

LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO *

RANDY E. BARNETT **

INTRODUCCIÓN

La sola promesa hecha a otra persona no genera obligación jurídica alguna ni habilita a reclamar judicialmente en caso de incumplimiento. Para que esa promesa sea exigible, debe concurrir otro factor. A continuación analizaré cuál es ese otro factor, es decir, qué hecho o hechos deben darse además de la realización de la promesa para que ésta sea jurídicamente exigible ¹.

Acudimos a la teoría jurídica para saber cuándo se justifica moralmente ² el uso de la fuerza legítima contra un individuo, y a la teoría contractual en particular para saber qué tipo de compromisos interpersonales debe hacer cumplir el derecho. Hasta hoy, sin embargo, la doctrina no provee una

* *A Consent Theory of Contract*, publicado originalmente en 86 *Colum. L. Rev.* 269 (1986). Traducido por Gabriela Inés Haymes y Diego Martín Papayannis. *Lecciones y Ensayos* agradece a Randy E. Barnett y a *Columbia Law Review* la autorización para publicar esta traducción.

** Profesor Asistente de Derecho, Illinois Institute of Technology, Chicago-Kent College of Law. B.A. Northwestern University, 1974; J.D. Harvard Law School, 1977. Se presentó una primera versión de este artículo en la Reunión Anual de la Law and Society Association celebrada en Denver, Colorado, en junio de 1983. Quisiera agradecer a las siguientes personas por sus valiosísimas críticas a las versiones anteriores de este artículo: Larry Alexander, Douglas Baird, Mary Becker, Stuart Deutsch, Frank Easterbrook, Richard Epstein, George Fletcher, R.H. Helmholz, A.W.B. Simpson, Geoffrey Stone, Cass Sunstein, Lawrence H. White, Christopher Wonnell y Richard W. Wright. También agradezco a mis asistentes de investigación Sharyl Schwartz y William Walsh. Le agradezco a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, en la cual comencé a trabajar en este artículo en calidad de Visiting Fellow, así como al Institute for Humane Studies de la Universidad George Mason y a Veritas Fund por el apoyo financiero que hizo posible mi estadía en la Universidad de Chicago. Por último, quisiera agradecer a mis colegas en IIT Chicago-Kent College of Law y a mi decano, Lewis Collens, por asegurarme una atmósfera propicia para la investigación productiva y la reflexión sin límites.

¹ CORBIN, A., *Contracts* § 110, en 490 (1963); véase también EISENBERG, "The principles of consideration", 67 *Cornell L. Rev.* 640, 640 (1982) ("una promesa, como tal, no es jurídicamente exigible. La primera gran pregunta del derecho contractual, por lo tanto, es qué tipo de promesas deberían ser ejecutadas").

² La idea de que la moral juega un papel importante en la teoría jurídica se explica en las notas 109-11.

repuesta satisfactoria a esta cuestión. Las cinco teorías de la obligación contractual más conocidas, a saber, la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la equidad, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación, adolecen todas de distintos defectos básicos. La teoría consensual no sólo sorteja estas dificultades sino que a la vez explica la obligación contractual de una manera coherente y plausible.

Las teorías están pensadas para solucionar problemas. Los méritos de una teoría en particular se juzgan en función de su aptitud para resolver aquellos problemas que llevaron a la necesidad de elaborar esa misma teoría. Esto no implica, sin embargo, que ellas sean juzgadas en forma aislada. No podemos pretender que una teoría resuelva todos los problemas propios de una disciplina, sea ésta la física, la biología, la filosofía o cualquier otra ciencia. Por ello, en su lugar, *comparamos* teorías rivales para determinar cuál ofrece mejores soluciones a los problemas de la disciplina.

Son al menos tres los factores que se tienen en cuenta al llevar a cabo la mencionada comparación: (a) el número de problemas que la teoría resuelve igual o mejor que sus rivales, (b) el carácter central de los problemas que resuelve, y (c) la potencial aptitud de la teoría para resolver problemas futuros. Cuando evaluamos una teoría jurídica debemos tener presente que cuanto más convincente sea su explicación de aquellos casos en los que tenemos certeza de que el resultado es correcto, más a gusto nos sentiremos con las respuestas que ella proponga para casos marginales en los que nuestras intuiciones son menos firmes.

En la parte I de este artículo, evaluaré las cinco teorías de la obligación contractual más conocidas. Cada una de esas teorías describe con precisión un aspecto distinto de la obligación contractual, aunque la falta de consenso respecto de su verdadero fundamento evidencia que éstos enfoques presentan deficiencias fundamentales.

Las teorías pueden ser agrupadas en tres tipos distintos según se basen en las partes, en estándares o en el proceso de negociación del contrato. Las deficiencias de cada teoría son, al menos en parte, el resultado de deficiencias inherentes al tipo al que pertenecen. El propósito de este análisis comparativo consistirá en demostrar la necesidad de un enfoque más abarcador, que rescate las verdades de esas teorías y a la vez supere sus defectos.

En la parte II, describiré la teoría consensual³ y la aplicaré a los problemas identificados en la parte I. La teoría consensual postula que la obli-

³ Expuse anteriormente la teoría consensual en BARNETT, "Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy" (Reseña), 97 *Harv. L. Rev.* 1223 (1984), donde también intenté situar los desarrollos recientes en filosofía jurídica en un contexto histórico para explicar el resurgimiento de la filosofía jurídica normativa en general y de las teorías de los derechos en particular.

gación contractual sólo puede ser comprendida totalmente cuando se la considera parte de un sistema más amplio de derechos. Tal sistema, basado en la moral ⁴, especifica la esencia de los derechos que los individuos pueden adquirir y transferir y los modos en que pueden hacerlo. Bien entendido, el derecho contractual es aquella parte del sistema de derechos que identifica las circunstancias en las que los derechos pueden ser válidamente transferidos de una persona a otra mediante su consentimiento, y es este último componente de carácter moral el que distingue las transferencias válidas de derechos enajenables de las inválidas.

La teoría consensual explica por qué normalmente analizamos la intención de las partes desde una perspectiva “objetiva” mientras que en otros casos el enfoque que empleamos es distinto. Además, admite la ejecución de ciertos acuerdos en los que no hay intercambio —como aquellos en los que la contraprestación es nominal (*nominal consideration*)— y de este modo evita que este tipo de acuerdos tan convenientes tengan el estatus incierto que actualmente tienen en el derecho contractual. La teoría consensual también permite que las partes calculen con mayor precisión quién asume el riesgo de la confianza, proveyendo un *test* de exigibilidad claro y basado en el sentido común. Ello evita que los tribunales deban distinguir la confianza razonable de la irrazonable al determinar si el contrato se perfeccionó, a la vez que promueve la confianza en los compromisos interpersonales. Finalmente, explica y justifica las excepciones tradicionalmente oponibles a la obligación contractual.

I. ANÁLISIS VALORATIVO DE LAS TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Comúnmente se recurre a alguna de las siguientes cinco teorías para explicar qué acuerdos merecen ser cumplidos y cuáles no: la teoría de la voluntad, de la confianza, de la eficiencia, de la equidad y de la negociación ⁵. Estas teorías son en realidad ejemplos de tres tipos de teorías con-

⁴ La teoría desarrollada en este artículo está basada en las exigencias normativas de la moral y es a su vez requerida por éstas. Véase *infra*, notas 109-28 y el texto adjunto. No obstante, los lectores que adhieren a una perspectiva positivista pueden querer considerar el requisito de consentimiento sólo como un medio para entender las decisiones judiciales pasadas y presentes, y para reconciliar doctrinas en aparente conflicto.

⁵ Cuando una explicación de la obligación contractual se concentra exclusivamente en uno de estos factores, ese factor puede pasar a constituir el fundamento de una *teoría* diferente, como en la “teoría de la voluntad”. Cuando se combinan dos o más factores, entonces es posible referirse con mayor precisión a ellos como *principios* —como en el caso del “principio de la confianza”— o como *intereses centrales* de una teoría más general de la obligación contractual.

tractuales. Las teorías de la voluntad y de la confianza están basadas en *las partes* en tanto que las de la eficiencia y de la equidad se apoyan en *estándares*. Por su parte, la teoría de la negociación se basa en *el proceso* que conduce al acuerdo. Visto que algunas de las falencias de estas teorías son características del tipo al que pertenecen, analizaré cada tipo por separado.

Las críticas presentadas en esta sección no pretenden ser comprensivas ni particularmente novedosas ya que me limitaré a identificar los problemas centrales que la mayoría de los teóricos han atribuido a cada teoría. La finalidad no es refutarlas, sino demostrar que ninguna de ellas ofrece una concepción suficientemente comprensiva de la obligación contractual.

La voluntad, la confianza, la eficiencia, la equidad y la negociación son intereses centrales del derecho de los contratos y la teoría de la obligación contractual debe proveer un marco conceptual que especifique los casos en los que uno de estos intereses debe ceder ante otro ⁶. Una teoría que se fundamente exclusivamente en uno de estos intereses, o en una combinación no especificada de ellos, no puede dar cuenta de la verdadera naturaleza de la relación entre tales intereses. En la parte II enseñaré el modo en que la teoría consensual ofrece el marco conceptual necesario.

A. Teorías basadas en las partes

Lo que aquí se denominan teorías basadas en las partes son aquellas que se ocupan fundamentalmente de proteger a una de las partes de la transacción. Una denominación más precisa (aunque menos elegante) es “teorías basadas en una de las partes”. Las teorías de la voluntad apuntan a proteger al promitente mientras que las de la confianza se preocupan ante todo por proteger al destinatario de la promesa. El énfasis indebido que las teorías de la voluntad y de la confianza dan a una de las partes genera problemas insolubles para cada enfoque.

1. Teorías de la voluntad

El argumento de las teorías de la voluntad es que los compromisos son exigibles porque el promitente tuvo la intención de obligarse, eligió hacerlo. “Según la visión tradicional, el derecho de los contratos representa y protege la voluntad de las partes, dado que ella por su propia naturaleza

⁶ EISENBERG, *supra* nota 1, en 642-43 (a favor de una concepción expansiva de la obligación contractual “que reconoce la exigibilidad de las promesas en virtud de diversos elementos y dirige la investigación hacia la determinación de ellos, al tiempo que crea principios que los reflejan de modo apropiado”).

merece ser respetada”⁷. Para esta postura, el uso de la fuerza contra quien incumple su promesa está moralmente justificado porque el promitente lo autorizó previamente al ejercitar su voluntad. El promitente no podría pretender que la fuerza no fuera aplicada contra él puesto que al obligarse al cumplimiento aceptó que esa fuerza pueda ser empleada⁸.

La fuerza moral de estas teorías se nutre de la idea según la cual los deberes contractuales son obligatorios porque fueron libremente asumidos por aquellos que deben cumplirlos. Consecuentemente, la ejecución del contrato no está moralmente justificada si la persona pasible de sanción no expresa su voluntad genuinamente. Esta posición naturalmente lleva a una investigación sobre la intención del promitente al momento del acuerdo (el llamado punto de vista “subjetivo”). Después de todo, la teoría mal puede fundarse en la *voluntad* cuando la obligación *no fue* libremente asumida por el individuo sino impuesta por el derecho.

Es sabido que un sistema contractual que adhiera a una teoría de la voluntad que exija indagar la intención del promitente putativo sería obsoleto⁹. La imposibilidad de conocer la verdadera intención subjetiva o voluntad de las partes no presenta ningún problema práctico, ya que se presume que ella se corresponde con la intención objetivamente manifestada en el acto. Pero cuando puede probarse de alguna manera que la intención manifestada es contraria a la intención subjetiva, esta última debe prevalecer, en pos de preservar la integridad moral y lógica de la teoría de la voluntad.

Por cierto, si la norma jurídica diera algún tipo de primacía a la intención subjetiva del promitente esto defraudaría al destinatario de la promesa que hubiese actuado confiando en lo que se presentó como una manifestación vinculante de intención realizada por la contraparte¹⁰. Permitir inves-

⁷ COHEN, “The basis of contract”, 46 *Harv. L. Rev.* 553, 575 (1933).

⁸ Véase FRIED, C., *Contract as promise*, 16, (1981) (“Un individuo está moralmente obligado a cumplir sus promesas porque *intencionalmente* invocó una convención cuya función es brindar las bases —morales— para que otro espere el cumplimiento de lo prometido”) (el énfasis es nuestro); véase también BURROWS, “Contract, tort and restitution. A satisfactory division or not?”, 99 *Law Q. Rev.* 217, 258 (1983) (“La aceptación de la obligación es vital; no es suficiente haberse representado que los hechos son reales o haber declarado meramente que uno tiene la intención de hacer algo, porque en tales situaciones la voluntad no se ha comprometido a hacer nada”). Anthony T. Kronman también clasifica al Profesor Fried como un “teórico de la voluntad”. Véase KRONMAN, “A new champion for the will theory” (Reseña), 91 *Yale L.J.* 404, 404 (1981). Para una comparación entre la teoría de la voluntad del Profesor Fried y la teoría consensual, véase *infra*, notas 146-47 y el texto adjunto.

⁹ Véase, por ejemplo, COHEN, *supra* nota 7, en 575-78; BURROWS, *supra* nota 8, en 258.

¹⁰ Véase HUME, D., *An Inquiry Concerning the Principles of Morals*, 30, n. 5 (C. Hendel ed. 1957) (1ª ed. 1751): “¿Dónde está nuestra seguridad, se preguntan los hombres en su sano juicio, si el sentido secreto de la intención puede invalidar un contrato? Y sin embargo el académico metafísico podría opi-

tigar la intención subjetiva del promitente podría posibilitar que este último, mediante la producción y preservación de evidencia extrínseca de intenciones ambiguas o contradictorias, quebrantara fraudulentamente lo que de otra forma serían acuerdos perfectamente vinculantes. Tal estrategia proporcionaría al promitente una opción de hecho: podría insistir en la ejecución del contrato —cuando ello fuera de su interés— o negarse a cumplirlo —cuando no le resultase ventajoso— probando que la intención subjetiva es distinta de la manifestada ¹¹.

Puesto que el enfoque subjetivo descansa en evidencia claramente inaccesible para el destinatario de la promesa, y mucho más para los terceros, la indagación de la intención verdadera atentaría contra la seguridad de las transacciones reduciendo enormemente la confiabilidad de los compromisos contractuales ¹². No ha de sorprendernos que, pese a la lógica de la obligación basada en la voluntad, haya prevalecido mayormente el enfoque objetivo ¹³. El componente moral subjetivista, en el que la teoría de la voluntad se apoya para justificar la coacción legal, colisiona necesariamente con la necesidad de un sistema de normas construido en gran parte sobre la base de intenciones subjetivas manifestadas objetivamente. En tanto las manifestaciones objetivas generalmente reflejan las intenciones subjetivas, los teóricos de la voluntad deben explicar la razón por la cual se ejecutan acuerdos objetivos en casos en que puede demostrarse que lo interpretado por la parte difiere de su conducta objetivamente manifestada.

Difícilmente resuelvan este conflicto los teóricos de la voluntad que reconocen que otros “intereses”, como la confianza, pueden tener prioridad

nar que cuando se supuso que la intención constituía un requisito, si no hubo tal, no se producen consecuencias ni surge obligación alguna”.

¹¹ Véase un interesante ejemplo de un tribunal que sospechó una estrategia similar de una parte que intentó usar la “regla del buzón de correo” (*mailbox rule*), en “Cohen v. Clayton Coal Co.”, 86 *Colo.* 270, 281 P. 111 (1929).

¹² Nótese que ni el problema de la confianza, ni el del fraude surgirían cuando el promitente, que manifestó una intención de obligarse, busca liberarse de responsabilidad demostrando que el destinatario de la promesa no entendió en realidad, o “subjetivamente”, que los actos del promitente tuviesen ese significado. Permitir al promitente librarse de su responsabilidad probando que el destinatario de la promesa entendió la conducta tal como fue subjetivamente concebida por el promitente y que, consecuentemente, no confió en la manifestación externa, deja pocas posibilidades de que se produzca fraude. Tal investigación “subjetiva”, por inusual que sea, está por lo tanto correctamente permitida bajo un enfoque convencional objetivo. Véase, por ejemplo, “Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.”, 127 *Mo. App.* 383, 385, 105 S.W. 777, 779 (1907). Como se expondrá más abajo (véase *infra*, notas 156-60 y el texto adjunto) esta posición está en armonía con la teoría consensual.

¹³ Véase, por ejemplo, “Ricketts v. Pennsylvania” R.R., 153 F.2d 757, 760-61 (2d Cir. 1946) (Frank, J., por sus fundamentos); *Restatement (Second) of Contracts* § 2 comment b (1979); FARNSWORTH, E., *Contracts* § 3.6, en 114 (1982).

respecto de la intención ¹⁴. La teoría de la voluntad ve erosionado su poder persuasivo al permitir que los individuos queden obligados por promesas que nunca pensaron exigibles. Requerir que la intención subjetiva del promitente ceda ante la confianza del destinatario de la promesa en todos los supuestos, o en casi todos, debilita la afirmación de que la obligación contractual está basada en la voluntad ¹⁵ y, a la vez, fortalece la visión según la cual ella puede ser impuesta legítimamente a las partes en contra de su intención subjetiva ¹⁶. El prolongado interés que la teoría de la confianza ha suscitado da cuenta de la incapacidad de la teoría de la voluntad para explicar adecuadamente la exigibilidad de las manifestaciones objetivas de la intención.

2. Teorías de la confianza

Las teorías que explican la obligación contractual como una forma de proteger la confianza del destinatario de la promesa tienen la aparente virtud de explicar por qué las personas pueden quedar vinculadas por el sentido común de sus palabras independientemente de sus intenciones. Así, se ha popularizado la afirmación de que la obligación contractual surge de la confianza del destinatario de la promesa ¹⁷. La teoría de la confianza se basa en la intuición de que para el derecho contractual nuestras conductas asertivas son obligatorias cuando ellas generan en la otra parte una confianza “previ-

¹⁴ Véase, por ejemplo, FRIED, C., *supra* nota 8, en 58-63 (donde reconoce que el hecho de que no exista acuerdo subjetivo priva al contrato de su fuerza moral en una teoría basada en la voluntad o en la promesa, pero afirma que una indemnización puede ser procedente sobre la base de otros principios de “justicia”, “fomento del debido cuidado” o cuestiones de “administración”).

¹⁵ Véase BURROWS, *supra* nota 8, en 258; véase asimismo HUME, D., *supra* nota 10, en 30 n.5 (“La expresión que en principio está al servicio de la voluntad, pronto se transforma en el elemento principal de la promesa...”).

¹⁶ Véase ATIYAH, P., *The Rise and Fall of Freedom of Contract* 6 (1979); véase también FEINMAN, “Critical approaches to contract law”, 30 *UCLA L. Rev.* 829, 834 (1983) (“El derecho contractual es como el derecho de daños y la acción judicial es como la acción legislativa: todos necesariamente involucran juicios de política pública al imponer responsabilidad jurídica”). Pero véase EISENBERG, “The bargain principle and its limits”, 95 *Harv. L. Rev.* 741, 758 n.121 (1982) (en discrepancia con el análisis de Atiyah sobre la obligación basada en la confianza).

¹⁷ Si bien la literatura está repleta de sugerencias acerca del “principio de la confianza”, nunca se presentó una teoría exhaustiva del contrato basada en la confianza. Este enfoque se encuentra claramente presente en el influyente trabajo de Gilmore, *The Death of Contract*. Véase, por ejemplo, GILMORE, G., *The Death of Contract* 71-72, 88 (1974). Atiyah parece requerir una teoría de la confianza, aunque él también reconoce que la “creación y extinción voluntaria de derechos y responsabilidades” debería seguir siendo uno de los “pilares básicos del derecho de las obligaciones”. P. ATIYAH, *supra* nota 16, en 779; véase también FEINMAN, “Promissory estoppel and judicial method”, 97 *Harv. L. Rev.* 678, 716-17 (1984) (“el principio de la confianza” destruye las doctrinas contractuales “clásicas”); HENDERSON, “Promissory estoppel and traditional contract doctrine”, 78 *Yale L.J.* 343, 344 (1969) (las reglas del *promissory estoppel* crean un contrato basado en los efectos de la confianza).

sible” o “justificable”, del mismo modo en que el derecho de daños nos hace responsables por las consecuencias dañosas de nuestros actos ¹⁸.

Estas teorías han enfrentado dificultades aparentemente insuperables. Ya en 1933 Morris Cohen escribió lo siguiente: “Claramente, no todos los daños resultantes de la confianza en las palabras o las acciones de otro pueden ser reclamados judicialmente y esta teoría no ofrece ningún parámetro para distinguir los casos en que procede la reclamación” ¹⁹. Esta deficiencia ha llevado al empleo de frases como “confianza justificada” o “confianza razonable” ²⁰, adjetivos que dependen de estándares de evaluación (usualmente vagos) no relacionados con la confianza en sí misma, debido a que, ya sea justificada o injustificada, razonable o irrazonable, la confianza está presente en todos los casos.

Además, que la confianza sea “razonable” dependerá de lo que la mayoría de la gente haría (o debería hacer) en una situación concreta. Esta afirmación no puede abstraerse de la regla vigente en la comunidad en cuestión, porque la percepción sobre la ejecutabilidad de una promesa determina en forma directa la conducta de la mayoría de las personas ante una promesa. Por lo tanto, la teoría de la confianza no hace, en última instancia, más que plantear la misma pregunta que debería responder: ¿estamos ante una promesa que debería ser exigible?

Similar es el análisis cuando nos preguntamos si el promitente sabía o tenía razones para saber que la promesa induciría a otros a confiar ²¹, aunque esta formulación atenúa el énfasis puesto por la teoría de la confianza en los intereses del destinatario de la promesa. A diferencia del análisis de previsibilidad exigido por el derecho de daños, que involucra las consecuencias físicas que se siguen de las acciones, el análisis de previsibilidad del derecho contractual concierne a las acciones de un sujeto que actúa en for-

¹⁸ Véase G. GILMORE, *supra* nota 17, en 88 (“Podemos tomar el hecho de que los daños contractuales se han vuelto indistinguibles de los daños extracontractuales como el reflejo oscuro de una comprensión instintiva, casi inconsciente, de que los dos campos, que han sido artificialmente separados, están gradualmente mezclándose y convirtiéndose en uno”).

¹⁹ COHEN, *supra* nota 7, en 579.

²⁰ Véase, por ejemplo, EISENBERG, *supra* nota 1, en 656-59; HENDERSON, *supra* nota 17, en 345.

²¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 90(1) (1979). El art. 90 califica a la indemnización basada en la confianza al nivel de la formación, requiriendo una expectativa “razonable” de confianza y la imposición de sanciones sólo si la “injusticia” no puede evitarse de otro modo; y al nivel de los recursos, limitando el recurso a lo que “requiere la justicia”. Id. Tradicionalmente, sin embargo, el método jurídico emplea un análisis doctrinal y teórico (concordante con nociones subyacentes de justicia) para *descubrir* dónde reside la injusticia en un caso particular. Véase BARNETT, “Why we need legal philosophy”, 8 *Harv. J.L. & Pub. Pol.* 6-10 (1985). El art. 90 obviamente incurre en circularidad. Posiblemente sea el resultado de una tarea de redacción demasiado cautelosa y no se ha propuesto hasta el momento otra redacción más precisa que la reemplace.

ma consciente. La predicción de que una promesa generará confianza en el destinatario o en terceros dependerá necesariamente de si éstos creen que esa promesa goza de protección legal. Sin embargo, para que la norma jurídica pueda ser formulada sobre la base de esta predicción resulta necesario incorporar circularidad al análisis ²².

Más aún, si se adhiere a la definición de promesa contenida en el *Restatement (Second) of Contracts*, según la cual constituye promesa “toda manifestación por parte de un sujeto de su intención de actuar o de abstenerse de actuar en cierto sentido, hecha en modo tal que justifica que el destinatario de la promesa entienda que existe un compromiso” ²³, entonces parecería razonable que todo promitente espere que sus actos generen confianza. De ser así, “la verdadera cuestión no es si el promitente debió esperar que el destinatario de la promesa confiase sino si el grado de confianza de éste fue razonable” ²⁴. Esto nos lleva nuevamente a abordar el problema que se plantea al intentar determinar cuándo la confianza es “razonable”.

Al proveer un criterio tan amplio, cualquier teoría de la obligación contractual que se base en la confianza perjudicial presupone la cuestión central que debe resolver: cuáles de aquellas acciones con *capacidad* para inducir confianza traen aparejadas consecuencias jurídicas y cuáles no. Las acciones de un individuo no están justificadas, ni tampoco protegidas legalmente, *por el simple hecho* de que haya habido confianza. Por el contrario, la confianza en las palabras de otros está jurídicamente protegida por circunstancias aún no definidas ²⁵.

²² Esto parece ser un ejemplo de lo que George Fletcher ha caracterizado como una “paradoja del pensamiento jurídico”. Véase FLETCHER, “Paradoxes in legal thought”, 85 *Colum. L. Rev.* 1263 (1985). De ser así, se resolvería sólo encontrando un criterio que sea independiente de la previsibilidad, en virtud del cual distinguir la confianza jurídicamente protegida de la no protegida. Véase también en 1269 (“Cuando se revela una paradoja, podemos restaurar la consistencia de nuestras estructuras jurídicas... encontrando o construyendo una distinción... que ponga fin a la paradoja”).

²³ *Restatement (Second) of Contracts* § 2 (1979). Nótese que la definición de promesa del *Restatement* difiere de la definición de “consentimiento” ofrecida más adelante, en las notas 121, 143-44, y el texto adjunto. Allí el consentimiento se limita a un tipo de compromiso particular: el de quedar jurídicamente obligado.

²⁴ EISENBERG, *supra* nota 1, en 659.

²⁵ No obstante estas deficiencias, el extendido reconocimiento de la indemnización basada en la confianza ejemplificado por el art. 90 del *Restatement* puede haber sido, en definitiva, más útil que perjudicial para la causa de la libertad de contratación. La indemnización supuestamente basada en la confianza opera como una válvula de seguridad encargada de completar lagunas en casos que involucren confianza no negociada y, por lo tanto, permite que sobreviva el requisito del intercambio orientado hacia el mercado. Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 2.19, en 89 (“Si no hubiese sido por la creciente tendencia a reconocer la confianza como una causa alternativa de indemnización, el hecho de que la doctrina de la contraprestación no proporcione un fundamento más satisfactorio para ejecutar tales promesas podría haber generado más presión para reformar la doctrina”).

Un individuo no se encuentra facultado a exigir legalmente el cumplimiento de una obligación porque la confianza depositada en la contraparte esté justificada, sino que actúa justificadamente cuando confía en acuerdos que son legalmente exigibles. Por ello, las teorías de la confianza deben apelar a un criterio distinto de la confianza para diferenciar los actos justificados de los injustificados. Si bien tal criterio no ha sido aún identificado, más adelante en este artículo ²⁶ veremos que la teoría consensual aporta el criterio en cuestión.

3. El problema de las teorías basadas en las partes

Las dificultades referidas anteriormente revelan que las teorías de la confianza tienen mucho en común con las teorías de la voluntad. Ambos grupos de teorías deben recurrir a definiciones de exigibilidad contractual que no se siguen ni de la voluntad ni de la confianza, sino que se basan en principios más profundos que quedan sin articular. Al no poder distinguir adecuadamente entre aquellos acuerdos que merecen ser protegidos jurídicamente y aquellos que no, ambas teorías fracasan en su principal misión. Consecuentemente, los casos concretos deben resolverse *ad hoc* empleando conceptos vagos como “razonabilidad” o “política pública”, o valiéndose de criterios más claros aunque formalistas como la “contraprestación” (*consideration*).

Cada teoría se ocupa primordialmente de proteger a una parte de la transacción: las teorías de la voluntad velan por el respeto de las intenciones del promitente, mientras que las teorías de la confianza se ocupan de reparar el daño causado al receptor de la promesa. Como resultado, ninguna puede determinar debidamente la cualidad *interrelacional* del proceso de contratación. El derecho de los contratos existe para facilitar las transacciones entre las personas. En esa empresa, no hay razones obvias que justifiquen que una parte deba ser preferida automáticamente por sobre la otra. Si bien la intención subjetiva y los costos de la confianza son importantes para entender correctamente la obligación contractual, las teorías que se centran en una sola de estas cuestiones carecen de un elemento esencial.

Irónicamente, aunque tanto las teorías de la voluntad como las de la confianza asumen una postura fuertemente moralista, protegiendo a la “autonomía” o reparando los “daños”, ninguna ofrece el marco moral adecuado para explicar la exigibilidad jurídica de las obligaciones contractuales. Ambas

²⁶ Véase *infra* notas 192-97 y el texto adjunto.

teorías fracasan porque intentan explicar la obligación contractual en un aislamiento teórico. Para el liberalismo político y la filosofía jurídica liberal, la cualidad interrelacional de la vida social está dada por la identificación de las prerrogativas y los derechos de propiedad individuales. Las teorías que apuntan exclusivamente a la voluntad de los promitentes o a la confianza de los destinatarios no utilizan este marco conceptual. Es previsible que los intentos de explicar la obligación contractual fracasen cuando ignoran las bases de las relaciones jurídicas interpersonales.

B. Teorías basadas en estándares

Las teorías basadas en estándares son aquellas que evalúan la *sustancia* de la transacción contractual para determinar si se adecua al estándar que la teoría identifica como primario. Por ejemplo, la eficiencia económica y la justicia sustantiva son dos estándares que han recibido gran atención.

1. Teorías de la eficiencia

Una de las más famosas teorías jurídicas basadas en estándares es la de la eficiencia, relacionada con la escuela del análisis económico del derecho ²⁷. La eficiencia económica es entendida por algunos exponentes de esta escuela como la maximización de la riqueza o el bienestar social: “el término *eficiencia* se refiere a la relación entre los beneficios totales y los costos totales de una situación en particular... Dicho en otros términos, la eficiencia equivale al ‘tamaño de la torta’” ²⁸. Según esta visión, las normas y las prácticas jurídicas son evaluadas según acrecienten o disminuyan su tamaño ²⁹.

En su versión menos radical, la valoración económica del derecho no constituye en sí una teoría de la obligación contractual. El análisis económico de las normas jurídicas es más bien una investigación científica, “libre de valores”, que se limita a explicar o dar cuenta de las consecuencias de-

²⁷ Para una breve discusión sobre el rol que esta escuela ha tenido en los desarrollos jurisprudenciales recientes, véase BARNETT, *supra* nota 3, en 1229-33.

²⁸ POLINSKY, A., *An Introduction to Law and Economics* 7 (1983); cf. COOTER - EISENBERG, “Damages for breach of contract”, 73 *Calif. L. Rev.* 1432, 1460 (1985) (“Los economistas entienden que un contrato es eficiente si sus términos maximizan el valor que puede ser creado por el intercambio en cuestión”).

²⁹ Pero cf. COLEMAN, “Efficiency, utility and wealth maximization”, 8 *Hofstra L. Rev.* 509, 512 (1980) (“Los economistas así como los partidarios del análisis económico del derecho emplean al menos cuatro nociones de eficiencia, incluidas: [1] eficiencia productiva, [2] optimalidad de Pareto, [3] superioridad de Pareto, y [4] eficiencia Kaldor-Hicks”).

rivadas de una norma o de un conjunto de normas en particular ³⁰. Visto de este modo, el análisis económico no es una teoría de la obligación contractual más, sino uno entre tantos parámetros a tener en cuenta para evaluar teorías jurídicas rivales.

El análisis económico del derecho también puede ser considerado una teoría jurídica normativa ³¹, lo que implica ver en la eficiencia el mejor o el único parámetro del derecho ³². No obstante, dado que el análisis económico corriente parte de asumir que algunos acuerdos son exigibles ³³, las teorías normativas de la eficiencia no permiten distinguir entre aquellos compromisos que son exigibles y aquellos que no lo son ³⁴. Se ha sostenido que

³⁰ Véase *idem* en 548-49. Una vertiente de este tipo de economía, a menudo llamada “economía positiva”, juzga la eficacia de una explicación económica por su capacidad para generar hipótesis que puedan ser verificadas por medio de la investigación empírica. Para explicaciones de esta metodología, véase FRIEDMAN, M., “The methodology of positive economics”, *Essays in Positive Economics* 3 (1953); POSNER, R., *Economic Analysis of Law* 12-13, 17-19 (2d ed. 1977). Para aplicaciones de esta metodología, véase, por ejemplo, POSNER - LANDERS, “Legal change, judicial behavior, and the diversity jurisdiction”, 9 *J. Legal Stud.* 367 (1980); PRIEST, “Selective characteristics of litigation”, 9 *J. Legal Stud.* 399 (1980). Para críticas a esta metodología, véase O’DRISCOLL, “Justice, efficiency, and the economic analysis of law: A comment on fried”, 9 *J. Legal Stud.* 355 (1980); RIZZO, “Can there be a principle of explanation in common law decisions? A comment on priest”, 9 *J. Legal Stud.* 423 (1980).

³¹ Véase COLEMAN, *supra* nota 29, en 549; véase también POSNER, “A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law”, 9 *Hofstra L. Rev.* 775 (1981) (“La rama normativa de la teoría afirma que [promover la asignación eficiente de recursos]... es lo que los jueces *deberían* tratar de hacer al decidir los casos del *common law*”). Pero cf. *idem* en 779 (La negación de Posner de que el análisis normativo sea su “interés primario”).

³² Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 30; POSNER, R., *The Economics of Justice* (1981). Algunos analistas normativos eluden esta distinción afirmando que otros intereses —por ejemplo, consideraciones distributivas— son normativamente importantes también. Véase, por ejemplo, CALABRESI, “About law and economics: a letter to Ronald Dworkin”, 8 *Hofstra L. Rev.* 553 (1980); CALABRESI - MELAMED, “Property rules, liability rules, and inalienability: one view from the cathedral”, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972). Pero véase DWORKIN, “Why efficiency? A response to professors Calabresi and Posner”, 8 *Hofstra L. Rev.* 563 (1980) (el cual discute la incoherencia de mezclar eficiencia y consideraciones distributivas en un análisis normativo).

³³ Lo que estos economistas a veces llaman “transacciones de mercado” son en realidad contratos. Véase, por ejemplo, COASE, “The problem of social cost”, 3 *J.L. & Econ.* 1, 15 (1960) (“El argumento ha llegado hasta este punto bajo la suposición... de que *realizar las transacciones en el mercado* no involucra costo alguno”) (el énfasis es nuestro). Véase CHEUNG, “Transaction costs, risk aversion, and the choice of contractual arrangements”, 12 *J.L. & Econ.* 23 (1969) (“Toda transacción implica un contrato”); FURUBOTN - PEJOVICH, “Property rights and economic theory: a survey of recent literature”, 10 *J. Econ. Literature* 1137, 1141 (1972) (“El modelo competitivo estándar prevé un sistema especial en el que un conjunto específico de derechos de propiedad privada regulan el uso de todos los recursos, y en el que el costo de celebrar, monitorear y ejecutar el contrato es cero”).

³⁴ Por supuesto, uno podría intentar definir “transacciones de mercado” de modo tan restringido que el concepto de contrato quedaría excluido. Cf. KRONMAN, A. - POSNER, R., *The Economics of Contract Law* 3 (1979) (“Uno puede hablar del principio o sistema de intercambio voluntario durante bastante tiempo antes de que sea necesario considerar el papel de los contratos y del derecho contractual al facilitar el proceso”). Una definición tan restringida, sin embargo, no está justificada. De hecho, no es claro

en un mundo sin costos de transacción la conducta maximizadora de los individuos, manifestada a través de intercambios mutuamente ventajosos, asegura que los derechos sean libremente transferidos a su uso más valioso ³⁵. Como ese mundo hipotético presupone que los intercambios de derechos son ejecutables, no puede por sí indicarnos por qué o cuándo algunas promesas son exigibles mientras que otras no lo son.

En un mundo con costos de transacción ³⁶, los economistas que emplean un modelo de “competencia perfecta” buscan determinar hasta qué punto tales costos impiden que los recursos sean asignados a su uso más valioso y la forma en que las normas (incluidas aquellas que definen el sistema general de derechos) pueden ser modificadas para minimizar las “ineficiencias” ³⁷. Este análisis, diseñado para detectar desviaciones del estándar de eficiencia de los derechos iniciales y transferencias sin costo, en última instancia descansa sobre el presupuesto de que los intercambios voluntarios maximizadores son en alguna medida exigibles. Tradicionalmente, el análisis de eficiencia se concentra en problemas de intercambios forzados (derecho de daños) del mundo real, con el objetivo de que las respuestas jurídicas a estas transacciones se aproximen tanto como sea posible a las soluciones del mercado ³⁸. El análisis de eficiencia de los acuerdos voluntarios (derecho de los contratos) no se ocupa del tema de la fuente de la obligación contractual, sino de asuntos tales como las acciones contractuales apropiadas y otros mecanismos de cumplimiento ³⁹, y asume, en lugar de

que el mecanismo de mercado vaya a producir resultados eficientes si no toma en cuenta los acuerdos exigibles dentro de una visión más amplia de “intercambios de mercado”. Véase, por ejemplo, POSNER, “*Gratuitous promises in economics and law*”, 6 *J. Legal Stud.* 411, 412 (1977) (“La visión aquí es que la promesa gratuita, en la medida en que realmente compromete al promitente a cumplir con el curso de acción prometido... crea utilidad para el promitente más allá de la utilidad que para él tiene el cumplimiento de lo prometido”); véase también *infra* notas 48-49, y el texto adjunto.

³⁵ CHEUNG, “*The structure of a contract and the theory of a non-exclusive resource*”, 13 *J.L. & Econ.* 49, 50 (1970); véase, por ejemplo, COASE, *supra* nota 33, en 15; cf. POSNER, R., *supra* nota 32, en 60 (“El término ‘valor’ en economía se refiere generalmente al valor del intercambio...”).

³⁶ Véase COASE, *supra* nota 33, en 15:

A fin de realizar una transacción en el mercado es necesario descubrir con quién se desea contratar, informar a la gente que uno desea contratar y bajo qué condiciones, llevar a cabo negociaciones que permitan llegar a un acuerdo, redactar el contrato, asumir el monitoreo necesario para asegurarse de que los términos del contrato están siendo respetados, etcétera. Usualmente estas operaciones son en extremo costosas; al menos son lo suficientemente costosas como para impedir muchas transacciones que se hubiesen realizado en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.

³⁷ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 70; CALABRESI - MELAMED, *supra* nota 32, en 1097.

³⁸ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 30, en 11.

³⁹ Véase REA, “*Nonpecuniary loss and breach of contract*”, 11 *J. Legal Stud.* 35, 36 (1982). Pero cf. MACNEIL, “*Efficient breach of contract: circles in the sky*”, 68 *Va. L. Rev.* 947, 968 (1982):

“El modelo económico no proporciona base alguna para una conclusión *a priori* acerca de la efi-

probar, la exigibilidad de los acuerdos voluntarios ⁴⁰. Generalmente no se discute cómo reconocer los acuerdos voluntarios que deben ser ejecutados, en contraposición a las meras promesas sociales que no lo son.

Además, algunas teorías normativas de la eficiencia ⁴¹ generan problemas adicionales. Si debe asegurarse el cumplimiento sólo de aquellos acuerdos que incrementan la riqueza social ⁴², entonces debe afirmarse o asumirse que un observador neutral (por ejemplo, un juez-economista) tiene acceso a esta información, es decir, sabe *qué* acuerdos incrementan la riqueza y cuáles no ⁴³. Esto trae a su vez dos problemas. El primero se relaciona con la verdad de tal afirmación. ¿Pueden los observadores tener información sobre los intercambios que incrementan el valor independientemente de las preferencias reveladas por los participantes del mercado? Más importante aún: ¿puede el sistema jurídico en la práctica basar sus decisiones en esa información? Se ha argumentado persuasivamente que tal conocimiento simplemente no está disponible en forma independiente de la información que producen los mercados reales y, si esto es cierto ⁴⁴, entonces tal conocimiento

ciencia de la transferencia de la propiedad en ninguna etapa de la transacción. Además, la transferencia de la propiedad, como derecho, no puede ser separada analíticamente (excepto para analizar los costos de transacción y el tipo de cuestiones planteadas por Calabresi y Malamed) de las acciones por incumplimiento contractual”.

⁴⁰ Véase *supra* nota 33, y el texto adjunto.

⁴¹ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 88-115 (donde analiza “las bases éticas y políticas de la maximización de riqueza”). Otros economistas usarían el criterio de Pareto, un criterio de eficiencia más restrictivo. Véase COLEMAN, “Efficiency, exchange, and auction: philosophic aspects of the economic approach to law”, 68 *Calif. L. Rev.* 221, 226-31 (1980).

⁴² POSNER, *supra* nota 34, en 415 (“La cuestión de si es eficiente para la sociedad reconocer a una promesa como jurídicamente exigible, por lo tanto, requiere una comparación entre la utilidad de la promesa para el promitente y el costo social de ejecutar la promesa”). (Se omitió la cita).

⁴³ Véase, por ejemplo, POSNER, R., *supra* nota 32, en 62 (“Los puristas insistirán en que los valores relevantes no son cognoscibles ya que no han sido revelados en una transacción de mercado real, pero yo creo que en muchos casos un tribunal puede conjeturar con razonable precisión sobre la asignación de recursos que maximizará la riqueza”); *id.* en 79 (“Las ‘comparaciones interpersonales de utilidad’, con razón, resultan odiosas para los economistas modernos, dado que no existe ninguna métrica para realizar tales comparaciones. Pero las comparaciones interpersonales de valor, en un sentido económico, son posibles, aunque difíciles, aun cuando los valores no sean comparados en un mercado explícito”).

⁴⁴ Véase, por ejemplo, DEMSETZ, “Some aspects of property rights”, 9 *J.L. & Econ.* 61, 67-68 (1966); RIZZO, “The mirage of efficiency”, 8 *Hofstra L. Rev.* 641, 648-51 (1980); COLEMAN, “The normative basis of economic analysis: a critical review of Richard Posner’s *The Economics of Justice* (Book Review)”, 34 *Stan. L. Rev.* 1105, 1109 n.6 (1982). El trabajo seminal en esta área fue realizado por Ludwig von Mises y F. A. Hayek. Véase, por ejemplo, VON MISES, L., *Socialism* 137-42 (rev. ed. 1951) (que analiza por qué los “mercados artificiales” no son posibles); HAYEK, F., *The use of knowledge in society, Individualism and Economic Order* 77, 77-78 (1948) (“El problema económico de la sociedad es, por lo tanto, no solamente un problema de cómo asignar los recursos ‘existentes’... más bien el problema consiste en cómo garantizar que se dé el mejor uso a aquellos recursos que son conocidos por cualquiera de los miembros de la sociedad, de acuerdo con fines cuya importancia relativa sólo la conocen estos individuos”); véase también GRAY, J., *Hayek on Liberty* 40 (1984) (quien explica la tesis de Hayek según la cual “la imposi-

no puede proveer criterios susceptibles de distinguir promesas exigibles de otras que no lo son ⁴⁵.

Si se asumiera, no obstante, que ese conocimiento está disponible, si tenemos acceso directo a la información suficiente para saber si un intercambio en particular incrementa o no el valor, ¿por qué preocuparse por el derecho contractual? ¿Por qué no tener simplemente una autoridad central que utilice este conocimiento para transferir derechos independientemente de los acuerdos particulares, especialmente teniendo en cuenta el hecho de que la necesidad de llegar a acuerdos genera costos de transacción? O bien, ¿por qué no dejar que los jueces utilicen este conocimiento para ratificar los “robos eficientes”, esto es, dar a los ladrones la opción de adquirir en forma plena la propiedad de lo que hayan tomado de otros sin su consentimiento, a condición de que paguen a la víctima, mediante un monto fijado por los tribunales, el valor que para ella tiene el objeto en cuestión? ⁴⁶ El presupuesto de que la información está disponible ⁴⁷ impide a la economía normativa reconocer que es necesario que el mercado suministre esa información.

bilidad del socialismo... deriva su descuido de las *funciones epistemológicas* de las instituciones y los procesos de mercado” (énfasis en el original); LAVOIE, D., *Rivalry and Central Planning* 48-77 (1985) (describe la contribución de Mises al “debate del cálculo socialista” de la década del 30).

⁴⁵ Por supuesto, luego de un intercambio forzado (ya sea un daño extracontractual o un incumplimiento contractual) un tribunal no tiene otra alternativa más que determinar los valores tan bien como pueda. Véase, por ejemplo, MURIS, “Cost of completion or diminution in market value: the relevance of subjective value”, 12 *J. Legal Stud.* 379 (1983) (que analiza la compensación de daños medidos subjetivamente que resultan de los incumplimientos contractuales); véase también *supra* el texto que acompaña a la nota 38; *infra* nota 130. La cuestión aquí, sin embargo, no es la mejor manera de rectificar los intercambios forzados, sino qué intercambios voluntarios son jurídicamente exigibles y por qué. Por lo tanto, resulta apropiado preguntar a un defensor de la eficiencia normativa si un sistema judicial con facultades para realizar un análisis de eficiencia puede “superar al mercado” en lo que respecta a reconocer los intercambios que incrementan el valor. No hay pruebas de que ello sea posible, y hay buenas razones para pensar que no lo es. Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto.

⁴⁶ A algunos analistas económicos se los puede considerar peligrosamente cercanos a la posición del “robo eficiente” cuando postulan la legitimidad de “incumplimientos contractuales eficientes”. Para ver enunciados de la posición del “incumplimiento eficiente”, véase, por ejemplo, POLINSKY, A., *supra* nota 28, en 29-32; POSNER, R., *supra* nota 30, en 88-93. También cf. MACNEIL, *supra* nota 39 (crítica al análisis del incumplimiento eficiente desde una perspectiva de los derechos).

⁴⁷ Véase *supra* nota 43 y el texto adjunto. Un economista podría argumentar que pueden realizarse ajustes marginales que incrementan el valor en un escenario de instituciones del mercado. Véase, por ejemplo, R. POSNER, *supra* nota 32, en 111. Esta posición ha sido criticada por RIZZO, *supra* nota 44, en 651-54.

Las teorías normativas también pueden ser criticadas por incluir a la confianza excesiva dentro del concepto “objetivo”, por oposición a “subjetivo”, de costo. Véase, por ejemplo, RIZZO, *supra* nota 44, en 646 (“La dificultad para medir lo que tenemos buenas razones para creer que son variables relevantes no es, sin embargo, motivo para ignorarlas; por el contrario, esto demuestra la limitación esencial del criterio de maximización de la riqueza”). Para una explicación de la diferencia entre los dos conceptos de costo, véase BUCHANAN, J., *Cost and Choice* 1-26 (1969); THIRLBY, “The subjective theory of value and accounting costs, en *L.S.E. Essays on Cost* 137 (J. Buchanan & G. Thirlby eds. 1981).

Las observaciones de la teoría económica acerca de los efectos de ciertas reglas o principios contractuales en la asignación eficiente de recursos pueden influir en nuestra valoración normativa de esas reglas o principios, especialmente si son considerados junto con los efectos que producirían en la autonomía privada o “voluntad” y en la confianza. Más notablemente, la asignación eficiente de los recursos puede requerir un mercado compuesto de intercambios voluntarios que revelen y transmitan información acerca de las preferencias individuales y las oportunidades económicas que de otra forma sería imposible obtener ⁴⁸. El análisis económico puede sugerir, entonces, que el consentimiento demostrado juega un papel importante en el derecho contractual, ya que la asignación eficiente de recursos es una actividad que debería ser facilitada por el sistema jurídico ⁴⁹. Desde esta perspectiva, los costos de transacción creados por el requisito de consentimiento no son peores desde el punto de vista de la eficiencia que cualquier otro costo de producción. Los costos de negociación para obtener el consentimiento de otro pueden ser recursos bien empleados ya que sirven para revelar información valiosa.

Cuando los costos de negociación son tan altos como para impedir el tipo de intercambios que un observador consideraría deseables, hay tres conclusiones posibles, si bien todas son contrarias a ejecutar las transferencias involuntarias. Primero, en ausencia de consentimiento que evidencie las preferencias, no sabemos realmente si el intercambio es valioso (si incrementa la riqueza) o no ⁵⁰. Segundo, la ineficiencia de las instituciones jurídicas

⁴⁸ Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto; cf. CHEUNG, S., *The Theory of Share Tenancy* 64 (1969) (“La competencia conglomerada el conocimiento de todos los propietarios potenciales —el conocimiento relativo a todos los acuerdos contractuales y usos alternativos del recurso— y la transferibilidad de los derechos de propiedad garantiza que el conocimiento más valioso será el utilizado”); DEMSETZ, *supra* nota 44, en 65 (“Insistir en el consentimiento voluntario tiende a producir información precisa cuando muchos de los costos y beneficios son sólo conocidos por los individuos afectados”).

⁴⁹ Ronald Dworkin ha cuestionado la teoría política encarnada en el análisis económico normativo. Véase DWORKIN, “Is wealth a value?”, 9 *J. Legal Stud.* 191 (1980); DWORKIN, *supra* nota 32. Otros análisis críticos pueden encontrarse en “Symposium on Efficiency as a Legal Concern”, 8 *Hofstra L. Rev.* 485 (1980); “A Response to the Efficiency Symposium”, 8 *Hofstra L. Rev.* 811 (1980).

⁵⁰ Esto es verdad por dos razones relacionadas entre sí. La primera es el problema epistemológico que presenta la falta de consentimiento. Véase *supra* nota 44 y el texto adjunto. La segunda, que se sigue de la primera, es el efecto que tiene la escasez de recursos sobre el análisis de eficiencia. Los costos de transacción incluyen negociar los acuerdos (costos de intercambio) y lograr el cumplimiento (costos de ejecución). Ambos pueden ser vistos como componentes necesarios de una determinada transacción, que revelan información y aumentan la seguridad. Tales costos serían positivos en un mundo de escasez. Suponga que exceden la potencial ganancia que se obtiene del contrato y por lo tanto ese contrato no se celebra. ¿Es esta situación “menos óptima” que aquella en la que los costos de cualquier otro factor escaso —tal como la tierra o el trabajo— impiden la transacción? Cf. DEMSETZ, “Information and efficiency: another viewpoint”, 12 *J.L. & Econ.* 1, 4 (1969) (“Realizar semejante afirmación es negar que la escasez sea relevante para la optimalidad, una posición extraña para un economista”).

gubernamentales que innecesariamente generan costos de transacción puede ser la causa de que estas transacciones voluntarias sean prohibitivamente onerosas. Si esto es así, el “fracaso del gobierno”, y no el “fracaso del mercado”, podría ser el responsable de impedir el intercambio y la medida apropiada sería eliminar la verdadera fuente de la ineficiencia ⁵¹. Finalmente, cuando los costos de negociación hacen que los acuerdos voluntarios sean un medio demasiado caro para obtener la información vital acerca del valor, existen varias alternativas para generar esta información sin negociación, como, por ejemplo, constituir una nueva sociedad o “firma”, fusionar empresas o combinar productos en un mismo paquete ⁵².

En este análisis, puede considerarse que el consentimiento demostrado cumple un rol importante en cualquier esfuerzo por lograr la eficiencia económica o asignativa. Con todo, las nociones de eficiencia por sí mismas no pueden explicar completamente por qué ciertos acuerdos *deben* hacerse cumplir a menos que se demuestre que la eficiencia económica es la única meta del ordenamiento jurídico. El intento de suministrar esta teoría normativa de la maximización de la riqueza, al menos en el área del derecho contractual, padece defectos fundamentales ⁵³. En síntesis, mientras que el requisito del consentimiento se apoya en general en argumentos de eficiencia, la justificación normativa de la teoría consensual del contrato debe estar fundada en un marco más amplio.

2. Teorías de la justicia sustantiva

Otra escuela de pensamiento basada en estándares intenta evaluar la sustancia de una transacción para ver si es “justa” ⁵⁴. Las teorías de la jus-

⁵¹ Cf. CHEUNG, *supra* nota 33, en 42 (“Los costos de transacción también dependen de los acuerdos *jurídicos* alternativos. Por ejemplo, la oscilante efectividad de la ley o la corruptibilidad de los tribunales afectarán a los costos de transacción en el mercado); COASE, *supra* nota 33, en 28 (“El tipo de situaciones que los economistas a menudo consideran como situaciones que requieren acciones correctivas del Gobierno, son frecuentemente resultado de las acciones del Gobierno”); DEMSETZ, “The exchange and enforcement of property rights”, 7 *J. L. & Econ.* 11, 17 (1964) (“El valor de lo que está siendo intercambiado depende en gran medida de los derechos para reclamar el bien en cuestión y de qué tan económico resulta exigir esos derechos”).

⁵² Véase COASE, “The nature of the firm”, 4 *Economica* 386, 390-91 (1937); DEMSETZ, *supra* nota 51, en 16.

⁵³ Para críticas al análisis económico normativo que van más allá del derecho contractual, véase COLEMAN, “Economics and the law: a critical review of the foundations of the economic approach to law”, 94 *Ethics* 649 (1984); COLEMAN, *supra* nota 44.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, EISENBERG, *supra* nota 16, en 754 (“El nuevo paradigma [irrazonabilidad] crea un marco teórico que explica la mayoría los límites que han sido impuestos o que deberían imponerse al... principio [de negociación], sobre la base de la calidad de la negociación”).

Debería distinguirse este enfoque de la justicia sustantiva de otros enfoques que se centran en si

ticia sustantiva tienen una larga tradición que se remonta al menos a los teóricos cristianos del “justo precio” de la Edad Media ⁵⁵ y tal vez a Aristóteles ⁵⁶. Su encarnación moderna en el derecho de los contratos puede encontrarse en las discusiones decimonónicas acerca de la “contraprestación suficiente” ⁵⁷ y, más recientemente, en algunas reflexiones sobre las disposiciones contractuales abusivas ⁵⁸.

Una teoría de la justicia sustantiva asume que puede encontrarse un estándar con el cual evaluar objetivamente la sustancia de cualquier acuerdo ⁵⁹. Tal criterio aún no ha sido articulado y defendido ⁶⁰, por lo que las teorías de la justicia sustantiva recurren a uno de dos enfoques incompletos

el *proceso* de contratación es justo o injusto. Véase, por ejemplo, EPSTEIN, “Unconscionability: a critical reappraisal”, 18 *J. L. & Econ.* 293 (1975) (para una distinción entre el abuso procedimental y el sustantivo); LEFF, “Unconscionability and the Code. The emperor’s new clause”, 115 *U. Pa. L. Rev.* 485 (1967) (Id.).

⁵⁵ Véase ELY, R., *Outlines of Economics* 827 (5th ed. 1930). Pero la teoría medieval del justo precio en realidad puede haber sido más subjetiva y estar más orientada al mercado de lo que la mayoría de los comentaristas modernos suponen. Véase DEMPSEY, “Just price in a functional economy”, 25 *Am. Econ. Rev.* 471, 471, 474-76, 480-86 (1935) (más subjetiva); DE ROOVER, “The concept of the just price: theory and economic policy”, 18 *J. Econ. Hist.* 418, 420, 421-34 (1958) (más orientada al mercado).

⁵⁶ Véase, por ejemplo, ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics* 125 (M. Ostwald trans. 1962):

Por lo tanto, si (1) se establece igualdad proporcional entre los bienes, y (2) se logra reciprocidad, el intercambio justo del que hablamos se producirá. Pero si no hay proporcionalidad, el intercambio no será igual y justo y la asociación entre ambos no será sostenible.

La duda presente en el texto se refiere a si este compromiso aristotélico con el “justo precio” evidencia el hecho de que sólo tenga en este caso la intención de explicar las transacciones de intercambio del modo en que lo harían los economistas modernos en vez de determinar normativamente la “justicia” del intercambio. Por supuesto, esta distinción es ajena al sistema aristotélico.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, “Richardson v. Barrick”, 16 Iowa 407, 412 (1864); “T.P. Shepard & Co. v. Rhodes”, 7 R.I. 470 (1863).

⁵⁸ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 208 comment c (1979) (“Teóricamente es posible que un contrato considerado en su totalidad sea opresivo, aunque no haya defectos en el proceso de negociación ...”).

⁵⁹ Cohen advirtió este problema de lo que llamó “la teoría contractual de la equivalencia”. Véase COHEN, *supra* nota 7, en 581 (Debido a problemas de medición, el derecho moderno “profesa abandonar el empeño de los sistemas más primitivos en imponer justicia material dentro del contrato. Las partes deben determinar por sí mismas lo que es justo”). Desde una perspectiva puramente descriptiva, la idea de que el intercambio ocurre porque los bienes son “equivalentes” o iguales en valor cautivó a los economistas por siglos (véase *supra* notas 55-56 y el texto adjunto) hasta que se demostró que ello era totalmente falso. De hecho, el intercambio ocurre porque *ex ante* ambas partes perciben como desigual el valor de los bienes a intercambiar. Cada uno percibe subjetivamente que el bien o servicio ofrecido por la otra parte es de mayor valor (hasta extremos desconocidos) que lo que están dispuestos a dar a cambio. Véase MENGER, C., *Principles of Economics* 180 (J. Dingwall & B. Hoselitz trans. 1981).

⁶⁰ Según una teoría estrictamente subjetivista del valor económico, tal criterio es imposible de desarrollar. Véase, por ejemplo, VON MISES, L., *Human Action* 94-98, 242, 354 (rev. ed. 1963) (para un análisis de la imposibilidad de medir el valor del intercambio debido a la subjetividad del valor); véase también BUCHANAN, J., *supra* nota 47, en 23-26 (quien traza sucintamente la historia de “la economía subjetivista de los austríacos de la última época, en particular Mises and Hayek”).

(o a ambos). Por un lado, tales teorías tienden a concentrar su atención en un número reducido de acuerdos: aquellos considerados tan “extremos” como para “afectar la conciencia” de los tribunales ⁶¹. La mayoría de los acuerdos que se llevan a cabo en el mundo real se consideran presuntamente ejecutables ⁶². Por otra parte, estas teorías frecuentemente se convierten en teorías basadas en el proceso de contratación que buscan asimetrías de información o las llamadas “diferencias en el poder de negociación” ⁶³.

La primera de estas respuestas intenta encontrar instancias extremas de incumplimiento de un estándar que no puede ser articulado, o al menos en lo que respecta a la mayoría de las transacciones ⁶⁴, mientras que la segunda representa un alejamiento de la postura de la justicia sustantiva. Por lo tanto, en el mejor de los casos, el enfoque de la justicia sustantiva intenta lidiar con una cuestión cualitativa llevando a cabo evaluaciones cuantitativas o de procedimiento, mientras que *lo que se está midiendo* —la naturaleza de la injusticia— queda sin ser revelado ⁶⁵.

Aún más importante para esta discusión es el hecho de que el enfoque de la justicia sustantiva no logra abordar correctamente el problema más central y común de la teoría contractual: qué acuerdos *voluntarios* deberían hacerse cumplir y cuáles no. Después de todo, éste es o debería ser el punto

⁶¹ Sobre la evolución de la reparación por equidad basada en la “conciencia”, véase JOHNSON, “Unconscionability and the federal chancellors: a survey of U.C.C. Section 2-302 Interpretations in the federal circuits during the 1980’s”, 16 *Lincoln L. Rev.* 21, 56 nn.341-42 (1985).

⁶² Véase EISENBERG, *supra* nota 16, en 754 (“Este nuevo paradigma no reemplaza al principio de negociación, que se funda en la sana razón y continúa rigiendo para los casos normales”); véase también EPSTEIN, “The social consequences of common law rules”, 95 *Harv. L. Rev.* 1717, 1748 (1982) (“Seguramente ninguna transacción realizada en un mercado organizado a precio competitivo debe ser cuestionada, porque sospechar de una de estas transacciones sería abatir todas las demás que sean idénticas”). Incluso una crítica severa a la libertad de contratación concuerda con que este es un aspecto de la actual doctrina de la lesión subjetiva. Véase KENNEDY, “Distributive and paternalist motives in contract and tort law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power”, 41 *Md. L. Rev.* 563, 621 (1982).

⁶³ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 4.28, en 314-16.

⁶⁴ El Profesor Eisenberg, por ejemplo, limita su análisis a la identificación de circunstancias o “normas” que, estando presentes, pondrían en duda la justicia del acuerdo resultante. Analiza la explotación de la necesidad, de la incapacidad para negociar, de la vulnerabilidad ante la persuasión injusta y de la ignorancia del precio. Véase EISENBERG, *supra* nota 16, en 754-85. Al recurrir a circunstancias sospechosas, Eisenberg elude con elegancia el problema de discernir la calidad de la “injusticia” del acuerdo sustantivo que busca controlar. En la teoría consensual, las circunstancias que enumera serían analizadas como potenciales (y controvertidas) defensas que destruyen la normal significación moral del consentimiento. Véase *infra* notas 210-14 y el texto adjunto.

⁶⁵ Véase EPSTEIN, *supra* nota 54, en 306 (“Es difícil saber qué principios identifican el ‘término justo’, por las mismas razones que hacen tan difícil determinar el ‘justo precio’”); véase también VON MISES, L., *supra* nota 60, en 727-30 (para un análisis de la naturaleza y las deficiencias de las teorías del “justo precio”).

de partida de una teoría útil de la obligación contractual que pretenda identificar qué acuerdos merecen tutela jurídica ⁶⁶. En suma, el enfoque de la justicia sustantiva no proporciona estándares significativos ni resultados previsibles. Tanto la extrema indeterminación como la preocupación por los casos aberrantes inherentes al principio de justicia sustantiva le impiden suministrar una explicación integral de la obligación contractual como la teoría contractual requiere.

3. *El problema de las teorías basadas en estándares*

Todas las teorías basadas en estándares enfrentan dos problemas, uno obvio y otro sutil. El obvio, ya discutido, es identificar y defender el estándar apropiado por el cual pueden distinguirse los acuerdos ejecutables de los que no deberían hacerse cumplir. El problema más sutil surge del hecho de que las teorías contractuales basadas en estándares son una especie de lo que Robert Nozick denominó principios de justicia distributiva que establecen patrones:

“[Un] principio de distribución *establece un patrón* si especifica que una distribución ha de modificarse en función de alguna dimensión natural, de una suma ponderada de dimensiones naturales, o de la ordenación lexicográfica de dimensiones naturales...

”Casi todos los principios de justicia distributiva propuestos establecen patrones: a cada uno según su mérito moral, o sus necesidades, o su productividad marginal, o su nivel de esfuerzo o la suma ponderada de todos ellos, y así sucesivamente” ⁶⁷.

El problema creado por estas teorías de la justicia que establecen patrones, incluidas las teorías basadas en la noción de eficiencia, es que exigen inmiscuirse constantemente en las preferencias individuales. “Haced que las posesiones de los hombres sean iguales, sus diferentes grados de habilidad, cuidado y aplicación destruirán inmediatamente esa igualdad” ⁶⁸. El mantenimiento de un patrón, por lo tanto, lleva a que se impida a las personas celebrar los contratos que desean, o bien a que quienes ejercen el poder “en forma continua (o periódica)” interfieran para tomar de algunos los recursos que otros, por alguna razón, han decidido transferirles” ⁶⁹.

En principio, tales interferencias son sospechosas. Algunas veces pueden incluso ser objetables según el estándar concreto utilizado para justifi-

⁶⁶ Véase *supra* nota 1 y el texto adjunto.

⁶⁷ NOZICK, R., *Anarchy, State and Utopia* 156-57 (1974).

⁶⁸ HUME, D., *supra* nota 10, en 25.

⁶⁹ NOZICK, R., *supra* nota 67, en 163. Véase en general su análisis de “cómo la libertad altera los patrones”. Id. en 160-64.

car la intervención. Por ejemplo, puede probarse que la ineficiencia es el resultado final de intervenciones, llevadas a cabo con el fin de lograr la eficiencia, que frustran las preferencias individuales ⁷⁰. Un sistema en el que los jueces pueden “corregir” el juicio de las partes —en ausencia de fraude, violencia o algún otro vicio comprobable en el proceso de formación— puede crear mayores injusticias sustantivas de las que subsana ⁷¹. Fundamentalmente, una teoría de los derechos individuales puede arribar a la conclusión de que tales intervenciones son injustas e incorrectas ⁷².

C. Teorías basadas en el proceso de negociación

Las teorías basadas en el proceso de negociación trasladan la atención desde las partes del contrato y la sustancia del acuerdo hacia la manera en la que las partes llegan a celebrar el contrato. Estas teorías postulan procedimientos apropiados para establecer qué obligaciones son exigibles y luego evalúan una transacción cualquiera para determinar si se ha seguido el procedimiento. La teoría más conocida de este tipo es la de la contraprestación.

1. La teoría de la contraprestación

El origen de la moderna teoría de la contraprestación puede ubicarse en el surgimiento de la *action of assumpsit* (acción destinada al cumplimiento de los contratos verbales) ⁷³. Cuando la aceptación voluntaria de una obligación comenzó a ser entendida como el origen de la fuerza vinculante del contrato, nadie sugirió seriamente que todo acuerdo demostrable podía o debía ser ejecutado. El número de acuerdos celebrados cada día es tan grande que, por razones tanto prácticas como de principios, alguna distinción debe

⁷⁰ Véase GRAY, J., “Indirect utility and fundamental rights”, *Soc. Phil. & Pol’y*, Spring 1984, en 73, 85 (“Si la política utilitarista directa es contraproducente, debemos aceptar limitaciones prácticas a ella, y nada indica que esto excluya las limitaciones distributivas impuestas por principios que confieren derechos morales de envergadura a los individuos”); véase también ALEXANDER, “Pursuing the good - indirectly”, 95 *ETHICS* 315 (1985) (quien elabora más a fondo esta posición).

⁷¹ Cf. EPSTEIN, *supra* nota 54, en 315 (“Cuando la doctrina de la irrazonabilidad es utilizada en su dimensión sustantiva... sirve sólo para socavar el derecho privado de contratar de un modo que causa más perjuicios que beneficios sociales”).

⁷² Véase, por ejemplo, NOZICK, R., *supra* nota 67, en 168 (“Desde el punto de vista de una teoría de los derechos, la redistribución es un asunto serio que involucra la violación de los derechos de las personas”); MACK, “In defense of unbridled freedom of contract”, 40 *Am. J. Econ. & Soc.* 1 (1981) (cada persona debería tener la libertad de celebrar y exigir el cumplimiento de cualquier contrato que afecte derechos); véase también *infra* notas 93-120 y el texto adjunto.

⁷³ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 1.6, en 19-20.

hacerse entre aquellos acuerdos exigibles y los que no los son, además de las distinciones realizadas por el cumplimiento de las formas *ad probationem* ⁷⁴.

La doctrina de la contraprestación (*doctrine of consideration*) fue ideada para permitir esta distinción ⁷⁵. Generalmente, si hay contraprestación, un acuerdo será exigible; y más significativo es que, cuando no la haya, aun si el acuerdo es claro y carece de ambigüedades, la ejecución se supone imposible. En el siglo XIX, algunos autores, especialmente Holmes y Langdell, promocionaron la “teoría de la contraprestación” como una forma de determinar qué compromisos merecían protección jurídica. Hoy constituye probablemente la más difundida de las teorías basadas en el proceso de negociación y se encuentra contenida en el art. 71 del Restatement (Second) of Contracts, que establece:

(1) para que constituyan contraprestación, el cumplimiento o la contrapromesa deben ser negociadas;

(2) el cumplimiento o la contrapromesa se consideran negociados cuando son exigidos por el promitente a cambio de su promesa y son realizados por la otra parte a cambio de la promesa que recibe ⁷⁶.

Este enfoque intenta distinguir la inducción mutua de los motivos y actos de ambas partes de la transacción. Lo importante no es el objeto del intercambio; lo único relevante es que lo prometido o entregado por cada persona sea a cambio de lo prometido o entregado por el otro.

Las dificultades presentadas por la doctrina de la contraprestación dependen de la forma en que el concepto es analizado. Si la doctrina es interpretada restrictivamente, entonces categorías completas de acuerdos “serios” serán consideradas carentes de contraprestación. En su reciente análisis de la contraprestación, Charles Fried enumera cuatro tipos de casos en los que los receptores de las promesas comúnmente tienen dificultades para obtener una compensación por incumplimiento debido a la ausencia de contraprestación: promesas de mantener una oferta, de dispensar el pago de una deuda, de modificar una obligación y de pagar por favores concedidos en el

⁷⁴ Éstas son normas que permiten a los tribunales y a los terceros ajenos a la transacción evaluar la legitimidad de los reclamos frecuentemente conflictivos de las partes como, por ejemplo, la ley de fraude o una norma que regula el uso de prueba no escrita. Véase, por ejemplo, U.C.C. § § 2-201, 2-202 (1977).

⁷⁵ Véase SIMPSON, A., *A History of the Common Law of Contract* 316 (1975); véase también EISENBERG, *supra* nota 1, en 640 (la respuesta a la pregunta sobre qué tipo de promesas deberían ser jurídicamente exigibles “ha sido tradicionalmente subsumida bajo el título ‘contraprestación’”).

⁷⁶ *Restatement (Second) of Contracts* § 71(1), (2) (1979).

pasado ⁷⁷. No obstante lo anterior, generalmente se admite que las partes podrían haber deseado quedar obligadas y que, por lo tanto, la ejecución debería permitirse ⁷⁸. A estos casos pueden agregarse otros casos de promesas sin contraprestación como las de asumir las obligaciones de otro ⁷⁹, de transferir la propiedad de inmuebles, de donar a obras de caridad y aquellas promesas realizadas por personas que actúan en calidad de depositarios o las promesas entre integrantes de una familia ⁸⁰.

En todos los casos anteriores se ha hecho una promesa que luego se ha incumplido y el destinatario de dicha promesa busca fundar su acción judicial en el hecho de haber recibido la promesa. En muchos de estos casos, la promesa es seria e inequívoca, pero en ninguno hay intercambio y por lo tanto tampoco hay contraprestación recibida por la promesa.

Este tipo de casos impulsan a jueces y a otros individuos a intentar expandir el concepto de contraprestación más allá del requisito del intercambio ⁸¹. No obstante, los intentos por capturar estos y otros casos encontrarán nuevas dificultades. Si el manto de la doctrina de la contraprestación es tejido muy holgadamente, capturará acuerdos “sociales” en los que la ejecución legal no está contemplada, como por ejemplo las promesas de asistencia financiera entre miembros de una familia ⁸². Por lo tanto, un concepto extendido de contraprestación amenaza con socavar la función tradicional de esta doctrina: distinguir los acuerdos vinculantes de los no vinculantes de un modo predecible, para así permitir planificar a los particulares y evitar

⁷⁷ Véase FRIED, C., *supra* nota 8, en 28.

⁷⁸ El hecho de que la exigibilidad sea considerada deseable en tales casos queda demostrado por las leyes que han sido aprobadas en el pasado para permitir la atribución de responsabilidad. Véase *id.*; véase, por ejemplo, U.C.C. § 2-205 y el comentario 2 (1977) (La oferta firme hecha vinculante “a fin de dar efecto a la intención deliberada de un comerciante...”).

⁷⁹ Véase, por ejemplo, U.C.C. § 3-408 y el comentario 2 (1977).

⁸⁰ FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 2.19, en 90-91.

⁸¹ Un ejemplo clásico en el que la exigencia de contraprestación tuvo un alcance máximo es “Allegheny College v. National Chautauqua County Bank”, 246 N.Y. 369, 159 N.E. 173 (1927) (donde se sostuvo que la promesa de una universidad de constituir un fondo conmemorativo era una contraprestación por la promesa de hacer una “donación” a la universidad). FARNSWORTH, E. *supra* nota 13, § 2.19, en 91, caracteriza al análisis de la contraprestación en este caso como “endeble”. Dada la presencia de formalidades y la expresión de una contraprestación “moral”, la teoría consensual podría haber llegado al mismo resultado. Véase *infra* notas 176-81 y el texto adjunto. Entonces, nuevamente, ciertos términos de la promesa en cuestión pueden indicar una intención de que sea revocable. Véase “Allegheny College”, 246 N.Y. en 372, 159 N.E. en 174 (“Esta promesa será válida siempre que se cumplan las disposiciones presentes de mi testamento”). Estas dificultades interpretativas son frecuentes en un régimen jurídico que ejecuta de manera tan incierta las promesas formales pero no negociadas ya que las partes no pueden conocer la forma que dará efecto a sus intenciones. Véase notas 166-81 y el texto adjunto.

⁸² Véase, por ejemplo, “Richards v. Richards”, 46 Pa. 78, 82 (1863) (ejecutar tales garantías “dañaría extremadamente la libertad de las relaciones sociales”).

que el peso de la coerción legal recaiga sobre aquellos acuerdos informales o “sociales” en los que las partes no contemplaron sanciones jurídicas para el caso de incumplimiento ⁸³.

Las estrategias para lidiar con los problemas a los que da origen la doctrina de la contraprestación erosionan de manera diferente las teorías coherentes de la obligación contractual. Las definiciones restrictivas como la de intercambio hacen que promesas formales que ameritan ser ejecutadas queden sin serlo. Las formulaciones más abarcadoras, a su vez, tienen el efecto de sujetar a sanciones jurídicas aquellas promesas informales que consideramos adecuadamente fuera del ámbito de la coerción legal. El problema más fácil de reconocer de la teoría del intercambio es que parece haberse desviado en la dirección de la ejecución deficiente de las promesas ⁸⁴. Sin embargo, esta teoría tiene problemas más fundamentales, relacionados con su pertenencia al grupo de las teorías basadas en el proceso de negociación.

2. *El problema que plantean las teorías basadas en el proceso de negociación*

El problema que plantean las teorías basadas en el proceso de negociación no es simplemente que deben lograr un balance entre la ejecución deficiente y la ejecución excesiva. Tales concesiones en uno y otro sentido no pueden evitarse completamente en un sistema que fundamenta la toma de decisiones en reglas y principios de aplicación general ⁸⁵. El verdadero problema de las teorías basadas en el proceso de negociación, como la teoría de la contraprestación, es que ponen obstáculos insuperables a la minimización de las dificultades relativas a la exigencia del cumplimiento.

Primero, el enfoque exclusivo de estas teorías en el proceso que justifica la acción de cumplimiento contractual oculta los valores sustantivos que

⁸³ Véase COHEN, *supra* nota 7, en 573 (“Por cierto, alguna libertad para cambiar de opinión es necesaria para que puedan relacionarse entre sí aquellos que carecen de omnisciencia”); FULLER, “Consideration and form”, 41 *Colum. L. Rev.* 799, 813 (1941) (“Existe una necesidad real de contar con un campo en el que las relaciones humanas estén libres de límites legales, un campo en el que los hombres puedan retirar las garantías que una vez dieron sin que se les imponga responsabilidad alguna”).

⁸⁴ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 642.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, ARISTÓTELES, *supra* nota 56, en 141 (“Toda ley es universal, pero hay ciertas cosas de las que no es posible hablar correctamente en términos universales”); HART, H.L.A., *The Concept of Law* 125 (1961) (“La imprecisión en la línea de frontera es el precio que debe pagarse por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”). Es posible, sin embargo, que un enfoque presuntivo de la creación normativa minimice este tipo de errores. Véase *infra* notas 162-64 y el texto adjunto.

deben sustentar la elección de un proceso en particular. Al ocultar estos valores, tratan a sus mecanismos procedimentales no como medios sino como fines en sí mismos. Entonces, cuando los procedimientos adoptados inevitablemente generan problemas de adecuación entre medios y fines, una teoría basada en el proceso que se divorcie de todo fin no puede explicar por qué ello ha ocurrido ni indicar qué debe hacerse al respecto. Esta debilidad inherente a las teorías basadas en el proceso ha penetrado en la teoría de la contraprestación ⁸⁶.

La teoría del intercambio, que fue diseñada para limitar la aplicabilidad de la *assumpsit* ⁸⁷, no asegura la exigibilidad de cierta categoría relativamente bien definida de compromisos formales en los que no ha habido contraprestación ⁸⁸. Por ello, cuando los tribunales se inclinan por ejecutar estos acuerdos, la teoría de la contraprestación a la que adhieren no puede dar cuenta de estas “excepciones” al requerimiento de intercambio sin apelar a conceptos más fundamentales. Irónicamente, el surgimiento de la *assumpsit* (que a su vez constituye el origen de la necesidad de la doctrina de la contraprestación) se debió a la incapacidad del sistema de mandamientos judiciales existente en ese entonces, basado en el proceso, para hacer lugar a la ejecución de promesas serias pero informales ⁸⁹.

Segundo, una teoría basada exclusivamente en el proceso de negociación no puede por sí misma explicar por qué cierto *tipo* de compromisos no son ni deberían ser exigibles. Por ejemplo, está ampliamente reconocido que los acuerdos cuyo objeto es realizar actos ilícitos no deberían ser exigibles. En igual sentido, los contratos que importan esclavitud también se entienden no vinculantes. No obstante, si los acuerdos de este tipo fuesen interpretados de conformidad con las “reglas de juego”, una teoría que observa únicamente esas reglas para decidir las cuestiones de exigibilidad no puede explicar por qué estos acuerdos, de otra forma “válidos”, deberían carecer de acción de cumplimiento.

Estos dos tipos de problemas, sin embargo, no son exclusivos de las teorías basadas en el proceso. Como vimos ⁹⁰, las teorías basadas en las partes, ya sea en la voluntad o en la confianza, también están afectadas por la imposibilidad de dar cuenta y explicar ciertos acuerdos “excepcionales” que

⁸⁶ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 642 (Este enfoque... tiende a sofocar la creatividad y reconceptualización judicial).

⁸⁷ Véase *supra* nota 73 y el texto adjunto.

⁸⁸ Véase *supra* notas 77-80 y el texto adjunto.

⁸⁹ Véase SIMPSON, A., *supra* nota 75, en 136-96 (para un análisis de las dificultades de la ejecución de contratos informales antes del desarrollo de la acción de *assumpsit*).

⁹⁰ Véase *supra* notas 9-16, 19-25 y texto adjunto.

son ejecutables sin recurrir a sus principios viscerales. Además, las teorías basadas en principios de voluntad, confianza o eficiencia tienen tantas dificultades como las teorías basadas en el proceso para explicar por qué ciertos acuerdos no son vinculantes debido a las excepciones de “orden público”.

Pese a la debilidad inherente a las teorías basadas en el proceso, ellas ofrecen importantes ventajas respecto de las basadas en las partes o en estándares. Al emplear un criterio neutral para determinar la obligación de cumplir con el contrato, una teoría basada en el proceso puede proteger la intención y la confianza de ambas partes mejor que una teoría basada en una de ellas, dado que identifica características del proceso contractual que normalmente se corresponden con la presencia de intención y de confianza sustancial. Al identificar un criterio de obligatoriedad utilizable por los tribunales, las teorías basadas en el proceso pueden evitar las dificultades de la extrema indeterminación que atormentan a las teorías basadas en estándares ⁹¹. En resumen, pueden proveer las ventajas tradicionalmente reconocidas de un sistema de leyes de aplicación general, tales como facilitar la planificación y asegurar un trato igualitario a personas en situaciones similares. Tal vez sean estas ventajas las que permitieron que teorías basadas en el proceso, como la teoría del intercambio, sobrevivan a sus frecuentes detractores.

Las importantes ventajas administrativas de las teorías basadas en el proceso sugieren que el mejor enfoque de la obligación contractual es el que preserva el aspecto procedimental del derecho contractual, reconociendo a la vez que tales procedimientos *dependen* para su justificación última de principios sustantivos más fundamentales de derechos, que ocasionalmente afectan el análisis de dos maneras. Primero, estos principios pueden sugerir mejoras específicas en los procedimientos que gobiernan la formación del contrato, que son apropiados en caso que los procedimientos anteriores hayan creado claros problemas de ejecución deficiente. Segundo, estos principios pueden servir para privar a algunos acuerdos procedimentalmente impecables de su significación moral normal, aliviando entonces los problemas de sobrejecución ⁹². La teoría consensual brinda este enfoque.

⁹¹ Véase *supra* notas 31-45, 54-66 y el texto adjunto.

⁹² La relación entre las restricciones procedimentales y los principios subyacentes es análoga a la distinción de Ronald Dworkin entre reglas y principios, en que las reglas procesales del contrato serían ejecutables en virtud de principios más fundamentales y en que tales principios servirían también para definir los límites externos de las reglas. Véase DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously* 22-39 (1977).

II. LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO

A. La teoría de los derechos y el contrato: la importancia central del consentimiento

1. *Los derechos como la raíz de la obligación contractual*

La función de una teoría de los derechos basada en los derechos individuales es definir los límites dentro de los cuales los individuos pueden vivir, actuar y buscar la felicidad sin la intervención violenta de otros ⁹³. Una teoría de los derechos especifica los derechos de los que gozan o pueden gozar los individuos; nos dice qué puede ser poseído y quién lo posee; y circunscribe los límites individuales de la libertad humana ⁹⁴. Cualquier teoría coherente de la justicia basada en los derechos individuales debe por lo tanto contener principios que describan cómo tales derechos se adquieren originariamente, cómo se transfieren de una persona a otra, cuál es la sustancia y cuáles son los límites de los derechos válidamente adquiridos y cómo las interferencias con esos derechos deben ser rectificadas ⁹⁵.

Estas partes constitutivas de una teoría de los derechos se corresponden sustancialmente con las categorías tradicionales del derecho privado. La cuestión de la adquisición originaria de derechos sobre bienes muebles o inmuebles está regulada principalmente por los derechos reales. El derecho de daños se ocupa de la protección y el uso correcto de los recursos; y el derecho contractual se encarga de las transferencias de derechos entre sus titulares ⁹⁶. Cada categoría contiene principios de rectificación para el caso de incumplimiento de las obligaciones legales ⁹⁷.

La visión del derecho contractual como parte de una teoría general de los derechos individuales que indica cómo adquirir recursos legítimamente

⁹³ Los trabajos sobre los derechos son de importancia vital y su producción va en aumento. Describo algunos de los factores que llevan a este crecimiento en Barnett, *supra* nota 3, en 1225-33. Para una bibliografía útil, véase NICKEL, "The nature and foundations of rights" (Bibliographical Update), *Crim. Just. Ethics*, Summer/Fall 1982, en 64 (el cual cita también otras bibliografías). Para una profundización del análisis económico de los derechos de propiedad, véase FURUBOTN - PEJOVICH, *supra* nota 33.

⁹⁴ Véase FURUBOTN - PEJOVICH, *supra* nota 33, en 1139 ("El sistema de derechos de propiedad preponderante en la comunidad puede ser descrito... como el conjunto de relaciones económicas y sociales que definen la posición de cada individuo respecto de la utilización de recursos escasos").

⁹⁵ Cf. NOZICK, R., *supra* nota 67, en 150-53 (quien proporciona una definición tripartita de la justicia, que incluye justicia en la adquisición, en la transferencia y en la rectificación).

⁹⁶ Véase EPSTEIN, "The static conception of the common law", 9 *J. Legal Stud.* 253, 255 (1980).

⁹⁷ Otra categoría posible es la restitución, que especifica circunstancias no previstas por el contrato o los ilícitos extracontractuales, en casos en que podría obtenerse una compensación por transferencias de recursos no gratuitas. Véase FRIEDMANN, "Restitution of benefits obtained through the appropriation of property or the commission of a wrong", 80 *Colum. L. Rev.* 504 (1980).

(derechos reales), cómo utilizarlos (derecho de daños) y cómo transferirlos (derecho de los contratos) no es novedosa ⁹⁸. Por supuesto, la evolución histórica de estas categorías no se ha ajustado a las distinciones conceptuales que sugiere el enfoque desde la teoría de los derechos. Sin embargo, se ha subestimado la capacidad de esta interpretación para resolver algunas de las cuestiones más espinosas de la teoría y la doctrina contractual.

De acuerdo con la teoría de los derechos, los derechos pueden ser concedidos incondicionalmente a otro (el caso de la donación), o su transferencia puede estar condicionada a la realización de un acto o a una transferencia recíproca (el caso del intercambio). El derecho de los contratos se ocupa de las maneras en que los derechos son transferidos o enajenados. Por consiguiente, la exigibilidad de los acuerdos está supeditada a que los derechos involucrados sean transferibles de una persona a otra. El carácter genuino de un supuesto derecho o la posibilidad de que sea transferido legítimamente no es una cuestión que interese solamente al derecho contractual, sino que además requiere una referencia a la teoría de los derechos subyacente, es decir, el área de la teoría jurídica que especifica qué derechos tienen los individuos y la manera mediante la cual los adquieren. Con respecto a esto, la explicación de la naturaleza vinculante de los compromisos contractuales se deriva de nociones más fundamentales de derechos y de su adquisición y transferencia.

El objeto de la mayoría de los acuerdos de transferencia son derechos indiscutiblemente enajenables. En estos casos, las reglas del derecho contractual son suficientes para explicar y justificar una decisión judicial. Sin embargo, en casos excepcionales —tales como los acuerdos que importan esclavitud o la vulneración de los derechos de un tercero— la dependencia del derecho contractual de la teoría de los derechos será de crucial importancia para identificar las cuestiones atinentes a la sustancia de los acuerdos voluntarios. Por ejemplo, los acuerdos para transferir derechos inalienables ⁹⁹, o sea, derechos que por alguna razón no pueden ser transferidos, o

⁹⁸ Varios comentaristas se han referido recientemente a sus antecedentes históricos. A. SIMPSON, *supra* nota 75, proporciona el más riguroso examen de la historia de este enfoque, su funcionamiento y desaparición. Véase también ATIYAH, P., *supra* nota 16, en 89 (“En los *Comentarios* de Blackstone, ... los contratos y las sucesiones son tratados ambos como medios por los cuales se transfiere el título de propiedad”); HORWITZ, M., *The Transformation of American Law 1780-1860*, en 162 (1977) (“Como resultado de la subordinación del contrato a la propiedad, los juristas del siglo XVIII apoyaron una teoría del intercambio contractual basada en el título, según la cual el contrato transfería la propiedad sobre el objeto específico del contrato”).

⁹⁹ Desarrollar la fundamental distinción entre derechos alienables e inalienables requeriría un análisis más general de la teoría de los derechos del que es posible hacer aquí. Véase BARNETT, “Contract remedies and inalienable rights”, *Soc. Phil. & Pol'y*, Autumn 1986; véase también KRONMAN, “Paternalism

para transferir derechos que por alguna razón no pueden adquirirse, no serían contratos válidos y exigibles ¹⁰⁰.

Aunque las teorías existentes de la obligación contractual no han reconocido explícitamente la relación de dependencia antes mencionada, esta noción puede a veces estar implícita. Por ejemplo, es difícil entender cómo una teoría basada en la "voluntad" del individuo o en la rectificación del "daño" causado por la confianza puede tener sentido sin presuponer un trasfondo de derechos individuales básicos. No nos preocuparíamos por la "voluntad" expresada de un individuo o por el daño que haya sufrido a causa de haber confiado, a menos que esa persona tenga una facultad precontractual de "obligarse" o un derecho a estar protegido ante cierto tipo de daños. Las teorías basadas en la eficiencia también dependen de un conjunto de derechos (cuya existencia por lo general se asume) que son el punto de partida de los ulteriores intercambios "eficientes" ¹⁰¹. Las lagunas que presentan estas teorías contractuales muy probablemente se llenen en la práctica con nuestras intuiciones comunes acerca de los derechos individuales fundamentales. Explicitar esta relación conceptual ayuda a clarificar lo que sigue siendo una interpretación confusa de la obligación contractual.

Como se demostró en la parte I, una comprensión correcta de la obligación contractual y sus límites requiere apelar a algo más fundamental que los conceptos de voluntad, confianza, eficiencia, equidad o intercambio. Se necesita de un marco conceptual o de una teoría para ordenar estas cuestiones fundamentales, para explicar qué lugar ocupa cada "principio" en relación con los otros. Reconocer la necesidad de esta investigación ubica a los teóricos del contrato en el terreno de las teorías de los derechos. La legitimidad de los principios de los contratos que determinan qué transferencias de derechos son válidas depende de la naturaleza de los derechos individuales y de la extensión con que hayan sido o puedan ser adquiridos por las

and the law of contracts", 92 *Yale L.J.* 763 (1983) (para un análisis de las implicancias de la distinción entre derechos alienables e inalienables para la teoría contractual). Un número de trabajos recientes reafirmó la importancia del tema de los derechos inalienables para la teoría jurídica y moral. Véase Feinberg, J., *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty* 238-46 (1980); MEYER, D., *Inalienable Rights: A Defense* (1985); VEATCH, H. *Human Rights: Fact or Fancy?* ch. 3 (1986); EPSTEIN, "Why restrain alienation?", 85 *Colum. L. Rev.* 970 (1985); KUFLIK, "The inalienability of autonomy", 13 *Phil. & Pub. Affs.* 271 (1984); McCONNELL, "The nature and basis of inalienable rights", 3 *Law & Phil.* 25 (1984).

¹⁰⁰ La obligación puede tener otras fuentes además de la contractual, tales como la responsabilidad extracontractual y la restitución.

¹⁰¹ Véase DEMSETZ, "Toward a theory of property rights", 57 *Am. Econ. Rev.* 347, 347 (1967) ("Los economistas generalmente toman el conjunto de derechos de propiedad como un dato y buscan una explicación de las fuerzas que determinan el precio y el número de unidades de un bien al cual estos derechos están ligados").

partes. Por lo tanto, el proceso de transferencia contractual no puede abarcarse completamente sin considerar cuestiones más fundamentales, como ser la naturaleza y las fuentes de los derechos individuales y los modos por los cuales son adquiridos.

2. *La función asignativa y distributiva de los derechos individuales*

Todo concepto de derechos individuales debe presuponer un contexto social. Si el mundo estuviese habitado por una sola persona, quizás tendría sentido calificar a sus acciones como “buenas” o “malas”. Un juicio moral de este tipo tendría en cuenta, por ejemplo, si la persona ha elegido vivir lo que puede llamarse una “buena vida”¹⁰². Sin embargo, no tiene sentido hablar de los “derechos” de esa persona. Como un tribunal destacó: “a menos y hasta que uno no entra en contacto con otras personas, bienes o derechos, no tiene obligación de actuar en relación con ellos, y esto es así independientemente de que la obligación sea llamada legal, moral o razonable”¹⁰³.

Desde el momento en que los individuos viven lo suficientemente cerca unos de otros como para competir por el uso de recursos naturales escasos, debe hallarse alguna forma de asignación. Es decir, debe acordarse algún plan para la adquisición, utilización y transferencia de esos recursos por los individuos. Algunos hechos de la existencia humana hacen que ciertos principios de asignación sean ineluctables. Por ejemplo, un requerimiento humano fundamental es la adquisición y el consumo de los recursos naturales por los individuos, aunque tal actividad es a menudo incompatible con un uso similar de los mismos recursos por parte de otros individuos.

“Derechos de propiedad” es el término tradicionalmente empleado para describir el derecho de los individuos de utilizar y consumir recursos, relativos tanto a su persona como a sus posesiones, sin la interferencia física de otros individuos¹⁰⁴. Que la posesión y el uso de los recursos sea por “dere-

¹⁰² Véase, por ejemplo, VEATCH, H., *For an Ontology of Morals* (1971) (una crítica a la teoría ética contemporánea desde una perspectiva aristotélica).

¹⁰³ “Garland v. Boston & M.R.R.”, 76 N.H. 556, 557, 86 A. 141, 142 (1913). Como recalcó el tribunal al analizar el deber de prudencia: “La regla del deber de prudencia razonable, en esas circunstancias, no pudo limitar la conducta de Robinson Crusoe en la situación en que se encontraba en un principio; pero ni bien vio las huellas en la arena la regla comenzó a tener validez”. Id. en 563, 86 A. en 141; véase también DEMSETZ, *supra* nota 101, en 347 (“En el mundo de Robinson Crusoe los derechos de propiedad no tienen rol alguno”).

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, FURUBOTN - PEJOVICH, *supra* nota 33, en 1139 (“Los derechos de propiedad no conciernen a las relaciones entre las personas y las cosas sino, más bien, a las relaciones reguladas que se dan entre las personas en virtud de la existencia de las cosas y que son relativas a su uso” [énfasis en el original]). Hoy en día, el término “derechos de propiedad” suele limitarse a los derechos sobre recursos externos. Tradicionalmente, sin embargo, se le atribuía el significado empleado en el texto —la jurisdicción moral y legal que las personas tienen tanto sobre su cuerpo como sobre los bienes

cho” sugiere que cualquier intento de intervención física puede ser resistido por la fuerza si es necesario ¹⁰⁵. Además, si alguien interfiere en la distribución legítima de los recursos, esta violación puede ser rectificada por medios redistributivos ¹⁰⁶. Algunos derechos de propiedad pueden ser exclusivos y otros pueden serlo en menor medida. No es necesario especificar aquí los contornos exactos de una correcta teoría de los derechos ¹⁰⁷ puesto que lo relevante para nuestra discusión es el reconocimiento de que algún tipo de asignación de los derechos de posesión y uso de los recursos es un requisito ineludible para la supervivencia y la realización humanas.

Aunque los derechos sobre los recursos pueden ser adquiridos directamente de la naturaleza a través del trabajo, en una sociedad compleja es más probable que sean adquiridos de otros individuos ¹⁰⁸. Por lo tanto, el derecho contractual es, según la teoría de los derechos, un conjunto de principios generales y reglas específicas cuya función es identificar los derechos de los individuos involucrados en la transferencia y, por consiguiente, indicar cuándo puede utilizarse legítimamente la fuerza física o jurídica para preservar esos derechos y para rectificar cualquier interferencia injusta en el proceso de transferencia.

externos—. Véase, por ejemplo, LOCKE, J., “An essay concerning the true original extent and end of civil government”, en *Two Treatises of Civil Government* ch. V § 27 (1690) (“todo hombre goza de la ‘propiedad’ de su propia ‘persona’”). Esta concepción de la propiedad era tan aceptada que algunos abolicionistas radicales en el siglo XIX se refirieron a la esclavitud como delito de “secuestro”. Véase, por ejemplo, FOSTER, S., “The brotherhood of thieves, or a true picture of the american church and clergy” 10 (1843), citado en *The Antislavery Argument* 138 (W. & J. Pease eds. 1965). Esta visión amplia de los derechos de propiedad también prevaleció en la Edad Media. Véase MCGOVERN, “Private property and individual rights in the commentaries of the jurists”, A.D. 1200-1550, en *Essays in Memory of Schafer Williams* (título tentativo) (S. Bowman & B. Cody eds).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, NOZICK, R., *Philosophical Explanations* 499 (1981) (“Un derecho es aquello en virtud de lo cual puede demandarse o efectivizarse el cumplimiento”); FURUBOTN - PEJOVICH, *supra* nota 33, en 1139 (“La asignación de derechos de propiedad especifica las normas de comportamiento relativas a las cosas que cada persona debe observar al interactuar con otras personas, así como las consecuencias de la no observancia”).

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, NICKEL, “Justice in compensation”, 18 *Wm. & Mary L. Rev.* 379, 381-82 (1976) (“La compensación protege las distribuciones justas, y los derechos que ellas afectan, anulando en la medida en sea posible las acciones que perturban tales distribuciones”).

¹⁰⁷ He discutido esta cuestión más extensamente en otro trabajo. Véase BARNETT, “The justice of restitution”, 25 *Am. J. Juris.* 117 (1980) (en defensa de la justicia de la rectificación restitutiva); BARNETT, “Pursuing justice in a free society: Part one - Power vs. Liberty”, *Crim. Just. Ethics*, Summer/Fall, 1985, en 50 (para un análisis de las fuentes y el contenido correcto de una teoría de los derechos de propiedad) [de aquí en adelante citado como “Pursuing justice”]; BARNETT, “Restitution: a new paradigm of criminal justice”, 87 *Ethics* 279 (1977) (contiene un análisis de los méritos de algunos enfoques de la rectificación); BARNETT, *supra* nota 21, en 6-15 (para un análisis de la explicación liberal clásica del derecho y los derechos); BARNETT, “Public decisions and private rights (book review)”, *Crim. Just. Ethics*, Summer/Fall, 1984, en 50 (incluye un análisis de la metodología del enfoque de los derechos de propiedad).

¹⁰⁸ Cf. BAIRD & JACKSON, “Information, uncertainty, and the transfer of property”, 13 *J. Legal Stud.* 299, 299 (1984) (“Sólo una minoría de propietarios han adquirido el bien que integra ahora la propiedad

3. *El consentimiento como componente moral de la transacción contractual*

El campo de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no tienen el mismo alcance ni la misma amplitud ¹⁰⁹. Una obligación moral es algo que debemos hacer o abstenernos de hacer, y si no es a la vez una obligación jurídica válida solamente puede ser legítimamente garantizada por medios voluntarios. Es decir, se puede tener una obligación moral de hacer algo, pero a menos que exista también una obligación jurídica válida no podrán otros compelernos a cumplir dicha obligación. Una obligación moral es una obligación jurídica sólo si puede ser ejecutada por el uso o la amenaza de la fuerza legal ¹¹⁰. Esta dimensión adicional que significa el uso de la fuerza requiere una justificación moral y la principal tarea de la doctrina jurídica es, entonces, identificar las circunstancias en que la ejecución jurídica está moralmente justificada ¹¹¹.

Las teorías de los derechos buscan cumplir esta tarea recurriendo al análisis moral como mecanismo para derivar derechos individuales, o sea, reclamos cuya exigibilidad esté justificada ¹¹². La teoría de la obligación contractual es la parte de la teoría de los derechos que se ocupa de la responsabilidad generada por la interferencia ilegítima en una transferencia válida de derechos. Hasta que tal interferencia no se corrija, incluso por la fuerza si fuera necesario, la distribución de recursos resultante será injusta. La justicia consiste en corregir esta situación para adecuar la distribución de recursos a los derechos de cada uno ¹¹³.

privada a partir del estado de naturaleza (o propiedad comunal). Independientemente de qué teoría justifica los derechos de propiedad iniciales, nuestro goce de la mayoría de los bienes depende de nuestra capacidad para adquirirlos de otros”).

¹⁰⁹ Véase FULLER, L., *The Morality of Law* 1-2 (rev. ed. 1969); NOZICK, R., *supra* nota 105, en 503 (“La filosofía política... es en gran medida una teoría sobre qué comportamientos pueden ser exigidos en forma legítima y sobre la naturaleza de la estructura institucional que conforma y sostiene estos derechos exigibles... Ni la filosofía política ni el dominio del Estado agotan el dominio de lo moralmente deseable o de los deberes morales”).

¹¹⁰ Sobre el papel que debería jugar la coerción en el pensamiento jurisprudencial, véase NANCE, “Legal theory and the pivotal role of the concept of coercion”, 57 *U. Colo. L. Rev.* 1 (1985).

¹¹¹ Puede distinguirse entre una obligación jurídica *positiva*, que un determinado sistema jurídico hará cumplir (más allá de que deba o no hacerlo), y una obligación jurídica *válida*, cuya exigibilidad es moralmente correcta. Véase, por ejemplo, HART, H.L.A., “Positivism and the separation of law and morals”, 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958); FULLER, “Positivism and fidelity to law. A reply to professor Hart”, 71 *Harv. L. Rev.* 630 (1958). Para un excelente análisis de esta distinción, véase MURPHY, J. - COLEMAN, J., *The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* 7-68 (1984). En esta sección se utiliza el segundo significado.

¹¹² Véase *supra* nota 105 y el texto adjunto.

¹¹³ En ciertas circunstancias excepcionales, sin embargo, la protección de las posesiones puede oponerse a tal redistribución. La doctrina de la usucapión, por ejemplo, sostiene que la distribución actual de recursos que no se originó por medios justos puede no obstante pasar a ser considerada legítima con el transcurso del tiempo. Véase BALLANTINE, “Title by adverse possession”, 32 *Harv. L. Rev.* 135, 136

Para identificar el componente moral que distingue las transferencias válidas de derechos de las inválidas primero es necesario distinguir los principios morales que gobiernan la adquisición y el uso legítimos de los recursos de aquellos principios que gobiernan su transferencia. Los derechos son el medio por el cual se facilita y regula la libertad de acción e interacción dentro de la sociedad ¹¹⁴. Por lo tanto, el derecho que tenemos de adquirir y utilizar los recursos sin dueño no está supeditado al asentimiento expreso de otros. Aunque la aquiescencia social puede ser un requisito práctico para que los derechos sean legalmente respetados, no se requiere que ningún individuo o grupo consienta nuestra apropiación o utilización de recursos hasta el momento sin dueño para que esos derechos sean efectivos en el plano *moral* ¹¹⁵.

Asimismo, los principios que se aplican a la transferencia de derechos deben distinguirse de los que rigen el uso de los recursos. El derecho de daños se ocupa de las obligaciones que nacen de las interferencias en los derechos de otro. El agente productor del daño que interfiere con los derechos de otro (en vez de intentar lograr la transferencia válida de esos derechos) es responsable por haber interferido, no por consentir ser responsabilizado por las acciones que menoscaban los derechos de terceros. Se puede decir que el agente productor del daño perdió (no enajenó ni transfirió) los derechos sobre sus bienes a fin de brindar compensación a la víctima del hecho dañoso ¹¹⁶.

(1918). Del mismo modo, una vez que haya pasado tanto tiempo desde la "apropiación" original que ni el autor del ilícito ni el dueño originario (o sus herederos identificables) estén vivos para reclamar la propiedad, entonces, una persona inocente que tenga la posesión de ese bien puede ser reconocida como su titular legítimo. Cf. SHER, "Ancient wrongs and modern rights", 10 *Phil. & Pub. Affs.* 3 (1980) (para un análisis de los problemas de rectificar las injusticias pasadas). A falta de una víctima identificable, el beneficiario inocente de la propiedad que fue ilegítimamente adquirida en su origen tendrá, frente a terceros, el mejor título para reclamar la propiedad, al menos según esta postura. Un análisis crítico de este argumento está más allá del alcance de este artículo, dado que pertenece al terreno del derecho de la propiedad y no al derecho de los contratos.

¹¹⁴ Véase BARNETT, "Pursuing justice", *supra* nota 107, en 56-63.

¹¹⁵ El mero hecho de que la sociedad no reconozca un derecho no significa que moralmente ese derecho no exista. Cf. DWORKIN, R., *supra* nota 92, en 184-85 (1977):

En la práctica el Gobierno tendrá la última palabra sobre cuáles son los derechos de los individuos, porque su policía hará lo que ordenen los funcionarios y los tribunales. Pero esto no significa que la visión del Gobierno sea necesariamente correcta; quien piense lo contrario debe creer que los hombres y las mujeres tienen sólo aquellos derechos morales que el Gobierno elige concederles, lo que significa que no tienen ningún derecho moral en absoluto.

Exigir la aquiescencia social para la adquisición de los derechos morales originarios equivaldría a una "teoría consensual" de la adquisición de la propiedad. Véase ROSE, "Possession as the origin of property", 52 *U. Chi. L. Rev.* 73, 74 (1985) ("Según esta teoría, el propietario original obtuvo su título a través del consentimiento del resto de la humanidad...").

¹¹⁶ Véase FEINBERG, J., *supra* nota 99, en 239-40 (quien distingue entre la transmisión y la pérdida de los derechos); KUFLIK, *supra* nota 99, en 275 ("Sostener que la autonomía no puede ser enajenada no significa que en circunstancias especiales no pueda perderse. La conducta indebida de una persona

Por su parte, el derecho contractual se ocupa de las obligaciones exigibles que nacen de una *transferencia* válida de derechos cuya titularidad ya corresponde a alguien, y esta diferencia es la que hace del consentimiento un prerrequisito moral de la obligación contractual. Las normas que gobiernan la enajenación de derechos de propiedad por medio de la transferencia cumplen la misma función que las que gobiernan su adquisición y las que especifican su contenido: facilitar la libertad de acción e interacción ¹¹⁷. Si los legítimos titulares de derechos que no han realizado actos dañosos pudieran ser privados de sus derechos contra su voluntad por medio de la aplicación de la ley, entonces la libertad de acción e interacción se vería dificultada y posiblemente impedida ¹¹⁸. Además, la exigencia moral de consentimiento ordena que los terceros tomen en cuenta los intereses del titular de los derechos que pretenden adquirir ¹¹⁹. Wallace Matson describe sucintamente la visión de la justicia que hace del consentimiento el componente moral de la transferencia contractual:

“[La justicia]... da a cada hombre lo que le es debido. Cada hombre tiene derecho a lo que haya adquirido por su propio esfuerzo y no de otro hombre *sin su consentimiento*. Una comunidad en la que impere esta concepción será una comunidad en la que sus miembros acepten no interferir con los esfuerzos de otros para alcanzar sus metas individuales y ayudarse en la medida en que las condiciones para hacerlo sean mutuamente satisfactorias... Tal comunidad dará la máxima

puede llevarla a perder lo que no hubiese podido transferir o ceder mediante su consentimiento o a través de un acuerdo”).

¹¹⁷ Véase BARNETT, “Pursuing justice”, *supra* nota 107, en 56-63.

¹¹⁸ Véase BAIRD - JACKSON, *supra* nota 108, en 299-300 (“Las normas jurídicas deben afrontar los problemas asociados con la transferencia de propiedad de un individuo a otro. Cuando *somos propietarios* de un bien, queremos asegurarnos de que podemos controlar su enajenación, es decir que no existirá un nuevo ‘dueño’ *sin nuestro consentimiento*” [el énfasis es nuestro]).

¹¹⁹ Cf. DEMSETZ, *supra* nota 44, en 64 (“Un sistema de derechos de propiedad que exige la aceptación previa de los dueños de estos insumos antes de que puedan ser empleados en una tarea en concreto asegura que este costo será tenido en cuenta [por otros]”). Además, como Joel Feinberg ha señalado:

“Tener un derecho típicamente es tener discreción o ‘libertad’ para ejercerlo o no ejercerlo según uno elija. Esta libertad es otra característica del derecho de propiedad que ayuda a explicar por qué los derechos son tan valiosos. Cuando una persona tiene un derecho discrecional y entiende claramente el poder que le otorga la posesión, puede elegir hacer sacrificios por el bien de otros, dar voluntariamente lo que por derecho es suyo, obsequiar libremente lo que de ninguna manera está obligado a dar, y perdonar los daños que otros le hayan hecho renunciando a exigir la compensación o la venganza que podría obtener o dándoles nuevamente una calurosa bienvenida a su amistad o amor... Sin los deberes que los demás tienen hacia uno (correlacionados con los derechos que uno tiene frente a ellos) la noción de conducta supererogatoria hacia otras personas no tendría sentido, porque ayudar a otros cuando uno tiene el derecho a no hacerlo equivale precisamente a la conducta ‘más allá del deber’”.

FEINBERG, J., *supra* nota 99, en 156-57.

libertad a sus miembros para que desarrollen sus capacidades particulares y las utilicen para llevar adelante sus planes y mejorar su situación... De esto se trata lo que es 'Bueno para el Hombre'..."¹²⁰.

Consecuentemente, en un sistema de derechos el consentimiento otorgado por el titular de los derechos para quedar jurídicamente obligado¹²¹ es el componente moral que distingue las transferencias válidas de derechos enajenables de las inválidas¹²². No es totalmente novedoso sostener que el consentimiento es central para el derecho de los contratos¹²³, aunque la afir-

¹²⁰ MATSON, "Justice: a funeral oration", *Soc. Phil. & Pol'y*, Autumn 1983, en 94, 111-12 (1983) (el énfasis es nuestro). Luego contrasta su concepción "ascendente" de la justicia con otra:

"La otra concepción sostiene que la justicia es la satisfacción de necesidades para conseguir que todos alcancen hasta el máximo posible el mismo nivel de experiencias placenteras. La idea de vida humana que subyace a esta concepción implica que la vida tiene dos fases separadas: la producción y el consumo. En la fase del consumo está 'Lo Bueno'; no hay en última instancia razón alguna por la que un individuo deba tener más o menos de 'Lo Bueno' que cualquier otro individuo. El problema de cómo obtener la producción necesaria es meramente técnico. Una sociedad basada en esta concepción debe estar estructurada jerárquicamente a fin de que la autoridad resuelva los problemas de producción y administre justicia, por ejemplo, ajustando el *quantum* de satisfacción. Por lo tanto, he llamado a esta justicia 'descendente'..."

Id. at 112. Puede encontrarse un ejemplo de este tipo de justicia aplicada al derecho contractual en KRONMAN, *infra* nota 124.

¹²¹ La palabra "consentimiento" (*consent*), a diferencia de otras como "voluntad" o "intención", puede ser utilizada subjetivamente para describir una condición subjetiva en particular y también objetivamente para describir un acto interrelacional. El *Webster's New World Dictionary of the American Language* (1970) ofrece en parte esta definición:

"Como verbo, 'consent' significa 1. a) aceptar (hacer algo), b) dar permiso, aprobación, o asentimiento (a algo propuesto o solicitado) 2. [Obs.] estar de acuerdo. Como sustantivo, 'consent' incluye 1. permiso, aprobación; o asentimiento, 2. acuerdo de opinión o sentimiento [por mutuo consentimiento]".

Id. en 302. Nótese que el primer significado tanto del verbo como del sustantivo se relaciona con un acto objetivo, mientras que el segundo significado se relaciona con un estado subjetivo. El nombre "teoría consensual" juega con la ambigüedad entre lo objetivo y lo subjetivo de "consentimiento". Mientras que el foco de la teoría consensual puede a veces cambiar del consentimiento objetivo al subjetivo, véase *infra* notas 154-61, el título aun es acertado, dado que incluso cuando opera en el nivel objetivo, la teoría está interesada en la manifestación *de consentimiento* y no en la manifestación de alguna otra intención. Para mayor claridad, se utilizará "asentimiento" para referirnos a una intención subjetiva de quedar jurídicamente obligado, y se empleará "consentimiento" generalmente cuando esta intención esté objetivamente manifestada, véase *infra* notas 133-53 y el texto adjunto.

¹²² Véase DEMSETZ, *supra* nota 44, en 62 ("Un sistema de propiedad privada exige el consentimiento previo de los 'propietarios' antes de que sus bienes puedan ser afectados por otros").

¹²³ Véase ATIYAH, P., *Promises, Morals, and Law* 177 (1981) ("la promesa puede ser reducida a una especie de consentimiento, dado que el consentimiento es una fuente de obligaciones más amplia y quizá más básica"); GREEN, "Is an offer always a promise?", 23 *Ill. L. Rev.* 95, 95 (1928) ("Cuando somos lo suficientemente sofisticados como para tener ideas de propiedad, social o jurídica, relativas a derechos, en lugar de ideas acerca de situaciones de hecho, una oferta de venta puede ser simplemente una expresión de consentimiento o de voluntad de que la propiedad sea transferida siempre y cuando la oferta sea aceptada...").

Si la promesa no es sino una instancia especial de consentimiento, bien podría ser que la concep-

mación de que la obligación contractual nace del consentimiento para transferir derechos y depende, por lo tanto, de una teoría de los derechos no está ampliamente reconocida ¹²⁴. Por el contrario, la afirmación según la cual ser propietario de ciertos recursos implica el derecho de poseerlos, usarlos y disponer de ellos sin la interferencia de otros resulta una concepción de la propiedad plausible a la vez que extensamente difundida ¹²⁵.

En una sociedad moderna la cadena que une la adquisición inicial de recursos y su consumo final puede ser extensa y complicada. Una transferencia válida de derechos debe estar supeditada a la realización de algún acto por parte del titular del derecho en cuestión, aun cuando puedan existir desacuerdos —incluso entre quienes reconocen la legitimidad de los derechos de propiedad— respecto del modo correcto de adquisición ¹²⁶ y uso de

ción tradicional de los contratos como exclusivamente relacionados con el objeto de las promesas exigibles sea lo que haya cegado a la profesión jurídica respecto del fundamental papel teórico del consentimiento. Para un típico ejemplo de la insistencia moderna en la naturaleza promisoria de los contratos, véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13:

“La segunda limitación que sugiere esta definición es que el derecho de los contratos reduce su ámbito a las *promesas* y está por lo tanto interesado en los intercambios futuros, porque una ‘promesa’ es un compromiso de una persona en relación con su comportamiento *futuro*. Ejemplos de intercambios que no incluyen tal compromiso (y por ello no involucran un contrato en este sentido) son los trueques... y la compraventa de ejecución inmediata (o en efectivo)... Dado que no se hace ninguna promesa, en estos intercambios no hay contrato”.

Id. § 1.1, en 4 (énfasis en el original) (se omitieron las citas). Los términos más apropiados para describir a las partes del contrato podrían ser “transferente” y “beneficiario de la transferencia”, porque la teoría consensual abarca más que la exigibilidad de las promesas. Sin embargo, por razones prácticas, los términos convencionales “promitente” y “destinatario de la promesa” serán utilizados con frecuencia en este artículo.

¹²⁴ Véase CHEUNG, *supra* nota 33, en 23 (“Las transacciones que tienen lugar en el mercado implican transferencias totales o parciales de derechos de propiedad entre las partes contratantes”); EVERS, “Toward a reformulation of the law of contracts”, 1 *J. Libertarian Stud.* 3 (1977) (describe la teoría del contrato basada en la transferencia de los derechos de propiedad); KRONMAN, “Contract law and distributive justice”, 89 *Yale L.J.* 472, 472 (1980) (Los contratos “regulan el intercambio de propiedad”); MACNEIL, “Relational contract: what we do and do not know”, 1985 *Wis. L. Rev.* 483, 523 (“Las relaciones de intercambio... presuponen alguna idea de propiedad...”). Para un intento reciente de emplear el concepto de propiedad para explicar las normas de la reparación y algunas cuestiones de daños contractuales, véase Friedmann, *supra* nota 97.

¹²⁵ Véase, por ejemplo, KRONMAN, *supra* nota 124, en 472. Esta idea no es nueva. Véase AQUINAS, T., *Summa Theologica*, reimpressa en 20 *Great Books of the Western World* 311 (1952) (“Los individuos ejercen su poder sobre las cosas que poseen y por ello los negocios que hagan con éstas dependen de su propia voluntad en casos, por ejemplo, de adquisición, venta, transmisión, etc.”).

¹²⁶ Véase, por ejemplo, BECKER, L., *Property Rights: Philosophic Foundations* 32-56 (1977) (quien realiza una valoración crítica de la adquisición de la propiedad); EPSTEIN, “Possession as the root of title”, 13 *Ga. L. Rev.* 1221 (1979) (en defensa de la “primera posesión” como modo de adquirir la propiedad); ROSE, *supra* nota 115 (distingue las teorías de la adquisición de la propiedad basadas en el trabajo, el consentimiento y en la primera posesión y estudia sus respectivos méritos).

los recursos ¹²⁷. La función asignativa para la cual fue diseñada, en parte, la teoría de los derechos indica que los derechos se transfieren por medio del consentimiento ¹²⁸.

En suma, la ejecución legal está moralmente justificada porque el promitente voluntariamente realizó actos que comunicaron su intención de dar nacimiento a una obligación legalmente exigible de transferir derechos susceptibles de ser transmitidos. Dentro de una teoría de los derechos, la obligación contractual, a diferencia de otros tipos de obligaciones jurídicas, se basa en el consentimiento.

B. Definición de consentimiento

1. El consentimiento y la teoría objetiva del contrato

A primera vista, la teoría consensual puede parecer una variante de la teoría de la voluntad. Para apreciar las ventajas comparativas de la teoría consensual es necesario, por lo tanto, entender las diferencias fundamentales entre ambos enfoques.

La teoría de la voluntad fundamenta la obligación contractual en el hecho de que fue libremente asumida. Como se demostró en la parte I, una teoría que basa la obligación contractual en la existencia de una “voluntad de quedar vinculado” tiene graves dificultades para justificar tal obligación en ausencia de un real ejercicio de la voluntad. Es difícil entender por qué se puede estar legal o moralmente obligado a cumplir un acuerdo que no se quiso asumir y a la vez adherir a una teoría que basa el compromiso en su carácter voluntario. El componente subjetivo crea una tensión entre la teoría de la voluntad y la necesidad ineludible de los individuos en sociedad —y de aquellos que tratan de administrar un sistema jurídico coherente— de confiar en las apariencias, es decir, las conductas de los individuos que en apariencia manifiestan su voluntad ¹²⁹ de transferir derechos.

A diferencia de la teoría de la voluntad, el reconocimiento que la teoría consensual hace de la dependencia de la obligación contractual respecto del análisis de los derechos puede dar cuenta de la relación objetiva-subjetiva, común en el derecho contractual. El concepto de derechos es social y su principal función es proveer las bases para la cooperación interpersonal

¹²⁷ Véase en general COLEMAN, “Moral theories of torts: their scope and limits. Part I”, 1 *Law & Phil.* 371 (1982) (que evalúa las distintas teorías morales del derecho de daños); COLEMAN, “Moral theories of torts: their scope and limits. Part II”, 2 *Law & Phil.* 5 (1983) (Id.).

¹²⁸ Véase no obstante *supra* nota 113.

¹²⁹ Véase *supra* nota 121.

al especificar los límites dentro de los cuales los individuos pueden operar libremente para perseguir sus respectivos fines. Los juristas generalmente se concentran en la función que la noción de derechos cumple al especificar las soluciones adecuadas a las conductas ilícitas, pero dada la dudosa capacidad de garantizar justicia que tiene *cualquier* recurso jurídico ¹³⁰, la prevención de las controversias es una función vital de cualquier sistema de derechos bien definido. Mientras no es poco común encarar la prevención de disputas elevando los costos de las conductas ilícitas con el fin de disuadir a las personas “malas” ¹³¹, frecuentemente se pasa por alto que el enfoque de los derechos debe tomar en cuenta la visión del derecho del “hombre bueno” tan seriamente como toma la del “hombre malo” ¹³².

Los límites de la discreción individual, determinados por un sistema de derechos bien definidos, sirven para asignar autoridad decisoria entre los individuos. Se provee información vital a todos aquellos que estén dispuestos a evitar controversias y respetar los derechos de terceros, siempre y cuando sepan cuáles son esos derechos ¹³³. De esta manera se evitan posibles conflictos entre personas que de otro modo competirían por el control de determinados recursos. Por lo tanto, una teoría de los derechos exige que los límites de la protección sean determinables, no sólo por los jueces que

¹³⁰ Cf. BARNETT, “Resolving the dilemma of the exclusionary rule: an application of restitutive principles of justice”, 32 *Emory L.J.* 937, 979 (1983) (“Una de las tragedias de la justicia es la necesidad de objetivar el valor de los derechos valorados subjetivamente, cuando ellos son expropiados y no transferidos en una negociación”).

¹³¹ La visión del “hombre malo” fue popularizada por el Juez Holmes:

“Si usted desea conocer la ley y nada más, debe mirarla como un hombre malo, que se preocupa solamente por las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como el hombre bueno, que encuentra sus razones para actuar, ya sea dentro o fuera del derecho, en las imprecisas sanciones de la conciencia”.

HOLMES, “The path of the law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 459 (1897). Para comentaristas que emplean la visión del “hombre malo”, véase POSNER, R., *supra* nota 30, en 164-72; BECKER, “Crime and punishment: an economic approach”, 76 *J. Pol. Econ.* 169 (1968).

¹³² La visión del “hombre malo” subestimó la función epistemológica de los principios generales y las normas del derecho, al concentrarse exclusivamente en las sanciones impuestas a las conductas ilícitas. Las normas y principios debidamente elaborados proporcionan información vital a las “buenas” personas (y a sus asesores jurídicos) que buscan evitar vulnerar los derechos de otros con prescindencia de la severidad de las penas ligadas a esas conductas. Véase HART, H.L.A., *supra* nota 85, en 86-88 (distingue el punto de vista “interno” de las normas del “externo”); HAYEK, F., *1 Law, Legislation and Liberty* 35-123 (1973) (para una descripción del papel de las reglas en la creación y preservación de un “orden espontáneo” de interacción humana); HEGLAND, “Goodbye to deconstruction”, 58 *S. Cal. L. Rev.* 1203 (1985) (en defensa del uso de reglas y principios contra críticas deconstruccionistas recientes).

¹³³ Véase, por ejemplo, ROSE, *supra* nota 115, en 78-79 (“La posesión ahora comienza a parecerse a algo que requiere cierto tipo de comunicación, y la reivindicación original de la propiedad se parece a un tipo de discurso cuya audiencia está compuesta por todos aquellos que podrían estar interesados en reclamar el objeto en cuestión”).

deben resolver las controversias que se hayan dado, sino, tal vez más importante, por las personas afectadas antes de que se produzca el conflicto.

En el derecho contractual, esta exigencia de información o de “demarcación de límites” significa que el asentimiento para transferir derechos debe ser *manifestado* a la otra parte de forma tal que sirva como criterio para reclamar el cumplimiento. Si la expresión del consentimiento no es accesible para todas las partes afectadas, fracasará entonces en su objetivo principal aquel aspecto del sistema de derechos relativo a las transferencias de derechos. Al momento de la transacción, no logrará identificar claramente y comunicar a ambas partes (y a los terceros) los límites legítimos que deben ser respetados. Sin esa comunicación, las partes no podrán (tampoco los terceros) determinar con precisión qué constituye una conducta legítima y qué constituye un acuerdo en el cual pueden confiar. Esto dará lugar entonces a controversias que de otro modo podrían haberse evitado, y las incertidumbres del proceso de transferencia desalentarán la confianza.

Si bien este imperativo del sistema de derechos puede inicialmente parecer a algunos como *ad hoc*, esto se debe a que no estamos acostumbrados a pensar que la obligación contractual tiene su origen en la transferencia de derechos. La relación entre las reglas jurídicas y la teoría de los derechos se manifiesta en forma más clara en el terreno de las normas que regulan la propiedad, donde la función demarcatoria de límites que cumplen los derechos también exige un enfoque objetivo. Ninguna teoría que pretenda ser seria afirmaría que las personas adquieren inicialmente derechos sobre los recursos (sin dueño) simplemente porque subjetivamente creen haberlos adquirido. Por el contrario, los derechos sobre los objetos sin dueño se adquieren realizando actos demostrables e incontestables respecto de ellos. Según la teoría de la adquisición que se sostenga y de las convenciones que se adopten, el acto requerido puede ser la posesión o el cercamiento del recurso, su transformación o su reivindicación ante las oficinas correspondientes ¹³⁴. Cada una de estas convenciones implica en forma objetiva el ejercicio de la propiedad sobre recursos sin dueño o abandonados y comunica a otros una inconfundible pretensión de poseer, controlar y utilizar el recurso ¹³⁵.

¹³⁴ Véase, por ejemplo, BAIRD - JACKSON, *supra* nota 108, en 301-11 (quien analiza las ventajas y desventajas de varias convenciones utilizadas para registrar y transferir derechos sobre bienes muebles e inmuebles).

¹³⁵ Véase ROSE, *supra* nota 115, en 77 (“Según el principio del acto no controvertido [*‘clear-act principle’*] el *common law* define a los actos de posesión como un cierto tipo de *declaración*. Como señaló Blackstone, los actos deben ser una *declaración* de la intención de apropiación” [se omitieron las citas]). No obstante cf. HELMHOLZ, “Adverse possession and subjective intent, 61 *Wash. U.L.Q.* 331, 357

El análisis para el derecho contractual es similar. Por las razones discutidas más arriba, exigir el consentimiento del titular de los derechos como condición de validez de la transferencia es vital para un sistema de derechos ¹³⁶. Pero en tal sistema, prestar consentimiento a una transferencia de derechos generalmente no depende de la propia opinión subjetiva sobre el significado de las palabras o la conducta libremente escogidas, sino del significado que comúnmente se les atribuye. El lenguaje mismo, es decir, la forma en que el consentimiento se manifiesta, es una convención igual a las que rigen la adquisición de derechos. Si la palabra “sí” comúnmente significa “sí”, entonces la creencia subjetiva no revelada de que “sí” significa “no” es generalmente irrelevante para un régimen de asignación de derechos. Sólo la confianza general en una conducta asertiva objetivamente determinable permitirá al sistema de derechos cumplir con su función demarcatoria de límites.

Además, una teoría jurídica que intentase sustentar la adquisición legítima, el uso o la transferencia de recursos únicamente en intenciones subjetivas no podría proveer un conjunto coherente de derechos. Los conflictos entre las intenciones subjetivas son inevitables. Por lo tanto, en la medida en que una teoría intente derivar derechos de tales intenciones dará lugar a “derechos” que necesariamente estarán en irreconciliable conflicto unos con otros. Semejante teoría necesitaría recurrir a otros principios para resolver estos conflictos de “derechos”, pero entonces dejaría de ser una teoría de los derechos ¹³⁷.

La función de una teoría de los derechos consiste en definir los límites de la acción humana permitida ¹³⁸ y dar solución a los reclamos rivales ¹³⁹.

(1983) (Los tribunales “a menudo conceden el título al intruso de buena fe, en casos en los que no lo concederían al intruso que sabe lo que está haciendo en el momento en que ingresa a la tierra en cuestión”). La tendencia en la doctrina de la usucapión analizada por Helmholtz puede ser análoga a aquellas circunstancias en la teoría consensual, examinadas *infra* notas 154-60 y el texto adjunto, en las que el significado presunto del asentimiento objetivo puede ser superado por la prueba del entendimiento subjetivo del destinatario de la promesa.

¹³⁶ Véase *supra* notas 109-28 y el texto adjunto.

¹³⁷ NOZICK, R., menciona que, en el marco de una teoría de los derechos, los derechos deben ser conciliables, *supra* nota 67, en 166 (“Los derechos individuales son compatibles; cada persona puede ejercer sus derechos de la forma que prefiera”). La misma idea se elabora en STEINER, “The structure of a set of compossible rights, 74 *J. Phil.* 767 (1977) (donde se describe la exigencia lógica de que un sistema de derechos implique el ejercicio compatible de los derechos especificados). Sobre el papel que tiene esta exigencia estructural en la formulación de derechos sustantivos, véase BARNETT, “Pursuing justice”, *supra* nota 107, en 58, 60.

¹³⁸ Véase *supra* notas 93-94 y el texto adjunto.

¹³⁹ Cf. FEINBERG, J., *supra* nota 99, en 152 (“[N]o todos los reclamos presentados como válidos son realmente válidos; y solamente los válidos pueden ser reconocidos como derechos”); id. en 155 (“Tener un derecho es tener frente a alguien un reclamo cuyo reconocimiento como válido es impuesto por un

Por lo tanto, una teoría coherente asignará los derechos mayormente sobre la base de factores que minimizan la probabilidad de generar reclamos conflictivos. En este sentido, la conducta manifestada objetivamente, que por lo general refleja la intención subjetiva, proporciona bases más firmes que las provistas por las intenciones subjetivas para la obligación contractual. La evidencia de intención subjetiva extrínseca a la transacción e inaccesible para la otra parte será relevante sólo en la medida en que ayude al tribunal a determinar el significado “objetivo” de algunos términos ¹⁴⁰.

¿Qué es lo que el promitente debe haber comunicado al destinatario de la promesa para que un juez pueda concluir que existe un compromiso? Si el consentimiento es correctamente entendido como asentimiento “objetivo” o “manifestado”, ¿a qué debe prestarse asentimiento para que nazca una obligación contractual? No basta con que uno asuma un compromiso o prometa realizar o abstenerse de realizar un acto determinado. Tal manifestación no sería más que una promesa ¹⁴¹. La teoría contractual busca ese factor “extra” que, estando presente, justifica la ejecución forzada de un acuerdo o promesa.

La teoría de los derechos indica que ese factor se encuentra presente cuando se presta el consentimiento para la transferencia de los derechos ¹⁴². El consentimiento que se requiere es *la manifestación de la intención de transferir derechos* ¹⁴³. En un sistema de derechos donde las transferencias manifestadas justifican la exigibilidad de los acuerdos, estas manifestaciones implican necesariamente que uno pretende quedar “vinculado jurídica-

conjunto de reglas y principios morales aplicables”); STEINER, *supra* nota 137, en 768 (“Alguien llamado a arbitrar entre dos personas cuyas acciones son mutuamente excluyentes, pudiendo demostrar cada una que su propia acción está comprendida en el ámbito del derecho reclamado... concluirá que al menos uno de los dos derechos invocados es inválido”).

¹⁴⁰ Véase, por ejemplo, “Kabil Dev. Corp. v. Mignot”, 279 Or. 151, 157-58, 566 P.2d 505, 508-09 (1977) (analizado en EISENBERG, “The responsive model of contract law”, 36 *Stan. L. Rev.* 1107, 1119 n.36 (1984)).

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 2 (1979) (“Una promesa es una manifestación por parte de un sujeto de su intención de actuar o de abstenerse de actuar en cierto sentido, hecha en modo tal que justifica que el destinatario de la promesa entienda que existe un compromiso”).

¹⁴² Véase *supra* notas 117-128 y el texto adjunto.

¹⁴³ Esta manifestación de la intención de enajenar derechos puede ser directa o indirecta. El objeto de un contrato de transferencia de derechos directo es transferir derechos enajenables como, por ejemplo, derechos sobre las posesiones externas. El objeto de un contrato de transferencia de derechos indirecto es garantizar que alguien ejerza sus derechos inalienables —por ejemplo, el derecho a trabajar— de un modo particular que exija una transferencia de derechos enajenables (por ejemplo, la indemnización por daños) en caso de incumplimiento. Véase *supra* nota 99; *infra* nota 218; cf. GREEN, *supra* nota 123, en 95 (distinguiendo entre una “oferta autoejecutoria” y una “oferta de hacer o dejar de hacer algo”).

mente”, es decir, respetar el compromiso asumido. Por lo tanto, la frase “la manifestación de la intención de quedar jurídicamente vinculado”¹⁴⁴ representa en forma nítida lo que el juez debería buscar antes de determinar que existe una obligación contractual¹⁴⁵.

Charles Fried sostiene que el promitente incurre en una obligación moral porque intencionalmente invocó una convención social cuyo propósito es procurar que otros esperen el cumplimiento de lo prometido¹⁴⁶. Por su parte, la teoría consensual especifica que el promitente asume una obligación contractual cuya exigibilidad puede justificarse moralmente al manifestar su asentimiento a la ejecución legal y de ese modo invocar la institución del contrato. En las circunstancias descritas por Fried, el promitente puede tener la obligación moral de cumplir su promesa. Hasta esa instancia no tendría obligación legal alguna y el destinatario de la promesa no tendría un derecho jurídicamente tutelado a exigir el cumplimiento¹⁴⁷. Incurre en una obligación contractual sólo cuando manifiesta a la otra parte su intención de quedar jurídicamente vinculado. Entonces, la base de la obligación contractual no es la promesa *per se*; la base del contrato no es otra cosa que el consentimiento.

Resulta paradójica la adhesión a una concepción “objetiva” del consentimiento que se base sólo en aquellas palabras y aquellos actos de las personas que comúnmente son interpretados como la manifestación de su voluntad subjetiva de quedar jurídicamente vinculadas, aun cuando ellas de hecho no hayan querido transmitir el significado más corriente de esas expresiones¹⁴⁸. El análisis del consentimiento tiene un interés genuino por las verdaderas intenciones de las partes, pero nunca se tiene acceso directo a la intención subjetiva de las demás personas. Por lo tanto, siempre debemos captar el significado de los términos empleados mediante la comparación de (1) la conducta de las personas con sus palabras; (2) la conducta y las

¹⁴⁴ Cf. GREEN, “Is an offer always a promise?”, 23 *Ill L. Rev.* 301, 302 (1928) (utiliza la frase “una expresión de voluntad o consentimiento de ser responsable”); LORENZEN, *Causa and consideration in the law of contracts*, 28 *Yale L.J.* 621, 646 (1919) (“Los acuerdos que son físicamente posibles y que están jurídicamente permitidos deberían, en principio, ser exigibles... si fue intención de las partes entablar relaciones *jurídicas*”).

¹⁴⁵ Por supuesto, una exigencia adicional de la obligación contractual en un sistema de derechos es que los derechos transferidos sean válidos y enajenables. Véase *supra* notas 99-100 y el texto adjunto.

¹⁴⁶ Véase FRIED, C., *supra* nota 8, en 16.

¹⁴⁷ Cf. I CORBIN, A., *supra* nota 1, § 110, en 490 (“Para que la promesa sea exigible debe concurrir otro factor”).

¹⁴⁸ Del mismo modo, no se considera paradójico que el sistema penal raramente declare la nulidad de los veredictos de los jurados ante una prueba de inocencia que no fue presentada en el juicio.

palabras en distintos contextos; o (3) la conducta y las palabras de una persona con las de otra ¹⁴⁹. Incluso en una teoría subjetiva en algún punto debe haber evidencia de asentimiento subjetivo —aunque sea a partir de una prueba testimonial o de documentos en beneficio propio—.

Por lo tanto, la única diferencia entre el tratamiento que dan a la evidencia de la intención subjetiva el enfoque subjetivo y el objetivo del contrato tiene que ver con la evidencia de la intención subjetiva que es *extrínseca* a la transacción. Al momento de la formación, la evidencia extrínseca es inaccesible para la otra parte, que sólo percibe lo que parece o no parece ser el asentimiento para transferir derechos. Como esta información es, por definición, inaccesible para la otra parte al momento en que se manifiesta el asentimiento, su utilización posterior por un tribunal (siguiendo un enfoque subjetivo) frustra la función que el consentimiento cumple al definir y comunicar claramente los límites de la conducta legítima *al tiempo de la transacción* ¹⁵⁰. Un verdadero enfoque subjetivo de la intención contractual admitiría esta evidencia mientras que uno objetivo la excluiría.

El hecho de que el consentimiento objetivo generalmente tenga prioridad sobre el asentimiento subjetivo no hace peligrar la libertad para cuya protección se formularon los derechos. Nadie sostiene que una visión objetiva tanto de la adquisición de derechos como del uso de los recursos sea inconsistente con la libertad que el esquema de derechos privados intenta garantizar. Más bien, estos enfoques de la adquisición de derechos y del uso de los recursos son aceptados precisamente porque respetan y protegen los derechos y la libertad de *otros individuos*, cuyos planes y expectativas se verían severamente limitados si no tuviesen derecho a confiar en los hechos y en la conducta asertiva de otros tal como parecen ser ¹⁵¹.

Lo mismo sucede en el derecho contractual. Los actos volitivos, tanto las palabras como los hechos, que manifiestan asentimiento para transferir derechos presuntamente vinculan al actor independientemente de su intención subjetiva. Esta teoría contractual apoyada en la “responsabilidad objetiva” resulta atractiva porque también reconoce los derechos legítimos y las

¹⁴⁹ Esta lista puede no ser exhaustiva.

¹⁵⁰ Aunque el destinatario de la promesa puede legítimamente confiar en la manifestación objetiva, si de hecho no confía en la manifestación, exigir el cumplimiento no servirá al propósito de definir los límites de la conducta. Véase *infra* notas 156-60 y el texto adjunto.

¹⁵¹ Una noción correlativa es la de presunción de conocimiento y conocimiento real. Cf. 3 POMEROY, J., *Equity Jurisprudence* § 842, at 292 (5th ed. Symons 1941) (“Si la ignorancia del derecho pudiese ser alegada con frecuencia, no habría seguridad en los derechos, ni certeza en las investigaciones judiciales ni se definirían los litigios” [se omitió la cita al pie]).

libertades de otros ¹⁵². Lon Fuller señaló hace más de cuarenta años que un derecho contractual que busca asegurar la esfera de la autonomía privada tiene una cualidad “bipartidista” que da origen a una teoría objetiva del contrato ¹⁵³.

En la teoría consensual, entonces, los contratos son interpretados poniendo énfasis en el cumplimiento de las intenciones de las partes, pero cuando la intención subjetiva de una de ellas no ha sido manifestada a la otra, sólo la interpretación “razonable” u objetiva del acuerdo establecerá claramente los límites requeridos por un enfoque basado en los derechos individuales.

No hay nada nuevo o revolucionario acerca de la preocupación del derecho contractual por proteger la confianza. Una de las funciones más importantes de los derechos de propiedad consiste en proteger jurídicamente ciertas expectativas de los titulares de derechos de modo que puedan confiar en el uso continuo de determinados recursos. Por ejemplo, el propietario de un terreno confía en su título cuando invierte para construir una casa o una fábrica, porque espera que su derecho sea respetado por el sistema jurídico en el futuro. También confía en su título al irse de vacaciones, y espera que la propiedad aún le pertenezca a su regreso.

En la teoría consensual, la confianza en las palabras o actos de los otros está “justificada” sólo (1) en los casos y en la medida en que tales palabras

¹⁵² Cf. EPSTEIN, “A theory of strict liability”, 2 *J. Legal Stud.* 151, 168-69 (1973):

“Para la doctrina de la responsabilidad objetiva, la prueba de que el demandado ha causado el daño genera [una]... presunción [a favor del demandante] porque [para la doctrina de la responsabilidad objetiva] la prueba de una fuente no recíproca del daño es suficiente para inclinar la balanza dado que una persona debe ganar y la otra perder. No cabe considerar, como parte del caso *prima facie*, si el demandado intentó dañar deliberadamente al demandante, o si pudo haber evitado el daño guardando un cuidado razonable. La elección es entre el demandante o el demandado...”.

¹⁵³ Al distinguir su concepto de “autonomía privada” de la teoría de la voluntad, Fuller observó:

“El principio de autonomía privada, correctamente entendido, de ninguna manera es inconsistente con una interpretación objetiva de los contratos. En efecto, podemos ir más allá y afirmar que la llamada teoría de la interpretación objetiva en su versión más extrema es comprensible sólo en los términos del principio de autonomía privada... [Esta teoría] descansa sobre la necesidad de promover la seguridad en las transacciones. Sin embargo, la seguridad en las transacciones presupone que haya ‘transacciones’, en otras palabras, actos de los particulares que tienen por función crear normas y alterar derechos”.

FULLER, “Consideration and form”, 41 *Colum. L. Rev.* 799, 808 (1941). Por supuesto, la seguridad en las transacciones es una de las tantas funciones que cumple la institución de los derechos. Véase también RAZ, “Book review”, 95 *Harv. L. Rev.* 916, 936 (1982):

“El *test* objetivo de la formación del contrato no es un problema para la visión según la cual el propósito del derecho contractual es apoyar la práctica consistente en asumir obligaciones voluntarias. Por el contrario, dicho *test* es requerido por ésta. Por más paradójico que suene, el derecho reconoce la validez de contratos que no son resultado de obligaciones voluntarias justamente con el fin de proteger a la práctica del abuso y la degradación”.

o actos tengan un significado corriente en el contexto relevante o cuando pueda demostrarse que las partes les han atribuido un significado especial, y (2) cuando este significado exprese un consentimiento para transferir derechos enajenables legítimamente adquiridos. Cualquier sistema basado en los derechos individuales tiene la difícil tarea de determinar qué constituye un título “válido” y qué actos constituyen “consentimiento”. Sólo cuando se definen correctamente estos conceptos puede “esperarse” que el sistema jurídico responda de una manera lo suficientemente predecible como para que nuestra confianza sea “razonable” o esté “justificada”.

2. *Los límites del enfoque objetivo*

La teoría consensual también explica los límites del enfoque objetivo: por qué a veces la interpretación objetiva debe ceder ante la prueba de una intención subjetiva diferente de una o ambas partes ¹⁵⁴.

A los fines de determinar la existencia de consentimiento, lo que importa es el significado que generalmente le es atribuido a determinada palabra o conducta indicativa de asentimiento —un significado al que ambas partes tienen acceso—. En el derecho contractual, este significado generalizado pasa entonces a ser el significado *presunto* ¹⁵⁵. La presunción puede desvirtuarse, no mediante la referencia a la intención subjetiva del promitente, sino probando que de la conducta de las partes se desprende un significado especial (lo que negaría la función social de aceptar el significado generalizado) ¹⁵⁶ o mediante la prueba de que el receptor de la promesa entendió que el significado pretendido por el promitente era distinto del significado “razonable” ¹⁵⁷. El receptor de la promesa no encuentra “justificada” su con-

¹⁵⁴ Véase EISENBERG, *supra* nota 140, en 1117-27 (para una discusión sobre qué límites deberían imponerse a la aplicación del enfoque objetivo).

¹⁵⁵ Véase *Restatement (Second) of Contracts* § 201 comentario a) (1979) (“Las palabras son utilizadas como símbolos convencionales que representan la condición subjetiva, con un significado estandarizado basado en la práctica habitual o tradicional. A menos que se demuestre una intención distinta, el lenguaje es interpretado de acuerdo con su significado común”).

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, “Weinberg v. Edelstein”, 201 Misc. 343, 345, 110 N.Y.S.2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952) (Los tribunales no pueden “confiar en las definiciones despojadas de los diccionarios” sino que deben determinar el significado según las “prácticas y usos del comercio”); *Restatement (Second) of Contracts* § 201 comentario a) (1979). No obstante cf. *id.* § 201 comentario c (“Sin embargo, las partes que utilizan un término estándar en un sentido poco común obviamente corren el riesgo de que su acuerdo sea interpretado incorrectamente en el litigio”).

¹⁵⁷ En la teoría consensual, es totalmente consistente con la función definitoria de límites del derecho contractual permitir que el promitente refute el hecho de que el destinatario de la promesa haya confiado en el significado objetivo. Asumiendo que el promitente puede probar este hecho, la confianza para cuya protección fue pensado el enfoque objetivo es inexistente, y permitir esa prueba reduciría las probabilidades de que se cometa fraude. En este aspecto, la teoría consensual sigue la interpretación con-

fianza en el significado común de las palabras o actos del promitente si puede probarse que ambas partes les otorgaron un significado especial. Del mismo modo, la aplicación del significado “razonable” no cumple ningún propósito constructivo cuando no fue el que el receptor de la promesa entendió ¹⁵⁸. La función demarcatoria de límites ¹⁵⁹ propia de los derechos no requiere que esa confianza sea protegida o que ese significado sea el que rija ¹⁶⁰.

Esto también explica por qué el uso incorrecto de un término en particular por la parte A, que no conocía su significado ordinario, no la obliga si puede demostrarse que las circunstancias de la transacción advirtieron a la parte B del error ¹⁶¹. La prueba de este hecho demostraría que la función definitoria de límites propia de un enfoque objetivo diseñado para proteger a las partes en la posición de B ha sido cumplida en razón del conocimiento que B tenía de lo que A pretendió manifestar. La teoría consensual, entonces, explica tanto por qué las partes pueden apartarse del significado común de las palabras y los actos, ya sea intencionalmente o no, y por qué debe prevalecer el significado ordinario u “objetivo” cuando el alejamiento de ambos no puede demostrarse.

Las personas generalmente utilizan palabras y acciones convencionales para comunicar su intención con un grado considerable de exactitud. Por ello, sólo en circunstancias excepcionales el resultado de los casos solucionados con un enfoque objetivo, basado en el significado natural y corriente de las palabras y de otras conductas asertivas, será distinto de los casos resueltos mediante un enfoque subjetivo. La mayoría de los casos se resolverán del mismo modo en ambos análisis. Pero a diferencia de la teoría de la voluntad, la teoría consensual, por estar fundada en nociones fundamentales de derechos, puede explicar por qué generalmente damos cumplimiento a la manifestación objetiva de consentimiento cuando difiere de la intención

vencional de la teoría objetiva. Véase, por ejemplo, “Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.”, 127 Mo. App. 383, 392, 105 S.W. 777, 780 (1907) (donde se sostiene que el demandado es responsable por incumplimiento contractual si una persona razonable hubiese entendido que aquel había aceptado la oferta del demandante, y así lo entendió el demandante”).

¹⁵⁸ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 7.9, en 483-92.

¹⁵⁹ Véase *supra* notas 139-40 y el texto adjunto.

¹⁶⁰ Cf. FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 7.9, en 484 (“Como el contrato involucra dos partes... la búsqueda de significado empieza por el significado atribuido por las dos partes a las palabras del contrato; cada uno necesita el asentimiento del otro”); U.C.C. § 1-201(3) (1978) (“Acuerdo” significa la negociación de las partes según surge del lenguaje empleado por éstas o se infiere de otras circunstancias como el curso de la negociación, los usos del comercio o de la ejecución según lo dispuesto en esta ley”).

¹⁶¹ Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 153 (1979) (donde se especifica cuándo el error de una de las partes es causa de nulidad del contrato).

subjetiva así como las excepciones en las que prevalece la evidencia de esta última.

C. Determinación de la obligación contractual en la teoría consensual

1. La naturaleza presuntiva del consentimiento

Richard Epstein sugirió que los principios jurídicos utilizados para determinar la obligación pueden ser caracterizados como presuntivos por naturaleza ¹⁶². En otras palabras, los principios jurídicos que intentan describir a grandes rasgos cuáles son las obligaciones a las que darán lugar ciertos actos no deberían ser aplicados de manera “absoluta”. Más bien, estos principios deberían presentar “casos *prima facie*” de obligación jurídica que describan la conexión normal o presunta entre ciertos actos y sus consecuencias ¹⁶³. Tal presunción de obligación, sin embargo, puede ser refutada si se prueba la existencia de otros hechos que el sistema jurídico reconoce como factores que debilitan la significación normal del caso *prima facie*. Estas respuestas o “excepciones” presentadas al caso *prima facie* son sólo vinculantes en principio, ya que también pueden ser rebatidas por otros hechos alegados por la persona que busca obtener reparación. De este modo, los principios o elementos que determinan la obligación jurídica intervienen en etapas ¹⁶⁴.

En la teoría consensual, no habiéndose opuesto ninguna excepción válida, la prueba del consentimiento a una transferencia de derechos enajenables (junto con la del incumplimiento) es suficiente para obtener una sentencia por incumplimiento contractual. El consentimiento es *prima facie* vinculante por su conexión típica con el asentimiento subjetivo (lo que protege los

¹⁶² Véase EPSTEIN, “Pleadings and presumptions”, 40 *U. Chi. L. Rev.* 556 (1973) (para una descripción del funcionamiento de la argumentación por etapas en el análisis jurídico); cf. EISENBERG, *supra* nota 1, en 641 (“Expresado en el lenguaje del procedimiento civil, los principios que se ocupan de la exigibilidad de las promesas deberían establecer si el incumplimiento de una promesa de una clase determinada da lugar a un reclamo jurídico. Entonces, las cuestiones relativas a la calidad de una promesa individual deberían ser un tema vinculado a las excepciones”).

¹⁶³ Un enfoque que interprete las normas jurídicas presuntamente aplicables —el caso *prima facie*— basándose en las circunstancias “normales” y luego permita ciertas excepciones fundadas en las circunstancias “anormales” que afectan la aplicabilidad del caso *prima facie* minimizaría (aunque tal vez no eliminaría totalmente) el problema de la “textura abierta” de las reglas generales señalado *supra* en la nota 85 y el texto adjunto.

¹⁶⁴ Cf. EPSTEIN, “Defenses and subsequent pleas in a system of strict liability”, 3 *J. Legal Stud.* 165 (1974) (ofrece una amplia descripción de aquellas circunstancias que refutan la presunción normal implícita en el caso *prima facie* de daño extracontractual según el cual las personas responderían por los daños que causen); EPSTEIN, *supra* nota 152, en 166-74 (A es *prima facie* responsable del daño que haya causado intencionalmente, pero si esgrime exitosamente una excepción, puede que B no tenga derecho a una sentencia favorable).

intereses del promitente) y porque las personas por lo general sólo pueden conocer las intenciones que han sido manifestadas por otros (lo que protege la confianza del destinatario de la promesa y de terceros, así como la “seguridad en las transacciones”). En las dos secciones siguientes se discutirá el caso *prima facie* de consentimiento y el rol que cumplen las excepciones en la teoría consensual.

2. *Determinación del caso prima facie de consentimiento*

Hay dos maneras de manifestar la intención de obligarse. La primera es recurrir al uso deliberado de una formalidad legal ¹⁶⁵ de modo de comunicar en forma explícita a otro un significado concreto: la intención de obligarse. Éste es el modo formal de prestar consentimiento. La segunda consiste en comunicar indirecta o implícitamente ese significado por medio de otro tipo de actos. Éste es el modo informal de consentir.

2.a. *El consentimiento formal*

Durante gran parte de la historia del *common law*, la principal manera de dar origen a lo que ahora entendemos como una obligación contractual consistía en plasmar el acuerdo en un documento escrito y sellado ¹⁶⁶. Las acciones iniciadas sobre la base de promesas informales eran susceptibles de ser objeto de las excepciones comúnmente oponibles a los contratos de apuesta, lo que socavaba seriamente la posibilidad de reclamar el cumplimiento ¹⁶⁷. El surgimiento de la *action of assumpsit* puede entenderse como la respuesta de los jueces del *common law* a presiones competitivas ¹⁶⁸ para escapar de este (y otros) obstáculo procesal a la ejecución de promesas informales.

Como ya se dijo ¹⁶⁹, sin embargo, el surgimiento de la *assumpsit* como la principal acción de cumplimiento contractual requirió el desarrollo de una limitación doctrinaria a la ejecución de los acuerdos, proporcionada por la doctrina de la contraprestación ¹⁷⁰. Este desarrollo finalmente derivó en el

¹⁶⁵ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 801 (El uso de una forma legal “ofrece un marco jurídico al cual la parte puede ajustar sus acciones o, para decirlo de otro modo, ofrece canales para la expresión de la intención con efectos jurídicos”).

¹⁶⁶ Véase SIMPSON, A., *supra* nota 75, en 88-90.

¹⁶⁷ *Id.* en 137-44.

¹⁶⁸ Véase HELMHOLZ, “Assumpsit and fidei laesio”, 91 *Law Q. Rev.* 406 (1975) (describe la competencia entre los tribunales del *common law* y los tribunales eclesiásticos en la ejecución de las promesas informales).

¹⁶⁹ Véase *supra* notas 73-75 y el texto adjunto.

¹⁷⁰ La Ley de Fraudes de 1677 era otra limitación de este tipo. Véase A. SIMPSON, *supra* nota 75, en 599-600.

posicionamiento de la teoría de la contraprestación, que a su vez creó involuntariamente problemas doctrinarios en la ejecución de los acuerdos formales en los que no había contraprestación. No obstante su larga historia, los acuerdos formales tales como los contratos sellados comenzaron a ser vistos como “excepciones” al requisito “normal” de existencia de contraprestación. Expresiones tales como “un sello implica contraprestación” o “sustituye a la contraprestación” se hicieron corrientes ¹⁷¹.

A pesar de esos casos y de las compilaciones doctrinarias ¹⁷², las promesas formales han ocupado un lugar incierto en el derecho contractual ¹⁷³ porque han carecido de soporte teórico. En un escenario en el que la opinión está influida por nociones de “intercambio” y “confianza inducida”, cuando no hay intercambio o confianza demostrable que respalden la ejecución, la presencia de una formalidad significativa puede no ser suficiente para satisfacer a los tribunales ¹⁷⁴. Ni siquiera los renombrados trabajos sobre el derecho de los contratos de Lon Fuller ¹⁷⁵ lograron dar un soporte teórico a los contratos formales.

La teoría consensual, sin embargo, proporciona la base teórica ausente en los contratos formales y explica el lugar que éstos ocupan en un derecho contractual bien construido. El uso voluntario por el promitente de una formalidad reconocida transmite de la manera más inequívoca posible a la otra

¹⁷¹ Véase, por ejemplo, In re “Conrad’s Estate”, 333 Pa. 561, 563, 3 A.2d 697, 699 (1938); “Aller v. Aller”, 40 N.J.L. 446 (1878); cf. CRANE, “The magic of the private seal”, 15 *Colum. L. Rev.* 24, 25-26 (1915) (“Los libros mencionaban con frecuencia que los sellos constituían evidencia de contraprestación; pero la versión correcta de la norma es que un instrumento sellado no requiere contraprestación” [se omitió la nota al pie]).

¹⁷² Véase, por ejemplo, *Restatement (Second) of Contracts* § 95 (1979) (especifica las condiciones necesarias para que un documento sellado sea vinculante sin contraprestación).

¹⁷³ Véase FRIED, C., *supra* nota 8, en 28-29 (“La tendencia a alejarse de los sellos por ser una reliquia anacrónica y la naturaleza estrecha y episódica de las excepciones legales hacen que la doctrina de la contraprestación sea la norma”).

¹⁷⁴ Es difícil determinar en qué medida esta negativa se debe a razones teóricas o a la poca importancia de ciertas formalidades que se supone equivalen a sellos. Compárese la opinión de *Chancellor Kent* en “Warren v. Lynch”, 5 Johns. 239, 245-46 (N.Y. 1810) (“Un garabato con un bolígrafo no es un sello, y no merece ser tenido en cuenta... Por más que llamemos a un papel escritura no será tal si carece de los requisitos formales... La política de la norma consiste en dotar de solemnidad al otorgamiento de instrumentos importantes, de modo de garantizar la atención de las partes y reducir las posibilidades de que se cometa fraude contra los desprevenidos”) con 1892 *N.Y. Laws*, ch. 677 § 13 (“El sello privado de las personas... en los instrumentos o documentos... será la palabra ‘sello’ o las letras ‘L.S.’ junto a la firma”). Véase también EISENBERG, *supra* nota 1, en 660 (donde se describe la erosión sufrida por “los elementos de ritual y de personificación”); FULLER, *supra* nota 153, en 823 (donde se cuestiona “si con nuestra forma actual de hacer negocios, rutinaria e institucionalizada, las ‘formalidades sábana’ pueden cumplir las aspiraciones que las formas supuestamente deben cumplir”).

¹⁷⁵ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 822-23 (“Mientras los hombres se hagan promesas unos a otros, el desiderátum que subyace al uso de formalidades retendrá su relevancia”).

parte la intención de quedar jurídicamente vinculado. Como señaló un tribunal:

“Si una parte ha manifestado su intención en forma completa y absoluta en un documento sellado y entregado, con las formalidades más solemnes previstas por nuestro derecho, ¿con qué razón podría impedirse su cumplimiento cuando no medie fraude o ilegalidad?”¹⁷⁶.

Los contratos formales deberían ser un caso “sencillo” de ejecución contractual, pero las teorías dominantes que requieren la existencia de contraprestación, confianza inducida o incluso “eficiencia” económica tendrían serios problemas para explicar por qué¹⁷⁷. Por el contrario, la teoría consensual no requiere que subyazga intercambio alguno o confianza demostrable para que tales acuerdos sean ejecutables.

Lo mismo sucede, señala Lon Fuller, con la contraprestación nominal y las falsas declaraciones que denuncian una contraprestación recibida¹⁷⁸. La teoría consensual reconoce que la declaración de las partes de que existe “contraprestación” puede satisfacer la función canalizadora de las formalidades, ya sea que exista en realidad contraprestación o no. Si es de conocimiento público que la frase escrita “como contraprestación por valor recibido” significa que uno intenta celebrar un acuerdo jurídicamente vinculante, entonces estas palabras cumplirán la función canalizadora con la misma o mayor eficacia que un sello o cualquier otra formalidad¹⁷⁹. La norma vigente según la cual la falsedad de tal declaración permite a los tribunales anular la transacción por falta de contraprestación¹⁸⁰ es por lo tanto contraria a la teoría consensual¹⁸¹.

¹⁷⁶ “Aller v. Aller”, 40 N.J.L. 446, 451 (1878); véase también *Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings* 194 (1925) (“No veo por qué un hombre no podría hacerse responsable si desea hacerlo” [declaración de S. Williston]).

¹⁷⁷ Por ejemplo, cuando no hay una contraprestación distinta a cambio de mantener una oferta irrevocable durante un tiempo determinado, la teoría de la contraprestación tendría dificultades para explicar la exigibilidad de esas “ofertas firmes” tal como están reconocidas en el U.C.C. § 2-205 (1977), el cual no requiere ni contraprestación ni confianza perjudicial para obtener el cumplimiento.

¹⁷⁸ Véase FULLER, *supra* nota 153, en 820 (“El motivo correcto para confirmar estas decisiones sería que el desiderátum que subyace al uso de formalidades está satisfecho por el hecho de que las partes se han tomado la molestia de dar a su transacción la forma de un intercambio”).

¹⁷⁹ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 660-61 (“Podemos asumir que las partes que simulan formular una promesa con contraprestación cuando no la hay, lo hacen con el fin de que la promesa sea jurídicamente exigible”).

¹⁸⁰ Véase *Restatement (Second) of Contracts* § 71 comentario b (1979); véase, por ejemplo, “Schnell v. Nell”, 17 Ind. 29, 32 (1861) (“La contraprestación de un centavo es y quiso ser claramente, en este caso, solo nominal”); “Shepard v. Rhodes”, 7 R.I. 470, 475 (1863) (La contraprestación de un dólar fue “meramente nominal” [el énfasis es del original]).

¹⁸¹ Véase no obstante *Restatement (Second) of Contracts* § 87(1)(a) (1979) (que modifica la prohibición del § 71 para permitir que las declaraciones sobre contraprestaciones supuestas hagan exigible una “oferta firme” como un contrato de opción).

2.b. *Consentimiento informal*

El consentimiento a una transferencia de derechos puede ser expreso o tácito. Los contratos formales que expresan consentimiento para transferir derechos enajenables no presentan problema alguno para la teoría consensual. La ejecución de compromisos informales en los que la evidencia de la intención de quedar jurídicamente obligado es menos clara, sin embargo, ha asediado al derecho contractual por siglos ¹⁸². En tales acuerdos, los tribunales deben inferir el asentimiento a quedar obligado de las circunstancias del caso, o de las “contraprestaciones” ¹⁸³, o de la “causa” ¹⁸⁴ que indujo a las partes a actuar.

(i) *El intercambio como evidencia de consentimiento*

En la teoría consensual, el intercambio cumple con el rol canalizador ¹⁸⁵. El hecho de que una persona haya recibido algo de valor a cambio de una “promesa” puede indicar que esta promesa fue expresión de una intención de transferir derechos ¹⁸⁶. Más aún, en ciertas circunstancias en las que las transferencias gratuitas son poco frecuentes, la recepción de un beneficio a cambio de una promesa debería indicar objetivamente al promitente que la promesa ha sido interpretada por la otra parte como jurídicamente vinculante ¹⁸⁷.

Aunque la existencia de intercambio u otra motivación para la transacción puede constituir evidencia válida del tipo de acuerdo que se ha cele-

¹⁸² Véase LORENZEN, *supra* nota 144, en 646 (quien critica los límites impuestos por el derecho angloamericano a las formas en que puede demostrarse la “intención de asumir una obligación”).

¹⁸³ Con respecto a este uso arcaico de la palabra “contraprestación”, véase A. Simpson, *supra* nota 75, en 321 (“Las argumentaciones en la acción de *assumpsit* siempre alegaban una confianza inducida”).

¹⁸⁴ Para ver las posibles similitudes entre la noción de “contraprestación” y el concepto de “causa” civil, véase MASON, “The utility of consideration. A comparative view”, 41 *Colum. L. Rev.* 825, 825-31 (1941); cf. LORENZEN, *supra* nota 144, en 646 (“No hay en realidad una ‘doctrina’ de la *causa* que pueda ser definida”).

¹⁸⁵ Cf. *Restatement (Second) of Contracts* § 75 comentario a (1979) (“Dado que el principio de que los intercambios son vinculantes está ampliamente reconocido y es reafirmado en muchas situaciones por costumbre o convención, el hecho del intercambio... tiende a satisfacer la función precautoria y canalizadora de las formas”).

¹⁸⁶ Cf. ATIYAH, P., *supra* nota 123, en 184 (“Uno de los justificativos más comunes de considerar a la promesa como obligatoria es que ella constituye evidencia, reconocimiento, de la existencia de alguna otra obligación debida por el promitente. Al hacer una promesa explícita, el promitente concede o reconoce la existencia y el alcance de la obligación preexistente”).

¹⁸⁷ Los eventuales deberes que la recepción de un beneficio oneroso impone a quien lo recibe están más allá del alcance de este artículo, salvo para señalar que tal recepción puede manifestar la intención del beneficiario de quedar jurídicamente obligado por el compromiso al mismo tiempo asumido.

brado, en la teoría consensual la ausencia de contraprestación no excluye la aplicación de sanciones legales si hay otros indicios de consentimiento. Volviendo a los ejemplos de Fried ¹⁸⁸, si puede probarse que una parte voluntariamente expresó su intención de quedar jurídicamente obligada a mantener una oferta de transferir derechos, condonar una deuda, modificar una obligación o pagar por favores pasados, estos acuerdos son exigibles (siempre que se cumpla con los otros requerimientos contractuales, como la aceptación).

Cuando el intercambio es lo usual —como en la mayoría de las compraventas— no es necesario que el derecho exija una prueba explícita de la intención de quedar jurídicamente obligado, tal como una formalidad adicional ¹⁸⁹, o incluso la prueba del intercambio. En esas circunstancias, si puede probarse que se realizó una venta en condiciones de igualdad, presuntamente ha habido una manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado. Por esta razón, la disposición del Uniform Commercial Code según la cual “un contrato de compraventa de mercaderías puede celebrarse de cualquier manera que indique la existencia de acuerdo, incluida la conducta de las partes que evidencia la existencia del contrato” ¹⁹⁰ es totalmente consonante con la teoría consensual.

En un sistema jurídico animado por el enfoque del consentimiento, el reconocimiento de que la “contraprestación” es solamente evidencia presuntiva de la existencia de consentimiento y de que éste puede demostrarse por otros medios podría producir resultados notablemente similares a la práctica habitual. Sin embargo, para evitar errores y confusiones innecesarias, es importante comprender el marco teórico ¹⁹¹.

¹⁸⁸ Véase *supra* nota 77 y el texto adjunto. Nótese que en la mayoría de estos casos las formalidades son suficientes para indicar la presencia de consentimiento.

¹⁸⁹ Véase FULLER, *supra* note 153, en 806 (La función canalizadora de las formalidades “no tiene lugar cuando las actividades humanas ya están divididas en categorías de negocios claramente definidas... Es por esta razón que importantes transacciones tanto en el mercado de valores como de productos pueden llevarse a cabo con seguridad de la manera más ‘informal’”). La formalidad podría ser exigida, sin embargo, si fuese la costumbre comercial o si la transacción fuese particularmente importante o, en algún otro aspecto, fuera de lo común.

¹⁹⁰ U.C.C. § 2-204 (1977).

¹⁹¹ Como concluye FULLER, *supra* nota 153, en 824:

“Una crítica original a estos problemas llegaría a conclusiones sustancialmente similares a aquellas que resultan de la doctrina de la contraprestación actual. No es necesario abolir la doctrina de la contraprestación sino la concepción del método jurídico que asume que aquella puede ser entendida y aplicada sin tomar en cuenta los fines a los que sirve. Cuando hayamos redefinido la contraprestación de acuerdo con sus políticas subyacentes el problema de adaptarla a nuevas circunstancias quedará mayormente resuelto”.

(ii) *La confianza como evidencia de consentimiento*

La teoría consensual también identifica aquellas circunstancias en las que la presencia de confianza constituye un sustituto adecuado para el tradicional requisito de contraprestación. Si la principal función de la contraprestación es ser un modo de manifestar el asentimiento a obligarse y no constituir un requisito *prima facie* de la obligación contractual, entonces afirmar la equivalencia entre la confianza y la contraprestación ¹⁹² es menos problemático. Los gastos en los que incurre la parte que confía en las palabras y la conducta del promitente prueban la naturaleza de la transacción tanto como lo hace la existencia de contraprestación, especialmente cuando el promitente conoce o debe conocer la existencia de confianza ¹⁹³.

Suponga que *A* promete algo importante a *B* como, por ejemplo, transmitir la propiedad de un terreno. La promesa es clara, pero es ambigua en cuanto a los efectos jurídicos buscados. ¿Pretende *A* quedar obligado y, por tanto, sujeto a las sanciones legales si incumple o está simplemente manifestando lo que cree que serán sus intenciones futuras? Ahora suponga que *B* anuncia a *A* su intención de confiar en la promesa de un modo sustancial —por ejemplo, construyendo una casa en el terreno— y que *A* no dice nada. Suponga además que *B* comienza la construcción mientras ve que *A* observa en silencio. Parecería que en tales circunstancias las intenciones ambiguas de *A* se han clarificado. Al permanecer en silencio frente a una manifestación de confianza tan importante que *B* no hubiese realizado sin un compromiso jurídico de *A* (*A* no podría razonablemente haber creído que *B* tenía la intención de donarle la casa), *A* ha manifestado su intención de quedar jurídicamente obligado ¹⁹⁴.

De este modo, el silencio del promitente mientras observa la inversión sustancial en confianza del destinatario de la promesa puede manifestar su asentimiento ¹⁹⁵. En la teoría consensual, la ejecución está garantizada aun en ausencia de intercambio o formalidad si se prueba que hubo consentimiento.

¹⁹² Véase, por ejemplo, ATIYAH, P., *supra* nota 123, en 184-89.

¹⁹³ Véase *id.* en 192-95 (para un análisis del valor probatorio de la confianza en la promesa).

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, “Greiner v. Greiner”, 293 P. 759 (Kan. 1930); “Seavey v. Drake”, 62 N.H. 393 (1882); “Roberts-Horsfield v. Gedicks”, 94 N.J. Eq. 82, 118 A. 275 (1922). En cada uno de estos casos, el promitente permaneció callado ante la confianza sustancial en una promesa de transmitir inmuebles. Los tribunales otorgaron una indemnización pese a la falta de contraprestación.

¹⁹⁵ Cf. McCORMICK en *Evidence* § 270, en 799 (3d ed. 1984) (“Si un tercero en presencia de una de las partes del juicio realiza una declaración que contiene afirmaciones de hecho que, de ser falsas, serían negadas por la parte en cualquier circunstancia, el silencio se interpreta tradicionalmente como aceptación” [se omitió la cita al pie]).

Como ya se discutió ¹⁹⁶, cuando intentamos discernir la confianza “razonable” (o prudente) no podemos arribar a ninguna conclusión que sea independiente de la percepción acerca de la exigibilidad de la promesa, lo que nos deja nuevamente frente a la pregunta con la que empezamos. Por consiguiente, una teoría basada únicamente en la confianza no puede contestarla. Por el contrario, en la teoría consensual la confianza está jurídicamente protegida (y por lo tanto se la considera justificada) sólo si se trata de confianza en una intención manifestada de obligarse ¹⁹⁷. La confianza en un acuerdo que no llega a ser una intención manifestada de obligarse no está por lo general protegida y es asumida por el destinatario de la promesa a su propio riesgo.

La única evaluación de “razonabilidad” que exige la teoría consensual es sobre el *significado* “razonable” o probable de las palabras y la conducta del promitente. Pese a lo difícil que a veces puede resultar esta tarea interpretativa, no adolece del mismo tipo de circularidad que afecta a la determinación de la “confianza razonable”. La interpretación de significado en el contexto contractual consiste en establecer, o bien (a) el sentido común y no jurídico de las palabras, (b) el significado especial de la jerga jurídica o de las formalidades que han empleado las partes ¹⁹⁸, o (c) algún otro significado especial entendido por ambas partes ¹⁹⁹. En todo caso, éste es el tipo de investigación en el que rutinariamente nos involucramos cada día al comunicarnos ²⁰⁰.

Al proveer un criterio de exigibilidad *accesible para ambas partes*, la teoría consensual alienta la acción informada. Una vez que se sabe que el estándar jurídico de exigibilidad es el consentimiento, ¿a quién corresponde decir qué conducta es “razonable” o prudente? Podría ser prudente confiar en un compromiso que se sabe no exigible, en virtud de otras circunstancias que el receptor de la promesa conoce del promitente, o podría no serlo. Esta

¹⁹⁶ Véase *supra* notas 20-25 y el texto adjunto.

¹⁹⁷ Esto está sujeto a la condición de que los tribunales ejecuten los acuerdos subjetivos una vez probados. Véase *supra* nota 156 y el texto adjunto.

¹⁹⁸ Una formalidad ideal es un acto tan singular que no tiene un significado “normal” además del jurídico, de modo que ninguna persona “razonable” que no haya buscado ese efecto lo habría realizado. Prender una vela, derramar la cera sobre un documento y luego imprimir sobre ella el sello personal era un acto de naturaleza singular. Una vez que el documento “sellado” pudo ser ejecutado imprimiendo de antemano las letras “L.S” después de la firma, el acto obviamente perdió esta característica. Ver *supra* nota 174.

¹⁹⁹ Este significado incluiría cualquier uso específico empleado en una comunidad en particular. Véase, por ejemplo, “Weinberg v. Edelstein”, 201 Misc. 343, 345. 110 N.Y.S.2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952).

²⁰⁰ Ver HART, H.L.A., *supra* nota 85, en 123 (“Los términos generales serían inútiles como medio de comunicación a menos que hubiesen... casos familiares, generalmente indiscutidos”).

decisión no le corresponde a un tribunal. Debería ser claro a esta altura que la teoría consensual identificaría casos de obligación contractual que la teoría del intercambio ignoraría. Por ello, protegería mejor la confianza y la facilitaría: en la teoría consensual, uno no necesitaría haber confiado en un intercambio para estar protegido.

Una vez establecido que la confianza está protegida porque está basada en el consentimiento (y por lo tanto cuando así lo sea), los tribunales deben aún decidir *en qué medida* la confianza será protegida, es decir, cuál es la medida de la responsabilidad por las consecuencias del incumplimiento de la obligación ²⁰¹. El enfoque estándar es adoptar una valoración de la responsabilidad basada en la “previsibilidad” ²⁰², similar al juicio de prudencia o predicción empleado al evaluar la existencia de una obligación basada en la confianza: ¿qué conducta debería haber esperado razonablemente el promitente del destinatario de la promesa que confió en el contrato? Pero el mismo problema visto anteriormente respecto de la obligación existe respecto de la responsabilidad ²⁰³. En ambos casos, lo que la mayoría de las personas haría depende de su percepción sobre cuál es la regla jurídica que regula el alcance de la responsabilidad, por lo que tal predicción no puede por sí misma determinar la regla jurídica.

Así como la teoría consensual encara el problema de la obligación empleando el criterio de “consentir la obligación”, se encargaría del problema de la extensión de la responsabilidad empleando el criterio de “consentir la responsabilidad”. Ésta es la misma respuesta propuesta por el Juez Holmes en “Globe Refining Co. v. Landa Cotton Oil Co.” ²⁰⁴, que ha sido llamada el *test* del “asentimiento tácito” ²⁰⁵.

²⁰¹ Véase EISENBERG, *supra* nota 1, en 651 (“La determinación de qué *tipo* de promesas debería hacer cumplir el derecho está estrechamente ligada con el *alcance* dicha ejecución” [énfasis en el original] [cita al pie omitida]).

²⁰² Véase, por ejemplo, “Hadley v. Baxendale”, 9 Ex. 341, 355, 156 *Eng. Rep.* 145, 151 (1854).

²⁰³ Véase *supra* notas 19-25 y el texto adjunto.

²⁰⁴ 190 U.S. 540, 545 (1903) (la parte que será responsabilizada “debe darse cuenta de la medida de la responsabilidad, en aquellas circunstancias en que *debe saber* que la persona con la que contrata cree razonablemente que él acepta el contrato con la condición especial prevista por éste” [el énfasis es nuestro] [citando “British Columbia Saw-Mill Co. v. Nettleship”, 3 L.R.-C.P. 499, 509 (1868)]); véase también “Hooks Smelting Co. v. Planters’ Compress Co.”, 72 Ark. 275, 286-87, 79 S.W. 1052, 1056 (1904) (para el empleo del *test* del asentimiento tácito); HOLMES, O., *The Common Law* 236-37 (M. Howe ed. 1963) (“Conocer, incluso al momento de la celebración del contrato, aquellas circunstancias especiales que podrán dar lugar a indemnizaciones por daños indirectos en caso de incumplimiento, no es suficiente, a menos que se interprete que la asunción de ese riesgo estaba incluida equitativamente en el contrato”); McCORMICK, C., *A Handbook on the Law of Damages* § 141, en 578-79 (1935) (citando otros casos que siguen el criterio de “Globe” y emplean el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁵ Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § 12.14, en 875 (quien describe el *test* del asentimiento tácito y señala que ha sido rechazado en la mayoría de las jurisdicciones); U.C.C. § 2-715 comentario

Mientras que la naturaleza ficticia del consentimiento “tácito” ha sido objetada en más de una ocasión ²⁰⁶, la fuente de este problema no se encuentra en la teoría consensual sino en la tradicional renuencia judicial a ejecutar cláusulas expresas que especifican el alcance de la responsabilidad, cuando difieren del estándar aplicado por los tribunales ²⁰⁷. Con estos antecedentes jurídicos, ¿qué otra razón tendrían los agentes maximizadores racionales para negociar tales cláusulas que no fuera su discrepancia respecto de ese estándar y la posibilidad de encontrar la forma de apartarse de él? Al reconocer a las partes el derecho de consentir la extensión de la responsabilidad, del mismo modo que la obligación, puede anticiparse que la ficción del asentimiento “tácito” será reemplazada por verdaderos acuerdos, ya sean implícitos o expresos, cuando las partes discrepen con la regla establecida por los tribunales ²⁰⁸.

Sin embargo, en la medida en que las partes *puedan* autoexcluirse voluntariamente de la responsabilidad integral por todas las consecuencias dañosas previsibles, la adopción de la teoría consensual en esta área es menos necesaria que al nivel de la obligación. Esto se debe a que la mayoría de las personas saben que están celebrando un contrato y, entonces, pueden estipular, y de hecho estipulan, cláusulas que limitan la responsabilidad. En cambio, si la teoría consensual no es empleada para determinar la existencia de la obligación, las partes que no saben que están celebrando un contrato no siempre podrán tomar medidas para evitar la obligación que se les puede imponer.

En resumen, la contraprestación y la confianza son equivalentes en la medida en que la existencia de cualquiera de ellas en una transacción puede manifestar la intención de una o de ambas partes de quedar jurídicamente

2 (1977) (“El *test* del ‘acuerdo tácito’ para el cobro de la indemnización por daño emergente es rechazado”). Pero véase “Murrow v. First Nat’l Bank”, 261 Ark. 568, 550 S.W.2d 429 (1977) (donde se acepta el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, McCORMICK, C., *supra* nota 204, § 141, en 580 (“agrega la ficción de una promesa tácita a la ficción original de la ‘previsibilidad’...”).

²⁰⁷ Véase NOTE, “Liquidated damages recovery under the restatement (second) of contracts”, 67 *Cornell L. Rev.* 862, 866 (1982) (“Cuando los daños ciertos resultantes de un incumplimiento eran menores o inexistentes, algunos tribunales aplicaban principios de equidad para evitar ejecutar las cláusulas penales” [se omitió la cita]); véase también A. SIMPSON, *supra* nota 75, en 118-25 (quien describe el desuso de la caución condicional).

²⁰⁸ Véase, por ejemplo, POLINSKY, A., *supra* nota 28, en 25 (el derecho contractual proporciona términos supletorios que minimizan los costos de transacción al satisfacer las intenciones de la mayoría de los contratantes); POSNER, R., *supra* nota 30, en 69 (Una función económica del derecho contractual “es reducir la complejidad y, por lo tanto, los costos de transacción ofreciendo un conjunto de términos normales que, de no existir el derecho de los contratos, las partes hubiesen negociado expresamente”).

obligadas. En cualquier caso, la ausencia de contraprestación o confianza no impedirá la ejecución de una transferencia de derechos que pueda probarse de cualquier otra forma, como ser, por ejemplo, por un documento escrito o por la prueba suficiente de un acuerdo verbal claro ²⁰⁹.

3. *Excepciones contractuales: refutación del caso prima facie de consentimiento*

Se requiere de consentimiento, tanto formal como informal, para que exista un caso *prima facie* de obligación contractual. Esto significa que, en ausencia de una excepción (*affirmative defense*), la intención manifestada de transferir derechos enajenables justificará la ejecución del compromiso. Las excepciones contractuales tradicionales son aquellas que describen circunstancias que, una vez probadas, privan a la manifestación de asentimiento de su significación moral y, por lo tanto, también jurídica. Estas excepciones pueden ser agrupadas en tres categorías, cada una de las cuales destruye el caso *prima facie* de consentimiento de una manera diferente.

El primer grupo de excepciones —la violencia, el dolo y (posiblemente) las disposiciones abusivas— ²¹⁰ se refiere a circunstancias en las que la manifestación de la intención de obligarse jurídicamente ha sido obtenida por el destinatario de la promesa incorrectamente; la manifestación de asentimiento fue obtenida ilegítimamente ²¹¹ o se basó en una información errónea de la cual el destinatario de la promesa es responsable ²¹². El segundo grupo —incapacidad, minoridad e intoxicación— está vinculado con atributos del promitente que evidencian una falta de aptitud para declarar su asentimiento. El tercer grupo —error, imposibilidad y frustración— proviene de la imposibilidad de prever en forma acabada en el acuerdo todas las contingencias que pueden afectar al cumplimiento. Todos los grupos describen eventos (a) cuya no ocurrencia podía considerarse un presupuesto real, aun-

²⁰⁹ No se está afirmando que tales medidas de preservación, que cumplen una función probatoria —como la Ley de Fraudes, la regla de la prueba no escrita o ciertos requisitos formales—, estén fuera de lugar en la teoría consensual. Cf. LORENZEN, *supra* nota 144, en 644 (El derecho puede “exigir ciertas formalidades para prevenir el fraude, o como garantía de que el contrato en cuestión representa la voluntad de las partes, si es que acaso se puede jurídicamente proporcionar este tipo de garantías. Pero dentro de los límites delineados, se sostiene, la voluntad de las partes para entablar relaciones jurídicas debería primar”).

²¹⁰ Para un análisis del abuso que lo colocaría en esta categoría de excepciones, véase EPSTEIN, *supra* nota 54; LEFF, *supra* nota 54.

²¹¹ Véase en general PHILIPS, “Are coerced agreements involuntary”, 3 *Law & Phil.* 133 (1984) (para una distinción entre los acuerdos coaccionados y los involuntarios).

²¹² Cf. EPSTEIN, “Privacy, property rights, and misrepresentations”, 12 *Ga. L. Rev.* 455, 466 (1978) (“Las mentiras... socavan la voluntariedad de la conducta del individuo...”).

que tácito, sobre el que se basó el consentimiento, y (b) cuyo riesgo de ocurrencia debe ser soportado por el destinatario de la promesa ²¹³. Cada tipo de excepción, por lo tanto, se distingue por la manera en que destruye la presunción usual sobre el significado del consentimiento. Pero todas las excepciones contractuales válidas describen circunstancias generales en las que al asentimiento parece faltarle su significación moral usual.

Estas excepciones contractuales tradicionales funcionarían en la teoría consensual, como lo hacen actualmente, para preservar la verdadera voluntariedad de la transferencia de derechos, en esos casos excepcionales en los que el consentimiento fue obtenido incorrectamente mediante coerción, o en casos en los que estamos dispuestos a reconocer otras circunstancias, tales como la existencia de información errónea, que invalidan la expresión de consentimiento. Esta negativa a ejecutar algunas instancias de asentimiento aparente, sin embargo, no implica una retirada hacia una teoría de la voluntad subjetiva. Sigue siendo cierto que una manifestación objetiva de la intención de quedar jurídicamente obligado es suficiente para generar un compromiso exigible. El único requisito es que esta manifestación objetiva haya sido voluntaria ²¹⁴.

La teoría consensual explica tanto la recepción moderna de la teoría objetiva en el caso *prima facie* de obligación contractual y las excepciones tradicionales al caso *prima facie*, que se basan en circunstancias que refutan la naturaleza por lo general voluntaria del consentimiento de un modo significativo. Cuando se prueba la existencia de tales circunstancias, ni siquiera el asentimiento manifestado a quedar jurídicamente obligado justifica la ejecución.

CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CONSENSUAL EN PERSPECTIVA

La teoría consensual de la obligación contractual considera vinculantes determinados acuerdos porque las partes involucran en la transacción ciertos derechos y manifiestan su asentimiento para transferirlos. Este enfoque

²¹³ En este tercer grupo de excepciones, el consentimiento no fue obtenido incorrectamente por el destinatario de la promesa y la persona que prestó el consentimiento era capaz de hacerlo. Esto, en parte, puede ayudar a explicar por qué los tribunales están bastante abiertos a los argumentos del destinatario de la promesa que dicen que el promitente asumió el riesgo de error, imposibilidad o frustración. Véase FARNSWORTH, E., *supra* nota 13, § § 9.3-.4, 9.6-.7, en 659-61, 666, 684-86, 692-94.

²¹⁴ Véase COHEN, *supra* nota 7, en 578:

“Un sistema jurídico desarrollado... debe trazar alguna distinción entre actos voluntarios e involuntarios... El derecho contractual moderno debería responder y responde a la necesidad de una discriminación mayor o más precisa en lo que hace al carácter intencional de los actos. La regulación del error, la violencia y el fraude en los contratos sería ininteligible sin esta distinción”.

capta con precisión lo que está en juego cuando los individuos buscan intercambiar o conceder derechos que han adquirido o que adquirirán en el futuro. Proporciona asimismo una explicación coherente tanto de la tradicional preferencia del *common law* por una interpretación objetiva de los contratos como de sus excepciones.

La teoría consensual establece que la demostración de consentimiento es suficiente (*prima facie*) para exigir el cumplimiento a la vez que garantiza aquellas excepciones que presentan circunstancias que socavan la significación moral del consentimiento objetivo. La teoría consensual también ilumina la actual insatisfacción que rodea a la doctrina de la contraprestación, reivindicando la reconocida necesidad de ejecutar algunos acuerdos gratuitos y de proteger algunos actos de confianza que no fueron producto de un intercambio. ¿Qué hay de los cinco “principios” contractuales analizados en la parte I? La teoría consensual especifica la verdadera relación entre estos intereses centrales del derecho contractual. De esta forma, ayuda a determinar a qué principio o interés debe darse prioridad en diferentes situaciones.

La atención que la teoría consensual le dedica al tema de la *voluntad* y la *autonomía* individual se refleja en la manera mediante la cual se determina el consentimiento: debe haber una manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado. La ejecución contractual, por lo tanto, usualmente reflejará la voluntad de las partes. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la voluntad, la teoría consensual explica la ejecución de manifestaciones de asentimiento que son contrarias a la verdadera intención de una de las partes. La teoría consensual, como la teoría de la confianza, protege jurídicamente la *confianza* depositada por el destinatario de la promesa en el consentimiento del promitente, incluso en algunos casos en los que éste no tuvo la intención subjetiva de quedar obligado. La teoría consensual se distingue de la teoría de la confianza en que ofrece un criterio ²¹⁵ que permite distinguir la confianza que está jurídicamente protegida de la que no lo está, y que es independiente de la confianza misma.

La teoría consensual facilita la distribución *eficiente* de los recursos protegiendo jurídicamente los intercambios consensuados. De tales intercambios surge información vital y de otro modo inaccesible acerca del valor y de este modo permiten que los recursos sean atraídos por quien les da un uso más valioso. Sin embargo, la teoría consensual reprueba las transferencias no consensuadas, sin importar la supuesta “eficiencia” de tales transferencias. La teoría consensual también elude la indeterminación extrema del enfoque de la justicia sustantiva, a la vez que protege un concepto de justi-

²¹⁵ Véase *supra* notas 197-200 y el texto adjunto.

cia más concreto —el de justicia procedimental— al apoyarse en principios generales sobre la formación del contrato y sus excepciones.

Finalmente, aunque la teoría consensual reconoce que las partes, en ciertas circunstancias, al *negociar* e incurrir en *confianza perjudicial*, pueden manifestar su asentimiento a la transferencia de derechos, también reconoce la relación de dependencia entre la teoría contractual y la teoría de los derechos. Así, la teoría consensual evita los riesgos propios de fundar la obligación contractual completamente en el intercambio o en la confianza.

¿Cómo encaja la teoría consensual en la tipología de teorías contractuales expuesta en la parte I? La teoría consensual es una teoría de los derechos y por lo tanto funda la obligación jurídica en los derechos de las partes. A diferencia de las teorías basadas en una de las partes, la teoría consensual acentúa la función interrelacional del derecho contractual. El criterio de exigibilidad —la manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado— respeta los intereses de ambas partes. El corolario del requisito de manifestación es que el significado de la conducta del promitente es interpretado desde la perspectiva del destinatario (razonable) de la promesa. Exigir la manifestación de la intención de quedar jurídicamente obligado protege la autonomía del promitente.

Además, la teoría consensual reconoce que preocupaciones sustantivas generadas al nivel de los derechos como, por ejemplo, la distinción entre derechos enajenables y no enajenables, pueden afectar la exigibilidad de algunos compromisos. No obstante, no emprende indagaciones de tipo sustantivas respecto de los acuerdos contractuales comunes ni interfiere en éstos como lo harían las teorías basadas en la sustancia. Finalmente, la teoría consensual respalda la aceptación tradicional de que algunos procedimientos, tales como la negociación o el uso de un sello, generan una fuerte presunción de exigibilidad. A diferencia de una teoría basada en el proceso, la teoría consensual especifica claramente su dependencia respecto de nociones subyacentes de derechos que permiten al sistema jurídico elegir qué procedimientos deben ser reconocidos y saber cuándo los requerimientos procedimentales deberían ser ignorados.

Thomas Kuhn, al describir la aceptación de nuevas teorías científicas, ha señalado que el hecho de que ellas no puedan inicialmente contestar todas las preguntas que les puedan ser planteadas no impide que reemplacen a las teorías anteriores ²¹⁶. Más bien, las nuevas teorías son aceptadas porque explican verdades conocidas, resuelven anomalías hasta entonces irri-

²¹⁶ KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions* 157-59 (2d ed. 1970).

tantes y proveen nuevas áreas promisorias de investigación ²¹⁷. Con este criterio, la teoría consensual debería ser considerada un enfoque potencialmente valioso para explicar la obligación contractual.

Aun así, la teoría necesita un mayor desarrollo y elaboración para poder ser evaluada completamente. Por ejemplo, el reconocimiento de que la obligación contractual depende de una noción más profunda de derechos individuales podría brindar una explicación de por qué algunos derechos pueden ser por naturaleza inalienables y por qué entonces algunos acuerdos no pueden ser exigibles. Esta idea puede servir también para determinar qué tipo de recursos contractuales —la ejecución forzosa o la indemnización por daños— corresponden en caso de incumplimiento ²¹⁸.

El propósito de este artículo no es poner fin a la discusión sobre la teoría o doctrina contractual, sino más bien permitir que ésta salga del estancamiento intelectual en el que se encuentra desde hace tiempo, y comience a transitar un camino más productivo. Si el movimiento de “la muerte del contrato” es producto del abandono y la desilusión respecto de la teoría de la voluntad, como una fuente distinta de la obligación contractual, y de la teoría de la contraprestación, como medio que permite distinguir formalmente entre ejercicios de la voluntad vinculantes y no vinculantes, entonces la “resurrección del contrato” constituye un reconocimiento de la correcta función del derecho contractual como mecanismo de transferencia dependiente conceptualmente de una noción más fundamental de derechos individuales. Una mejor comprensión de la obligación contractual debería en última instancia redundar en reglas y principios contractuales que faciliten la importante necesidad social de celebrar compromisos exigibles y confiar en ellos. Se espera que ésta y otras promesas de la teoría consensual sean cumplidas en el futuro.

²¹⁷ Id. en 169.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, BARNETT, *supra* nota 99 (analiza cómo la teoría consensual y una correcta distinción entre derechos enajenables e inalienables sugieren que las reglas que regulan la elección de los recursos jurídicos deberían variar según cuál de los tres tipos de contratos siguientes se haya incumplido: una contratación de recursos externos, un contrato sobre prestación de servicios personales o un contrato de servicios empresariales).