

ODD LANGHOLM, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought. Antecedents of Choice And Power*, New York, Cambridge University Press, 1998/2006, 215 pp.

UN LLAMADO DESDE LA ESCOLÁSTICA

1. El pensamiento escolástico ha motivado su estudio tanto por académicos del Derecho como de la Economía. En el caso del Derecho, obras recientes del medio nacional periódicamente nos invitan a revisar más detenidamente las enseñanzas de los maestros de la escolástica -en especial de la 'segunda escolástica'- que han marcado algún período del desarrollo del pensamiento jurídico en ámbitos tan diversos como el derecho civil¹ o el derecho de la li-

¹ Alejandro GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, trata de la escolástica española entre los elementos formadores del moderno iusnaturalismo y, respecto de aquella expresa: "[A la segunda escolástica o neotomismo] se debe que por primera vez se desarrollara un completo y detallado sistema de derecho natural, cuyos representantes expusieron

bre competencia². La tendencia es

en libros notablemente más voluminosos que el de Grocio. / Es cierto que el interés preponderante de los escolásticos era moral, en el sentido de la determinación de aquellas condiciones bajo las cuales el poder político y su derecho positivo obligan *in foro conscientiae*. Pero esa perspectiva la desarrollaron no sólo en el orden general, sino también en el detalle técnico; y ello les llevó a examinar todos los campos del derecho. El resultado de sus investigaciones, normalmente vertido en voluminosos tratados titulados 'sobre la justicia y el derecho' (*de iustitia et iure*) o 'sobre las leyes' (*de legibus*), fue el de unos sistemas de derecho muy tecnificados, pese a esos títulos que harían pensar en haber sido su contenido puramente especulativo y filosófico. De hecho, por ejemplo, el tratado *De iustitia et iure (1593-1609)* de Luis de Molina es una exposición completísima de lo que hoy llamaríamos derecho civil, y tanto que, para ofrecer un caso significativo, Andrés Bello, el codificador chileno, pudo usarlo eficazmente en una materia tan técnica y especializada, y asaz alejada de la filosofía, como es la novación, según dejó constancia él mismo en las notas a su proyecto de Código Civil, publicado en 1853", p. 77, p. 79, notas omitidas.

² Domingo VALDÉS, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, expresa: "Respecto del término 'ilícito' cabe observar que existen dos alcances: uno ético y otro jurídico; ciertamente, en atención a la naturaleza de este trabajo, prescindiremos a lo largo del

confirmada en obras jurídicas extranjeras³. Tratándose de la Economía, son principalmente los historiadores del pensamiento económico quienes han investigado los trazos que la escolástica ha marcado en el desarrollo de dicha disciplina⁴.

2. Fue en respuesta a dicho constante llamado de la literatura que nos acercamos al trabajo que aquí reseñamos.

3. Su autor, Odd Langholm, es de nacionalidad noruega y profesor emérito en historia del pensamiento económico. Sus investigaciones sobre el pensamiento económico medieval escolástico gozan del mayor reconocimiento entre sus pares. Pero según desarrollaremos en lo que sigue, atendido el enfoque del autor en la obra que acá nos ofrece, resulta más apropiado situarla varios pasos más allá de un mero estudio del pensamiento escolástico.

mismo de la significación ética del ilícito de monopolio, lo cual en manera alguna importa estimar que ésta no existe o que carezca de relevancia; por el contrario, hemos de dejar constancia de la enorme deuda que el Derecho antimonopólico mantiene con los teólogos, juristas y moralistas de la Edad Media y de la Segunda Escolástica, que floreció en la España del siglo XVI, quienes contribuyeron en importante medida al desarrollo de nuestro moderno derecho de la libre competencia”, p. 213.

³ James GORDLEY, *Foundations of Private Law*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 4. (véase, *infra* n. 12).

⁴ Entre los autores recurrentemente referidos en la literatura, podemos mencionar a Raymond De Roover, Marjorie Grice-Hutchinson, Francisco Gómez Camacho y Alejandro Chafuen.

DISTINTAS PERSPECTIVAS
PARA UN PROBLEMA.
EL ENFOQUE
DE LA HISTORIA DE LAS IDEAS

4. Tradicionalmente el estudio de los requisitos que permiten determinar si se está o no en presencia de un consentimiento voluntario frente a una determinada operación civil o comercial, ha sido parcela de juristas, en general con ocasión del análisis de los vicios del consentimiento, en particular el error, la fuerza y el dolo⁵.

5. Para el mundo del Derecho, los problemas derivados de la limitación o escasez de los recursos, salvo hipótesis específicas y más bien excepcionales, no suelen ser tema de análisis general, aplicable, por ejemplo, a la teoría general del contrato o de los actos jurídicos.

6. Y, sin embargo, a primera vista uno podría ser llevado a afirmar que la limitación o escasez de los recursos se encuentra siempre presente en la determinación de cuán voluntario ha sido el consentimiento prestado. La escasez penetraría toda la problemática del consentimiento voluntario, al transformar todas las elecciones en elecciones constreñidas. En palabras de un autor:

“La mayoría de los individuos carece del lujo de poder seguir la carrera que quiere o

⁵ Para una exposición tradicional, Avelino LEÓN HURTADO, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 149 y ss.

comprar cualquier casa que quiera, y así sucesivamente. La mayoría de los intercambios son realizados bajo restricciones, sea en cuanto a la cantidad de contrapartes disponibles o, más corrientemente, en cuanto a los términos del negocio. Aún más fundamentalmente, la escasez a menudo explica la necesidad misma de contratar. Si todo el mundo poseyera todo lo que necesita para perseguir cualquier plan de vida que haya escogido, la contratación sería innecesaria. En este sentido, –y, aunque en nada ayude la afirmación– todos los contratos pueden ser considerados como ‘coercitivos’⁶.

7. Frente a esto, el problema central es el de determinar en qué momento las restricciones a las elecciones contractuales se tornan tan severas o asumen un carácter tal, que resulta apropiado inferir una ausencia de voluntariedad con respecto a la decisión de llevar a efecto un específico intercambio. A lo anterior se vincula la cuestión de si alguna especial nece-

sidad del contratante tiene o no incidencia en la resolución del problema, en el sentido de si es o no legítimo afirmar que el contratante, compelido por alguna necesidad especial, ha sido llevado a la contratación sin o contra su voluntad.

8. En el Derecho de los Contratos las teorías han propuesto interesantes respuestas sobre el punto. Así, por ejemplo, parece existir un consenso mayoritario en torno a que las concepciones basadas en la autonomía individual o en la libertad individual, consideradas por sí solas, brindan poca ayuda en la resolución del problema⁷. También se reconocen frente a este problema de justicia contractual dos grandes concepciones, una que defiende una justicia del contrato sólo procedimental, esto es, que atiende a los requisitos de su formación, con independencia de los términos del contrato⁸; y otra que defiende la existencia, además de una procedimental, de una justicia sustantiva en el contrato, siendo ésta donde cabe un juicio de equivalencia de las contraprestaciones estipuladas o de los términos de la contratación⁹. Y, por último, en los diversos sistemas nos encontramos con instituciones específicas que, de un modo u otro, interactúan con la problemática descrita acá. Pensamos no sólo en la escasa aplicación de la

⁶ Michael J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 79. Una idea similar se recoge ya en la introducción de la obra objeto de esta reseña: “Debido a la escasez, cualquier rango de elecciones de un agente económico en un contexto social está restringido, de manera deliberada o no, por las elecciones efectuadas por otros agentes económicos”, p. 1.

⁷ TREBILCOCK (n. 6), p.79.

⁸ Por ejemplo, Rick BIGWOOD, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003.

⁹ Por ejemplo, Stephen SMITH, “In Defence of Substantive Fairness”, in *Law Quarterly Review*, N° 112, Oxford, 1996, pp. 138-158

fuerza como vicio del consentimiento sino en instituciones como la lesión –en sus versiones meramente objetiva y objetivo-subjetiva–, el estado de necesidad, la *unconscionability* y la *economic duress* del derecho anglosajón, el abuso de dependencia económica en el Derecho continental o la *violence économique*, construcción jurisprudencial francesa de reducida aplicación, por mencionar algunas de dichas instituciones.

9. La perspectiva que nos invita a descubrir el profesor Langholm para abordar este problema es diferente y, por cierto, trasciende al Derecho de los Contratos. Cobra interés si se tiene en cuenta que, mientras que en la Edad Media eran la Teología y la Romanística las grandes influencias para el Derecho, en la época actual dichas influencias parecen cada día más disputadas por la Economía, y nos encontramos, precisamente, frente a una obra en que todas dichas áreas del conocimiento se encuentran presentes, dialogando con fluidez. La atracción dominante de la obra, fundada en su erudición y brevedad, termina por motivar al lector a primera vista escéptico e indiferente.

10. Como antes decíamos, si bien el autor se ha destacado por sus investigaciones sobre el pensamiento económico escolástico de la Edad Media, estimamos, en definitiva, que el trabajo que nos ofrece cae dentro del campo de la historia de las ideas, es decir, aquella línea de investigación histórica que trata sobre la manifestación, conservación y cambio de las

ideas presentes en la humanidad –o en parte de ella– a través del tiempo.

EL CONCEPTO DE COERCIÓN Y EL TRATAMIENTO DE CASOS CONCRETOS

11. La coerción y la escolástica, ambas entendidas en un sentido amplio, constituyen los pilares sobre los cuales se funda el trabajo del profesor Langholm. Sobre el concepto de coerción, lo primero que hace el autor es rendir homenaje a los primeros trabajos de Max Weber en el siglo xx¹⁰ y, de modo preliminar, introduce una noción operativa de coerción:

“Si A ejecuta a* en lugar de a, con la consecuencia de que B ejecuta b* en lugar de b, puede estimarse que A, bajo ciertas condiciones, ha ejercido coerción sobre B. Tales condiciones pueden considerarse, por ejemplo, que a* y b* son, en algún sentido, actos extraordinarios comparados con a y b y, además, se asume frecuentemente que A tiene

¹⁰ En especial, a la obra de Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (Economía y sociedad)*, Tübingen, Mohr, 1925. Odd Langholm llega a manifestarlo así: “Puede argumentarse razonablemente que una de las contribuciones más importantes a la Economía en el siglo XX no la llevaron a cabo economistas sino científicos sociales y políticos mediante el estudio de la naturaleza del poder y de la dependencia, la libertad y la cooperación voluntaria” (p. 4).

la intención de influir en el comportamiento de B”.

Esta noción operativa permite incluir los casos en que A está investido de algún tipo de autoridad, pero, además, los casos en que A no es titular de ninguna autoridad y donde más bien A y B aparecen en un plano privado de igualdad. En este último caso, si A mantiene la aptitud de influir en el comportamiento de B, podríamos encontrarnos frente a una situación de coerción puramente económica o ejercicio de poder económico privado, donde un claro ejemplo es el del monopolista que impone coerción sobre una persona hambrienta o enferma la que, frente al temor de inanición o muerte, acuerda ‘libremente’ y ‘voluntariamente’ pagar un precio en exceso elevado por comida o medicina. En la sociedad moderna, la explotación de la necesidad ajena en la manera extrema del ejemplo es sólo una entre miles de formas o circunstancias que permiten que una de las partes de una relación económica –sea que involucre capital, mercancías o trabajo– obtenga, de manera lícita o ilícita, un provecho extraordinario por la vía de ejercer coerción sobre su contraparte, en el sentido de la noción operativa del concepto que nos presenta el autor¹¹.

12. Por otra parte, al describir el paradigma escolástico sobre las relaciones entre la necesidad, la coerción y la voluntad, el concepto abstracto

que el autor nos había presentado en la introducción de su trabajo, es sustituido por el estudio de distintos ‘casos de coerción’ que abordaron los pensadores de la escolástica. Principalmente efectúa un análisis detallado del tratamiento brindado por la escolástica a la usura, al papel del mercado, la especulación, el monopolio, el beneficio mutuo del intercambio bilateral y el trabajo asalariado.

LA TRADICIÓN ESCOLÁSTICA
Y SU LUGAR
EN LA HISTORIA DE LAS IDEAS

13. El autor concibe la tradición medieval escolástica de manera amplia, al considerar los trabajos tanto de teólogos y filósofos como las obras de romanistas y canonistas y algunas obras de otros orígenes que abordan estos tópicos. Asimismo, sitúa el surgimiento del paradigma medieval sobre la necesidad económica, la voluntad, la coerción y la justicia, en los círculos académicos parisinos del siglo XII. Los primeros autores en la materia fueron teólogos inclinados hacia el derecho canónico y este comienzo marcaría la subsecuente dependencia teológica del pensamiento escolástico. Luego de las calamidades derivadas de las guerras, hambrunas y epidemias del siglo XIV, nuevos bríos tomará esta corriente de pensamiento a comienzos del siglo XV en las universidades germanas. Lo anterior, sin embargo, no es comparable con lo que llega a consolidarse en la Universidad de Bolonia,

¹¹ Obra reseñada, p. 4.

en el norte de Italia, a comienzos del Renacimiento. Aquí, la combinación de una creciente economía comercial e industrial en el Mediterráneo, con las técnicas e instituciones asociadas a la proliferación de los intercambios, y los cambios en la forma de entender estos fenómenos, hizo necesaria la reformulación de los lineamientos morales, teniendo como base el desarrollo de los estudios jurídico-romanísticos en Italia y la tradición teológica canonista que venía del París del siglo XII. El último florecimiento de la tradición escolástica tuvo lugar en Salamanca y otras universidades de la península Ibérica durante el Siglo de Oro. La escolástica española suele ser considerada el ambiente intelectual en que confluyeron para combinarse definitivamente las distintas tradiciones del pensamiento¹², donde se puede identificar una

incipiente secularización y además se empieza a producir el abandono del paradigma medieval en el pensamiento económico.

“Los géneros tradicionales de la escolástica siguen representados entre las fuentes materiales en esta etapa final, incluida la *summa* para los confesores (que con el tiempo se había extendido a varios volúmenes), pero el vehículo literario típico fue el tratado sobre ‘la justicia y el derecho’, una combinación de teología moral y derecho en un nuevo formato. Algunos de los autores tratan extensamente sobre materias económicas. En estos círculos académicos y contextos literarios el paradigma medieval sobre la necesidad y la voluntad fue expresamente reconsiderado y desestimado. La tradición suele denominarse, muy generalmente, Escuela de Salamanca para

¹² En la historia del Derecho Privado, este papel determinante de la escolástica española también ha sido identificado. En este sentido, expresa James Gordley: “Según estimo, y así lo he expresado en anteriores escritos, la primera teoría del derecho coherente en la que los casos particulares y las máximas fueron explicados por principios generales, resultó de un esfuerzo conscientemente dirigido a combinar el Derecho Romano con la Filosofía Griega, y en especial, la filosofía de Aristóteles. Es bastante curioso que este intento no haya tenido lugar en la Edad Media, cuando los textos legales Romanos cubrían los contenidos en las facultades de derecho y Aristóteles colmaba gran parte del resto del curriculum. Los juristas medievales se apegaron a los textos Romanos. Los Aristotélicos, influidos por filósofos como Tomás de Aquino, exploraron problemas de filosofía moral. En el siglo XVI

en España, un grupo al que los historiadores llaman los ‘escolásticos tardíos’ comenzó un intento de combinar ambos enfoques. Según he sostenido, el producto consistió en una reorganización del Derecho Romano en una estructura doctrinal sistemática fundada en los principios de la filosofía Aristotélica. Paradojalmente, muchas de sus conclusiones fueron adoptadas por la escuela del Derecho Natural desarrollada más al norte en los siglos XVII y XVIII, al tiempo que las bases Aristotélicas sobre las cuales se habían fundado, comenzaban a ser atacadas por la nueva escuela de filosofía crítica”. GORDLEY, (n. 3), p.4.

indicar su origen y núcleo, pero buena parte de sus autores más representativos se encontraban, en los hechos, situados en otros lugares de la Península Ibérica y, con la dominación española, la escuela se extendió hacia el norte, principalmente hacia Holanda. Ella influenció la tradición protestante del derecho natural y eventualmente, por esta vía, la moderna economía profesional”¹³.

14. Pero en la obra del profesor Langholm el contexto de la tradición escolástica no se mantiene aislado de las ideas que le antecedieron y sucedieron, y de allí la riqueza de su trabajo. En efecto, la exposición de las ideas de la tradición escolástica sobre la necesidad, la coerción y la voluntad, desarrollada en la segunda parte de la obra, viene precedida por el examen de tres antiguas tradiciones paralelas sobre las relaciones entre la coerción y la voluntad: las tradiciones Aristotélica, del Derecho Romano y Agustiniense. Y en la tercera y última parte de la obra, el autor examina el desarrollo del paradigma escolástico en la evolución posterior del pensamiento económico. Este desarrollo consistirá en un generalizado abandono de dicho paradigma ya en la última etapa de la escolástica y consolidado en el pensamiento de Thomas Hobbes, en la Economía del Derecho Natural y

en el pensamiento de la Economía Neoclásica, sin perjuicio de resurgimientos aislados del paradigma escolástico, así, por ejemplo, con el pensamiento de los primeros institucionalistas (*old institutionalists*).

EL PARADIGMA ESCOLÁSTICO
SOBRE LA VOLUNTAD
Y LA COERCIÓN ECONÓMICA.
CONCEPTO, AUGE Y CAÍDA

15. Lo que el autor se asegura de demostrar es, en primer lugar, que el paradigma escolástico, aplicado a todos los temas indicados (usura, papel del mercado, monopolio, etc.), tuvo como rasgo definitorio una especial concepción de la justicia económica en el mercado: este último aparece inserto en un universo moral regido por normas y criterios sobre los justos términos de los intercambios, cuyo propósito primario fue combatir y limitar la explotación de las necesidades de la contraparte¹⁴. Una especial

¹⁴ “[El] marco de referencia [de los maestros medievales] consistía en un universo moral que obligaba a todo comprador o vendedor a actuar de conformidad con el bien común y acordar en consecuencia las condiciones del intercambio, independientemente de las ventajas otorgadas al mismo por las fuerzas del mercado. Esto significa que la estimación común del justo precio no podía referirse indiscriminadamente a cualquier precio alcanzable en las condiciones existentes del mercado”. Obra reseñada, p. 85. Más adelante, expresa: “Al considerar la estimación común como un criterio de justicia, los escolásticos medievales reconocieron desde un comienzo que, en la medida en que estuviera

¹³ Obra reseñada, p. 11.

necesidad sí podía entenderse como una circunstancia que compele a contratar y donde la voluntad había estado, por lo mismo, ausente o en extremo disminuida, asociando a ello diversos remedios, según el caso. Enseguida, afirmará el autor, que dicho paradigma comienza a ser abandonado ya en la última etapa de la escolástica¹⁵.

16. Luego, el profesor Langholm defiende que dicho abandono sería profundizado en los siglos posteriores con una progresiva objetivación o abstracción del elemento personal

referida al mercado, esta estimación variaría en algún rango con la oferta y la demanda. No por ello iban a permitir, sin embargo, que los agentes económicos se liberaran sin más de su responsabilidad moral, personal y subjetiva, por el ejercicio de su poder económico”, p. 99.

¹⁵ “La moderna concepción mecanicista del mercado como una fuerza suprapersonal que fija los términos a los cuales el individuo debe someterse para el intercambio, era ajena al pensamiento de los maestros medievales”. “Sólo tras el abandono del paradigma medieval, iniciado por algunos de los escolásticos tardíos, se permitió un desenvolvimiento más libre de las fuerzas del mercado para influenciar el justo precio”. Obra reseñada, p. 85. Dos ideas introducidas por Lugo y otros escolásticos tardíos influyeron desde el comienzo del abandono del paradigma medieval: (i) una concepción de la propiedad bajo la idea de una dominación absoluta: cada quien es moderador y árbitro de lo que le pertenece; (ii) una concepción de la justicia contractual como respeto y mantención de lo convenido, independientemente de los términos del contrato. Obra reseñada, p. 99. Para una comparación de las dos interpretaciones sobre el rol del mercado, la de la escolástica medieval y la de la escolástica tardía, p. 163.

(*depersonalization*) de la idea de mercado, donde el objeto de estudio de la economía deja de ser el intercambio entre individuos –el contrato– y pasa a ser una relación de un individuo con un sistema, entendido éste como de funcionamiento natural o de evolución espontánea según se conceptualizó en lo sucesivo al mercado¹⁶; y donde, además, buscando

¹⁶ “[L]os cuatro siglos, digamos, entre Cayetano y Commons, fueron testigos de un proceso en el que el elemento personal en los estudios económicos fue gradualmente haciéndose a un lado y siendo reemplazado por relaciones agregadas entre fenómenos suprapersonales: las cantidades de oferta y demanda y los precios determinados por las fuerzas del mercado. Recientemente este proceso se ha llevado cerca de su punto culmine con la idea de equilibrio y el análisis marginalista. La focalización en objetos y en mecanismos de mercado no sólo deja en las sombras la participación de las personas como tales, sino que además le resta interés a los factores de la motivación humana que alimentan dichos mecanismos. [...] [L]a posición actual de los economistas ortodoxos se caracteriza por una curiosa negativa a considerar existente aquello que no es mensurable. La necesidad y la avaricia cuentan por igual en las curvas estadísticas de demanda. Las necesidades de bienes básicos y de lujo son todas lo mismo. Lo anterior se aplica también al poder”. Obra reseñada, p. 185.

Entre los distintos factores que influyeron en esta progresiva abstracción del elemento personal que el autor se preocupa de identificar como, por ejemplo, la secularización de la sociedad o el desarrollo del comercio, quizá merece la pena destacar la referencia que hace al cambio de enfoque de la doctrina del Derecho Natural medieval y moderna, que implicó un cambio de orientación basada en deberes hacia una orientación basada en

acercarse a las ciencias naturales, el pensamiento económico resaltó los aspectos positivos o descriptivos de la disciplina, a diferencia del paradigma medieval donde aspectos descriptivos de los intercambios se entremezclaban con los normativos o prescriptivos¹⁷.

derechos. “El foco de la doctrina medieval del Derecho Natural en el ámbito económico se situaba en la relación inmediata entre las partes de un determinado intercambio. Su acento estaba en el deber de la parte más poderosa de no oprimir a la más débil. En los comienzos de la era moderna la doctrina del Derecho Natural pasa a ser de interés para los economistas, principalmente a través de los desarrollos en filosofía política, que se centró en la relación entre el ciudadano y el gobierno, con énfasis en la libertad, en el derecho de los ciudadanos” p. 164.

¹⁷ Este cambio de enfoque se comprende aún mejor si uno se detiene en el papel del autointerés en el juicio ético normativo bajo el paradigma medieval y el papel del mismo en el pensamiento liberal clásico, donde subyace un cambio fundamental: el autointerés y un mecanismo social que transforma los vicios privados en virtudes públicas pasa a ser la gran diferencia entre la ética económica del liberalismo clásico y la de la escolástica medieval, donde los vicios privados eran constreñidos por la condena moral de Dios. “Las normas escolásticas de justicia económica reprochaban el ejercicio auto-interesado del poder de negociación” p. 162. “De manera gradual, en la última etapa de la Edad Media, cuando el temor a Dios se encontraba en retirada, se fue tomando conciencia de que la amenaza de condenas morales era un modo ineficaz de contener la avaricia; una ética económica operativa debía tener otra base. Un siglo o algo más después de Hobbes, los primeros proponentes del liberalismo clásico creyeron haber resuelto este problema al postular la existencia de un mecanismo inherentemente benévolo

17. No parecen haber dudas sobre lo bien logrado de este propósito en la obra, pero la potencia del estudio viene dada por el examen del resurgimiento del paradigma escolástico en el período posterior.

MANIFESTACIONES MODERNAS Y
CONTEMPORÁNEAS
DEL RESURGIMIENTO
DEL PARADIGMA ESCOLÁSTICO

18. Una vez identificado por el autor el abandono del paradigma escolástico medieval se aboca en su trabajo a la tarea de revelar diversas instancias en que se reconoce el legado del paradigma escolástico en el pensamiento económico posterior o, en otras palabras, algunas manifestaciones modernas de su resurgimiento.

19. Ya en el propio pensamiento de Thomas Hobbes, a quien el autor presenta como la antítesis del paradigma del pensamiento medieval, las preocupaciones escolásticas no estarían completamente ausentes sino que, más bien, sólo relegadas al concepto de ‘caridad’, regida por el derecho natural, pero más allá de lo que obliga el derecho civil, en derecho estricto y en equidad¹⁸.

que transformaba la avaricia privada en una bendición social” p. 156.

¹⁸ “Justicia versus Caridad es (quizá no exclusivamente, sí en gran medida) una dicotomía económica. La Justicia es la virtud del mercado. La Caridad es aquella virtud por la cual compartimos nuestros excedentes con aquellos demasiado pobres para participar en el mercado” p. 155. “Son injustos quienes

20. Otras manifestaciones del paradigma escolástico surgirían con la cuestión social de los servicios prestados por los trabajadores y sus condiciones laborales de fines del siglo XIX, bajo la influencia del pensamiento de Karl Marx y de la encíclica *Rerum novarum*. Lo anterior, en el sentido de acercar las necesidades del trabajador y la explotación

de las mismas a un caso de coerción. Y es que tratándose del mercado del trabajo, el pensamiento económico clásico nunca habría logrado abstraer por completo del mercado, el elemento personal¹⁹.

21. Otra manifestación del resurgimiento de la escolástica se evidencia, esta vez, en la historia del pensamiento económico. Es, sin duda, en esta parte de la obra que el autor desarrolla su más interesante trabajo de relación y confrontación tomando las escuelas de los Primeros Institucionalistas (*old institutionalism*), la Austríaca y la Neoclásica.

Aquí, comienza por vincular el pensamiento escolástico con el de los primeros institucionalistas y, hasta cierto punto con la escuela Austríaca: este hermanamiento se produce para confrontar el rasgo común ‘voluntarista’ de esas tres escuelas con la visión ‘naturalista’ de la economía que defiende la escuela neoclásica, que la concibe como disciplina cercana a una ciencia natural, buscando emanciparse de las ciencias sociales, pero que para sus críticos la limita, en definitiva, a un conjunto de técnicas analíticas, en principio meramente positivas, operadas dentro de un marco social donde varios parámetros se mantienen constantes o son ajenos al análisis²⁰.

faltan a su deber de renunciar a aquello que en derecho le corresponde a otro. Quienes no son caritativos meramente faltan al deber de renunciar a aquello que en derecho les corresponde” p. 156. Y si bien ambos elementos integraban la justicia económica en el mercado bajo el paradigma escolástico, para Thomas Hobbes los aspectos de caridad quedan relegados a un derecho natural que se sitúa más allá de la justicia civil: “Sin embargo, el Derecho Civil no puede regularlo todo; también debe dejarse la vía abierta al Derecho Natural. Hobbes al igual que los escolásticos, recurrió a la caridad. Pero el derecho natural de Hobbes no podía llegar al mercado y por lo mismo, a diferencia de los escolásticos, no podía recurrir a la justicia. Hobbes despojó a la justicia de toda relación con las estipulaciones de los contratos económicos. La justicia era el respeto del contrato de acuerdo con sus términos, acordados voluntariamente cualesquiera hubieran sido las necesidades que compelieron a su celebración, una obligación plenamente reconocida, si se quiere, por el derecho civil. Cuando el mercado se cierre, siempre estará la caridad. Desde Locke hasta los ‘libertarians’ de los últimos tiempos, la caridad resurgirá como un mecanismo de distribución de la riqueza obtenida justamente, pero la justicia, como virtud moral que trasciende al derecho civil, desapareció con Hobbes de la doctrina económica, dejando un vacío que aún persiste, sin importar cómo la obligación de los individuos según el derecho natural deba ser entendida en la sociedad civil” pp.156-157.

¹⁹ Obra reseñada, pp. 178-182.

²⁰ Sobre la distinción voluntarista/naturalista, sigue a Amintore Fanfani: “De acuerdo con Fanfani en su *Storia*, todas las primeras doctrinas económicas son expresiones de alguna forma de voluntarismo. La idea de un orden económico racional

era ajena a las mismas y su naturaleza era más bien la de deliberados programas de racionalización de la vida económica por vía de la imposición de normas amplias y detalladas. Las observaciones empíricas (tal como se hacían) permitían nada más que descubrir áreas de irracionalidad que requerían regulación. Sólo a partir del siglo XVIII en adelante (y con la excepción de un resurgimiento del neovoluntarismo en algunos sistemas modernos) las doctrinas económicas pueden ser llamadas con justicia naturalistas, al basarse en la convicción sobre un orden económico racional, cuya interferencia resulta sin sentido y dañina, y cuyas leyes han de ser descubiertas y explicadas por la observación empírica. El naturalismo económico no se interesa en normas, o más bien, todas las normas son reducidas a una sola, consistente en dejar que las leyes naturales de la economía actúen libremente” p. 176.

El autor engloba tanto al primer institucionalismo (*old institutionalism*) como a la escuela austríaca según Friedrich August von Hayek, bajo el paraguas de ‘institucionalismo moderno’ calificando a éste como una forma de ‘neovoluntarismo’, en confrontación con la corriente principal del pensamiento económico, cuyo desarrollo, desde los fisiócratas, habría buscado desentenderse de la voluntad humana pp. 182-183.

Sobre vinculaciones específicas entre la escolástica y los primeros institucionalistas, se destacan (i) una unidad de análisis semejante: el contrato/la transacción: “[Hay] algunas notables similitudes, entre ellas, el foco en la transacción como unidad de análisis económico”. “Para Commons, la ciencia económica consiste en el estudio del ‘comportamiento de los individuos que participan en transacciones’. Define transacción como ‘dos o más voluntades que dan, toman, persuaden, compelen, defraudan, ordenan, obedecen, compiten, gobiernan, en un mundo de escasez, y de mecanismos y reglas de conducta” p. 184; (ii) una concepción de la economía como no desvinculada de la política y por tanto inserta, junto con ésta,

en un sistema social: “[Los institucionalistas] ven la economía y la política como un sistema en interacción, en tanto que los escolásticos medievales no tenían ni la menor idea (y los escolásticos tardíos solo una difusa noción) del sistema económico como un conjunto separado de las relaciones sociales” p. 194; *op. cit.*, pp. 185-186); (iii) una búsqueda por importar los desarrollos en torno a la fuerza moral o amenazas de emplear fuerza física, desde dicho plano no económico, a un plano meramente económico de las necesidades materiales: “Finalmente, se hicieron modificaciones adicionales de modo que el derecho reconoce ahora casi cualquier tipo de amenaza que incapacite a una persona para ejercer libremente su voluntad, pero nunca una cuestión de fuerza o coerción llegó a fundarse en la sola desigualdad del poder para retener cosas que otros necesitan. Este era el paso propuesto ahora por Commons, de la misma manera en que alguna vez los teólogos medievales llevaron el concepto de *vis compulsiva*, desde las categorías no económicas a las económicas” p. 188.

Finalmente, el trabajo de confrontación crítica desde este institucionalismo neovoluntarista frente a la escuela neoclásica, se centra en los siguientes pasajes: “La respuesta alternativa, típicamente neoclásica, para el desafío del institucionalismo era el repliegue a lo que podría parecer una posición más segura en total abstracción, inalcanzable por la falsación empírica ni por la crítica ideológica. En esta posición la economía ya no es más una ciencia social, sino un conjunto de técnicas analíticas dentro de un sistema donde el marco social, al igual que tantos parámetros, sencillamente se dejan constantes o bien son derechamente ajenos al análisis. Se dice que el comportamiento humano se estudia como ‘una relación entre fines y recursos escasos que tienen usos alternativos’ [Robbins, 1937] pero en los hechos, el foco no está en absoluto en el comportamiento humano. El modelo se cierra en lo relativo al comportamiento humano por medio de simples supuestos de racionalidad y transitividad de las preferencias. El verda-

Pero si tanto los primeros institucionalistas como los seguidores de la escuela austríaca de Friedrich A. von Hayek aparecen hermanados en su voluntarismo frente al naturalismo de la escuela neoclásica, el divorcio entre aquellas dos escuelas se produce respecto del punto de la coerción económica y la libertad²¹. En efecto, al responder la pregunta sobre si el sistema de intercambios en el mercado, al que subyace la escasez de los recursos, se rige por un patrón de coerción o bien se rige y debe ser regido por un patrón de libertades, los primeros institucionalistas se aferran a la primera respuesta²², en tanto que Frie-

drich A. von Hayek y sus seguidores defienden la segunda. La diferencia podría ser sólo de enfoque (donde el concepto de coerción económica debiera producir resultados semejantes a una defensa de libertades positivas y por su parte, una coerción restringida a la física o no económica, resultados semejantes a la idea de reconocimiento sólo de libertades negativas); pero justamente la discrepancia se origina porque mientras para los primeros institucionalistas la coerción

dero énfasis se encuentra en la asignación de recursos escasos. Ejemplos característicos de este enfoque son el criterio de Pareto y el teorema de Coase [nota omitida]. En los respectivos óptimos de estos modelos, las diferencias individuales de utilidad marginal (concepto que es sólo un eufemismo para la necesidad) pueden parecer abrumadoramente obvias e injustas a la mirada inexperta, pero toda vez que la comparación interpersonal de utilidades es imposible, el economista experto puede ignorar el aspecto distributivo y concentrarse en la eficiente asignación de los recursos. Los derechos de propiedad [...] como uno de los pilares ideológicos del liberalismo, aparecen reducidos ahora a una premisa inicial arbitraria” pp. 186-187. “Un ataque corriente contra el neoclasicismo por parte de los adherentes contemporáneos al ‘old institutionalism’ es la falta de reconocimiento al rol fundamental que cumplen los derechos de propiedad como una premisa del análisis económico” p. 191.

²¹ p. 183.

²² Siguiendo a Hale, el autor expresa: “Uno escoge participar en una transacción con el objetivo de evitar la amenaza de alguno peor. Cada parte sucumbe a la

amenaza de la otra. Así, hay tanto elección como coerción. Lo que dilucida la cuestión es el poder de negociación relativo, esto es, el poder de presionar a la parte contraria, en otras palabras, para ejercer coerción sobre ella. Cada persona impone algún grado de coerción sobre la libertad de otros individuos y, al mismo tiempo, su propia libertad se encuentra sujeta a algún grado de control por parte de otros. En el sistema económico ‘los valores de mercado reflejan la fuerza relativa de las amenazas que los compradores y vendedores de mercaderías o servicios pueden llevar a cabo’. Esto es una cuestión de escasez. ‘Alguien que sea capaz de prestar un servicio escaso en relación con la demanda por el mismo puede obtener, por medio de la amenaza de retener dicho servicio, mejores prestaciones por no concretar su amenaza que las que puede obtener alguien sin esa capacidad” p. 190. Recurriendo a Warren Samuels, un seguidor más contemporáneo de los primeros institucionalistas, expresa: “[La E]conomía es un sistema de coerción mutua, lo que debe ser entendido [...] como poder de retención. Los derechos de propiedad otorgados por la legislación capacitan para participar como fuerza coercitiva en el proceso económico. Esto no deja de lado la libertad. El proceso de decisión económica es, en los hechos, un ‘patrón de libertad y de exposición a las libertades de otros y por lo mismo [...] un patrón de coerción mutua” p. 191.

se extiende también a la meramente económica en su concepción de los intercambios, la concepción de las libertades de la escuela austríaca no, siendo su libertad puramente negativa²³. En este punto, entonces, son los primeros institucionalistas, al reconocer la coerción económica, los que permanecen hermanados con la escolástica medieval. En cambio, la escuela austríaca, al concebir como fuerza nada más que la coerción física efectiva o amenaza de coerción física²⁴, se separa de dicha corriente

²³ “Los autores en la rama Austríaca del ‘new institutional economics’ profesan un concepto de la libertad en negativo. Para Hayek, la libertad es ‘aquella condición de los individuos en que la coerción de algunos por otros se reduce todo lo posible en la sociedad’. Para Machlup, ‘el liberalismo en el sentido clásico, individualista’ es ‘la mera ausencia de interferencia coercitiva’. [...] ‘El punto donde ellos entran en conflicto con la economía de los primeros institucionalistas (y mutatis mutandis, con la economía escolástica) es entonces en el postulado según el cual la actividad regular de la economía puede y debe ser libre en el sentido de que no necesita y no debe implicar coerción. Según los ‘libertarians’, sus contradictores claman por una libertad positiva y aducen que una persona no es libre si la sociedad le niega poder adquisitivo. Esta objeción, sostienen, confunde poder con libertad, y clamar por poder es peligroso. La libertad positiva en el sentido de poder se puede alcanzar sólo por medio de la interferencia política con el curso natural del desarrollo económico, y la interferencia política no es el camino hacia la libertad, sino hacia la servidumbre” pp. 194-195.

²⁴ Algunos desarrollos sobre esto, en pp. 195-196. Para muchos autores en la línea austríaca, el argumento para no interesarse por algo como la coerción económica, es lo mutuamente beneficioso del intercambio

de pensamiento; quizá se vincula con la escolástica tardía, pero, sin duda, a partir de su concepción evolucionista, se emparenta con la idea –naturalista– de “obvio y simple sistema de libertades naturales” del liberalismo clásico anglosajón de mediados del siglo XVIII, cuando el proceso de abstracción del elemento personal del pensamiento económico ya se había iniciado.

22. Otro custodio de la tradición escolástica que parece reconocer el autor son las instituciones del Derecho Civil de contratos, como las ya mencionadas en esta reseña, vinculadas a la concepción aristotélica de justicia conmutativa y al principio de la equivalencia de las prestaciones²⁵.

para las partes, quienes de lo contrario no habrían contratado. Friedrich A. von Hayek, para argumentar esto, recurre al Derecho Romano y a la distinción entre *vis absoluta* y *vis compulsiva*. Mientras que en el caso de la fuerza física absoluta o efectiva, no se trata de coerción sino de ausencia total de voluntad, en el caso de las amenazas de fuerza física, sí hay coerción, pero a pesar de ser sujeto pasivo de coerción, sigue siendo dicho sujeto quien decide cual es la mayor desgracia dadas las circunstancias. Es decir, vuelve al viejo adagio según el cual la voluntad constreñida sigue siendo voluntad, *coacta voluntas voluntas est*.

²⁵ “En el presente siglo todas las democracias de Europa Occidental, lo que equivale, más o menos, a todos los países de la Cristiandad medieval (y muchos otros países en otras partes del mundo) han incluido en sus códigos civiles disposiciones para limitar la explotación de lo que el Código Civil alemán (BGB) denomina ‘Zwangslage’ [BGB § 138. Además de la necesidad, esta sección se refiere a la falta de experiencia o juicio y generalmente también a la debilidad de la

EN DEFINITIVA,
UN LEGADO ÉTICO

23. Pero ante todo, se trata de un legado ético que el autor defiende para la escolástica de la Edad Media, que ayude a definir el cómo nos comportamos frente a los demás al llevar a cabo los intercambios en el mercado. Más allá de obligaciones jurídicas, más allá de criterios de eficiencia en la asignación de los recursos, ¿satisfacemos reglas éticas básicas como la regla de oro de la reciprocidad que manda no hacer a otro lo que no desearíamos padecer?

24. Desde Aristóteles se ha recurrido a la situación del capitán de barco que sacrifica la carga debido a la tempestad y con el fin de salvar la tripulación, para juzgar si este acto en parte voluntario y en parte compelido por las fuerzas naturales y, por ello “acto mixto”, es un acto voluntario o no del capitán. El ejemplo no sería adecuado para evaluar cómo se producen las interacciones en el mercado, a menos que nos mantengamos convencidos de que, en los intercambios, nos enfrentamos a un sistema natural

voluntad (‘Willensschwäche’)], en conjunto con otros factores que condicionan la máxima del valor de los Romanistas medievales. Estas disposiciones legales protegen a la parte necesitada en todos los tipos de contratos examinados en la Parte II. Para tomar sólo los ejemplos recién mencionados: el derecho civil le colocará techo a los honorarios por servicios médicos y al precio del agua. Los economistas y los políticos defenderán un poco más o un poco menos de regulación de la vida económica. Incluso en el mundo occidental, esto sigue siendo importante” pp. 198-199.

y espontáneo y que el mercado en el que participamos equivale a la tempestad que enfrenta el capitán.

25. Casi al concluir su libro, el profesor Langholm toma de Robert Nozick un ejemplo que representaría mejor las interacciones en el mercado. El sujeto que permanece encerrado en su casa a causa

- i) de una tormenta eléctrica o
- ii) de un sujeto que le ha amenazado electrocutarlo si sale de su morada o
- iii) de un sujeto que juega libremente con electricidad a la salida de su hogar,

¿acaso no se encuentra igualmente compelido a permanecer dentro por cualquiera de las tres causas? Siendo el caso i) equivalente al caso del capitán de Aristóteles y, por tanto, vale a su respecto la larga discusión que ha atravesado los siglos; y, el caso ii) un claro caso de fuerza moral, la situación iii) representaría mejor cómo se interactúa en el mercado²⁶:

“El intercambio es por definición interpersonal, y si bien normalmente no entramos en él para dañar a alguien en particular, estaremos jugando en el jardín del otro desde el momento en que abra su puerta. Darnos cuenta de esta circunstancia impone un cierto sentido de responsabilidad moral, de consideración, o equidad, una determinada justicia, en sentido Aristotélico y

²⁶ p. 199.

no en el de Hobbes, dentro de los límites más amplios del derecho civil. No hay razón para dudar de la existencia de tales “sentimientos morales” en la economía moderna”²⁷.

26. En definitiva, tuvimos el privilegio de acercarnos a una obra cuya noticia no quisimos dejar de compartir, toda vez que, si bien la publicación circula hace diez años²⁸, su lectura nos deja con la firme convicción de que disfruta de plena vigencia y seguirá siendo del mayor interés para los cultores de las distintas disciplinas que se sirven tanto de las fuentes como abordan los problemas recogidos en el trabajo. Después de su lectura, difícilmente podremos seguir afirmando que el problema del consentimiento voluntario es sólo parcela de juristas.

FERNANDO ARAYA J.

BIBLIOGRAFÍA

- BIGWOOD, Rick, *Exploitative Contracts*, New York, Oxford University Press, 2003.
- GORDLEY, James, *Foundations of Private Law*, New York, Oxford University Press, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- LEÓN HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- SMITH, Stephen, “In Defence of Substantive Fairness”, in *Law Quarterly Review*, N° 112, Oxford, 1996.
- TREBILCOCK, Michael J., *The limits of freedom of contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft (Economía y sociedad)*, Tübingen, Mohr, 1925.
- MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO, *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Santiago, Legal Publishing, 2008, 142 + xii pp.

Éste es el segundo libro con el que el profesor Marcelo Barrientos incrementa nuestra cada vez más nutrida literatura sobre Derecho Civil. Se suma, pues, a su tesis doctoral defendida en la Universidad de Salamanca y publicada bajo el título de *El resarcimiento del daño moral en España y Europa*, Salamanca, Editorial Ratio Legis, 2007, 656 pp.; véase VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Recensión a BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2007, 573 pp.”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. LX, N° 4, Madrid, 2007, pp. 1.741-1.742).

²⁷ p. 200.

²⁸ Si bien su nueva edición de tapas blandas, que fue la que utilizamos, está disponible sólo desde el año 2006.