

GARDNER, John (2018): *From Personal Life to Private Law* (Oxford, Oxford University Press) 242 pp.

Tratar de simplificar un argumento complejo y lleno de matices conlleva el riesgo de ser acusado, precisamente, de simplificar un argumento complejo y lleno de matices. En el caso del nuevo libro de John Gardner, este es un riesgo que vale la pena asumir, aunque solo sea para motivar la lectura del libro mismo.

Basado en una serie de conferencias inéditas del mismo nombre (las ‘*Quain Lectures*’ del año 2014), en este libro el profesor de Oxford intenta demostrar que, más allá de los tecnicismos jurídicos, muchos de los problemas que ocupan a jueces, abogados y teóricos del derecho privado son, en realidad, problemas inherentes a la condición humana. Mediante un cuidadoso análisis y una gran selección de ejemplos tomados de la vida cotidiana, la literatura y el cine, el profesor escocés demuestra la relación de continuidad que existe, tanto en nuestra vida personal como en el derecho privado, entre esos tres elementos que constituyen “la ecuación de la litigación, la trinidad de los daños, la alquimia del *assumpsit*” (p. 1). Me refiero al agravio (*wrong*), el daño o pérdida (*loss*), y el remedio o reparación (*remedy*).

El libro consta de una introducción y seis capítulos. Siguiendo el orden del libro, explicaré, en primer lugar, qué entiende Gardner por vida personal y derecho privado (introducción), para luego abordar la tesis central del libro: que existe cierta continuidad entre ambos (capítulos 1 al 6).

¿Qué quiere decir “vida personal”? Gardner entiende esta idea como “lo que la gente hace (así como lo que piensa, cree, quiere, etc.) fuera del [ámbito del] derecho [*quite apart from the law*]” (p. 8). Aunque Gardner no sigue a Alasdair MacIntyre en “su diagnóstico histórico de nuestra condición contemporánea (‘la liquidación del yo’) ni en sus prescripciones nostálgicas” (p. 7), concuerda con su compatriota en que debemos concebir la vida humana de modo unitario y no como si fuera un conjunto de fragmentos relativamente inconexos y normativamente independientes entre sí. Por esto Gardner prefiere hablar de vida personal y no de “vida privada” (p. 6).

Que el derecho privado se relacione con una concepción unitaria de la vida personal tiene importantes consecuencias para el debate acerca de la justificación normativa del derecho privado. En efecto, Gardner toma posición desde un inicio a favor de las teorías “monistas” de la justificación. Ser “monista” en este sentido no supone, por cierto, creer que el derecho privado sirve un solo bien o valor. Si así fuera, declararse monista tendría poco sentido: la pluralidad de bienes y valores que sirve el derecho privado parece difícil de negar. La pregunta interesante –que Gardner y los monistas responden afirmativamente y los pluralistas negativamente– es si los principios normativos que justifican las instituciones del derecho privado deben ser los mismos que justifican (moralmente, se entiende) nuestra propia conducta. La respuesta afirmativa pone a Gardner, por decirlo así, más cerca de Aristóteles que de Rawls.

¿Qué es el derecho privado? Gardner no está especialmente interesado en la pregunta. Para efectos del libro, derecho privado es “el derecho de daños [*the law of torts*] y el derecho de contratos” (p. 14), pero, por la mayor parte, el libro simplemente asume que el

lector sabe lo que es y cuáles son sus temas centrales. Esta no es una decisión baladí. Por de pronto, tal aproximación separa el proyecto teórico de Gardner de otros proyectos, como el de Ernest J. Weinrib, que se embarcan en una búsqueda por aclarar la idea misma de derecho privado.

Volvamos ahora a la tesis central: ¿en qué sentido se dice que existe cierta continuidad entre vida personal y derecho privado? Según Gardner, la continuidad es una continuidad de razones. Es decir, las razones que tiene el derecho privado para exigir ciertas conductas se entienden mejor si reflexionamos acerca de las razones que tenemos para hacer lo que debiéramos hacer fuera del derecho, es decir, en nuestra vida personal. La continuidad, por tanto, está dada por el tipo de razones que se aplican a nuestra conducta cuando está presente la ya mencionada trilogía de agravio-daño-reparación. El resto del libro se dedica a desarrollar esta idea.

El capítulo 1 (“*Something Came Between Us*”) se enfoca en el tipo de agravio propio del derecho privado: el incumplimiento de un deber debido a otro. ¿Qué significa, y por qué es importante para el derecho, deberle algo a otro, y qué papel juega en la determinación de ese deber que ese otro se encuentre o no en una relación especial con el deudor (esto es, que sea *mi* cónyuge, amigo, vecino, etc.)? La respuesta de Gardner es que “un deber cuenta como debido a otro en virtud de las razones para su existencia” (p. 56). Si uno tiene un deber en virtud de una determinada relación personal, entonces ese deber es un deber relacional (esto es, un deber debido a otro). Gardner distingue entre deberes estrictamente relacionales –deberes que uno tiene porque uno está en una relación especial con alguien (*v. gr.*, la razón por la que tengo un deber especial de cuidado para con mi hijo, y no para con el hijo de un desconocido, es, precisamente, que es *mi hijo*)– y deberes “latamente relacionales” –deberes que se deben a otro no en virtud de la relación misma, sino en virtud de la amenaza que las acciones de uno representan para la vida de otro (por ejemplo, el deber general de cuidado que tengo para con toda persona).

Que Gardner considere que los deberes del derecho privado son relacionales lo aleja, por cierto, del “hipo-relacionismo” común en ciertas corrientes del derecho privado que buscan su justificación normativa en la satisfacción de preferencias individuales (*v. gr.*, *Law & Economics*). Pero sus argumentos están dirigidos principalmente contra lo que él llama el “hiper-relacionismo de muchos escritos en derecho privado” (p. 16). Gardner sostiene que

- (i) los deberes estrictamente relacionales no necesitan estar justificados por valores relacionales, sino que pueden justificarse por “el valor no relacional de que existan relaciones a las que se asocien dichos deberes” (p. 16), y que
- (ii) los deberes del derecho privado “no necesitan ser, y frecuentemente no son, estrictamente relacionales. Son solo ‘latamente relacionales’” (p. 16). Esto último vale especialmente para el derecho de daños (pp. 46-57).

La proposición (i) aleja a Gardner de aquellos que creen que, dado que el derecho privado es relacional, la estructura normativa del derecho privado también debe serlo (*cf.* Weinrib y su idea de justicia correctiva). La proposición (ii), por su parte, rechaza la idea de que el derecho privado genera deberes estrictamente relacionales por el solo hecho

de suponer relaciones entre personas. Eso solo ocurre, dice Gardner, si la relación es, en algún sentido relevante, *especial*.

Luego del agravio, viene el daño. El segundo capítulo (“*That’s the Story of My Life*”) se refiere al difícil problema de atribuir responsabilidad por el daño causado a la persona que cometió un hecho ilícito. Gardner sostiene, coherentemente con su tesis principal, que este es un problema que va “al corazón mismo de la teoría de la acción humana” (p. 16). Explicar la atribución de responsabilidad civil depende, por tanto, de una explicación satisfactoria de la relación de causalidad entre nuestros actos y un determinado resultado en el mundo. A diferencia de la teoría de la acción humana, sin embargo, el derecho enfrenta el problema adicional de tener que establecer, de manera más o menos arbitraria (en el sentido de libre, no de irracional) los *límites* de nuestra responsabilidad. Así, el derecho privado no solo cumple un papel instrumental para identificar lo debido a otro, sino que propiamente *constituye* o define aquello que debe contar como debido. Dicho de otro modo: a veces, es la justicia la que necesita al derecho positivo para existir, y no al revés.

Después del agravio, y después del daño, viene la reparación. El capítulo 3 (“*It’s Not About the Money*”) analiza la justificación del deber de reparar el daño causado, mientras que el capítulo 4 (“*Say It With Flowers*”) analiza la justificación para reparar (pedir perdón por) el agravio. El capítulo 5 (“*The Way Things Used to Be*”) une los dos capítulos anteriores argumentando que lo que nos mueve tanto a reparar el daño como a pedir perdón es la idea de “restaurar ‘la normalidad’” (p. 87), es decir, de que las cosas sean como solían ser antes del agravio o del daño.

Cambiar el pasado es, por supuesto, imposible: ni el dinero, ni las flores, ni mil cartas pidiendo perdón modificarán el hecho de que, en virtud del agravio, la vida de alguien jamás volverá a ser lo que era. ¿Cuál es el sentido, entonces, de nuestros actos reparatorios? Gardner propone lo que llama “*continuity thesis*” (p. 102), que es la tesis según la cual “cuando ha habido un incumplimiento contractual o se ha hecho cualquier otro tipo de agravio a otra persona, varias razones quedaron insatisfechas, y esas razones todavía exigen conformidad con ellas” (p. 102). La pregunta, entonces, es cuál es la mejor manera de actuar en conformidad con esas razones ahora que la conformidad es imposible. En otras palabras: “lo que debiera hacer a modo de reparación es lo que sea que me lleve más cerca, dado cómo son las cosas ahora, a hacer lo que debiera haber hecho desde un comienzo” (p. 125). Aunque las razones para reparar en la vida personal jamás se ven del todo extinguidas la situación en el derecho es, afortunadamente, distinta. El derecho privado permite un cierto “cierre” en nuestras relaciones, al regular y definir cómo es posible cumplir con los deberes secundarios de reparar –en oposición a los deberes primarios contractuales o extra-contractuales– que emanan del agravio.

Finalmente, el capítulo 6 (“*That Was Then and This is Now*”) explora las razones que tiene el derecho para dar amplia discreción a la persona agraviada al momento de perseguir la reparación del daño. Uno podría pensar que esas razones tienen que ver con el respeto liberal a la autonomía. Según Gardner, es exactamente al revés: la discreción que el demandante civil tiene para cometer errores “es en el ejercicio de autoridad sobre otros –sobre la corte, y a través de la corte, sobre el demandado–. Amplia latitud para errar en el ejercicio

de la autoridad, especialmente autoridad ejercida sobre y a través de oficiales, es un arreglo típicamente *iliberal*” (p. 202, énfasis original).

Llegados a este punto, Gardner critica explícitamente el anacronismo que implica leer la historia del derecho privado bajo el prisma liberal de respeto a la autonomía (p. 196). Esto no es sino la otra cara de su tesis principal. En efecto, si los temas perennes del derecho privado se explican en virtud de la continuidad con la vida personal, entonces la autonomía es mucho menos relevante de lo que muchos teóricos contemporáneos (Ripstein, Voyiakis, Dagan, etc.) parecen creer (p. 197). Nuestra vida personal tiene una estructura racional que no se explica simplemente apelando a nuestra autonomía. Como dice el mismo Gardner, “la propia autonomía no es ninguna razón, por sí misma, para hacer lo que uno autónomamente hace” (p. 105).

Este rechazo al valor explicativo de la idea de autonomía no significa que Gardner escriba desde una posición “antiliberal”, o que crea que la autonomía no cumple ningún papel en el derecho privado ni en la vida personal. No hay nada de eso en la postura del escocés, quien se confiesa como un convencido “*1960s-style liberal*” (p. 198). El punto que Gardner defiende –convincientemente, a mi juicio– es que no todos nuestros arreglos institucionales responden ni deben responder a la lógica del respeto por la libertad personal.

Recomendado especialmente para académicos con interés en la fundamentación del derecho y el derecho civil.

JOAQUÍN REYES BARROS
Universidad de Edimburgo