Se trata de los supuestos en los que la obligación es una “obligación de hacer”, esto es, una obligación que implique que el promitente realice cierto acto –que no sea, por supuesto, la mera entrega de un bien material, en cuyo caso la obligación es una “obligación de dar”–. En este supuesto, se dice que no es moralmente aceptable ejercer violencia física sobre el deudor para obligarlo a cumplir. En las obligaciones de hacer, en los supuestos en que el promitente no quiere cumplir específicamente con lo prometido, la indemnización, o bien el pedido a un tercero de que cumpla con la obligación –a costa del promitente–, parecen soluciones también razonables. En el *Common Law* este problema no se presenta muy seguido porque, por regla, los tribunales conceden *expectation damages* al promisorio –en cuyo caso la disquisición acerca de la naturaleza de la obligación no es importante–.

El punto es que el crédito contractual es un medio del que el promisorio dispone para perseguir sus propios planes. El promisorio cuenta con el cumplimiento de la obligación del promitente. La acción por incumplimiento contractual no busca poner al promisorio en la misma situación en la que hubiese estado si el contrato hubiese cumplido *todas las cosas consideradas*. En términos económicos, la acción no tiene por objetivo colocar al promisorio en la misma curva de utilidad en la que se encontraba antes del incumplimiento. En muchos casos, ello es imposible. El objetivo de la acción es devolverle al promisorio los medios de los que disponía; esto es, devolverle lo que le pertenece.<sup>18</sup>

Aquí se ve con más claridad cómo la estructura del derecho de los contratos conecta con la idea de justicia correctiva que introduce en la primera sección de esta nota. Más allá de si el promisorio es millonario y el promitente menos rico relativamente, la justicia correctiva opera en caso de incumplimiento contractual. Al momento de la celebración del contrato,



<sup>18</sup> Para este punto ver: Ripstein, Arthur. *As If It Had Never Happened*. 48 Wm. & Mary L. Rev. 1957, 2007.

el promisorio adquiere algo de parte del promitente y, en caso de incumplimiento, el promisorio tiene derecho a exigir que, por razones de justicia correctiva, se le devuelva lo que le pertenece y aquello que el promitente está reteniendo ilegítimamente.

Por supuesto, el incumplimiento de un contrato puede conllevar una injusticia distributiva, pero también puede ser injusto desde la perspectiva distributiva que se cumpla cierto contrato. Es decir, si la justicia distributiva es sensible a las transacciones que celebran las personas, lo es tanto a los contratos que se cumplen como a aquellos que se incumplen. Pero precisamente ello implica que la justicia distributiva y la justicia correctiva son diferentes.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hasta ahora sugerí que la estructura del derecho contractual puede entenderse en función de la justicia correctiva. Cabe preguntarse, entonces, qué rol tiene la justicia distributiva en el diseño de las instituciones sociales. No hay para ello una respuesta única. Algunos autores sostienen que, en realidad, pensar que el derecho contractual tiene su fundamento último en la justicia correctiva es como ver un espejismo. Para tales autores, el que tengamos o no derecho contractual depende de información empírica contingente acerca de si tener derecho contractual es útil para promover otros fines que podamos tener. Un ejemplo de este enfoque es la posición que Liam Murphy adopta en *"Institutions and the Demands of Justice"*, en donde sostiene que "no deberíamos pensar a las instituciones jurídicas, políticas y a otras instituciones sociales como si constituyeran dominios normativos separados que requieren principios normativos fundacionales diferentes sino fundamentalmente como los medios que las personas utilizan para cumplir con sus objetivos morales colectivos".<sup>19</sup>

En un modo similar en que lo hace Thomas Nagel, Murphy sostiene que si los individuos estuviesen capacitados para aplicar a su vida cotidiana los principios morales que suscriben, entonces tendrían una obligación de aplicar tales principios en todas sus acciones –cualesquiera sean–. El problema es que, en realidad, los individuos no pueden imaginar o contemplar todas las consecuencias distributivas de cada curso de acción que deciden realizar. Para Murphy, sólo una vez que tomamos conciencia del hecho de que somos "malos calculadores de consecuencias" podemos entender por qué diseñamos instituciones que son más eficientes y eficaces en el trabajo de asegurar que haya justicia de un modo más sistemático. Por ello, la "división del tra-



<sup>19</sup> Murphy, Liam. *Institutions and the Demands of Justice*. 27 *Phil. & Pub. Aff.*, 1998, pp. 251-253.

bajo” entre los principios de justicia que rigen el diseño de las instituciones sociales y aquellos que los individuos deben seguir en sus conductas particulares no es más que la segunda mejor opción. Murphy también sostiene que “una división del trabajo que deja en manos de la justicia de fondo la tarea de asegurarse de que haya una distribución justa en la sociedad y que hace responsable a las personas solamente por un conjunto de obligaciones negativas nos permitiría comer nuestra torta y también preservarla. Cumpliríamos con nuestros objetivos igualitarios sin hacer que nuestra vida sea miserable en el proceso”.<sup>20</sup>

Según el enfoque “distributivista” no es del todo claro si realmente debemos tener algo así como el derecho de los contratos. Nuestra decisión de tener o no tener derecho contractual dependerá de información empírica contingente acerca de cuál es el mejor modo de cumplir con nuestros objetivos distributivos. En caso de que consideráramos necesario tener derecho de los contratos, éste sería diseñado de un modo tal que promueva los objetivos distributivos. Por supuesto, este enfoque asume que los principios que se aplican a la conducta del Estado son los mismos que rigen las transacciones privadas. También podría ocurrir que los principios sean diferentes, pero ello sería así simplemente en virtud de una cuestión de “competencia institucional” –por ejemplo, tal como mencioné antes, porque somos malos calculando los efectos distributivos que nuestras decisiones pueden tener y, por ello, preferimos aliviar a los individuos de la carga de tener que hacerlo y dejamos los problemas de justicia distributiva en manos del Estado–. El punto central de Murphy puede resumirse del siguiente modo: para él no existen los contratos genuinamente privados porque, en el fondo, cualquier contrato es un modo en el que promovemos la justicia distributiva.

En la literatura filosófica sobre el derecho contractual, Anthony Kronman adopta un enfoque distributivista en su ensayo seminal “*Contract Law and Distributive Justice*”.<sup>21</sup> Los juristas generalmente sostienen que el principio de autonomía personal es el que justifica la existencia del derecho contractual. Todos parecen estar de acuerdo en la naturaleza voluntaria de los contratos. La posición de Kronman es llamativa porque sostiene que la voluntariedad de los contratos debe entenderse *completamente* en función de la justicia distributiva; es decir, todos los aspectos esenciales de los contratos deben justificarse en función de la justicia distributiva. Al decir esto, Kronman adopta al monismo y comparte con Murphy la idea de que la división del trabajo sólo puede estar fundada en cuestiones pragmáticas.



<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>21</sup> Yale L.J., 1980, p. 472. Más recientemente, Kordana y Tabachnik sostuvieron una posición similar en “Rawls and Contract Law”. 73 Geo. Wash. L. Rev. 598, 2005.

Quizá pueda situarse a Robert Nozick y a otros libertarios en el polo opuesto al de Murphy. Tales autores también rechazan la idea de que hay principios especiales para el diseño institucional, razones que no son las mismas por las que lo hace Murphy. Los libertarios entienden todas las cuestiones de justicia como cuestiones de justicia correctiva. Según creen, el Estado no es diferente de cualquier otra asociación privada: para los libertarios, los poderes y las obligaciones que tiene el Estado no pueden ser diferentes de los poderes que los individuos poseían antes de que el Estado existiese.<sup>22</sup>

En términos generales, los libertarios creen que hay una presunción *prima facie* en contra de cualquier interferencia con la libertad de los individuos. Ello quiere decir que, a menos que haya consentimiento, la redistribución de la propiedad de unos a otros es impermissible. El cobro de impuesto a las ganancias, entonces, es una redistribución ilegítima de recursos.<sup>23</sup> Todavía más, los libertarios creen que no hay algo así como la justicia (re)distributiva porque todas las cuestiones de justicia tienen que ver con las relaciones interpersonales. Si pensamos en el libertarismo de este modo, el contraste con la posición de Murphy se aclara más: mientras que para Murphy realmente los contratos no tienen nada de privado, los libertarios piensan que, en definitiva, todo es esencialmente privado.

Entre estas dos posiciones quizá esté aquella que sostiene que la justicia correctiva y la justicia distributiva son ámbitos de justicia claramente diferentes. Así, no habría lugar para consideraciones distributivas en el derecho privado –y, en particular, en el derecho contractual–. Sin embargo, la redistribución de recursos –por ejemplo, a través del sistema impositivo– tendría lugar para proteger a los individuos de los efectos agregativos de las transacciones. En algunos casos, el efecto puede ser tal que el resultado sean monopolios u oligopolios de modo tal que la acumulación de propiedad en manos de algunos pueda dejar sin nada a algunas personas en el futuro sin que éstas tengan responsabilidad alguna por ello. Ciertas interpretaciones de la teoría de la justicia de Rawls se toman en serio la distinción entre justicia correctiva y distributiva, y le dan un espacio importante de modo tal que los individuos sepan que pueden interactuar libremente con la tranquilidad de que las instituciones políticas se están encargando de su trabajo.<sup>24</sup> Quizá esta última opción sea la que más se acerca a cómo entendemos el rol del derecho contractual y su conexión con la justicia distributiva



<sup>22</sup> Tomo prestada esta idea de Rawls. Ver: Rawls. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 264.

<sup>23</sup> Nozick, *op. cit.*, p. 150.

<sup>24</sup> Desarrollo esta posición en Hevia, *op. cit.*

en la mayoría de las sociedades modernas, ya sea en Argentina, Colombia o en otras jurisdicciones del mundo.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Aquinas, Thomas. *Summa Theologica* II-II, Q. 61, Art. 1.
2. Benson, Peter. *The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice*. 77 Iowa L. Rev, 1992, pp. 515-535.
3. Benson, Peter. "The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law". En: *Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 427, 455-456.
4. Benson, Peter. *The Idea of a Public Basis of Justification for Contract*. 33 Osgoode Hall L.J., 1996, pp. 273-319.
5. Birks, Peter. *Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 148.
6. Byrd, Sharon y Joachim Hrushka. *Kant on "Why Must I Keep My Promise"* 81 Chicago Kent L. Rev, 2006, pp. 47-58.
7. Gardner, John. *The Purity and Priority of Private Law*. 46 U.T.L.J., 1996, pp. 459-468.
8. Gordley, James. *Equality in Exchange*. 69 Cal. L. Rev., 1981, pp. 1587-1589.
9. Hevia, Martín. *Separate Persons Acting Together – Sketching a Theory of Contract Law*, 22 Canadian Journal of Law & Jurisprudence 291, 2009.
10. Hevia, Martín y Ezequiel Spector. *The Bizarre World of Historical Theories of Justice: Revisiting Nozick's Argument*. 34 Social Theory and Practice 533, 2008.
11. Kant, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996, pp. 6-723.
12. Kordana y Tabachnik. *Rawls and Contract Law*. 73 Geo. Wash. L. Rev, 2005, p. 598.
13. Murphy, Liam. *Institutions and the Demands of Justice*. 27 Phil & Pub. Aff, 1998, pp. 251-253.
14. Nozick, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books, New York, 1974.
15. Perry, Stephen. "On the Relationship between Corrective and Distributive Justice" En: *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 237.
16. Rawls, John. *Justice as Fairness -A Restatement*. Cambridge: The Belknap Press of the Harvard University Press, 2001, pp. 52-54.
17. Rawls, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 264.
18. Ripstein, Arthur. *As If It Had Never Happened*. 48 Wm. & Mary L. Rev. 1957, 2007.