

# KRONMAN, EL DERECHO DE LOS CONTRATOS Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA\*

---

*Martín Hevia\*\**

## *Resumen*

En “Contract Law and Distributive Justice”, Anthony Kronman sostiene que la voluntariedad en los contratos debe entenderse completamente en base a una concepción de la justicia distributiva. En este ensayo me propongo cuestionar la tesis distributiva de Kronman. El problema central de tal tesis es que entiende a la interacción contractual entre las partes meramente como un medio para promover la justicia distributiva. Mi tesis es que, por tal razón, tal teoría no da cuenta de algunos aspectos centrales del derecho de los contratos tales como el efecto relativo de los contratos y el rol central del consentimiento.

*Palabras clave:* Justicia distributiva, contratos, efectos relativos, consentimiento, Kronman

## *Abstract*

In “Contract Law and Distributive Justice”, Anthony Kronman argues that the voluntary basis of contracts should be conceived wholly in terms of a conception of distributive justice. In this essay, my aim is to cast doubt on Kronman’s distributive thesis. Its main problem is that, under Kronman’s distributive thesis, contracts become a mere instrument for the promotion of distributive justice. My claim is that, given the focus on distributive justice, Kronman’s distributive approach cannot explain neither the privity rule nor the central role of consent in contract law.

*Key words:* Distributive justice, contracts, relative effects, consent, Kronman

\*Este ensayo presenta algunas ideas de mi tesis doctoral presentada en la Faculty of Law, University of Toronto. Presenté versiones anteriores de este ensayo en el “Special Workshop on Ethics, Economics and Law en el XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy” en Granada, España en mayo de 2005 y en la Canadian Association of Legal Teachers Annual Meeting en la University of British Columbia en junio de 2005. Agradezco a mis supervisores en Toronto, Arthur Ripstein y Peter Benson, a Eduardo Rivera López, Joel-Colón-Ríos, Agustín Waisman, Max Panaccio, Matthew Lewans y a un referee anónimo de *Isonomía* por sus comentarios a versiones anteriores de este ensayo. Por supuesto, no son para nada responsables de cualquier defecto en mis argumentos. Una versión más extensa de este ensayo se publicó en inglés con el título “Kronman on Contract Law and Distributive Justice”, *Journal of Contract Law*, 23, 1-2, 2007, 105-109.

\*\* Universidad Torcuato Di Tella, Argentina.

En “Contract Law and Distributive Justice”<sup>1</sup>, Anthony Kronman presenta una teoría del derecho de los contratos fundada en la justicia distributiva. Según Kronman, cualquier modo de entender la voluntariedad de los contratos que no tenga en cuenta a la justicia distributiva no tiene sentido alguno. Para Kronman, “la noción de libertad individual, por sí sola, no sirve de guía para determinar cuál de todos los modos de aprovecharse (advantage-taking) del otro...en las relaciones de intercambio hacen que un acuerdo sea involuntario.”<sup>2</sup> Para probar su tesis, Kronman propone un principio de justicia distributiva –el “Paretianismo”– que, en su opinión, sirve de base para distinguir entre modos admisibles e inadmisibles de aprovecharse de los demás en el marco de las interacciones contractuales.

En este ensayo me propongo cuestionar la tesis distributiva de Kronman. El problema central de tal tesis es que, para el paretianismo, la interacción contractual entre las partes es meramente un medio para promover la justicia distributiva. Mi tesis es que, por tal razón, tal teoría no da cuenta de algunos aspectos centrales del derecho de los contratos. Según creo, *toda* teoría del derecho de los contratos debe ser consistente, *al menos*, con las siguientes doctrinas del derecho contractual. En primer lugar, debe ser consistente con la idea de que las obligaciones contractuales son *obligaciones adoptadas voluntariamente*. Por ello, el *consentimiento* de las partes es fundamental. En segundo lugar, *toda* teoría del derecho de los contratos debe dar cuenta del “*efecto relativo*” de los contratos.<sup>3</sup> Permítanme explicar: las obligaciones voluntarias son obligaciones que uno debe a personas determinadas. Así, cuando A le comunica a B su intención de celebrar un contrato con éste, A le comunica a B, y a nadie más, su intención de obligarse. Es por eso que los derechos contractuales son derechos personales o *in personam*, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otro individuo,

<sup>1</sup> *Yale Law Journal* 89, 472 (1980). Si bien con posterioridad al artículo que es objeto de este artículo Kronman escribió más sobre el derecho contractual – ver, por ejemplo, su “Paternalism and the Law of Contracts” 92, 763 *Yale Law Journal*, (1983) –, no puso en duda su visión “distributivista” del derecho contractual.

Kronman no es el único autor que, inspirado en la obra de Rawls, sostiene que el derecho contractual debe ser sensible a la justicia distributiva. Para otros ejemplos más recientes, ver A. Kordana & David Tabachnik, “Rawls and Contract Law”, 73, 701 *George Washington Law Review*. (2005); “On Belling the Cat: Rawls and Corrective Justice”, 92, 1279 *Virginia Law Review* 1279 (2006).

<sup>2</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 474.

<sup>3</sup> En el *common law*, la doctrina lleva el nombre de “privity of contract”.

que tiene la obligación correlativa de cumplir con lo que prometió. La naturaleza correlativa de los contratos también explica cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento: puesto que el promitente se obligó frente al tenedor de la promesa, y no frente al resto del mundo, sólo el tenedor de la promesa puede pedir compensación ante el incumplimiento. Del mismo modo, dado que sólo el promitente, y nadie más, le debe algo al tenedor de la promesa, en caso de incumplimiento, la víctima sólo puede reclamarle al promitente, y a nadie más. Por ello, en la tradición civilista se hace referencia al “efecto relativo de los contratos”: por regla, los terceros no pueden ni demandar ni ser demandados en base al contrato.<sup>4</sup> Según mostraré, el enfoque distributivo de Kronman no da cuenta del “efecto relativo de los contratos” ni toma seriamente el papel central del consentimiento de las partes. Para desarrollar mis objeciones, permítanme comenzar presentando el argumento de Kronman en detalle.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> 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 solo entre las partes es “privity of contract”. La excepción al efecto relativo de los contratos quizá sea la doctrina de la estipulación a favor de un tercero – “third party beneficiaries rule” en el *common law* -. Para un enfoque rawlsiano de tal doctrina, ver mi “The Division of Responsibility, Contracts, and Third Parties” (inédito).

Algunos autores probablemente agregarían a la lista de doctrinas fundamentales de las que una teoría del derecho de los contratos necesita dar cuenta a la doctrina de la lesión. Con algunas diferencias, dicha doctrina está presente en las jurisdicciones que siguen la tradición continental. Ver, por ejemplo, el artículo 17 del Código Civil mexicano y el artículo 954 del Código Civil argentino. En el *common law*, dicha doctrina es conocida como “unconscionability doctrine” y, típicamente, se distingue entre la “procedural” y la “substantive” unconscionability –que serían equivalentes a la lesión subjetiva y la objetiva, respectivamente–. Para esta última distinción, ver Arthur Allen Leff, “Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause”, 115, 485, *University of Pennsylvania Law Review* (1967).

No es del todo claro, sin embargo, si la doctrina de la lesión tiene por fundamento a la justicia distributiva o a la correctiva. Para la visión correctiva, ver, por ejemplo, James Gordley, “Equality in Exchange”, 69, 1587, *California Law Review* (1981) y Peter Benson, “The Unity of Contract Law”, Peter Benson, *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University Press, 2001, 118. Para la visión distributiva

de la lesión, ver Kordana, A. & Tabachnik, D., “Rawls and Contract Law”, *op. cit.*

Es discutible si la lesión es o no es una de las doctrinas fundamentales del derecho contractual. De hecho, la regla es que los casos en que se permite anular o reajustar los términos de un contrato por lesión son excepcionales, es decir, la regla es que el mero hecho de que una de las partes obtenga un lucro superior al que obtiene la otra no es, por sí sola, una razón para permitir que el contrato se anule.

<sup>5</sup> Según creo, el artículo de Kronman que es objeto de mi crítica es uno de los más discutidos en la literatura de filosofía del derecho de los contratos en los últimos 30 años. Para una crítica aristotélica del argumento de Kronman, ver James Gordley, “Contract Law in the Aristotelian Tradition”, Peter Benson, *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge University

## I. El argumento de Kronman

El punto de partida es el requisito de voluntariedad. Uno de los aspectos centrales del derecho de los contratos es que, para que haya contrato, dos o más personas tienen que haber celebrado *voluntariamente* un acuerdo. Para Kronman, el requisito de voluntariedad no puede entenderse simplemente en función de la idea de libertad individual: para determinar si una de las partes de un contrato consintió voluntariamente al acuerdo, debemos determinar si su contraparte se aprovechó de aquella en un modo impermisible moralmente. Según Kronman, cuando entendemos la idea de aprovechamiento del otro en un modo amplio –esto es, comprendiendo a métodos de obtener ganancias que la moral convencional acepta–, resulta más claro por qué, en todos los contratos, cada una de las partes se aprovecha de su contraparte. Por ejemplo, cada vez que alguien celebra un acuerdo contractual, explota una ventaja especial que tiene con respecto a su contraparte: si A es dueño de algo que B desea, y B es dueño de algo que A desea, tanto A como B tienen una ventaja sobre el otro y ello resulta en un intercambio que es ventajoso para ambas partes.<sup>6</sup> Sin embargo, no toda forma de aprovecharse del otro es aceptable: si A es físicamente más fuerte que B y A

Press, 2001, 307. Para una crítica desde la Filosofía moral de Kant –aunque no desde su teoría jurídica–, ver Charles Fried, *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, 1981, 83-84. Para una reconstrucción reciente y breve del argumento de Kronman, ver Stephen A. Smith, *Contract Theory*, Oxford University Press, 2004, 137-8.

<sup>6</sup> Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *Cardozo L. Rev.*, 10, 1989, 1122. Kronman parece tener en mente a lo que la dogmática europea denomina “contratos onerosos”. Sin embargo, su argumento puede ser extendido a los contratos gratuitos. La dogmática europea sostiene que en los contratos gratuitos tales como la donación o el comodato sólo una de las partes obtiene algo – la otra actúa movida por un ánimo altruista -. Sin embargo, según creo, el análisis de Kronman puede usarse también para los contratos gratuitos porque dicho análisis simplemente presupone una noción de “ventaja” o “utilidad” que no es –necesariamente– traducible en términos pecuniarios. Así, entonces, cuando A le regala algo a B, A “gana” algo, por ejemplo, la satisfacción de concederle dicha liberalidad a B. En este sentido, A explota algo que B tiene, es decir, de algún modo, A busca satisfacer su ánimo altruista usando a B como medio. Al mismo tiempo, puesto que, dado que la donación es un contrato, la aceptación del donatario es condición necesaria para que el contrato se celebre, B también explota la situación de A porque recibe de A algo gratuitamente y sabe que, si no aceptara la liberalidad, A no satisfaría su interés altruista. Entonces, B explota la ventaja que tiene con respecto a A – es decir, explota el hecho de que A quiera que B sea donatario del bien que A le regala -. Por lo tanto, en las donaciones, ambas partes explotan una ventaja especial que tienen con respecto a su contraparte –y lo mismo podría decirse respecto de las partes en un contrato de comodato–.

amenaza a B con usar la fuerza en caso de que B no le dé lo que A quiere, nadie aceptaría que en tal escenario pueda surgir obligación alguna para B. Entonces, la pregunta que surge es qué criterio hay que adoptar para determinar qué modos de aprovechamiento son admisibles y qué modos no lo son.

Para Kronman, los libertarios responderían a esta inquietud haciendo referencia a lo que Kronman llama el “principio de la libertad”: a menos que infrinja los derechos de alguna de las partes, el aprovechamiento debe estar permitido. Este principio tiene dos características *formales*. En primer lugar, es muy *igualitario*: todos los individuos tienen los mismos derechos a que no interfieran con sus acciones. En segundo lugar, se trata de un principio *individualista*: considera a los individuos como seres separados y autónomos con derechos personales. A pesar de estas características formales, Kronman sostiene que, en sustancia, la idea de libertad no tiene contenido. Para determinar si alguien puede aprovecharse de otro —en el sentido de Kronman—, es necesario saber si esa persona tiene derecho a aprovecharse del otro. El problema es que, según Kronman, “[e]l principio de la libertad no nos dice qué derechos tienen realmente las personas sino que asume que tenemos tal conocimiento con independencia del principio en sí mismo.”<sup>7</sup>

A pesar de estas complicaciones, Kronman no cree que los libertarios deban rechazar el principio de la libertad; en vez, sostiene que es necesario algún otro principio para completarlo.<sup>8</sup> Por supuesto, para que el principio complementario sea consistente con el principio de la libertad, no debe contradecir las características formales del principio de la libertad a los que ya hice referencia. Entonces, Kronman considera algunos candidatos para dicho propósito.

En primer lugar, Kronman considera lo que él llama “el principio de la superioridad natural”.<sup>9</sup> Según tal principio, cada persona es dueña legítima de su persona y de sus talentos. De este modo, las personas *merecen* todo lo que obtienen mediante el uso de las ventajas que tienen con respecto a los demás —digamos, un *IQ* muy alto, su atractivo físico, etc.—.<sup>10</sup> Kronman no cree que este criterio sea justo porque, siguien-

<sup>7</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 483.

<sup>8</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 483.

<sup>9</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 484.

<sup>10</sup> Así lo formuló Jules Coleman. Murphy, Jeffrey y Coleman, Jules, *Philosophy of Law*, rev. ed., Westview, Boulder, 1990, 169.

do a Rawls, cree que le da importancia a un factor que, para la moral, es arbitrario: no hay nada de mérito en el hecho de que poseamos tales ventajas porque no hicimos nada para merecerlas.<sup>11</sup> El problema con el principio de libertad natural, entonces, es que no es igualitario en el sentido relevante<sup>12</sup>: “está fundado en una noción de valor diferencial que es completamente incompatible con la concepción libertaria de la igualdad personal.”<sup>13</sup>

El segundo candidato es el utilitarismo. En pocas palabras, según el utilitarismo, los términos de la cooperación social apropiados son los que maximizan la suma de la satisfacción de los intereses racionales de los individuos. Los utilitaristas, entonces, dirían que es permisible que un individuo se aproveche de otro si permitirlo aumenta la utilidad o bienestar esperado de la comunidad.<sup>14</sup> Ahora bien, el problema con el utilitarismo es que no es individualista en el sentido relevante<sup>15</sup>: tal como sugiere Rawls, no toma en serio la separación entre las personas:<sup>16</sup> para los utilitaristas, la autonomía no tiene valor *per se*, es decir, tiene simplemente valor instrumental. Por ejemplo, el utilitarismo a veces requiere el sacrificio de los intereses de un individuo para promover los intereses de los demás. En consecuencia, el utilitarismo no es compatible con la naturaleza individualista del principio de la libertad y, entonces, no puede complementarlo.

La tercera posibilidad es distinguir entre diversas formas de aprovecharse del otro en las interacciones contractuales invocando el interés de la propia parte desaventajada o “explotada”.<sup>17</sup> Para ello, Kronman introduce lo que él llama el *principio de paretianismo*. Según tal principio, está permitido aprovecharse de otro en una interacción contractual si hacerlo beneficia a la parte “explotada” en el largo plazo. Para Kronman, esta formulación del principio paretiano respeta tanto la característica individualista como la igualitaria del principio de la libertad: según esta formulación, “todas y cada una de las personas tienen

<sup>11</sup> Rawls menciona este argumento en diversos ensayos. Ver, por ejemplo, Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, 74-75.

<sup>12</sup> Coleman, Jules, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, 169.

<sup>13</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 485.

<sup>14</sup> Esta formulación es la de Rawls. Ver Rawls, John, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, 74-75.

<sup>15</sup> Coleman, Jules, *Philosophy of Law*, *op. cit.*, 169.

<sup>16</sup> Rawls, John, *A Theory of Justice*, *op. cit.*, 27.

<sup>17</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 484.

el mismo derecho a que no se reduzca su bienestar con el único propósito de que aumente el de otro”.<sup>18</sup>

El pasaje que Kronman hace desde el utilitarismo al paretianismo es un modo de evitar la objeción común al utilitarismo, es decir, la idea de que, en nombre de la maximización de la utilidad, requiere sacrificar los intereses de uno para promover los de otros. Como toman en cuenta la utilidad que se deriva de cambios en el *statu quo*, habitualmente se asocia a los estándares paretianos con el utilitarismo. De hecho, tal como explica Jules Coleman, los estándares se introdujeron en la literatura utilitarista para solucionar el así llamado problema de la “comparabilidad interpersonal”.<sup>19</sup> Los rankings de Pareto se pueden utilizar para comparar estados de cosas diferentes sin tener que hacer comparaciones de utilidad interpersonales. De todos modos, a pesar de la asociación con el utilitarismo, el poder de justificación del Paretianismo parece fundarse tanto en el hecho de que requiere de consentimiento unánime para la introducción de cualquier cambio jurídico – en el tema que me ocupa, para permitir cualquier transacción – como en el hecho de que crea un mundo en el que no hay perdedores. En otras palabras, el lenguaje de Pareto es el de la autonomía individual tal como se expresa en la capacidad para consentir.<sup>20</sup> Sin embargo, a pesar del atractivo inicial de la autonomía y del consentimiento, este enfoque todavía presenta problemas. Supongamos que A y B celebran un contrato por el que B le debe algo a A. Supongamos, también, que cuando B debe cumplir, se arrepiente porque, digamos, le surge una oportunidad mejor. En este escenario nuevo, ¿tiene B la obligación de indemnizar a A por el incumplimiento? ¿Por qué es que B no puede simplemente arrepentirse sin pagar costo alguno? ¿Qué derechos tiene B? El estándar Paretiano, por sí solo, no nos es de ayuda para responder a estas inquie-

<sup>18</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 488. El énfasis es mío.

<sup>19</sup> Coleman, Jules, “The Grounds of Welfare”, *Yale Law Journal*, 112, 6, 2003, 1516.

<sup>20</sup> Coleman, Jules, “The Grounds of Welfare”, *op. cit.*, 1516. Hay 2 principios Paretianos diferentes: “Pareto superior” y “Pareto óptimo”. Por un lado, la superioridad paretiana establece que una asignación de recursos o una transacción en particular, S1, es Pareto superior con respecto a otra asignación, S, si al pasar de S a S1 nadie empeora y al menos alguien está mejor. Por el otro lado, una distribución de recursos es pareto óptima si y sólo si cualquier otra distribución de recursos puede mejorar a alguien sólo a costa de que otro empeore. Pasar a un estado pareto superior aumentan la utilidad general porque, cuando nos desplazamos a una situación que es pareto superior, aumenta al menos el bienestar de una persona y no disminuye el de nadie.

tudes. Para resolver este problema en un sentido o en el otro, es necesario suponer la prioridad conceptual de los derechos.<sup>21</sup>

Kronman soluciona este problema postulando una línea de base que se puede utilizar para determinar si el aprovechamiento en cuestión debe permitirse.<sup>22</sup> Para él, “claramente, la línea de base es aquella en la que el aprovechamiento no está permitido: el aprovechamiento debe permitirse sólo si los desaventajados mejoran con respecto a la situación en la que no está permitido”.<sup>23</sup> En otras palabras, Kronman cree que la línea de base es igualitaria: el paretianismo considera que todos los recursos pertenecen a un pozo común.<sup>24</sup> Éste también es un modo de distinguir este principio del de superioridad natural: para determinar qué derechos tenemos, la mera posesión de un talento natural resulta, en principio, irrelevante.<sup>25</sup> Por ejemplo, para determinar si se permitirá que un individuo utilice un recurso determinado –digamos, su cuerpo–, habrá que determinar si el principio paretiano lo permite: así, la respuesta dependerá de si permitirle al individuo en cuestión que disponga libremente de su cuerpo beneficiará o no la mayoría de los miembros del grupo relevante.

Hasta aquí, expliqué el argumento de Kronman. Ahora bien, ¿puede la tesis de Kronman dar cuenta de la naturaleza de los contratos? ¿Puede dar cuenta del efecto relativo de los contratos y de la necesidad de que haya consentimiento? En lo que sigue, me propongo mostrar que Kronman no lo hace. Según mostraré, para el paretianismo, la interacción entre las partes es relevante sólo porque es un medio para promover la justicia distributiva.<sup>26</sup> Para ser todavía más claro, simplemente

<sup>21</sup> Para un argumento que explica la indeterminación de la eficiencia, ver Coleman, Jules, *Markets, Morals, and the Law*, Cambridge University Press, New York, 1988, c. 3. Para una discusión de este punto, ver Benson, Peter, “Introduction”, *op. cit.*, 7.

<sup>22</sup> Ver Benson, Peter, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *Osgoode Hall L. J.*, 33, 2, 1995, 303. Nótese que, en su ensayo, Kronman no identifica estos problemas.

<sup>23</sup> Kronman, Anthony, “Contract Law and Distributive Justice”, *op. cit.*, 491-92.

<sup>24</sup> Matthew Kramer sostiene que la línea de base no es igualitaria sino comunitaria: “a pesar de que [ni el principio ni la línea de base] establece límites absolutos al grado de desigualdad sustantiva que puede tener una sociedad, evitan incluso un grado mínimo de desigualdad si no todos lo aceptan”. Kramer, Matthew, “Getting the Rabbit Out of the Hat: A Critique of Anthony Kronman’s Theory of Contract”, *In the Realm of Legal and Moral Philosophy*, McMillan, Londres, 1999, 159.

<sup>25</sup> Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *op. cit.*, 1128.

<sup>26</sup> Quizá, Kronman podría redefinir su posición en términos de alguna forma de utilitarismo de reglas. Sin embargo, por las objeciones presentadas por diversos autores, el utilitarismo



quiero mostrar que, si bien el objetivo de Kronman es desarrollar una teoría del derecho de los contratos, no explica qué son los derechos contractuales. Su obsesión con la justicia distributiva le impide explicar la mayoría de las cuestiones propias de las transacciones privadas. En las próximas secciones, voy a desarrollar mi objeción haciendo referencia a dos de las doctrinas centrales del derecho de los contratos: la responsabilidad por incumplimiento y la noción de consentimiento.

## II. Paretianismo y responsabilidad por incumplimiento contractual

Considere, en primer lugar, lo que Kronman diría acerca del incumplimiento. Dado que las acciones por incumplimiento contractual involucran la transferencia de recursos de una persona a otra, para determinar si hay que concederle a la víctima una compensación es necesario recurrir al principio paretiano. La tesis de Kronman tiene el mismo defecto que las teorías económicas del derecho: no puede explicar la naturaleza “bilateral” de las interacciones contractuales<sup>27</sup> y, entonces, no

de reglas enfrenta problemas serios: si las reglas que adoptamos son meras reglas de buen cubero, entonces, debería estar permitido hacer excepciones. Cuantas más excepciones hacemos, el utilitarismo de reglas más se acerca al de actos. Esta objeción podría no funcionar contra interpretaciones más complejas del utilitarismo como la de David Brink. Ver Brink, David, *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge University Press, New York, 1989. Dado que mi objetivo en este ensayo es discutir la tesis de Kronman, no voy a discutir la posibilidad de reinterpretar la posición de Kronman a la luz de la de Brink.

<sup>27</sup> Debo este punto a una conversación con Marcelo Ferrante.

La expresión “bilateralismo” en el contexto del derecho privado fue acuñada por Eugen Pashukanis y popularizada más tarde por la obra de Ernest Weinrib. Aquí, la tomo prestada de Jules Coleman. Coleman sostiene que el análisis económico del derecho de daños no puede explicar la relación normativa que une al demandante víctima de un daño y al demandado que lo causó. Según Coleman, para el análisis económico del derecho, los litigantes no están relacionados de un modo fundamental porque, para el análisis económico, lo que realmente importa es la relación de cada uno de los litigantes con los objetivos del derecho de daños – esto es, la reducción del riesgo -. En cambio, para Coleman, el principio de justicia correctiva es el que explica mejor los aspectos centrales del derecho de daños. Ver Coleman, Jules, *Practice of Principle – In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, c. 2. La misma crítica es la que aparece en Weinrib, Ernest, *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, en Zipursky, Benjamín, “Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts”, *Vanderbilt L. Rev.*, 51, 3, 1998, 1 y en Stone, Martin, “On the Idea of Private Law”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9, 1996, 235. Si bien estos autores comparten la visión “bilateral” del derecho de daños, tienen concepciones diferentes de la idea de justicia correctiva.

puede explicar el efecto relativo de los contratos. Permítanme explicar un poco más.

Supongamos que ya determinamos que es permisible que A se aproveche de B y que, entonces, también establecimos que, en razón de la interacción contractual entre A y B, B le debe algo a A. En este escenario, no es necesariamente cierto que, en caso de que B incumpla, deberá pagarle una indemnización a A. Si aplicamos el paretianismo, si bien la víctima del incumplimiento puede tener un derecho a ser compensada, no es claro quién tiene la obligación correlativa de hacerse cargo de tal compensación. Podría ser que, según el paretianismo, C, D o E estén en una posición mejor que aquella en la que está el propio B para hacerse cargo de su incumplimiento. Por supuesto, esto es un problema porque ni C, ni D, ni E tenían contrato alguno con A. El paretianismo no puede escaparle al hecho de que, si el contrato es entre A y B, sólo éstos son los que se obligan el uno con el otro y el contrato no genera obligaciones para terceros como C, D E. Es más, el paretianismo no puede dar cuenta de por qué quien está obligado a compensar a la víctima del incumplimiento es quien incumple, y no algún tercero. Para el paretianismo, no parece haber ninguna razón que explique por qué hay que limitar la clase de los demandantes y de los demandados a las víctimas de incumplimientos y a quienes incumplen, respectivamente. Para el paretianismo, el promitente y el tenedor de la promesa no parecen tener ninguna relación que sea significativa desde el punto de vista normativo: lo que parece importar es la relación que cada una de las partes tiene por separado con el ideal distributivo.

Para ser justos con Kronman, quizá mi objeción asuma demasiado. En el párrafo anterior, sostuve que, incluso si se asume que la víctima de un incumplimiento tiene derecho a algún tipo de compensación, no es claro quién tiene la obligación de compensarla. Sin embargo, según el paretianismo, o según cualquier otro ideal distributivo, no es obvio que la víctima de un incumplimiento siquiera tenga derecho a alguna compensación de quien incumple o, para el caso, que tenga derecho a exigir que alguien –por ejemplo, algún tercero como el Estado– la compense. Para determinar si la víctima de un incumplimiento tiene derecho a ser compensada, es necesario apelar al principio paretiano y todo dependerá de si la compensación aumentará el bienestar de la mayoría de la gente del grupo relevante. Por ejemplo, suponga que, en base al paretianismo, se permite que A se aproveche de B. De nuevo,

suponga que B incumple con la obligación que le corresponde. Para determinar si B tiene que hacerse responsable del incumplimiento, es necesario hacer un cálculo similar al que, según el paretianismo, hay que hacer para determinar si inicialmente A puede aprovecharse de B en el marco de una interacción contractual. Para determinar si B es responsable de su incumplimiento, debemos establecer si hacerlo responsable mejoraría su posición en el largo plazo y, todavía más, si hacerlo responsable a B mejoraría a otros individuos como C, D, y E al mismo tiempo. Por supuesto, no hay nada objetable en esto en sí mismo. Simplemente, mi punto es que, una vez que entendemos a las interacciones contractuales de este modo, ya no tiene sentido decir que los contratos tienen “efectos relativos”.

En defensa de Kronman, considere la siguiente respuesta posible a mi objeción. Podría decirse que, cuando un tribunal determina que quien incumplió su obligación contractual –digamos, B– debe compensar a la víctima del incumplimiento –A–, cualquiera sea la forma en que la compense, no hay cuestiones de justicia distributiva para discutir porque tiene que haberse determinado antes que, de acuerdo con el principio paretiano, B le debía algo a A. Sin embargo, esta no es una buena respuesta a mi objeción. Es concebible un escenario en el que, luego de que A y B celebran un contrato, haya otros contratos que se estén celebrando y otras interacciones en el mundo relevante. Quizá, por ejemplo, también determinamos que C puede aprovecharse de B en otra transacción y quizá D y E celebren otra transacción que mejore tanto a A como a B, o que quizá los empeore. Más allá de que inicialmente era permisible que B estuviese obligado con A de algún modo y más allá de que B haya incumplido con su obligación, quizá el ordenamiento jurídico no tenga que reconocerle a A ningún derecho contra B porque hacerlo podría perjudicar a los terceros.<sup>28</sup>

Alguien podría intentar defender a Kronman nuevamente diciendo que, si se adoptara una lectura alternativa de Kronman, podría sostenerse que su argumento es que la idea de derechos individuales debe

<sup>28</sup> Nótese que, hasta ahora, no discutí cuál es la acción por incumplimiento contractual que corresponde adoptar, esto es, por ejemplo, el cumplimiento específico de la obligación, el pago de una indemnización de los daños basados en la expectativa, etc. A los efectos del argumento, simplemente tengo que asumir que B tiene una obligación con A y que B incumplió con su obligación.

entenderse en función de alguna idea lockeana de administración de los intereses del bien común<sup>29</sup> y que nada de lo que dije hasta ahora dice algo en contra de esta interpretación. Ello es cierto: hasta ahora, no intenté más que mostrar que la tesis de Kronman no puede dar cuenta del efecto relativo de los contratos. Para responder a esta objeción, voy a ser más preciso respecto de mi objeción. Mi punto es que Kronman no puede realmente explicar por qué su tesis es una tesis acerca del derecho de los contratos. Tal como dije antes, para el paretianismo, la interacción contractual entre las partes es meramente un medio para promover la justicia distributiva. El problema con esta idea es que, dado que a cualquiera se lo podría hacer responsable de un incumplimiento contractual, el paretianismo de Kronman no puede dar cuenta del efecto relativo de los contratos y, entonces, no es una teoría del derecho de los contratos.

### III. Paretianismo, consentimiento y autonomía

En la sección anterior sostuve que, según el paretianismo, la relación normativa que importa no es la relación entre las partes sino la de cada una de las partes con el ideal distributivo. En esta subsección, mostraré por qué esta idea tiene consecuencias para la importancia de la autonomía y del consentimiento en el paretianismo de Kronman.

Considere el siguiente problema. Suponga que A se aprovecha de B. Tal como mostró Peter Benson, el análisis basado en el bienestar que el principio paretiano de Kronman requiere para analizar la validez de tal transacción es inherentemente expansivo: “la validez del contrato entre A y B no depende de la naturaleza de la interacción entre A y B, sino de una serie de interacciones hipotéticas o putativas entre B, o partes como B, con un variedad de partes subsiguientes no identificadas.”<sup>30</sup> Por supuesto, sería muy difícil para los tribunales hacer este tipo de análisis. Pero, más allá de tal dificultad, la cuestión central es que, aun si los tribunales pudieran hacer con precisión este tipo de análisis, hacerlo implicaría ignorar la estructura bilateral de las relaciones contrac-

<sup>29</sup> Le debo esta observación a Arthur Ripstein.

<sup>30</sup> Trebilcock, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, *op. cit.*, 83.

tuales: los tribunales tendrían la obligación de incluir consideraciones que no hacen a las partes del acuerdo.<sup>31</sup> Los tribunales tendrían que prestarle atención e incluir en su razonamiento la respuesta a la pregunta de si la interacción entre A y B promueve el bienestar de los terceros que no son parte de la interacción particular.

Es más, a menos que agreguemos otras consideraciones, el principio Paretiano no nos ayuda a determinar si, en el largo plazo, B se beneficiará de este aprovechamiento específico por parte de A. En primer lugar, debemos considerar otras formas de aprovechamiento que podrían estar teniendo lugar. Por ejemplo, para determinar si A puede aprovecharse de B, tenemos que tener en cuenta si C se aprovechará de B de algún otro modo: si le permitiéramos a C aprovecharse de B, potencialmente, C podría privar a B de los beneficios que éste obtendría de su interacción con A.<sup>32</sup> Pero, al analizar la interacción entre A y B, no podemos estar enteramente seguros de que C, D, E u otros se aprovecharán de B porque no disponemos de tal información. Cada interacción contractual –digamos, entre A y B o entre X e Y– daría lugar a la misma pregunta. Para determinar si es permisible que A se aproveche de B, tenemos que determinar cómo dicha interacción afectará a C, D, E y otros que no necesariamente tienen alguna relación con A y B y que, además, no necesariamente tiene relación alguna entre sí.<sup>33</sup> En consecuencia, si los terceros como C, D y E estarían todavía mejor si el contrato entre A y B no tuviera efectos vinculantes, más allá de que el acuerdo entre A y B sea ventajoso para ellos, el ordenamiento jurídico no debería reconocerle efecto jurídico alguno.<sup>34</sup>

Esta cuestión nos lleva a otra. Tal como mencioné, puesto que para Kronman todos los recursos pertenecen a un pozo común, A y B tienen la obligación de considerar los efectos que su transacción tendría

<sup>31</sup> Benson, Peter, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *op. cit.*, 304. Benson presenta este argumento en el contexto de lo que él llama la “concepción pública” del derecho de los contratos. No voy a concentrarme en la posición de Benson en este ensayo; mi objetivo es, simplemente, discutir la idea de que el derecho de los contratos debe entenderse en función de la justicia distributiva.

<sup>32</sup> Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *op. cit.*, 1131.

<sup>33</sup> Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *op. cit.*, 1131.

<sup>34</sup> Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *op. cit.*, 1131.

para los terceros. Es más, cuando se considera que todos los recursos pertenecen a un pozo común, si los individuos deciden utilizar algún bien o recurso, necesariamente deben hacerlo en pos del bien común.<sup>35</sup> El problema es que, una vez que adoptamos el Paretianismo de Kronman, el consentimiento pierde su significado normativo. En el derecho de los contratos, el requisito de que, para que haya contrato, debe haber consentimiento va de la mano de la idea de que los dueños de los bienes pueden excluir a los demás del uso y goce de tal bien incluso cuando la exclusión disminuye el bienestar de los excluidos. Sin embargo, “[p]ara Kronman, no es el consentimiento de una persona, sino el principio Paretiano, el que determina si uno puede tener el uso exclusivo de un recurso”.<sup>36</sup> Esto socava el sentido en el que las obligaciones voluntarias son privadas. Es más, esto es un problema para Kronman porque, para él, el ejercicio de la autonomía es un aspecto central de las interacciones contractuales. Una vez que se adopta el principio Paretiano, desaparecen muchos de los aspectos del ejercicio de la autonomía individual que se expresan mediante la celebración de contratos. En consecuencia, Kronman no está a la altura de su desafío, esto es, de su intención de mostrar que tanto la autonomía como la igualdad son el fundamento del derecho de los contratos y, en particular, que la voluntariedad de los contratos debe entenderse en función de la justicia distributiva.

#### IV. Ideas finales

Quizá Kronman está en lo cierto cuando, siguiendo a Rawls, sostiene que no merecemos nuestro lugar en la distribución de los talentos naturales porque no hacemos mérito moral alguno para tenerlo. Sin embargo, tal premisa no necesariamente lleva a la conclusión de que, para determinar la validez de cada contrato, es necesario tener en cuenta los efectos o las consecuencias que cada interacción en particular puede tener en la distribución de las cargas y beneficios en la sociedad.

<sup>35</sup> Nótese que es importante mi uso de la expresión “poseen” porque, si todos los recursos son parte de un pozo común, en definitiva, no tiene mucho sentido decir que alguien es dueño de algún bien.

<sup>36</sup> Benson, Peter, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *op. cit.*, 304.

Es más, cuando se entiende al derecho de los contratos de ese modo, éste deja de ser derecho de los contratos para convertirse en una institución diferente.

Recepción: 3/09/2007

Aceptación: 8/05/2008