

JUSTICIA CORRECTIVA VS. JUSTICIA FUNCIONAL
Aristóteles, Bentham y el sistema de remedios legales

FREDDY ESCOBAR ROZAS

JUSTICIA CORRECTIVA VS. JUSTICIA FUNCIONAL

Aristóteles, Bentham y el sistema
de remedios legales



<p>341 E79</p>	<p>Escobar Rozas, Freddy Justicia correctiva vs. justicia funcional. Aristóteles, Bentham y el sistema de remedios legales / Freddy Escobar Rozas; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 454 pp.; 17 x 24 cm. D. L. 2023-00000 ISBN: 978-612-325-000-0 1. Derecho 2. Filosofía 3. Derecho y ética. 4. Aspectos morales y éticos. 5. Administración de justicia 6. Interpretación y aplicación.</p>
---------------------------	--

JUSTICIA CORRECTIVA VS. JUSTICIA FUNCIONAL
 Aristóteles, Bentham y el sistema de remedios legales

Primera edición, agosto de 2023

© 2023: FREDDY ESCOBAR ROZAS

© 2023: PALESTRA EDITORES S.A.C.
 Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
 Telf. (511) 6378902 - 6378903
 palestra@palestraeditores.com
 www.palestraeditores.com

© 2023: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
 Departamento Académico de Derecho
 Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
 Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
 Telf. (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:

Aleph Impresiones S. R. L.
 Jr. Risso 580 - Lince
 Agosto, 2023

DIAGRAMACIÓN:

John Paolo Mejía Guevara

CUIDADO DE ESTILO Y EDICIÓN:

Manuel Rivas Echarri

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-00000
 ISBN: 978-612-325-000-0

Tiraje: 500 ejemplares

IMPRESO EN EL PERÚ | PRINTED IN PERU

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

*Truly speaking, it is not instruction, but provocation, that I can receive from
another soul.*

RALPH WALDO EMERSON, 1838

*If I were unable to draw strength from myself, if I had to wait for applause,
encouragement, consolation, where would I be? what would I be?*

FRIEDRICH WILHELM NIETZSCHE, 1881

Dedicado a Jorge Avendaño Valdez
y Fernando de Trazegnies Granda

CONTENIDO

AGRADECIMIENTO Y TESTIMONIO	15
INTRODUCCIÓN	17

PRIMERA PARTE

1. Hammurabi.....	23
2. Justificación	27
2.1. Aristóteles	28
2.1.1. Propósito.....	28
2.1.2. Función humana	29
2.1.3. Virtud humana.....	33
2.1.4. Justicia como virtud	38
2.1.5. Justicia distributiva.....	40
2.1.6. Justicia correctiva	44
2.1.7. Relación entre justicias	51
2.1.8. Seguidores.....	53
2.2. Bentham	55
2.2.1. Reforma	56
2.2.2. Naturaleza de la ley	61
2.2.3. Principio de utilidad	65
2.2.4. Daños	69
2.2.5. Sanciones	74
2.2.6. Seguidores.....	76
3. Implicancias legales	77
3.1. Justicia correctiva	77

CONTENIDO

3.1.1. Teorías	78
3.1.1.1. Weinrib.....	78
3.1.1.2. Coleman.....	86
3.1.1.3. Reflexión.....	91
3.1.2. Propósito.....	98
3.1.2.1. Eliminación de desequilibrio	98
3.1.2.2. Eliminación de pérdidas	99
3.1.2.3. Restauración de estado preexistente	100
3.1.2.4. Obtención del objeto del derecho.....	101
3.1.2.5. Reflexión.....	102
3.1.3. Elementos	104
3.1.3.1. Lesión	105
3.1.3.2. Injusticia.....	107
A. Inexistencia de derecho a dañar.....	107
B. Existencia de razón moral para proteger.....	108
3.1.4. Efectos	123
3.1.5. Limitaciones.....	126
3.2. Justicia funcional	127
3.2.1. Premisas	127
3.2.1.1. Costos y beneficios	128
3.2.1.2. Externalidades.....	131
3.2.1.3. Desincentivos	133
3.2.2. Propósito.....	136
3.2.2.1. Principio de simetría general.....	136
3.2.2.2. Disociación cualitativa.....	137
3.2.2.3. Disociación cuantitativa.....	139
3.2.3. Elementos	141
3.2.3.1. Externalidad negativa.....	141
3.2.3.2. Existencia de razón económica para desincentivar	142
A. Decisión estratégica	143
B. No adopción de precauciones (óptimas)	144

CONTENIDO

3.2.4. Efectos	150
3.2.5. Limitaciones.....	152
3.3. Reflexión.....	154
BIBLIOGRAFÍA	161

SEGUNDA PARTE

1. Políticas de protección	171
1.1. Reglas de la catedral	173
1.2. Reglas del sistema legal	182
2. Formas de protección	190
2.1. Remedios de protección preventiva	191
2.2. Remedios de protección rectificatoria (pérdidas)	194
2.3. Remedios de protección rectificatoria (ganancias)	199
2.4. Remedios de protección instrumental	200
2.5. Reglas y remedios	202
2.6. Lagunas	203
BIBLIOGRAFÍA	207

TERCERA PARTE

1. Remedios de protección preventiva	211
1.1. Acción pauliana	211
1.1.1. Fundamento.....	211
1.1.1.1. Justicia correctiva.....	211
1.1.1.2. Justicia funcional	212
1.1.2. Características	214
1.1.3. Regulación	218
1.1.3.1. Requisitos	218
1.1.3.2. Efectos.....	224
1.1.4. Problema: la garantía.....	226
1.2. Medida cautelar.....	230
1.2.1. Fundamento.....	230
1.2.1.1. Justicia correctiva.....	230

CONTENIDO

1.2.1.2. Justicia funcional	231
1.2.2. Características	233
1.2.3. Regulación	236
1.2.3.1. Requisitos	236
1.2.3.2. Efectos	241
1.2.4. Problema: la “contracautela”	241
1.2.5. Problema: la oposición	244
2. Remedios de protección rectificatoria contra pérdidas injustas	246
2.1. Defensa posesoria	246
2.1.1. Fundamento	246
2.1.1.1. Justicia correctiva	246
2.1.1.2. Justicia funcional	247
2.1.2. Características	250
2.1.3. Regulación	255
2.1.3.1. Requisitos	255
2.1.3.2. Efectos	258
2.1.4. Problema: la intervención de la policía y de la municipalidad	259
2.1.5. Problema: las exclusiones.....	260
2.2. Acción reivindicatoria.....	263
2.2.1. Fundamento	263
2.2.1.1. Justicia correctiva	263
2.2.1.2. Justicia funcional	264
2.2.2. Características	266
2.2.3. Regulación	266
2.3. Acción de ejecución forzada	267
2.3.1. Fundamento.....	268
2.3.1.1. Justicia correctiva	268
2.3.1.2. Justicia funcional	269
2.3.2. Características	277
2.3.3. Regulación	279
2.3.4. El problema de los contratos de producción	281

2.4. Acción indemnizatoria por daños contractuales	283
2.4.1. Fundamento.....	283
2.4.1.1. Justicia correctiva	283
2.4.1.2. Justicia funcional	284
2.4.2. Características	285
2.4.2.1. Interés en lo prometido.....	285
2.4.2.2. Indemnización compensatoria.....	289
2.4.2.3. Indemnización compensatoria (continúa).....	291
2.4.2.4. <i>Caveat</i>	293
2.4.2.5. Límites.....	294
2.4.3. Regulación	300
2.4.3.1. Requisitos	300
2.4.3.2. Efectos	305
2.4.4. Problema: los niveles de daños.....	313
2.4.5. Problema: la mitigación de daños	316
2.4.6. Problema: el cálculo de daños (fórmulas abstractas).....	321
2.4.7. Problema: el cálculo de daños (fórmulas desagregadas)	324
2.4.8. Problema: el cálculo de daños (casos)	328
2.5. Acción indemnizatoria por daños no contractuales	340
2.5.1. Fundamento.....	340
2.5.1.1. Justicia correctiva	340
2.5.1.2. Justicia funcional	341
2.5.2. Características	343
2.5.2.1. <i>Alterum non laedere</i>	343
2.5.2.2. Relación de causalidad.....	346
2.5.2.3. Indemnización compensatoria	362
2.5.2.4. <i>Caveat</i>	363
2.5.2.5. Límites.....	365
2.5.3. Regulación	365
2.5.3.1. Requisitos	365
2.5.3.2. Efectos	382

CONTENIDO

2.5.4. Problema: la ruptura del nexo causal	384
2.5.5. Problema: el daño no económico.....	386
2.5.6. Problema: el cálculo de daños (fórmulas abstractas).....	396
2.5.7. Problema: el cálculo de daños (fórmulas desagregadas)	400
2.5.8. Problema: el cálculo de daños (casos)	404
3. Remedios de protección rectificatoria contra ganancias injustas	413
3.1. Acción por pago indebido	413
3.1.1. Fundamento.....	414
3.1.1.1. Justicia correctiva	414
3.1.1.2. Justicia funcional	417
3.1.2. Características	419
3.1.2.1. Bilateralidad.....	419
3.1.2.2. Valor del beneficio	421
3.1.2.3. Composición del beneficio	422
3.1.2.4. Costo operativo	423
3.1.2.5. Defensas	424
3.1.3. Regulación	425
3.1.3.1. Requisitos	425
3.1.3.2. Efectos	426
3.2. Acción por enriquecimiento sin causa	434
3.2.1. Fundamento.....	435
3.2.1.1. Justicia correctiva	435
3.2.1.2. Justicia funcional	437
3.2.2. Características	439
3.2.2.1. Bilateralidad.....	439
3.2.2.2. Valor del beneficio	442
3.2.2.3. Composición del beneficio	444
3.2.2.4. Defensas	445
3.2.3. Regulación	445
BIBLIOGRAFÍA	448

AGRADECIMIENTO Y TESTIMONIO

A Jeanette Aliaga, Guillermo Cabieses, Pedro Grández, Hugo Forno, Sergio García, Betzabé Marciani y Mario Reggiardo: gracias infinitas por su incondicional apoyo. Este libro se nutre también de sus aportes, ideas y amistad.

A los árbitros anónimos que revisaron el borrador de este libro: gracias de corazón por sus valiosas sugerencias.

* * *

Bárbara, Matías y Miranda me inspiran constantemente a intentar vivir con *virtud*. Este libro es un testimonio mi amor hacia los tres.

INTRODUCCIÓN

Las personas consideran que los derechos existen. No en vano adoptan decisiones diarias en función de lo que legalmente pueden —o no— hacer. Asimismo, las personas consideran que los derechos poseen valor; no en vano realizan transacciones diarias sobre activos subyacentes que se encuentran conformados por facultades legales de actuar (propiedad, crédito, etc.)

No obstante, cuando surge un problema legal (p. ej. incumplimiento contractual, accidente), las personas consideran que sus derechos existen en la medida en que reciban “protección” del Estado.

La protección legal es compleja y eventualmente confusa. En efecto, en algunos casos la persona puede accionar para impedir que se produzca un daño, mientras que en otros casos solo puede accionar para solicitar que se repare un daño¹. En algunos casos la persona puede accionar para solicitar que se cumpla una promesa, mientras que en otros casos solo puede accionar para solicitar que se repare el daño derivado del incumplimiento de una promesa². En algunos casos la persona puede accionar para solicitar la reparación de pérdidas injustas, mientras que en otros casos solo puede accionar para solicitar la restitución de ganancias injustas³⁺. En algunos casos la persona puede accionar para solicitar la reparación de todas las pérdidas sufridas (en la medida en que tengan la condición de “usuales”), mientras que en

¹ Si (por diversas circunstancias) el daño no es reparable, entonces hace sentido evitar que se produzca.

² Salvo excepciones, la ley no puede “forzar” a las personas a cumplir lo que prometen.

³ En algunos casos existe lesión, de manera tal que hace sentido ordenar la reparación de las “pérdidas injustas”. En otros casos, empero, no existe lesión, de manera tal que hace sentido ordenar la restitución de las “ganancias sin sustento”.

otros casos solo puede accionar para solicitar la reparación de algunas pérdidas sufridas (las “directas” e “inmediatas”)⁴.

Por si fuera poco, si procede la reparación del daño, en algunos casos la persona no está obligada a “reducir” el monto de la reparación, mientras que en otros sí. Si *B*, por ejemplo, sufre daños por incumplimiento de un contrato de servicios (\$100), pero obtiene una fuente sustituta de ingresos (p. ej. segundo contrato de servicios), los jueces consideran que el beneficio derivado de tal fuente (\$80) debe ser deducido del monto indemnizatorio. Sin embargo, si *Construcciones C* sufre daños similares y obtiene (también) una fuente sustituta de ingresos, los jueces consideran que el beneficio derivado de tal fuente no debe ser deducido del monto antes referido⁵.

Asimismo, en algunos casos la persona que provoca daños a un bien ajeno (p. ej. una casa de origen colonial) tiene que pagar la diferencia del valor de mercado del bien (antes de los daños vs. después de los daños) (\$80), mientras que en otros casos tiene que pagar el costo de reparación del bien (\$100)⁶.

¿Tiene este panorama algún sentido? La respuesta, afortunadamente, es positiva.

Los remedios legales son complejos por diversas razones: porque la interacción humana es intrincada; porque los valores morales (autonomía, eficiencia) son a veces complementarios, a veces contradictorios; porque los objetivos de política pública son diversos; y porque, en fin, el entendimiento de lo que es (socialmente) deseable tiene carácter no lineal.

Los remedios legales responden, en términos generales, a dos ideas filosóficas disruptivas, innovadoras, revolucionarias: (a) la idea de justicia correctiva (Aristóteles contra Platón) y (b) la idea de justicia funcional (Jeremy Bentham contra Aristóteles). Estas ideas explican y justifican, con razones (atendibles), por qué el sistema legal debe conceder protección a las personas y por qué los remedios tienen formas y efectos cambiantes, que responden a las circunstancias de las partes y de los casos. En algunos casos estas ideas (felizmente) “convergen”; en otros casos, estas ideas (desafortunadamente) “divergen”.

⁴ Existen actividades socialmente valiosas y actividades socialmente nocivas. Las primeras deben ser incentivadas, mientras que las segundas deben ser desincentivadas. Para alentar la realización de actividades beneficiosas, la responsabilidad ha de ser —en principio— “limitada”, en tanto que, para desalentar la realización de actividades perjudiciales, la responsabilidad ha de ser —en principio— “ilimitada”.

⁵ Mientras una persona natural no tiene capacidad de ejecutar simultáneamente diversos contratos (p. ej. contratos de trabajo), una persona jurídica sí tiene dicha capacidad. Por tal razón, los ingresos obtenidos por un segundo contrato eliminan o reducen el daño en un caso, pero no en el otro.

⁶ En algunos casos el bien puede ser reparado; en otros no.

Para entender la lógica de los diversos remedios legales (a nivel abstracto y a nivel positivo) es preciso retornar a las fuentes. Este libro ofrece un *excursus* por el pensamiento de Aristóteles y de Bentham. Ese *excursus* permite entender el origen, el sentido y los alcances de las ideas antes citadas.

Acto seguido, este libro recurre a las ideas de Guido Calabresi y Douglas Melamed con el fin de ofrecer una descripción general de los remedios legales a nivel abstracto.

Finalmente, este libro vuelve a ofrecer un *excursus* (esta vez por el Código Civil de 1984 y algunas leyes complementarias) con la finalidad de analizar diversos remedios legales: la acción pauliana, la medida cautelar, la acción posesoria, la acción reivindicatoria, la acción de ejecución forzada, la acción indemnizatoria de daño contractual y de daño extracontractual, la acción de restitución por pago indebido y por enriquecimiento sin causa.

El objetivo de este segundo *excursus* es diverso. Primero: explicar por qué razón y en qué medida los remedios analizados encuentran —o no— justificación las ideas de justicia correctiva y de justicia funcional. Segundo: analizar las diversas características (de orden conceptual) de esos remedios. Tercero: analizar, con pensamiento crítico, la regulación legal establecida en el Código Civil de 1984 y en las leyes complementarias.

Como siempre, las reflexiones contenidas en este libro tienen un *telos* supremo: incentivar la búsqueda del entendimiento propio del lector.

Lima, junio de 2023

PRIMERA PARTE

[...] todo tratamiento sobre la conducta debe expresarse mediante un bosquejo y no con exactitud [...] pues no cae bajo ciencia alguna [...] los que obran deben, en cada caso, observar lo que conviene a la ocasión como pasa también en la Medicina y en la Náutica.

ARISTÓTELES, *circa* 340 AD

1. HAMMURABI

Antes de fallecer, el gran emperador Hammurabi¹ ordena recopilar sus leyes con el fin de preservar su espíritu de justicia (“equidad”) para las generaciones futuras.

Las leyes de Hammurabi, esculpidas en estelas de piedra, recopilan decisiones casuísticas, bajo la estructura condicional tradicional: “Si A, entonces B”. Si bien dichas decisiones no están organizadas bajo una estructura conceptual similar a la que exhiben los códigos de la era actual, es posible reconocer la siguiente “clasificación”²:

I. De los intereses del palacio y del templo, y del orden público

1. De los procesos
2. De la pena capital
3. Del régimen fiscal

II. De los intereses privados

1. De los bienes patrimoniales
2. Del derecho familiar y de sucesión
3. De las lesiones y los daños
4. De los esclavos

Revisemos algunas de esas leyes³.

¹ Hammurabi (1810 a. C. – 1750 a. C.) es el sexto rey de la primera dinastía de Babilonia. Cuando accede al poder (a la muerte de padre), Mesopotamia es habitada por diversos imperios menores. En el inicio de su reinado se concentra en la construcción de infraestructura pública (fundamentalmente, irrigación y transporte). Después se concentra en la expansión (territorial y política) de Babilonia. A través de alianzas estratégicas y de campañas militares, logra unificar Mesopotamia bajo el dominio de Babilonia. Durante su reinado muestra paternalismo, benevolencia y alto compromiso político. Personalmente se encarga de supervisar el diseño y la construcción de las obras, la administración de los recursos, la administración de la justicia, etc.

² Tomada de Sanmartín (1999, 88).

³ Traducción tomada de Sanmartín (1999, 102 y ss.).

Leyes 17 y 19

La Ley 17 establece lo siguiente:

Si un hombre captura en el campo a un esclavo fugitivo y se lo lleva a su dueño, el dueño del esclavo le dará 2 *siclos* de plata.

Por otro lado, la Ley 19 establece lo siguiente:

Si [un hombre] retiene a ese esclavo en su casa, pero luego es descubierto en su poder, ese hombre será ejecutado.

Las leyes glosadas contemplan dos recursos contrapuestos: (i) castigos y (ii) recompensas. La *ratio* de la Ley 17 es incentivar una conducta socialmente valiosa (recuperación del esclavo), en tanto que la *ratio* de la Ley 19 es desincentivar una conducta socialmente nociva (apropiación del esclavo).

Leyes 53 y 56

La Ley 53 establece lo siguiente:

Si un hombre se cruza de brazos al reforzar el dique de su campo y no refuerza su dique y, debido a ello, se abre una brecha en la margen y deja que el agua se lleve el mantillo, el hombre en cuyo dique se ha abierto la brecha compensará por la cebada que haya echado a perder.

Por otro lado, la Ley 56 establece lo siguiente:

Si un hombre suelta el agua de modo tal que deja que el agua se lleve el trabajo realizado en el campo de su vecino, pagará una indemnización de 10 *kures* de cebada por cada *bur*.

Las leyes glosadas regulan un supuesto similar: daño ocasionado al vecino. No obstante, la Ley 53 ordena pagar el valor (de mercado) de la cebada perdida, en tanto que la Ley 56 ordena pagar una suma monetaria fijada *ex ante*. La *ratio* de la Ley 53 es desalentar la negligencia (leve o grave), en tanto que la *ratio* de la Ley 56 es desalentar el dolo. Por esta razón, mientras la primera ley contempla una indemnización compensatoria (valor de la cebada), la segunda ley contempla una indemnización supercompensatoria (10 *kures* de cebada por cada *bur*)⁴.

Leyes 263 y 265

La Ley 263 establece lo siguiente:

Si (el ganadero/pastor) deja que se pierdan el buey o la oveja que le ha sido confiada, le restituirá buey por buey y oveja por oveja.

⁴ Según la tabla metrológica babilónica, un *kur* representa 300 unidades en el sistema métrico decimal, mientras que un *bur* representa 64,800 metros cuadrados en dicho sistema.

Por otro lado, la Ley 265 establece lo siguiente:

Si un pastor, a quien fueron confiadas reses u ovejas para que las apacentara, comete un fraude y altera las marcas del ganado y lo vende, que se lo prueben, y lo que hubiese robado, reses u ovejas, se lo restituirá diez veces a su dueño.

Las leyes glosadas regulan un supuesto similar: incumplimiento de contrato. No obstante, la Ley 263 ordena reponer el recurso perdido, en tanto que la Ley 265 ordena reponer el recurso sustraído multiplicado por diez. La *ratio* de la Ley 263 es desalentar la negligencia (leve o grave), en tanto que la *ratio* de la Ley 265 es desalentar el fraude. Por esta razón, mientras la primera ley contempla una obligación restitutoria compensatoria, la segunda ley contempla una obligación restitutoria supercompensatoria.

Las Leyes 263 y 265 replican (en el ámbito contractual) la lógica que sustenta a las Leyes 53 y 56.

Leyes 250 y 251

La Ley 250 establece lo siguiente:

Si un buey, al ir por una calle, le da una cornada a un hombre y lo mata, en este caso no hay lugar a indemnización.

Por otro lado, la Ley 251 establece lo siguiente:

Si el buey de un hombre suele dar cornadas y (la autoridad de) su barrio ya le ha hecho saber que da cornadas y él ni le recorta los cuernos ni controla a su buey, si luego ese buey le da una cornada al hijo de un hombre y lo mata, abonará $\frac{1}{2}$ mina de plata.

Las leyes glosadas contemplan dos situaciones contrapuestas: (i) una en la que el riesgo de accidente es desconocido *ex ante*; y, (ii) otra en la que el riesgo de accidente es conocido *ex ante*. La Ley 250, aplicable a la primera situación, establece un supuesto de irresponsabilidad. La Ley 251, aplicable a la segunda situación, establece —por el contrario— un supuesto de responsabilidad (agravada). La *ratio* de la primera ley es no incrementar el costo del empleo de un recurso valioso para la sociedad, en tanto que la *ratio* de la segunda ley es incentivar la adopción de precauciones razonables (en términos de costo-beneficio).

Leyes 233 y 235

La Ley 233 establece lo siguiente:

Si un albañil le hace una casa a un hombre y no realiza su trabajo según el proyecto y una pared se comba, ese albañil consolidará la pared con su dinero propio.

Por otro lado, la Ley 235 establece lo siguiente:

Si un barquero le calafatea un barco a un hombre y no deja su trabajo bien terminado y, en ese mismo año, el barco escora o sufre algún desperfecto, el barquero desarmará ese barco y lo reforzará con sus propios medios y, luego, entregará el barco ya reforzado al dueño del barco.

Las leyes glosadas regulan un supuesto similar: incumplimiento de contrato. A diferencia de otras leyes, las Leyes 233 y 235 solo disponen la aplicación de remedios compensatorios. Por otro lado, las Leyes 233 y 235 imponen responsabilidad estricta u objetiva. La *ratio* de la primera regla es evitar que el costo de incumplir sea tan “alto” que desaliente a albañiles y a barqueros a prestar los servicios requeridos en el mercado. La *ratio* de la segunda regla es evitar que albañiles y barqueros, en su condición de expertos, puedan aprovechar la “asimetría informativa” y vencer en el juicio a pesar de realizar un trabajo defectuoso.

Leyes 122 y 123

La Ley 122 establece lo siguiente:

Si un hombre le entrega a otro hombre en depósito plata, oro o lo que sea, que todo lo que entregue se lo enseñe a testigos, que redacte un contrato, y que luego efectúe el depósito.

Por otro lado, la Ley 123 establece lo siguiente:

Si efectúa la entrega sin testigos ni contrato y luego se lo niegan en el lugar en que lo entregó, en ese caso no habrá lugar a reclamación judicial.

Las leyes glosadas contemplan el principio fundamental del litigio: sin prueba de la lesión del derecho, el juez no puede aplicar el remedio legal correspondiente.

La revisión de las leyes contempladas en el Código de Hammurabi permite concluir que el mundo ancestral no solo conoce el arsenal de remedios legales que aplicamos en la actualidad, sino que además diseña el alcance de esos remedios con asombroso pragmatismo⁵.

En el ámbito filosófico, ese pragmatismo es adoptado por Platón:

Si alguno sufre daño en su campo o en su casa de parte del vecino que habita más abajo por negarse a dar a las aguas llovedizas la necesaria salida; o por el contrario, si el habitante de la parte de arriba causa daño al vecino de la parte inferior, por dejar correr las aguas a la ventura y, si por otro lado no se arreglan amistosamente, el que se sienta agraviado se dirigirá a los astinomos si es en la ciudad, y a los agrónomos, si es en el campo, y trasladándose éstos al punto de la disputa dispondrán lo que cada parte debe de hacer. Hecho

⁵ “Mesopotamian law, as exemplified by the Code of Hammurabi, had reached a high level of sophistication by the third millennium B. C. [...] While the law has been termed ‘ancient’ by contemporary academicians, such categorization must be accepted only in its broadest sense. For the Code reveals that a comprehensive system existed which was calculated to promote the cause of justice as established under law” (Meisel 1966, 215).

el arreglo, el que no se conforme con él será acusado como vecino incómodo y díscolo, y si se le convence de ello, será condenado a pagar a la otra parte el doble del daño que le ha causado por haberse negado a obedecer a los magistrados. (Platón 1872, 148)

[...] todo el que, traspasando los linderos, trabaje como suyo el campo de su vecino, pagará el daño: y para curarle su impudencia y la bajeza de sus sentimientos, pagará además el doble del daño al que le ha sufrido. (Platón 1872, 148)

Con respecto al transporte de las diversas especies de frutos, que cada cual las conduzca por donde más le agrade, con tal que no cause daño a otro o que el provecho le resulte el triple del daño que sufre su vecino [...] estas causas se ventilarán ante los magistrados, quienes tendrán el derecho de fallar si el daño no excede de tres *minas*. Si el motivo de queja es más grave, se dirigirán a los tribunales públicos para que castiguen al culpable. En caso que los magistrados no se hayan atendido a las reglas de la equidad en la estimación del daño, serán castigados al pago del duplo en favor de la parte ofendida [...]. (Platón 1872, 149)

Contra esta filosofía se rebela Aristóteles. Como veremos, el estagirita elabora un discurso innovador y disruptivo sobre la justicia con el fin, entre otras cosas, de rechazar la aplicación de remedios legales supercompensatorios o de remedios legales no sustentados en la idea de dolo o de culpa. Y contra dicho discurso se rebela Jeremy Bentham. Como veremos, el fundador del positivismo legal y del utilitarismo no solo rescata el pragmatismo ancestral, sino que también elabora una justificación racional para la aplicación de remedios legales supercompensatorios o de remedios legales no sustentados en la idea de dolo o de culpa.

2. JUSTIFICACIÓN

En el derecho contemporáneo, dos ideas “normativas” justifican la existencia de remedios legales. Ambas ideas son creaciones de la filosofía moral.

La primera se sustenta en la necesidad de corregir o rectificar la alteración — injusta— de una situación; la segunda, en cambio, se sustenta en la necesidad de generar incentivos óptimos a fin de evitar que se produzca la referida alteración.

La primera gira en torno a la víctima (real); la segunda, en cambio, gira en torno al agresor (potencial).

La primera exige que exista simetría entre daño y responsabilidad; la segunda, en cambio, no exige que exista tal simetría.

¿Cómo se originan las ideas en cuestión? ¿Qué alcances poseen? ¿Son complementarias o excluyentes en el ámbito legal?

2.1. Aristóteles

Aristóteles⁶ es el primer filósofo en elaborar una teoría sustantiva (y no solamente formal) de la justicia. Aristóteles considera que existe una conexión intrínseca entre justicia y moral. Por tal razón, sus ideas sobre lo justo y lo injusto incorporan, de manera natural, un componente ético. Veamos cómo construye el concepto de “justicia correctiva” en *Ética a Nicómaco*⁷.

2.1.1. Propósito

“Ética a Nicómaco” narra la travesía en la búsqueda del “fin último de la vida humana”. Aristóteles advierte al lector que su objetivo es hallar ese fin a través de una secuencia lógica de indagaciones que se sustentan en la siguiente premisa: el “fin último de la vida humana” ha de ser “suficiente por sí mismo”, “deseable por sí mismo”.

Para comprender la secuencia antes indicada es preciso tomar en consideración dos ideas centrales de la filosofía aristotélica. La primera se encuentra relacionada

⁶ Aristóteles (384 a. C. – 322 a. C.) nace en la ciudad de Stagira (Macedonia). Su padre, Nichomachus, médico, sirve en la corte de Amyntas II (emperador de Macedonia). A edad muy temprana queda huérfano. Bajo la tutela de Proxenus de Atarneus, es enviado a la ciudad de Atenas para estudiar con Platón. Luego de permanecer veinte años en la *Academia*, a la muerte de su maestro, emprende una serie de viajes por Asia menor. En Assos (Turquía) contrae matrimonio con Pythias, hija adoptiva del Rey Hermias, y funda un grupo de investigación filosófica con Xenocrates, antiguo compañero de la *Academia*. En esa época nace su primera hija: Pythias. En el año 345 los persas invaden Assos y ejecutan al Rey Hermias. Junto a su esposa e hija logra huir a las islas de Lesbos. En el año 342 retorna a Macedonia para encargarse de la educación de Alejandro, hijo del Emperador Felipe II. En esa época Pythias fallece. Poco tiempo después entabla una relación con Herpyllis y nace su segundo hijo: Nicómaco. A insistencia de Alejandro El Grande, en el año 335 retorna a Atenas. Debido a su condición de extranjero, no puede adquirir propiedad alguna, por lo que renta el *Liceo* (centro de práctica deportiva) a fin de impartir lecciones a sus discípulos. Presumiblemente en esta etapa finaliza sus tratados sobre, virtualmente, las disciplinas más importantes del conocimiento: astronomía, biología, ética, filosofía, filosofía del derecho, física, geografía, lingüística, literatura, lógica, química, retórica, etc. Después de la muerte de Alejandro El Grande, los ciudadanos de Atenas se rebelan contra el dominio de Macedonia. En el año 323, temiendo padecer el mismo destino de Sócrates y con la intención de “no permitir que Atenas atente dos veces contra la filosofía”, se exilia en Euboea. Fallece el año siguiente (Natali 2013, 5 y ss.).

⁷ Existen tres obras en torno a la ética atribuidas a Aristóteles: “Ética a Nicómaco”, “Ética a Eudemo” y “Magna Moralia”. Los estudiosos consideran que “Magna Moralia” es obra de los discípulos de Aristóteles y que su *telos* no es otro que servir de guía para la interpretación de “Ética a Nicómaco” y “Ética a Eudemo”. Los estudiosos también consideran que “Ética a Nicómaco” no es más que una versión revisada de “Ética a Eudemo”. Si bien las dos obras constituyen tratados sobre ética (*ta êthika*), sus títulos originales omiten menciones a Nicómaco y a Eudemo. Esas menciones son agregadas con posterioridad por los editores de las obras en cuestión: (i) Nicómaco, hijo de Aristóteles; y (ii) Eudemo, amigo de Aristóteles.

a la “función” de los objetos. La segunda se encuentra relacionada a la relación entre “propósito” y “bien”.

Siguiendo a Platón⁸, Aristóteles considera que todo objeto tiene una función (*ergon*), que se encuentra definida (a) por los efectos que tal objeto puede producir de forma aislada o (b) por los efectos que tal objeto puede producir de mejor modo en términos comparativos. Una navaja, por ejemplo, “corta”. Por lo tanto, su función consiste en “cortar”.

Todo objeto puede cumplir su función de manera adecuada o de manera inadecuada. Una navaja, por ejemplo, puede cortar de manera adecuada o de manera inadecuada. ¿Por qué? Pues porque puede poseer ciertas características que permiten “cortar correctamente” (p. ej. hoja libre de óxido, punta afilada) o puede carecer de tales características. Aristóteles denomina “virtudes” a las características que permiten cumplir una función de manera adecuada. Las “virtudes”, por consiguiente, son atributos positivos que generan “excelencia”. Nótese que las “virtudes” no son atributos propios de los seres humanos sino, en general, atributos propios de todo lo que habita en la naturaleza:

In Aristotle's time, the term [virtue] would be applied freely to instruments, natural substances, and domestic animals —not simply to human beings—. If you were going into battle, for instance, you would seek a horse with 'virtue' [...]. (Pakaluk 2008, 5)

Aristóteles, por otro lado, considera que todo objeto es “bueno” si es que logra cumplir su “propósito” (objetivo), esto es, si es que logra producir el estado de cosas al que naturalmente se encuentra dirigido o, en otras palabras, si es que logra cumplir su función natural (*ergon*).

Aristóteles, sin embargo, piensa que un objeto no puede ser “bueno” si cumple su función (*ergon*) de cualquier manera. Una navaja de afeitar, por ejemplo, no puede ser “buena” si ocasiona cortes en la piel, a pesar de ser manipulada con cierto grado de diligencia o cuidado. Aristóteles, por consiguiente, concluye que un objeto solo puede ser “bueno” si es que cumple su función (*ergon*) de manera excelente.

2.1.2. Función humana

Aristóteles inicia su *excursus* (intelectual y retórico) con dos afirmaciones fundamentales⁹. Primera: todos los objetos y todas las acciones aspiran a un “bien”

⁸ “Aristotle's claim is based on a principle which he takes over from Plato [...] According to Plato, we can identify the function of a thing by considering what sort of thing alone can achieve, or can achieve better than anything else. For instance, the 'function' of a knife is to cut: cutting is something that a knife alone achieves or achieves better than any other available instrument” (Pakaluk 2008, 4).

⁹ En “Política”, Aristóteles reitera el sentido de esas afirmaciones: “Puesto que en todas las ciencias y artes el fin es un bien” (Aristóteles, III, 12, 1282b).

(*eudaimonia*). Segunda: ese bien consiste en la realización del propósito o en el cumplimiento de la función (*ergon*)¹⁰:

[...] el bien es aquello a lo que todas las cosas aspiran. (Aristóteles, I, 1, 1094a)

¿Cuál es, pues, el bien de cada [actividad] en particular? No será aquéllo por lo cual se realiza [...]? Esto es, la salud en la Medicina, la victoria en la Estrategia [...] y cada cosa en una actividad [...]. (Aristóteles, I, 6, 1097a)

Aristóteles reconoce dos circunstancias de relevancia. Primera: cada parte del organismo del ser humano posee una “función propia” (*ergon*). Segunda: cada actividad realizada por el ser humano posee, también, una “función propia” (*ergon*).

Aristóteles piensa que, si cada parte del organismo del ser humano posee un *ergon* propio, si cada actividad realizada por el ser humano posee un *ergon* propio, entonces es preciso concluir que el ser humano, como tal, posee también un *ergon* propio, de naturaleza holística, integradora:

[...] lo mismo que para un flautista y un escultor, y para cualquier artesano [...] parece que el bien [...] reside en la función, así parecería también para el hombre [...] ¿O qué? ¿Acaso hay unas ciertas funciones y actividades del ‘constructor’ y del ‘curtidor’ y no hay ninguna del ‘hombre’, sino que es por naturaleza inactivo? ¿O lo mismo que existe manifiestamente una función del ojo, de la mano y del pie —y en general de cada una de las partes— así también, al lado de todas éstas, podría suponerse una función propia del ‘hombre’? (Aristóteles, I, 6, 1097b)

Como resulta evidente, el pasaje transcrito, además de demostrar el empleo del argumento *a fortiori* en todo su esplendor¹¹, apela a nuestra (natural) intuición teleológica. Si proclamamos que los órganos del ser humano poseen funciones propias, ¿cómo no aceptar que el ser humano, en su “expresión integradora”, posee función (holística) propia? Si proclamamos que el artista y el constructor

¹⁰ “The first premise is posed by Aristotle at the beginning of Book 1 and states that every voluntary human action (*praxis*) has an end, *i. e.*, it aims achieving a certain good, understood as what we consider to be good for us. This means that the end is always good ‘or apparently good’ for us and that no one acts aiming at an evil ‘or apparent evil’ for himself” (Capuccino 2013, 3).

¹¹ “The first one is the argument of professionals (*technitai*), which works by contrast as a kind of ‘inverse analogical argument’: is it possible that the professionals have an *ergon* and human beings do not? In other words, is it possible that human beings are inactive by nature? The question is rhetorical and the answer is, obviously, ‘No.’ [...] we are dealing with an *a fortiori* argument [...] If in fact the arts, which are effects of human reason, have their own goods in their *ergon*, *a fortiori* the good of human reason will be in man’s own work [...] The second argument is the argument of the natural parts, and is, on the contrary, properly analogical: just as the eye, the hand, and the foot and every part of the human being has an *ergon*, so too the human being will have an *ergon*. In this case we are also faced with an *a fortiori* argument: if the parts of the human being that are less perfect [...] have their own specific *ergon*, then so will the human being as such, being more perfect than his parts” (Capuccino 2013, 6).