

UNA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL*

Randy E. Barnett**

No basta la simple promesa para crear un deber exigible legalmente, hace falta algún otro factor. La pregunta que hace el autor del presente artículo es ¿cuál es ese otro factor?

Para responder a la pregunta planteada en el párrafo anterior, el autor describe y critica las principales teorías desarrolladas por la doctrina que intentan explicar el elemento definidor de la exigibilidad de una promesa. Luego de realizado este análisis, concluye que la teoría del consentimiento contractual, en el marco de un sistema de titularidades, es la que responde a esta pregunta de una manera más completa y precisa.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Columbia Law Review 86. 1986. p. 269 bajo el título: "A consent theory of contract". La traducción y publicación se hacen bajo expresa autorización de Randy E. Barnett y del Columbia Law Review. La traducción fue realizada por Federico de Cárdenas Romero, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión –para el cuerpo del artículo– del doctor Eduardo Sotelo Castañeda, ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Profesor de Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Chicago. Master en políticas públicas y administración pública por la London School of Economics.

** Al escribir este artículo Randy E. Barnett era *Assistant Professor of Law* del Illinois Institute of Technology, Chicago Kent College of Law. En la actualidad es *Austin B. Fletcher Professor of Law* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston.

INTRODUCCIÓN

“El simple hecho de que un hombre prometa algo a otro no crea ningún deber legal ni hace posible utilizar remedio legal alguno frente a su incumplimiento. Para ser exigible, la promesa debe de estar acompañada por algún otro factor... La pregunta que surge es ¿cuál es ese otro factor? ¿Qué hecho o hechos deben acompañar a la promesa para hacerla exigible?”¹

Buscamos en la teoría legal para que nos diga cuándo el uso de la coacción contra un individuo es moralmente justificado². Nos dirigimos a la teoría contractual, en particular, para que ésta nos diga cuales son los compromisos interpersonales que el Derecho debería hacer exigibles. Sin embargo, la actual teoría contractual no nos proporciona una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Las cinco teorías o principios más conocidos de la obligación contractual, es decir, la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la justicia, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación, tienen limitaciones bastante básicas. Una teoría del consentimiento contractual evita estas dificultades al mismo tiempo que explica la obligación contractual de una manera plausible y coherente.

Las teorías son mecanismos de solución de problemas. Evaluamos el éxito de una teoría en particular si ésta resuelve el problema que originó la aparición de esta teoría. Empero, no podemos evaluar el éxito de una teoría particular, en el vacío. Ninguna teoría, en cualquier disciplina, desde la física pasando por la biología hasta la filosofía, es capaz de resolver todos los problemas existentes dentro de su disciplina. Lo que podemos hacer es comparar las teorías que compiten entre sí y analizar cuál de ellas maneja mejor el problema.

Nuestro criterio para comparar teorías incluye al menos tres factores: (a) la cantidad de problemas conocidos que la teoría resuelve igual o mejor que sus competidoras, (b) la importancia de los problemas que la teoría maneja satisfactoriamente, y (c) la capacidad de la teoría para resolver problemas futuros. Al evaluar teorías legales, mientras mejor explique una teoría en particular los casos en los cuales podemos estar seguros del resultado correcto, con mayor confianza

aceptaremos las respuestas que tal teoría sugiera para los casos que se encuentran en el margen, donde nuestras intuiciones son menos seguras.

En el capítulo I del presente artículo, evaluaremos las cinco teorías más populares de las obligaciones contractuales. Cada una de estas teorías captura correctamente algún aspecto de la obligación contractual. Sin embargo, la falta de consenso actual con relación al fundamento correcto de la obligación contractual sugiere que cada una de esas aproximaciones encierra debilidades importantes. Las teorías pueden ser agrupadas en tres tipos distintos: teorías basadas en las partes, teorías basadas en – estándares– criterios o principios y teorías basadas en procesos. Por lo menos, parte de la debilidad de cada teoría proviene de las deficiencias inherentes a su tipo. El propósito de este análisis comparativo será demostrar la necesidad de una aproximación más amplia que pueda capturar lo que tienen de verdadero estas teorías al mismo tiempo que evitar sus errores.

En el capítulo II, la teoría del consentimiento contractual³ será descrita y aplicada a los problemas identificados en el capítulo I. La teoría del consentimiento postula que la obligación contractual no puede ser completamente comprendida a menos que sea vista como parte de un sistema más amplio de titularidades legales. Tal sistema, basado en la moral⁴, especifica la esencia de los derechos que los individuos pueden adquirir y transferir y los mecanismos por los cuales pueden hacerlo. Propiamente entendido, el Derecho contractual es la parte de un sistema de titularidades que identifica aquellas circunstancias en las cuales dichas titularidades son válidamente transferidas de persona en persona mediante su consentimiento. El consentimiento es el componente moral que diferencia una transferencia de derechos enajenables válida de una inválida.

La teoría del consentimiento contractual explica por qué generalmente adoptamos un acercamiento “objetivo” a la intención contractual y por qué nos desviamos de este acercamiento en ciertas situaciones. Más aún, una teoría del consentimiento valida la exigibilidad de algunos compromisos para los cuales no ha tenido lugar ninguna negociación de intercambio

¹ CORBIN, L.A. “Corbin on Contracts”. 1963. p. 490. Véase, también, EISENBERG. “The Principles of Consideration”. En: Cornell Law Review 67. 1982. p. 640 (“Una promesa, como tal, no es legalmente exigible. La primera gran pregunta en el Derecho contractual es qué clase de promesas deberían ser exigibles”).

² El punto de vista que da a la moral un rol importante en la teoría legal se discute en las notas 109-111 *infra* y en el texto que las acompaña.

³ Discutí por primera vez la teoría del consentimiento contractual en: BARNETT, Randy. “Contract Scholarship and the Reemergence of Legal Philosophy”. En: Harvard Law Review 97. 1984. Donde también traté de plasmar el desarrollo reciente de la filosofía legal en un contexto histórico con la finalidad de explicar el resurgimiento de la filosofía normativa, en general, y de las teorías de las titularidades, en particular.

⁴ La teoría que se presenta en este artículo se basa en los requerimientos normativos de la moral. Pueden revisar las notas 109-128 *infra* y el texto que las acompaña. Sin embargo, los lectores que prefieren una perspectiva positivista podrían querer considerar el requerimiento del consentimiento sólo como un medio para entender el pasado y el presente de las decisiones judiciales y para reconciliar doctrinas aparentemente conflictivas.

–como, por ejemplo, aquellos sustentados por la “consideración nominal”– y, por tanto, rescata estos útiles acuerdos legales del incierto estatus en el que se encuentran en el actual Derecho de los contratos. Al proporcionar una prueba de exigibilidad clara y de sentido común que evita a los jueces la necesidad de distinguir la confianza “razonable” de la “no razonable” para determinar si se ha formado un contrato, la teoría del consentimiento permite a las partes calcular mejor quién asume el riesgo de confiar y, por ende, facilita la confianza en los compromisos interpersonales. Finalmente, una descripción de la obligación contractual desde una teoría del consentimiento, explica y justifica las defensas históricamente reconocidas de la obligación contractual.

I. EVALUANDO LAS TEORÍAS ACTUALES DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

Cinco teorías son las más utilizadas para explicar cuáles compromisos merecen ser exigidos y cuáles no: la teoría de la voluntad, la teoría de la confianza, la teoría de la justicia, la teoría de la eficiencia y la teoría de la negociación⁵. Estas teorías de la obligación contractual ejemplifican, actualmente, tres tipos de teorías contractuales. Las teorías de la voluntad y de la confianza son del tipo de teorías basadas en las partes contractuales. Las teorías de la eficiencia y de la justicia se basan en juicios de valor estándares. La teoría de la negociación está basada en el proceso. Al menos algunas de las debilidades de cada una de estas teorías son características propias de su tipo. Por esta razón, cada tipo de teoría será considerado por separado en este artículo.

Las críticas que se presentan en este capítulo no son todas las que existen ni particularmente novedosas. En la discusión se identificarán los principales problemas que diferentes teóricos han reconocido en cada teoría. El objetivo aquí no es refutar ninguna de estas aproximaciones. Por el contrario, el objetivo será demostrar que ninguna de ellas proporciona una teoría totalizadora de la obligación contractual.

La voluntad, la confianza, la justicia, la eficiencia y la negociación son mejor entendidas como preocupaciones centrales del Derecho de los contratos. Se requiere de una teoría de la obligación contractual que proporcione un marco que especifique cuándo una de estas preocupaciones debe ceder ante la otra⁶. Una teoría que se base exclusivamente en una única preocupación o en una combinación indeterminada de ellas, no podrá explicar la correcta relación entre tales preocupaciones. En el capítulo II explicaré cómo una teoría de los contratos basada en el consentimiento proporciona este marco requerido.

A. Teorías basadas en las partes contractuales

Las teorías aquí descritas como basadas en las partes contractuales son aquellas que se concentran en proteger a una de las partes en la transacción. Una denominación más precisa (aunque menos funcional) sería la de “teorías basadas en una de las partes”. Las teorías de la voluntad se preocupan, principalmente, de proteger a quien promete y las teorías de la confianza se ocupan de proteger a quien recibe la promesa. El excesivo énfasis que las teorías de la confianza y de la voluntad ponen, respectivamente, en una de las partes en particular crea problemas irresolubles para estas aproximaciones.

1. Teorías de la voluntad

Estas teorías sostienen que los compromisos son exigibles porque quien promete ha tenido la “intención” o ha elegido obligarse por su compromiso. “Según la visión clásica, el derecho de los contratos permite expresar y otorga protección a la voluntad que las partes han tenido ya que la voluntad es algo que por sí misma merece respeto”⁷. Bajo esta aproximación, el uso de la fuerza contra quien incumple la promesa está moralmente justificado porque esta persona autorizó el uso de la fuerza por el previo ejercicio de su voluntad. Quien promete no puede quejarse del uso de la fuerza en su contra puesto que al comprometerse quiso que tal fuerza pueda ser utilizada⁸.

⁵ Cuando una explicación de la obligación contractual se enfoca exclusivamente en uno de estos factores, ese factor puede ser identificado como el que forma la base de una teoría distinta, como en la “teoría de la voluntad”. Cuando dos o más factores son combinados pueden ser identificados más como principios, como “el principio de la confianza” o como el centro de preocupación de una teoría más general de la obligación contractual.

⁶ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 642-643 (favorece una concepción expansiva de la obligación contractual “que reconoce la exigibilidad de las promesas sobre la base de varios elementos y dirige la investigación a determinar esos elementos, a la vez que moldea los principios que los reflejan en una manera apropiada”).

⁷ COHEN. “The Basis of Contract”. En: Harvard Law Review 46. 1933. pp. 553-575.

⁸ Ver FRIED, C. “Contract as Promise”. 1981 (“Un individuo está moralmente vinculado a mantener su promesa porque ha invocado *intencionalmente* una convención cuya función es la de dar una base, base moral, a otro que espera el cumplimiento de la promesa”) (énfasis añadido). BURROWS. “Contract, Tort and Restitution: A Satisfactory Division or Not?”. En: Law Q. Review 99. 1983. pp. 217-258 (“Es la aceptación de una obligación lo vital; no es suficiente haber creído que los hechos eran reales o haber declarado que uno tiene la intención de cumplir ya que en esas situaciones la voluntad no se ha comprometido en sí misma a realizar algo”). KRONMAN categoriza al profesor Fried como un “teórico de la voluntad”. Ver KRONMAN, Anthony T. “A New Champion for the Will Theory”. En: Yale Law Review 91. 1981. p. 404. Para observar una comparación entre la teoría de la voluntad del profesor Fried y la teoría del consentimiento se pueden revisar las notas 146-147 *infra* y el texto que las acompaña.

Las teorías de la voluntad basan su fuerza moral en la noción de que los deberes contractuales obligan ya que son asumidos libremente por aquellos a quienes se les requiere cumplirlos. Consecuentemente, la exigibilidad no está moralmente justificada sin un compromiso genuino formulado por quien es la persona que será sujeta a sanción legal. Esta posición lleva casi naturalmente a indagar sobre el contenido mental de quien promete al momento de realizar el compromiso –el llamado punto de vista “subjetivo”. Después de todo, la teoría difícilmente podría basarse en la voluntad si la obligación no fuera elegida por el individuo sino impuesta por la ley.

Ha sido largamente admitido que un sistema de exigibilidad contractual no podría ser desarrollado si es que éste se adhiera a una teoría de la voluntad que requiriera una investigación subjetiva sobre la intención imputada de quien promete⁹. Donde no se pueda discernir el intento o la voluntad subjetiva real de las partes no existe problema práctico alguno, pues asumiremos que corresponde a las intenciones objetivamente manifestadas. Pero en aquellos casos en los que la intención subjetiva pueda ser comprobada de alguna manera y ella resulte contraria a la conducta manifestada objetivamente, la intención subjetiva deberá prevalecer si es que la integridad moral y lógica de una teoría de la voluntad quiere ser preservada.

Por cierto, cualquier preferencia legal por la intención subjetiva del promitente decepcionaría a la parte que ha actuado confiando en la apariencia de la intención legalmente vinculante¹⁰. Permitir una investigación subjetiva sobre la intención del promitente puede facultar, también, a que éste resquebraje fraudulentamente acuerdos que de otra forma serían perfectamente claros, con tan sólo generar o preservar evidencia extrínseca de intenciones ambiguas o en conflicto. Tal estrategia constituiría una opción *de facto* para el promitente. El promitente podrá insistir en la

exigibilidad si es que el contrato continúa favoreciéndolo, pero si es que ya no le es favorable, podrá evitar el contrato mostrando evidencia de una distinta intención subjetiva¹¹.

Debido a que la aproximación subjetiva se basa en evidencia que es inaccesible para el destinatario de la promesa y, menos aún, para terceros, una indagación subjetiva de las intenciones debilitaría la seguridad de las transacciones al reducir considerablemente la confianza en los compromisos contractuales¹². Por eso, no es sorprendente que, pese a la lógica de la obligación basada en la “intención”, el acercamiento objetivo haya prevalecido largamente¹³. El componente moral subjetivista, en el que una teoría de la intención se basa para justificar la exigibilidad legal, entra inevitablemente en conflicto con la necesidad práctica de un sistema de reglas basado en gran medida en contenidos mentales objetivamente manifestados. Mientras que las manifestaciones objetivas de una persona generalmente reflejan sus intenciones subjetivas, un teórico de la voluntad debe explicar la exigibilidad de un acuerdo objetivo respecto del cual es posible demostrar que el entendimiento subjetivo de una de las partes difiere de su conducta objetivamente manifestada.

Algunos teóricos de la voluntad resuelven incómodamente este conflicto concediendo que otros “intereses” –por ejemplo, la confianza– pueden prevalecer sobre la voluntad¹⁴. Al permitir que los individuos se vinculen mediante promesas que nunca quisieron hacer exigibles, esta concesión priva a la teoría de la voluntad de gran parte de su fuerza. Requerir que la voluntad subjetiva de quien promete ceda siempre, o casi siempre, a la confianza que deposita el destinatario en la manifestación objetiva de asentimiento de quien promete, debilita la afirmación que expresa que la obligación contractual se fundamenta en la voluntad del individuo¹⁵ y fortalece

⁹ Ver COHEN. Nota 7 *supra*. pp. 575-578. BURROWS. Nota 8 *supra*. p. 258.

¹⁰ HUME, David. “An Inquiry Concerning the Principles of Morals”. Edición de C. Hendel. 1957. Si la dirección secreta de la intención, infiere todo hombre con sentido común, pudiera invalidar un contrato entonces, ¿dónde está nuestra seguridad? Un académico de la metafísica podría pensar que donde la intención es un requisito, si ésta no tuvo lugar, ninguna consecuencia debería seguir y ninguna obligación podría ser impuesta.

¹¹ Un ejemplo interesante en el cual una Corte sospecha de una estrategia similar, “The Mailbox Rule”, puede verse en: *Cohen v. Clayton Coal Co.* 86 Colo. 270, 281. p. 111. (1929).

¹² Noten que ni el problema de la confianza ni el problema del fraude se darán cuando el promitente, quien manifiesta la intención de vincularse legalmente, busca evadir responsabilidad mostrando que el destinatario de la promesa no comprendió “subjetivamente” que las acciones del promitente daban a entender otra cosa. Esto proporciona algunas oportunidades de fraude permitiendo que el promitente evada su responsabilidad al poder probar que el destinatario comprendió perfectamente la conducta tal como fue la intención subjetiva del promitente y que, por consiguiente, no pudo confiar en las manifestaciones que éste hizo. Sin embargo, tal examen “subjetivo” rara vez se permite bajo una aproximación convencional objetiva. Ver: *Embry v. Hargadine, McKittrick Dry Goods Co.*, 127 Mo. App 383, 385, 105 S. W. 777, 779 (1907). Como discutiremos más adelante, ver notas 156-170 *infra* y el texto que las acompaña, esta posición se encuentra en perfecta armonía con la teoría del consentimiento contractual.

¹³ Véase *Ricketts v. Pennsylvania R.R.*, 153 F.2d 757, 760-761 (2d Cir. 1946); “Restaments (second) of Contracts” S 2 comment b (1979); FARNSWORTH. “Contracts”. p. 114. 1982.

¹⁴ Véase FRIED, C. Nota 8 *supra*. pp. 58-63 (Reconociendo que una falla en el acuerdo subjetivo priva al contrato de su fuerza moral sobre la intención, pero aseverando que esta se puede recuperar sobre la base de otros principios como la “justicia”, “el incentivo al debido cuidado” o por la preocupación de “la administración”).

¹⁵ Véase BURROWS. Nota 8 *supra*, p. 258; HUME. Nota 10 *supra*. p. 30 n.5 (“La expresión que se trajo como subordinada a la voluntad, se convirtió pronto en la parte principal de la promesa...”).

la visión de que las obligaciones contractuales pueden ser correctamente impuestas a las partes aun si no lo desean¹⁶. La incapacidad de las teorías de la voluntad para explicar adecuadamente la exigibilidad de las manifestaciones objetivas de la intención permite, también, explicar en parte el continuo interés en las teorías de la obligación contractual basadas en la confianza.

2. Teorías basadas en la confianza

Las teorías que explican la obligación contractual como un esfuerzo por proteger la confianza que el destinatario de una promesa dispensa en la promesa de otro tienen la aparente virtud de explicar por qué las personas pueden quedar obligadas por el significado común de sus palabras, al margen de sus intenciones individuales. De esta forma, se ha vuelto cada vez más común afirmar que la confianza en una promesa crea la obligación contractual¹⁷. Una teoría de la confianza se basa en la intuición de que, dentro del Derecho de los contratos, debemos ser responsables por nuestra conducta asertiva cuando ella genera una confianza “previsible” o “justificable” en otros, de una manera muy parecida a cuando, bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual, somos sujetos a responsabilidad por las consecuencias dañinas de nuestros actos¹⁸.

Las teorías de la confianza, sin embargo, enfrentan una dificultad, en apariencia, insuperable. Como lo describió Morris Cohen en 1933: “Claramente, no todos los casos de daños producidos por haber confiado en la conducta o la palabra de alguien serán accionables y la teoría que analizamos no nos da pista alguna sobre cómo distinguir un caso del otro”¹⁹. El defecto señalado ha llevado necesariamente al empleo de frases tales como “confianza justificada” o

“confianza razonable”²⁰. Sin embargo, estos adjetivos dependen de criterios de evaluación –usualmente vagos– que no están relacionados con la confianza en sí misma porque, sea justificada o no, razonable o no, la confianza está presente de todas maneras.

Más aún, el que una persona haya confiado “razonablemente” en una promesa depende de aquello que la mayoría de la gente haría o debería hacer en ciertas circunstancias. Tal evaluación no se puede hacer independientemente de la regla legal que rige en la comunidad de que se trate, porque lo que la mayoría de las personas haría por confiar en una promesa depende mucho de la percepción que ellas tengan acerca del carácter exigible o no de la promesa. Una teoría de la confianza, por lo tanto, no hace más que plantear la pregunta que se supone debería responder: ¿es ésta una promesa que debería ser exigible?

El análisis no difiere si nos preguntamos si el promitente conocía o tenía razones para conocer que su promesa podría inducir a otros a actuar motivados en su confianza²¹, aun cuando esta formulación debilita la preferencia que la teoría basada en la confianza tiene por los intereses del destinatario. A diferencia del contenido de la predicción requerida en el análisis de lo previsible bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual –las consecuencias físicas que provienen de las acciones físicas– el contenido de la predicción que se requiere en el análisis de previsibilidad en el Derecho de los contratos es las acciones de una persona auto-consciente. La predicción acerca de que una promesa pueda generar razonablemente confianza en el destinatario o en una tercera persona dependerá, inevitablemente, de si éstos creen que su confianza resultará legalmente protegida. Luego, la regla legal misma no podría formularse basándose en tal

¹⁶ Véase ATIYAH, P. “The Rise and Fall of Freedom of Contract”. 1979; FEINMAN. “Critical Approaches to Contract Law”. En: UCLA Law Review 30. 1983. pp. 829-834 (“El Derecho contractual es como la responsabilidad extracontractual y la “judicial action” es como la “legislative action”, todas necesariamente desarrollan juicios de política pública al imponer responsabilidad legal”). Véase, EISENBERG. “The Bargain Principle and Its Limits”. En: Harvard Law Review 95. 1982. pp. 741-758 (comparando con el análisis que hace Atiyah sobre las obligaciones basadas en la confianza).

¹⁷ Mientras que la literatura está llena de sugerencias sobre “el principio de la confianza”, una teoría de la confianza contractual comprehensiva nunca ha sido presentada sistemáticamente. Tal aproximación subyace claramente en el trabajo de Gilmore. Pueden revisar GILMORE. “The Death of Contract”. 1974. pp. 71-72. Atiyah parece apelar una teoría de la confianza a pesar que también reconoce que “la creación y extinción voluntaria de derechos y responsabilidades” debería quedar como uno de los “pilares básicos del derecho de las obligaciones”. ATIYAH, P. Nota 16 *supra*. p. 779; ver también FEINMAN. “Promisory Stoppel and Judicial Method”. En: Harvard Law Review 97. 1984. pp. 678-717 (“El principio de la confianza” socava las doctrinas clásicas del Derecho contractual); HENDERSON. “Promisory Stoppel and Traditional Contract Doctrines”. En: Yale Law Review 78. 1969. pp. 343-344 (las reglas del “Promisory Stoppel” crean un contrato afectado por el principio de la confianza”).

¹⁸ GILMORE, G. Nota 17 *supra*. p. 88 (“podemos tomar el hecho que los daños contractuales se han vuelto indistinguibles de los daños en la responsabilidad extracontractual para reflejar una instintiva y casi inconsciente sensación que los dos campos, separados artificialmente, están gradualmente convirtiéndose en uno solo”).

¹⁹ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 579

²⁰ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 656-659; HENDERSON. Nota 17 *supra*. p. 345.

²¹ “Restatement (Second) of Contracts” § 90 (1). 1979. La sección 90 califica las recuperaciones basadas en la confianza en la etapa de la formación del contrato, al requerir tanto una “razonable” expectativa sobre la confianza y la imposición de sanciones sólo si “la injusticia” no puede ser de otra manera evitada y, en el nivel de los remedios, al limitar el remedio “como lo requiera la justicia”. Sin embargo, tradicionalmente, el método legal emplea el análisis teórico y doctrinal (esto es consistente con las nociones subyacentes de justicia) para descubrir dónde se encuentra la justicia en el caso concreto. BARNETT. “Why we Need Legal Philosophy”. En: Harvard Law Review 8 & Pub. Pol. 1985. pp. 6-10. La sección 90 obviamente desvía esta cuestión. Mientras puede haber sido la víctima de un delimitamiento demasiado cauto, ninguna formulación precisa que haya sido expuesta parece poder tomar su lugar.

predicción, sin introducir una *circularidad* práctica en el análisis²².

Más aún, si una promesa se define a la manera del Restatement (Second) of Contracts, como “una manifestación de la intención de actuar o no actuar de una manera específica de modo tal que permita comprender al destinatario que una promesa ha sido hecha”²³, entonces, parecería que todo promitente debería razonablemente esperar que su promesa induzca a la confianza del destinatario. Si esto es así, “el verdadero problema no sería si el promitente debe esperar que el destinatario confíe, si no debe más bien saber hasta qué punto la confianza del destinatario resulta razonable”²⁴. Pero, esto nos lleva nuevamente a las dificultades para discernir en qué consiste una confianza “razonable”.

Al proporcionar un criterio excesivamente expansivo de la obligación contractual, cualquier teoría que base esta obligación en una confianza dañina –o en detrimento del destinatario– deja de lado la pregunta básica que debe ser resuelta por la teoría contractual: ¿cuáles son aquellas acciones que induciendo potencialmente a la confianza de otro tienen consecuencias legales y cuáles no? Las acciones que una persona realiza confiando en un compromiso no se encuentran justificadas –ni, por ende, legalmente protegidas– por el simple hecho de haber confiado. La confianza en la palabra de otro se encuentra legalmente protegida, más bien, por circunstancias aún no definidas²⁵.

En resumen, antes que tener derecho para el uso de la exigibilidad legal debido a que estuvo justificado confiar, una persona se encuentra justificada para confiar en aquellos compromisos que la ley hará exigibles. Las teorías basadas en la confianza, por lo tanto, deben recurrir a un criterio distinto de la propia confianza para diferenciar entre actos de confianza justificados y los que no lo son. Dicho criterio todavía tiene que ser identificado. Más adelante se explica²⁶ que la teoría del consentimiento proporciona ese criterio.

3. El problema de las teorías basadas en las partes

Estas dificultades nos revelan que las teorías basadas en la confianza tienen mucho en común con las teorías basadas en la voluntad. Ambas teorías deben recurrir a definiciones sobre la exigibilidad contractual que no derivan ni de la confianza ni de la voluntad, sino más bien están basadas en otros principios fundamentales que, sin embargo, son dejados sin articular. Al no poder distinguir adecuadamente entre los compromisos que deben ser legalmente protegidos y aquellos que no, ambas teorías no han podido cumplir su objetivo fundamental. Consecuentemente, los casos contractuales reales deben resolverse de manera *ad hoc* utilizando conceptos tan vagos como “razonabilidad” o “políticas públicas” o empleando criterios que aunque claros son tan formalistas como el criterio de la *consideration*¹.

Cada una de estas teorías se enfoca en la protección de una de las partes de la transacción contractual: las teorías de la voluntad se enfocan en el respeto de la intención del promitente, mientras las teorías de la confianza centran su atención en corregir el daño que se pueda causar al destinatario de la promesa. Como resultado, ninguna de las dos teorías puede evaluar satisfactoriamente esa calidad interrelacional que caracteriza el proceso contractual. El Derecho de los contratos existe para facilitar las transacciones entre las personas. Para dicho propósito, no existe razón obvia para preferir de modo automático a una de las partes por sobre la otra. Si bien las intenciones subjetivas y los costos de confiar son importantes para una correcta comprensión de la obligación contractual, hay algo mucho más básico que se pierde en estas teorías de la obligación contractual cuyo centro de atención se coloca en sólo una de las múltiples preocupaciones fundamentales.

Irónicamente, aunque ambas teorías asumen una posición moralista bastante marcada –protegiendo la “autonomía” o remediando los “daños”–,

²² Este parece ser un ejemplo de lo que George Fletcher caracterizó como una “paradoja del pensamiento legal”. Véase, FLETCHER. “Paradoxes in Legal Thought”. En: Columbia Law Review. 1985. p. 1263. Si esto es así, se resolvería sólo encontrando una base independiente de exigibilidad en la cual se pueda distinguir la confianza legalmente protegida de la que no lo está. (“Cuando una paradoja está encubierta podemos restaurar la consistencia en nuestra estructura legal... encontrando o construyendo una distinción... que disuelva la paradoja”).

²³ “Restatement (Second) of Contracts” S 2. 1979. Noten que la definición sobre la promesa que hace este Código difiere de la definición de “Consentimiento” ofrecida más adelante. Notas 121, 143 y 144 *infra* y el texto que las acompaña. Allí el consentimiento está limitado a una particular clase de compromiso –el compromiso legalmente vinculante.

²⁴ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 659.

²⁵ No obstante esta debilidad, el creciente reconocimiento de la restitución basada en la confianza ejemplificada por el S 90 del “Restatement (Second) of Contracts” puede haber sido, después de realizar un balance, más provechosa que perjudicial para la libertad contractual. La restitución basada en la confianza proporciona una válvula segura que permite un desfogue para los casos que envuelven una confianza no negociada y, por lo tanto, permite que la negociación que se produce en el mercado sobreviva. Véase FARNSWORTH. Nota 13 *supra*. S 2.19. p.89 (“La doctrina de la consideración, al fallar en proporcionar una base satisfactoria para proteger tales promesas, pudo haber traído gran presión para reformar la doctrina sino hubiera sido por el creciente reconocimiento de la confianza como un mecanismo alternativo para la restitución”).

²⁶ Ver notas 192-197 *infra* y el texto que las acompaña.

¹ Nota del traductor: La palabra “consideration” será traducida en adelante como consideración.

ninguna proporciona un adecuado marco moral que explique la exigibilidad legal de los contratos. Ambas teorías fallan en este aspecto porque intentan explicar la obligación contractual en un vacío teórico. En la teoría política y legal de carácter liberal, identificar las titularidades o los derechos de propiedad de los individuos en la sociedad facilita el carácter interrelacional de la vida social. Las teorías que se enfocan exclusivamente en la voluntad de los promitentes o en la confianza de los destinatarios fallan al utilizar este marco conceptual. Por eso, no nos sorprende que los intentos para explicar las obligaciones contractuales entre las personas pierdan sentido cuando dichos intentos ignoran los fundamentos de las relaciones legales interpersonales.

B. Teorías basadas en estándares

Las teorías basadas en estándares son aquellas que evalúan la sustancia de una transacción contractual para ver si está conforme con un estándar de evaluación que la teoría especifica como primario. Dos de dichos estándares que han recibido amplia aceptación son la eficiencia económica y la justicia sustantiva.

1. Teorías de la eficiencia

Una de las más conocidas teorías legales basadas en estándares es la aproximación de la eficiencia asociada a la escuela del “análisis económico del Derecho”²⁷.

La eficiencia económica es vista por algunos miembros pertenecientes a esta escuela como la maximización de cierto concepto de riqueza o bienestar social: “el término eficiencia se refiere a la relación entre los beneficios agregados y los costos agregados de una situación... En otras palabras la eficiencia se refiere al tamaño de la torta”²⁸. De acuerdo con este punto de vista tanto las normas como las prácticas legales son evaluadas según aumenten o disminuyan el tamaño de esta torta²⁹.

En su variación menos categórica, una evaluación económica de las normas no constituye una teoría propiamente dicha de la obligación contractual. Más bien, el análisis económico del Derecho es visto, simplemente, como una indagación científica “liberada de valores” destinada a la descripción o a la explicación de las consecuencias resultantes de una norma o de un esquema en particular³⁰. Visto de esta manera, el análisis económico no es una teoría que compita con las teorías de la obligación contractual, sino más bien uno de los muchos criterios para evaluar teorías legales concurrentes.

El análisis económico también puede ser visto como una teoría normativa del Derecho³¹, esto es, hacer de la eficiencia económica el mejor o el único criterio de análisis en el Derecho³². Sin embargo, como quiera que el análisis económico estándar parte de asumir que algunos acuerdos son exigibles³³, las teorías normativas de la eficiencia no son capaces de proporcionar una distinción entre un compromiso

²⁷ Para una breve discusión sobre el rol que esta escuela ha jugado al provocar un reciente desarrollo jurisprudencial ver BARNETT. Nota 3 *supra*. pp. 1229-1233.

²⁸ POLINSKY, A. “An Introduction to Law and Economics”. 1983; COOTER y EISENBERG. “Damages for Breach of Contract”. En: California Law Review 73. 1985. pp. 1432-1460 (“Los economistas dicen que un contrato es eficiente si sus términos maximizan el valor que puede ser creado por el intercambio contemplado”).

²⁹ COLEMAN. “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”. En: Hofstra Law Review 8. pp. 509-512. 1980 (“Los economistas al proponer el análisis económico del Derecho emplean al menos cuatro nociones de eficiencia: (1) eficiencia productiva, (2) el Óptimo de Pareto, (3) la superioridad de Pareto y (4) la eficiencia Kaldor-Hicks”).

³⁰ *Ibid.* pp. 548-549. Una rama de esta forma de ver la economía, llamada “economía positiva”, juzga la eficacia de una explicación económica por su habilidad de generar hipótesis que puedan ser verificadas por un análisis científico. Para explicaciones sobre esta metodología véase FRIEDMAN. “The Methodology of Positive Economics”. En: “Essay in Positive Economics”. 1953; POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. Segunda edición. 1977. pp. 12-13 y pp. 17-19. Para ver aplicaciones sobre la metodología pueden revisar POSNER y LANDES. “Legal Change, Judicial Behavior and Diversity Jurisdiction”. En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 367; PRIEST. “Selective Characteristics of Litigation”. En: J. Legal Studies 9. 1980. p. 399. Si buscan una crítica sobre la metodología pueden revisar O’DRISCOLL. “Justice, Efficiency and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried”. En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 355; RIZZO. “Can There Be a Principle of Explanation in common Law decisions?: A Comment on Priest”. En: Journal of Legal Studies 9. 1980. p. 423.

³¹ COLEMAN. Nota 30 *supra*. p. 549; POSNER, R. “A Reply to Some Recent Criticism of the Efficiency Theory of the Common Law”. En: Hofstra Law Review 9. 1981. p. 775 (“La rama normativa de la teoría afirma que el promover la asignación eficiente de los recursos... es lo que los jueces deberían tratar de hacer al tomar las decisiones en los casos”). Sin embargo, POSNER. *Op.cit.*, p. 779 (Posner niega que el análisis normativo sea el “interés primario”).

³² POSNER, R. Nota 30 *supra*; POSNER, R. “The Economics of Justice”. 1981. Algunos analistas normativos encubren esta distinción al afirmar que otras preocupaciones, por ejemplo, distributivas son normativamente importantes. Pueden ver, por ejemplo, CALABRESI. “About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin”. En: Hofstra Law Review 8. 1980. p. 553; CALABRESI y MELAMED. “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View From the Cathedral”. En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 1089 [traducción al español disponible en THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. pp. 63-86]. También pueden revisar DWORCKIN. “Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner”. En: Hofstra Law Review 8. 1980. p. 563 (discutiendo la coherencia de mezclar la eficiencia con preocupaciones redistributivas en un análisis normativo).

³³ Lo que estos economistas algunas veces llaman “transacciones de mercado” son de hecho contratos. Pueden ver, por ejemplo, COASE. “The Problem of Social Cost”. En: 3 J. L. & Econ. 1. 1960. p. 15 (“El argumento se ha desarrollado hasta este punto bajo el presupuesto... que no hubo costos envueltos en la ejecución de las transacciones mercantiles”). Ver CHEUNG. “Transaction Cost, Risk Aversion and the Choice of Contractual Arrangements”. En: J. L. & Econ. 12. 1969. p. 23 (“toda transacción envuelve un contrato”); FURUBOTH y PEJOVICH. “Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature”. En: J. Econ. Literature 10. 1972. pp. 1137-1141 (“El modelo estándar competitivo imagina un sistema especial donde una gama particular de derechos de propiedad privada gobierne el uso de los recursos y donde los costos contractuales del intercambio, fiscalización y protección sean igual a cero”).

exigible y uno que no lo es³⁴. En un mundo sin costos de transacción, afirman, el comportamiento económico individual aseguraría que, por medio de intercambios mutuamente ventajosos de titularidades, éstas sean libremente transferidas hacia su uso más valioso³⁵. Un mundo hipotético como el descrito, en el que se presupone que todos los intercambios de titularidades legales son exigibles, no puede explicarnos, sin más, por qué o cuándo algunas promesas son exigibles y otras no.

En un mundo con costos de transacción positivos³⁶, los economistas que emplean un modelo de "competencia perfecta" intentan evaluar el grado en el que dichos costos impiden la circulación de los recursos a sus usos más valiosos y las formas en que las normas y los remedios legales, incluyendo aquellos que definen la gama de titularidades, pueden ser modificados a fin de minimizar dicha "ineficiencia"³⁷. Un análisis de este tipo, basado en detectar las desviaciones de las titularidades iniciales y de los intercambios libres de costo respecto de una norma de eficiencia base, debe sustentarse, en última instancia, en no más que una asunción de que tales intercambios voluntarios que buscan economizar son en algún grado exigibles. Así, el análisis económico se centra típicamente en los problemas de los intercambios forzados del mundo real (responsabilidad extracontractual) en un esfuerzo por dar solución legal a estas transacciones ocurridas fuera del mercado y aproximarlas lo más cerca posible a una solución de mercado³⁸. El análisis

de eficiencia de los intercambios voluntarios (Derecho contractual) está típicamente enfocado en tópicos distintos de la fuente misma de la obligación contractual, tales como los remedios apropiados u otros mecanismos de exigibilidad³⁹, y asumen, en vez de demostrar, la exigibilidad de todos los compromisos voluntarios⁴⁰. La forma de reconocer compromisos voluntarios que deben ser exigidos frente a simples promesas sociales inexigibles, es un tema generalmente no discutido.

Además, algunas teorías normativas de la eficiencia⁴¹ generan problemas adicionales. Si vamos a exigir sólo aquellos acuerdos del mundo real que incrementen la riqueza general de la sociedad⁴², entonces puede afirmarse o asumirse que un observador neutral (por ejemplo, un juez-economista) tendrá acceso a esta información, es decir, que sabrá reconocer cuáles acuerdos incrementan la riqueza y cuáles no⁴³.

Dos problemas surgen a partir de esta asunción o afirmación. El primero concerniente a su validez. ¿Pueden, efectivamente, los observadores adquirir información sobre intercambios que incrementen la riqueza con independencia de las preferencias manifestadas por los participantes en el mercado? Aún más importante, ¿puede un sistema legal prácticamente basar sus decisiones en tal información? Se ha argumentado de una manera persuasiva que tal conocimiento, simplemente, no se encuentra disponible independientemente de la

³⁴ Claro que uno podría tratar de definir "transacciones de mercado" tan estrechamente que el concepto de contrato quedaría excluido. KRONMAN y R. POSNER. "The Economics of Contract Law". 1979 ("Uno puede hablar sobre el principio o sistema de intercambio voluntario por algún tiempo antes de que se vuelva necesario considerar el rol de los contratos y el Derecho contractual en facilitar el proceso"). Sin embargo, Una definición tan restringida no se encuentra garantizada. De hecho, no es claro que el mecanismo de mercado tendrá su supuesto efecto productor de eficiencia, sin considerar de forma mucho más amplia a todos los acuerdos, sean exigibles o no, como "intercambios de mercado". Pueden revisar POSNER. "Gratuitous Promises in Economics and Law". En: Journal of Legal Studies 6. 1977 pp. 411-412 ("La aproximación tomada aquí dice que la promesa gratuita, a la larga compromete al promitente a cumplir con determinado curso de acción... creando utilidad para el promitente a través de la utilidad que le genera el cumplimiento prometido"); pueden ver también las notas 48-49 *infra* y el texto que las acompaña.

³⁵ CHEUNG. "The Structure of Contract and The Theory of a Non- Exclusive Resource". En: J. L. & Econ. 13. 1970. pp. 49-50. COASE. Nota 33 *supra*. p. 15; POSNER. Nota 32 *supra*. p. 60 ("El término "valor" en economía se refiere generalmente al valor de intercambio...").

³⁶ COASE. Nota 33 *supra* p. 15. Para efectuar una transacción en el mercado es necesario descubrir quién podría ser la contraparte, informar a las personas con las que se busca negociar, establecer en qué términos, conducir las negociaciones a buen puerto, diseñar y redactar el contrato, fiscalizar el cumplimiento de lo pactado, etc. Estas operaciones normalmente son tan costosas, suficientemente costosas como para evitar que se den muchas de las transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el cual el sistema de precios funcionara sin costo.

³⁷ POSNER, R. Nota 32 *supra*. p. 70; CALABRESI y MELAMED. Nota 32 *supra*. p. 1097.

³⁸ POSNER, R. Nota 30 *supra*. p. 11.

³⁹ REA. "Nonpecuniary Loss and Breach of Contract". En: Journal of Legal Studies 11. 1982. pp. 35-36.; MACNEIL. "Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky". En: Va. Law Review 68. 1982. pp. 947-968. El modelo económico no proporciona una base para concluir *a priori* sobre la eficiencia del cambio de propietario en algún momento de la transacción. Además, el cambio de propietario, una titularidad legal, no puede ser separada analíticamente (excepto para analizar los costos de transacción y la clase de cuestiones puestas en relieve por Calabresi y Melamed) de los remedios contra el incumplimiento contractual.

⁴⁰ Véase nota 33 *supra* y el texto que la acompaña.

⁴¹ POSNER. Nota 32 *supra*. pp. 88-115 (discutiendo sobre la base "ética y política de la maximización del bienestar"). Otros economistas utilizarían un criterio Paretiano más restrictivo de eficiencia. Ver COLEMAN. "Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law". En: California Law Review 68. 1980. pp. 221-231.

⁴² POSNER. Nota 34 *supra*. p. 415 ("la pregunta de si es económico para la sociedad el reconocer una promesa como exigible requiere una comparación sobre la utilidad de la promesa para el promitente con el costo social de hacer exigible esa promesa").

⁴³ POSNER. Nota 32 *supra*. p. 62 ("El teórico insistiría que el valor relevante es incognoscible si es que no ha sido revelado en una actual transacción mercantil, pero yo creo que en muchos casos las cortes pueden hacer una presunción lo suficientemente razonable como para hacer una asignación que maximice el bienestar"). p. 79 ("La comparación inter-personal de utilidades es un anatema para el economista moderno porque no existe sistema métrico que logre hacer tal comparación. Sin embargo, la comparación inter-personal del valor, en un sentido económico, es factible, aunque difícil, incluso cuando el valor no está siendo comparado en un mercado explícito").

producción de información en los mercados reales⁴⁴. Si no está disponible, entonces, no es capaz de proporcionar criterios útiles que ayuden a distinguir las promesas exigibles de las que no lo son⁴⁵.

Asumiendo, sin embargo, que tal conocimiento sí se encuentra disponible, si tenemos el acceso directo a información suficiente para conocer si ciertos intercambios incrementan la riqueza o no, entonces, ¿por qué preocuparnos por el Derecho contractual? ¿Por qué no simplemente contar con una autoridad central que use este conocimiento para transferir titularidades independientemente del acuerdo entre las partes, sabiendo, además, que la necesidad de celebrar acuerdos genera costos de transacción? O ¿por qué no dejar que los jueces utilicen este conocimiento para ratificar “robos eficientes” —esto es, dar a los ladrones la opción de obtener la titularidad sobre propiedad que tomaron de otras personas sin su consentimiento—, a condición de que el ladrón pague el valor de los daños que el juzgado le imponga, equivalentes al valor que la propiedad tenía para la víctima⁴⁶? La asunción consistente en la disponibilidad de la información impide a los economistas normativos responder que el mercado es necesario para proveer tal información⁴⁷.

Las observaciones que da la teoría económica sobre los efectos que ciertas reglas o principios contractuales tienen en la asignación eficiente de recursos pueden

influir adecuadamente en nuestra evaluación normativa de tales reglas o principios, especialmente cuando estos efectos son considerados conjuntamente con los efectos que tales reglas o principios tendrían en la autonomía privada o “voluntad” y en la “confianza”. Más obvio aún, la eficiente asignación de recursos puede requerir de un mercado compuesto de intercambios consensuales que revelen y transmitan información sobre preferencias personales y oportunidades económicas que de otra manera sería imposible obtener⁴⁸. Un análisis económico sugeriría, por lo tanto, que el consentimiento mostrado juega un rol importante en el Derecho contractual, en la medida en que la eficiente asignación de recursos es una actividad social que debe ser facilitada por el sistema legal⁴⁹. Desde esta perspectiva, los “costos de transacción” creados por el requerimiento de consentimiento no son peores, desde el punto de vista de la eficiencia, que cualquier otro costo de producción. Los costos de negociar para obtener el consentimiento de otro pueden constituir recursos bien utilizados, ya que tales negociaciones sirven para revelar información valiosa.

Allí donde los costos de negociación involucrados en lograr consentimiento se vuelvan tan altos que impidan realizar intercambios considerados deseables por los observadores, se pueden extraer por lo menos tres conclusiones. Cada una, no obstante, abunda en contra

⁴⁴ DEMSTEEZ. “Some Aspects of Property Rights”. En: *Journal of Law and Economics*. 1966. pp. 61-68; RIZZO. “The Mirage of Efficiency”. En: *Hofstra Law Review* 8. 1980. pp. 641-651; COLEMAN. “The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s *The Economics of Justice*”. En: *Stanford Law Review* 34. 1982. pp. 1105-1109. El trabajo seminal en esta área fue realizado por Ludwig von Mises y F. A. Hayek. Ver, por ejemplo, MISES, Ludwig von. “Socialism”. 1951 pp. 137-142 (discutiendo por qué “los mercados artificiales” no son posibles); HAYEK. “The Use of Knowledge in Society”. En: *Individualismo y Orden Económico*. 1948. pp. 77-78 (“El problema económico de la sociedad no es solamente un problema de cómo asignar los recursos... Es más bien un problema sobre cómo asegurar el mejor uso de los recursos conocidos para todos los miembros de la sociedad, al final su importancia relativa sólo es conocida por esos individuos”). GRAY. “Hayek on Liberty”. 1940 (explicando la tesis de Hayek sobre que “la imposibilidad del socialismo... deriva de la negación de las funciones epistemológicas de las instituciones del mercado y sus procesos”). LAVOIE. “Rivalry and Central planning”. 1985. pp. 48-77 (describiendo la contribución de Mises al “debate sobre los cálculos socialistas” en 1930).

⁴⁵ Por supuesto, después de que un intercambio forzoso ha ocurrido, ya sea extracontractual o contractual, la corte puede no haber tenido más alternativa que asignar un valor de la mejor forma que pudo. Véase, por ejemplo, MURIS. “Cost of Completion or Diminution in Market Value: The Relevance of Subjective Value”. En: *J. Legal Studies* 12. 1983. p. 379 (discutiendo la compensación de la medida de los daños subjetivos que resultan del incumplimiento contractual). Ver, también, nota 38 *supra* y la nota 130 *infra* y el texto que las acompaña. Sin embargo, aquí no se discute sobre la mejor manera de rectificar los intercambios forzados, sino más bien, porqué y cuáles intercambios voluntarios son legalmente vinculantes. Por eso, es apropiado preguntarse por la eficiencia normativa propugnada sobre cuándo una corte, facultada para utilizar el análisis de eficiencia, puede “reemplazar las condiciones del mercado” al reconocer intercambios con valor agregado. No hay evidencia que esto sea posible y, por lo tanto, tampoco hay buenas razones para seguir pensándolo. Ver: nota 44 *supra* y el texto que la acompaña.

⁴⁶ Algunos analistas económicos pueden estar acercándose peligrosamente a una posición de “robo eficiente” al argumentar la legitimación del “rompimiento eficiente” del contrato. Para una explicación de la posición de “rompimiento eficiente” pueden ver POLINSKY, A. Nota 28 *supra*. pp. 29-32; POSNER, R. Nota 30 *supra*. pp. 88-93. Para una confrontación pueden ver MACNEIL. Nota 39 *supra* (criticando el análisis del rompimiento eficiente a partir de una perspectiva de titularidades).

⁴⁷ Ver nota 43 *supra* y el texto que la acompaña. Un economista puede argumentar que se pueden realizar ajustes en el valor marginal en contra de las instituciones de mercado. Véase, por ejemplo, POSNER. Nota 32 *supra*. p. 111. Esta posición ha sido criticada por RIZZO. Nota 44 *supra*. pp. 651-654. Las teorías normativas también pueden ser criticadas por una excesiva confianza en lo “objetivo” como oposición al concepto “subjetivo” del costo. Ver, por ejemplo, RIZZO. Nota 44 *supra*. p. 646 (“La dificultad de medir, lo que tenemos razón en creer que son variantes relevantes, no es, sin embargo, un argumento para descuidarlas; por el contrario, demuestra las limitaciones esenciales del criterio de la maximización de la riqueza”). Para una explicación sobre la diferencia entre los dos conceptos de costo, ver BUCHANAN, J. “Cost and Choice”. 1969. pp. 1-26; THIRLBY. “The Subjective Theory of Value and Accounting Costs”. En: *L.S.E. Essays on Cost*. Edición de James Buchanan y Thirlby. 1981. p. 137.

⁴⁸ Ver nota 44 *supra* y el texto que la acompaña. CHEUNG, S. “The Theory of Share Tenancy”. 1969. p. 64 (“La competencia conglomerada el conocimiento de todos los potenciales propietarios—el conocimiento de arreglos contractuales alternativos y usos de los recursos; y la transferencia de los derechos de propiedad asegura que el conocimiento más valioso será utilizado”). DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 65 (“Insistiendo que el consentimiento voluntario tiende a producir información cuidadosa cuando muchos costos y beneficios sólo son conocidos por los individuos involucrados”).

⁴⁹ La teoría política incluida en el análisis económico normativo ha sido cuestionada por Ronald Dworkin. Ver DWORKIN. “Is Wealth a Value?”. En: *Journal of Legal Studies* 9. p. 191. 1980; DWORKIN. Nota 32 *supra*. Otro análisis crítico puede ser revisado en “Symposium on Efficiency as a Legal Concern”. En: *Hofstra Law Review* 8. 1980. p. 811.

de hacer exigibles las transferencias involuntarias. Primero, en ausencia de una demostración consensuada de preferencias, no tenemos cómo saber realmente si el intercambio vale la pena —es decir, si contribuye a incrementar la riqueza o no⁵⁰. En segundo lugar, la ineficiencia de las instituciones legales del gobierno, que elevan innecesariamente los costos de transacción, podría ser la principal responsable de convertir las transacciones consensuales en prohibitivamente caras. De ser ello así, la “falla del gobierno” y no la “falla del mercado” sería la responsable por impedir el intercambio y la respuesta apropiada sería eliminar la verdadera fuente de la ineficiencia⁵¹. Por último, cuando los costos de negociación hacen que los acuerdos consensuales resulten un mecanismo muy caro para obtener información vital sobre el valor, existen diversas vías alternativas para generar tal información sin tener que negociar —por ejemplo, formando una nueva compañía o “firma” fusionando una compañía con otra, o combinando varios productos dentro de un solo paquete⁵².

En este análisis, el consentimiento demostrado es visto como un elemento que juega un rol importante en cualquier esfuerzo por lograr una eficiencia económica o una asignación de recursos que sea eficiente. Sin embargo, las nociones de eficiencia por sí solas, no logran explicar por completo por qué ciertos acuerdos

deben ser exigibles, a menos que se proceda a probar que la eficiencia económica es la meta exclusiva del orden legal. El intento por proporcionar una teoría normativa de la maximización de la riqueza, por lo menos en el área del Derecho contractual, es fundamentalmente fallido⁵³. En resumen, mientras que el requerimiento de consentimiento se encuentre fundamentalmente apoyado en argumentos basados en la eficiencia, la justificación normativa de una teoría del consentimiento contractual deberá basarse en criterios mucho más generales.

2. Teorías basadas en la justicia sustantiva

Otra escuela de pensamiento basada en estándares intenta evaluar la sustancia de una transacción para ver si ésta es “justa”⁵⁴. Las teorías basadas en la justicia sustantiva tienen una larga tradición que data por lo menos desde los teóricos cristianos del “justo precio” en el medioevo⁵⁵ y, tal vez, desde Aristóteles⁵⁶. Su encarnación moderna en el Derecho Contractual se encuentra en las discusiones decimonónicas sobre la “adecuación o suficiencia de la consideración”⁵⁷, y más recientemente, en el tratamiento de la “ausencia de conciencia”⁵⁸.

Una teoría de la justicia sustantiva asume que es posible hallar un estándar de valor a partir del cual la sustancia de cualquier acuerdo puede ser objetivamente

⁵⁰ Esto es verdad por dos razones que se relacionan. La primera es el problema epistemológico que se presenta por la ausencia de consentimiento. Ver nota 44 *supra* y el texto que la acompaña. La segunda —que se deriva de la primera— es el efecto que la escasez de bienes tiene en el análisis de eficiencia. Los costos de transacción incluyen acuerdos negociados (cotizaciones de mercado) y la obtención de exigibilidad legal (costos administrativos). Ambos pueden ser vistos como componentes de información y seguridad en una transacción dada. Tales costos serán positivos en un mundo donde prima la escasez. Supongamos que ellos exceden la ganancia potencial de un contrato y que, por consiguiente, este no se lleva a cabo. ¿Es esta una situación “no óptima” a comparación de la situación en donde los costos de cualquier otro factor de escasez utilizado —como la tierra o el trabajo— evitan una transacción? DEMSETZ. “Information and Efficiency: Another view point”. En: *Journal of Law and Economics* 12. 1969. pp. 1-4. (“Hacer tal afirmación es negar que la escasez es relevante para la optimización, una extraña posición para un economista”).

⁵¹ CHEUNG. Nota 33 *supra*. p. 42 (“Los costos de transacción también dependen de los acuerdos legales alternativos. Por ejemplo, la variada efectividad de la exigibilidad legal o el grado de coruptibilidad de las cortes afectarán los costos de transacción en el mercado”). COASE. Nota 33 *supra*. p. 28 (“La clase de la situación en la cual los economistas consideran una pronta intervención correctiva del Estado es, de hecho, muy a menudo el resultado de las mismas acciones del Estado”). DEMSETZ. “The Exchange and Enforcement of property Rights”. En: *Journal of Law and Economics* 7.1964. pp. 11-17 (“El valor de lo que está siendo intercambiado depende crucialmente en los derechos de acción sobre la mercancía física y en cuán económicamente son exigidos estos derechos”).

⁵² COASE. “The Nature of the Firm”. En: *Economica* 4. 1937 pp. 386-391; DEMSETZ. Nota 51 *supra*. p. 16.

⁵³ Para ver las críticas al análisis económico normativo que exceden del Derecho contractual, COLEMAN. “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”. En: *Ethics* 94. 1984. p. 649; COLEMAN, nota 44 *supra*.

⁵⁴ EISENBERG. Nota 16 *supra*. p. 754 (“El nuevo paradigma (de la “ausencia de conciencia”) crea un marco teórico que explica la mayoría de los límites que han sido o deberían haber sido puestos sobre... el principio (negocial), basado en la calidad de la negociación”).

Esta aproximación sobre la justicia sustantiva debería distinguirse de aproximaciones que se enfocan en el proceso contractual es justo o injusto. Ver EPSTEIN. “Unconscionability: A Critical Reappraisal”. En: *Journal of Law and Economics* 18. 1975. p. 293 (distinguiendo el procedimiento de la *unconscionability* sustantiva); LEFF. “Unconscionability and the Code: The Emperor’s New Clause”. En: *U. Pa. Law Review* 115. 1967. p. 485.

⁵⁵ ELY, R. “Outlines of Economics”. Quinta edición. 1930. p. 827. Sin embargo, la teoría medieval del precio justo podría haber sido, actualmente, más subjetiva y orientada al mercado de lo que muchos autores modernos asumen. DEMPSEY. “Just Price in a Functional Economy”. En: *American Economic Review*. pp. 471-486. 1935 (más subjetiva); DE ROOVER. “The Concept of Just Price: Theory and economic Policy”. En: *Journal of economic History*. pp. 418-434. 1958 (más orientada al mercado).

⁵⁶ ARISTÓTELES. “Nicomachean Ethics”. Edición de Ostwald Trans. 1962. p. 125.

Entonces, Si (1) la igualdad proporcional es establecida entre los bienes, y (2) se produce una reciprocidad, el intercambio justo del que hablamos se realizará. En cambio, si no existe proporcionalidad, el intercambio no es igual y justo, y la asociación de las dos voluntades no se mantendrá unida.

La duda que nos expresa el texto sobre si esto llevó a Aristóteles a una argumentación sobre “el precio justo” refleja el hecho que de repente sólo estaba tratando de explicar aquí los intercambios por medio de transacciones tal y como un economista actual, en vez de asignar normativamente la “justicia” del intercambio. Por supuesto, tal distinción es extraña al sistema aristotélico.

⁵⁷ *Richardson v. Barrick*, 16 Iowa 407, 412 (1864). *T.P. Shepard & Co. V. Rhodes*, 7 R.I. 470 (1863).

⁵⁸ “Restatement (Second) of Contracts” S 208 Comentario c. 1979 (Teóricamente es posible para un contrato ser opresivo si se analiza como un todo, incluso si no existe debilidad en el proceso de negociación...”).

evaluada⁵⁹. Este criterio tiene aún que ser articulado y sustentado⁶⁰. En la ausencia de tal criterio, las teorías de la justicia sustantiva caen en una o dos aproximaciones incompletas. Por un lado, estas teorías tienden a concentrar toda su atención en una pequeña porción de compromisos –aquellos que se piensa que son tan “extremos” que “ofenden la conciencia” de los tribunales⁶¹. Esta teoría considera que la mayoría de acuerdos del mundo real son presuntamente exigibles⁶². Por el otro lado, estas teorías tienden a convertirse en teorías basadas en procesos –ya sea de búsqueda de asimetrías de información o, también denominado, “poder desigual de negociación”⁶³.

La primera de estas respuestas trata de encontrar casos extremos de violaciones de un criterio que no puede ser articulado –o por lo menos que no puede ser descrito para la mayoría de las transacciones⁶⁴, mientras que la segunda representa salirse totalmente de la aproximación según la justicia sustantiva. Por lo tanto, en el mejor de los casos, una aproximación según la justicia sustantiva intenta enfrentarse a un problema cualitativo recurriendo sea a una evaluación cuantitativa o procesal, pero sin revelar lo que se mide –es decir, la naturaleza de la injusticia⁶⁵.

Sin embargo, lo más importante para esta discusión es el hecho que la aproximación teórica según la justicia sustantiva no llega a enfrentar directamente el problema central y más común de la teoría contractual: ¿qué acuerdos conscientes deben ser exigidos y cuáles no? Esto, después de todo, es o debería ser, el punto de partida de una teoría útil de la obligación contractual

que pretende discernir entre cuáles compromisos merecen ser tutelados por el ordenamiento legal y cuáles no⁶⁶. En suma, la aproximación según la justicia sustantiva no proporciona ni estándares significativos ni resultados predecibles. Rasgos como la indeterminación extrema y su enfoque en casos aberrantes, inherentes a un principio basado en la justicia sustantiva, impiden que esta aproximación provea una explicación que abarque todo lo que la teoría de los contratos requiere sea explicado sobre la obligación contractual.

3. El problema de las teorías basadas en estándares

Todas las teorías basadas en estándares enfrentan dos problemas, uno evidente y otro que se muestra de manera más sutil. El primero, que ya ha sido discutido, es identificar y sustentar el estándar apropiado mediante el cual se puedan distinguir los compromisos exigibles de los que no lo son. El segundo problema procede del hecho que las teorías contractuales basadas en estándares son tipos de lo que Robert Nozick ha llamado principios “modelados” de justicia distributiva:

“Un principio distributivo es modelado si especifica que una distribución debe variar de acuerdo con una cierta dimensión natural, o con una suma ponderada de dimensiones naturales o con un ordenamiento lexicográfico de dimensiones naturales...”

Casi todo principio de justicia distributiva sugerido está modelado: a cada cual de acuerdo con su mérito moral, con sus necesidades, con su producto marginal, con

⁵⁹ Cohen notó este problema con lo que él llamó la “teoría de la equivalencia contractual”. Ver COHEN. Nota 7 *supra*. p. 581 (Debido a las dificultades de medición, el Derecho moderno “profesa el abandono del esfuerzo de sistemas más primitivos que exigían la justicia material en el contrato. Las partes contractuales deben determinar ellas solas qué es lo justo”). Como un asunto puramente descriptivo, la idea que el intercambio ocurre porque los bienes son “equivalentes” o de igual valor cautivó a los economistas por siglos. Por lo menos hasta que se demostró la falsedad de este argumento. Ver notas 55-56 *supra* y el texto que las acompaña. De hecho, el intercambio ocurre porque ambas partes perciben “ex ante” al bien o servicio ofrecido por el otro como de más valor que lo que están dispuestas a intercambiar por el. Ver Menger, C. “Principles of Economics”. Transcripción de J. Dingwall y B. Hoselitz. 1981. p. 180.

⁶⁰ De acuerdo con una teoría subjetivista del valor económico, tal criterio es imposible de desarrollar. Ver, por ejemplo, Mises. “Human Action”. 1963. pp. 94-98, 242 y 354 (discutiendo la imposibilidad de medir el valor de intercambio porque el valor es subjetivo). Ver también, BUCHANAN, J. Nota 47 *supra*. pp. 23-26 (un breve rastreo de la historia del “subjetivismo económico de los últimos días de los austríacos notables Mises y Hayek”).

⁶¹ Para la evolución de la concepción “consciente” del *equitable relief*. Pueden ver JOHNSON. “Unconscionability and the Federal Chancellors: A Survey of U.C.C. Section 2-302 Interpretations in the Federal Circuits During the 1980’s”. En: Lincoln Law Review 16. 1985. pp. 21-56. pp. 341-342.

⁶² EISENBERG. Nota 16 *supra*. p. 754 (“Este nuevo paradigma no reemplaza el principio de la negociación, el cual está basado en sólidos fundamentos y continúa rigiendo para el caso normal”). Ver también EPSTEIN. “The social consequence of Common Law Rules”. En: Harvard Law Review 95. 1982. pp. 1717-1748 (“Seguramente toda transacción hecha en un mercado organizado a precios competitivos no debe ser cuestionada, el sostener que uno de estos intercambios es sospechoso sería tirarse abajo todas las transacciones idénticas”). Incluso una crítica severa de la libertad contractual concuerda que este es un aspecto de la actual doctrina de la “ausencia de consciencia”. Véase, KENNEDY. “Distributive and Paternalist Motives in Contract law and Tort Law: With special Reference to compulsory terms and Unequal bargaining power”. En: Md Law Review 41. 1982. pp. 563-621.

⁶³ FARSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 4-24. pp. 314-316.

⁶⁴ El profesor Eisenberg, por ejemplo, confina su análisis a la identificación de circunstancias o “normas” que, si se presentan, pedirían la justicia del resultado contractual en cuestión. El discute la explotación desde una posición de angustia, la incapacidad para realizar transacciones, la susceptibilidad a una persuasión injusta y la ignorancia en el precio. EISENBERG. Nota 16 *supra*. pp. 754-785. Eisenberg sospecha de circunstancias sutiles para discernir la calidad de la “injusticia” de la negociación sustantiva la cual está buscando reglamentar. En una teoría del consentimiento, las circunstancias que describió serán analizadas como posibles aplicaciones de defensas para evitar que deterioren el significado moral normal del consentimiento. Ver notas 210-214 *infra* y el texto que las acompaña.

⁶⁵ EPSTEIN. Nota 54 *supra*. p. 306 (“Es difícil de saber qué principios identifican el “término justo”, y por la misma razón qué hace tan difícil de determinar el “precio justo”). Mises, Ludwig von. Nota 60 *supra*. pp. 727-730 (discutiendo sobre la naturaleza y las deficiencias de las teorías del “precio justo”).

⁶⁶ Ver nota 1 *supra* y el texto que la acompaña.

cuánto esfuerzo se trata o con la suma ponderada de todos los criterios anteriores y así sucesivamente”⁶⁷.

El problema que crea este tipo de teorías modeladas de la justicia—incluyendo las teorías basadas en alguna noción de eficiencia—es que requieren de una constante intervención de las preferencias individuales. “Aun igualando el nivel de todas las posesiones, dicha igualdad sería automáticamente quebrada debido a los distintos grados de habilidad, cuidado o industria de los seres humanos”⁶⁸. Entonces, para mantener el modelo se requiere o que se les impida a las personas vincularse mediante los contratos que deseen o que las autoridades “continua o periódicamente interfieran para quitar recursos a ciertas personas a quienes otras escogieron, por alguna razón, transferirlos”⁶⁹.

Tales interferencias son, por lo menos presuntamente, sospechosas. Algunas veces tales interferencias pueden incluso ser objetadas de acuerdo con el estándar particular que se está utilizando para justificar su intervención. Por ejemplo, podría demostrarse que la ineficiencia es el resultado final de intervenciones hechas para obtener la “eficiencia” que, de este modo, limitaba las preferencias individuales⁷⁰. Un sistema en el que los jueces puedan—en la ausencia de fraude, coacción, o algún otro defecto demostrable en el proceso de formación—reconsiderar la sabiduría de las partes podría crear más injusticia sustantiva que la justicia que busca dar⁷¹. Más fundamental todavía, una teoría de los derechos podría bien sustentar la conclusión de que tales interferencias resultan injustas y equivocadas⁷².

C. Teorías basadas en procesos

Las teorías que se basan en procesos se alejan del enfoque centrado en alguna de las partes contractuales y también del enfoque que busca la sustancia misma del acuerdo, para concentrarse en la manera mediante la cual las partes alcanzan un acuerdo. Este tipo de teorías propone procedimientos apropiados para establecer

obligaciones exigibles y luego evaluar si una determinada transacción siguió el procedimiento correspondiente. La teoría más conocida dentro de esta categoría es la llamada teoría negocial de la “consideración”.

1. La teoría negocial de la consideración.

El origen de la doctrina moderna de la consideración puede ser rastreado desde el nacimiento de la acción de incumplimiento⁷³. Cuando la asunción voluntaria de la obligación comenzó a ser vista como la base de la exigibilidad contractual, a nadie se le ocurrió sugerir con seriedad que todo acuerdo demostrable podría o debería ser legalmente exigible. El número de acuerdos celebrados a diario es tan numeroso que por motivos tanto prácticos como de principios se debe distinguir—además de hacerlo por razones probatorias⁷⁴—entre acuerdos exigibles y los que no lo son.

La doctrina de la consideración fue ideada para establecer esta distinción⁷⁵. De ordinario, allí donde la consideración se encuentre presente, el acuerdo será exigible. Más significativo aún, donde no exista consideración, inclusive cuando el acuerdo sea claro y no presente ambigüedades, se considerará que no hay cabida para la exigibilidad. En el siglo XIX “la teoría negocial de la consideración” fue promovida por algunos—entre los que resaltan Holmes y Langdell—como una forma de responder al problema consistente en a cuáles acuerdos brindar protección legal. Hoy en día probablemente sea la teoría de la consideración la predominante y se encuentra en la sección 71 del Restatement (Second) of Contracts:

- (1) Para que exista consideración, deben negociarse una actuación o una promesa recíproca.
- (2) Una actuación o promesa recíproca se considera negociada cuando es solicitada por el promitente como intercambio por su propia promesa, y es realizada por el destinatario como intercambio de la promesa de aquél⁷⁶.

⁶⁷ NOZICK, Robert. “Anarchy, State and Utopia”. 1974. pp. 156-157.

⁶⁸ HUME, D. Nota 10 *supra*. p. 25.

⁶⁹ NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 163. Para observar su discusión sobre “cómo la libertad altera los patrones”. NOZICK, R. “Anarchy, State and Utopia”. 1974. pp. 160-164.

⁷⁰ GRAY, J. “Indirect utility and Fundamental Rights”. En: Soc. Phil & Pol’y. Primavera de 1984. pp. 73-85 (“Si la política utilitarista directa es contraproducente, debemos aceptar problemas prácticos en ello, y no hay nada que decir sobre que esto no incluirá los problemas distributivos impuestos por principios que confieren un gran peso en los derechos morales de los individuos”). Ver también, ALEXANDER. “Pursuing the Good—Indirectly”. En: Ethics 95. 1985. p. 315 (más adelante elaboraré esta posición).

⁷¹ EPSTEIN. Nota 54 *supra*. p. 315 (“Cuando la doctrina de la *unconscionability* es usada en su dimensión sustantiva... sólo sirve para desfigurar el derecho privado de contratar, de tal forma que sólo produce más daño que beneficio social”).

⁷² NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 168 (“Desde el punto de vista de la teoría de la legitimidad o titularidad, la redistribución es, sin ninguna duda, un problema serio que envuelve, como efectivamente lo hace, la violación de los derechos de las personas”). MACK. “In Defense of Unbridled Freedom of Contract”. En: American Journal Econ. & Soc. 40. 1981. p. 1 (cada persona debería tener la libertad de entrar en un contrato y de insistir en el cumplimiento de los derechos derivados de él). Ver también las notas 93-120 *infra* y el texto que las acompaña.

⁷³ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*, § 1.6. pp.19-20.

⁷⁴ Estas reglas que permiten a las cortes y a terceros en la transacción evaluar la legitimidad de las demandas hechas entre las partes contratantes. Por ejemplo, el estatuto de fraude o una regla que regule el uso de la evidencia verbal. Véase, por ejemplo, U. C. C § 2-201, 2-202. 1977.

⁷⁵ SIMPSON, A. “A History of the Common Law of Contract”. 1975; EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 640 (en respuesta a la pregunta qué clase de promesas deberían ser protegidas “tradicionalmente esto ha sido absorbido bajo la doctrina de la “consideración”).

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

Esta aproximación intenta distinguir el carácter mutuo de lo que induce a celebrar la transacción de los motivos y actos de ambas partes para llegar a la transacción. Lo importante no es aquello por lo que se negocia sino que la promesa o la actuación de cada persona está inducida por la promesa o actuación de la otra.

Las dificultades que presenta la doctrina de la consideración dependen del punto de vista desde el cual se analice el concepto. Si se interpreta restrictivamente esta teoría, entonces, toda clase de acuerdos "serios" serán interpretados como carentes de consideración. En su reciente trabajo sobre la consideración, Charles Fried enumera cuatro tipos de casos –promesas para mantener abierta una oferta, para liberar de una deuda, para modificar una obligación y para retribuir favores pasados– en los que, tradicionalmente, los destinatarios han tenido grandes dificultades para obtener remedios legales por el incumplimiento debido a la ausencia de una consideración negociada⁷⁷, aunque, generalmente, se concede que las partes puedan haber querido vincularse legalmente por lo que la exigibilidad debería ser aplicable⁷⁸. A esto se pueden añadir las promesas no negociadas para asumir las obligaciones de otro⁷⁹, para transmitir la tierra, para donar a entidades de caridad y las promesas de fiadores y dentro del seno familiar⁸⁰.

En cada uno de estos casos, una promesa es hecha y después rota. Luego, el afectado busca basar su acción en esta promesa rota que en muchos de estos casos fue hecha de una forma seria y sin ambigüedad. En cada situación, sin embargo, no existió negociación, por lo tanto, no hubo consideración en la promesa.

Casos como estos invitan a que jueces y otras personas intenten expandir el concepto de la consideración más allá del marco de la negociación⁸¹. Sin embargo, cualquier intento de capturar estos y otros casos se enredará en

una opuesta dificultad. Si la doctrina de la consideración es estructurada de modo tan amplio capturarán crecientemente acuerdos "sociales" que no intentaron dotarse de exigibilidad legal –por ejemplo, promesas de ayuda financiera entre miembros de una familia⁸². Así, cualquier concepto expandido de la consideración amenaza con menoscabar la función tradicional de la doctrina: diferenciar de una forma predecible entre los acuerdos exigibles y los que no lo son y así permitir a los privados planear y evitar que el peso de la coerción legal recaiga sobre acuerdos hechos de manera informal o "social" en los cuales no se contempló ninguna sanción legal por su incumplimiento⁸³.

Por lo tanto, cada estrategia destinada a enfrentar los problemas generados por la doctrina de la consideración causa, de distintas formas, serios estragos en una teoría coherente de la obligación contractual. Con una definición restringida como aquella vinculada a la negociación, promesas serias merecedoras de protección se quedan sin ella. Con una fórmula extensiva, las promesas informales que fueron pensadas fuera del ámbito de la coerción legal estarían dotadas de sanciones legales en caso de incumplimiento. El problema más evidente con la teoría negocial es que al parecer ha errado demasiado yendo en la dirección de la sub-exigibilidad⁸⁴. Sin embargo, esta teoría sufre de un modo fundamental por su característica de ser una teoría basada puramente en procesos.

2. El problema de las teorías basadas en procesos

El problema con estas teorías no es solamente su necesidad de encontrar un balance entre sobre y sub-exigibilidad. Tales balances no pueden ser completamente evitados en un sistema que basa sus decisiones en reglas y principios de aplicación general⁸⁵. El verdadero problema con las teorías que se basan en

⁷⁷ FRIED, C. Nota 8 *supra*. p. 28.

⁷⁸ Que la exigibilidad sea considerada deseable en esos casos está evidenciada por estatutos que han sido promulgados muchas veces para proporcionar una base sobre la responsabilidad. Ver, por ejemplo, U.C.C S 2-205 y el comentario 2. 1977 (La oferta de una firma se hace vinculante para "dar efecto a la intención deliberada de un mercantilista...").

⁷⁹ U.C.C S 3- 408 y el inciso 2. 1977.

⁸⁰ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 2. 19. pp. 90-91.

⁸¹ Un ejemplo bien conocido sobre dónde el requisito de la negociación fue ajustado hasta llegar a un punto de ruptura es el caso *Allegheny College v. National Chautauque County bank*, 246 N.Y 369, 159 N.E 173 (1927) (sosteniendo que en la promesa del "College" de constituir un fondo conmemorativo había consideración por una promesa de hacer un "regalo" al "College"). FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 2.19. p. 91. Caracteriza el análisis de la consideración como "tenué" en este caso. Esto debido a la presencia de formalidades y a la relación de la consideración "moral" ya que la teoría del consentimiento hubiera logrado los mismos resultados. Ver las notas 176-181 *infra* y el texto que las acompaña. Aquí nuevamente, se aprecia que ciertos términos de la promesa podrían indicar una intención que sería revocable. Ver *Allegheny College*, 246 N.Y. p. 372, 159 N.E. p. 174 ("Esta promesa será válida sólo en la condición de que se cumpla con mi voluntad, no obstante, primero deberá ser cumplida"). Tales dificultades de interpretación son previsibles en un régimen legal que inciertamente exija promesas formales, pero no negociadas ya que las partes no pueden estar seguras sobre la forma en que la voluntad cumplirá su propósito. Ver notas 166-181 *infra* y el texto que las acompaña.

⁸² *Richards v. Richards*, 46 Pa. 78, 82 (1863) (Exigir tales seguros sería "excesivamente perjudicial para la libertad de las relaciones sociales").

⁸³ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 573 ("Ciertamente, alguna libertad para cambiar de opinión es necesaria para un libre intercambio entre aquellos que carecen de omnisciencia"); HART, H.L.A. "The Concept of Law". 1961 p. 125 ("La incertidumbre en los límites es el proceso a pagar por el uso de términos clasificados como generales en cualquier forma de comunicación referida a cuestiones de hecho"). Es posible, sin embargo, eliminar las garantías que alguna vez dio"). (Cita omitida).

⁸⁴ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 642.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Aristóteles. Nota 56 *supra*. p. 141 ("Toda ley es universal, pero hay algunas cosas sobre las cuales no es posible expresarse correctamente en términos universales"); HART, H.L.A. "The Concept of Law". 1961 p. 125 ("La incertidumbre en los límites es el proceso a pagar por el uso de términos clasificados como generales en cualquier forma de comunicación referida a cuestiones de hecho"). Es posible, sin embargo, que una aproximación presunta a la forma de hacer leyes minimice este tipo de error, Ver notas 162-164 *infra* y el texto que las acompaña.

procesos, como la teoría negocial de la consideración, es que éstas ponen obstáculos insuperables en la forma de minimizar tales dificultades de la exigibilidad contractual.

Primero, al concentrarse exclusivamente en el procedimiento que justifica la exigibilidad contractual, las teorías basadas en los procesos esconden los valores sustantivos en los cuales se debe basar cualquier elección entre procesos. Al encubrir estos valores, las teorías basadas en procesos terminan tratando su mecanismo procesal elegido como un fin en vez de hacerlo como medio. De este modo, cuando el procedimiento adoptado ocasiona, inevitablemente, problemas de correlación entre medios y fines, una teoría basada en procesos que esté divorciada de su finalidad no puede explicar por qué tal divorcio existe ni qué hacer para remediarlo. Esta debilidad inherente a las teorías basadas en los procesos también afecta la teoría negocial de la consideración⁸⁶.

La teoría de la negociación, ideada para limitar la aplicación de la acción por incumplimiento⁸⁷, falla en asegurar la exigibilidad de ciertas categorías razonables y bien definidas de acuerdos “serios”, pero no negociados⁸⁸. Entonces, cuando se pide a las cortes exigir el cumplimiento de tales compromisos la teoría principal de la consideración a la cual adhieren no pueden dar cuenta de estas “excepciones” al normal requerimiento de negociación, a menos que apele a conceptos más fundamentales que el de negociación. Irónicamente, el surgimiento de la acción por incumplimiento –la razón que hizo necesaria una doctrina de la consideración– se dio gracias a la dificultad que tenía el sistema de entonces, basado en procesos, para analizar la exigibilidad de promesas informales, pero hechas seriamente⁸⁹.

Segundo, una teoría exclusivamente basada en procesos no puede por sí misma explicar por qué ciertas clases de compromisos no son ni deberían ser exigibles. Por ejemplo, es ampliamente reconocido el hecho que los acuerdos para realizar actuaciones ilícitas no deberían de ser exigibles. De modo similar, los contratos sobre esclavitud son considerados *per se* inexigibles. Sin embargo, si estos últimos acuerdos se hicieran de conformidad con las “reglas de juego”, una teoría que mirase sólo a las reglas de juego para decidir cuestiones sobre la exigibilidad no podría responder por qué tales

acuerdos, de otro modo “correctos”, no deberían ser exigibles.

Los dos problemas mencionados, sin embargo, no son exclusivos de las teorías basadas en procesos. Como vimos anteriormente⁹⁰, las teorías basadas en las partes, como las de la voluntad o la confianza, tienen problemas para explicar ciertos acuerdos “excepcionales” que son exigibles sin utilizar los principios sobre los cuales éstas se basan. Las teorías basadas en principios como la voluntad, confianza o eficiencia tienen tantos problemas como las teorías basadas en los procesos para explicar, por qué ciertos acuerdos son inexigibles debido a excepciones –llamadas de “política pública”– a sus respectivas normas sobre la obligación contractual.

A pesar de las debilidades inherentes a las teorías basadas en procesos, éstas presentan ventajas significativas sobre las teorías basadas en las partes y las basadas en estándares. Debido al empleo de un criterio neutro para determinar la exigibilidad contractual, una teoría basada en procesos puede proteger de mejor manera tanto la intención contractual como la confianza de las dos partes contractuales en comparación con las teorías que priorizan a una de las partes sobre la otra, siempre que identifique características del proceso contractual que normalmente corresponden a la presencia de intención o de confianza sustantiva. Al identificar criterios de exigibilidad judicialmente útiles, las teorías basadas en procesos pueden sortear las dificultades de una indeterminación extrema de la que adolecen las teorías basadas en estándares⁹¹. En resumen, estas teorías suministran de mejor modo las reconocidas ventajas que brinda un sistema de leyes de aplicación general, tales como facilitar la planificación de los privados y ayudar a asegurar un trato igualitario a personas que se encuentren en similares situaciones. Probablemente sean estas ventajas las que han permitido a una teoría basada en procesos, como la teoría de la negociación, sobrevivir a pesar de sus frecuentes detractores.

Las grandes ventajas administrativas de las teorías basadas en procesos sugieren que la mejor aproximación que se puede hacer de la obligación contractual es una que preserve un aspecto procedimental del Derecho contractual, sin dejar de reconocer que esos procedimientos dependen, en última instancia, de principios sustantivos

⁸⁶ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 642 (“Tal aproximación... tiende a suprimir la creatividad judicial y la reconceptualización”).

⁸⁷ Ver notas 73 *supra* y el texto que la acompaña.

⁸⁸ Ver notas 77-80 *supra* y el texto que las acompaña.

⁸⁹ SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 136-196 (discutiendo sobre las dificultades de exigir contratos informales anteriores al desarrollo de la acción de incumplimiento).

⁹⁰ Notas 9-16 y 19-25 *supra* y el texto que las acompaña.

⁹¹ Notas 31-45 y 44-66 *supra* y el texto que las acompaña.

fundamentales de Derecho que, ocasionalmente, afectan este análisis procedimental de dos formas. Primero, estos principios pueden sugerir mejoras específicas en los procedimientos que regulan la formación del contrato y que son apropiadas en el caso en que los procedimientos previamente adoptados hayan creado problemas identificables de sub-exigibilidad. Segundo, estos principios pueden servir para privar de normalidad, en cuanto a su significación moral, a ciertos acuerdos que son procedimentalmente inmaculados y, de este modo, disminuir los problemas identificables de sobre-exigibilidad⁹². Una teoría del contrato basada en el consentimiento es una aproximación que cumple con estas características.

II. UNA TEORÍA DEL CONTRATO BASADA EN EL CONSENTIMIENTO

A. El contrato y la teoría de las titularidades: la importancia central del consentimiento

1. Titularidades como fundamento de la obligación contractual

La función de una teoría de las titularidades basada en los derechos individuales es definir los límites dentro de los cuales los individuos pueden vivir, actuar y buscar la felicidad, libres de interferencias por la fuerza de otros⁹³. Una teoría de las titularidades especifica los derechos que los individuos poseen o pueden poseer; nos señala qué puede ser materia de apropiación y quién es su propietario; circunscribe los límites individuales de la libertad humana⁹⁴. Cualquier teoría coherente de la justicia basada en los derechos individuales debe, por lo tanto, contener principios que describan cómo se adquirieron inicialmente esos derechos, cómo se transfieren de persona en persona, cuál es la sustancia y los límites de los derechos correctamente obtenidos y cómo deben remediarse las interferencias con tales titularidades⁹⁵.

Las partes constitutivas de una teoría de las titularidades son, en esencia, las mismas que las categorías tradicionales del Derecho privado. El tema de la adquisición inicial de titularidades sobre los recursos se aborda primariamente en el Derecho que regula la propiedad, la responsabilidad civil extracontractual se preocupa por la protección y límites correctos sobre el uso de los recursos y en el Derecho contractual se encarga de la transferencia de los derechos entre sus titulares⁹⁶. Cada una de estas categorías contiene principios rectificadores en caso de incumplimiento de las obligaciones legales⁹⁷.

No es nada nuevo ver al Derecho contractual como parte de una teoría más general de las titularidades individuales que especifica cómo los recursos pueden ser correctamente adquiridos (Derecho de propiedad), usados (responsabilidad civil extracontractual) y transferidos (Derecho contractual)⁹⁸. Por cierto, el actual desarrollo histórico de estas categorías legales no ha podido armonizar perfectamente con las distinciones conceptuales que nos sugiere una aproximación basada en titularidades. Sin embargo, esta aproximación ha sido desde mucho rechazada como una forma de resolver algunos de los problemas más debatidos en la doctrina y teoría contractuales.

De acuerdo con una aproximación según las titularidades, los derechos pueden ser concedidos incondicionalmente a otro (una donación) o su transferencia puede estar condicionada a un determinado acto o a una transferencia recíproca a cargo de la persona a la cual se transfiere el bien (un intercambio). La preocupación del Derecho contractual recae sobre la manera en la cual estos derechos se transfieren o se enajenan. Además, la exigibilidad de todos los acuerdos está limitada por la capacidad que tienen estos derechos de ser transferidos de una persona a la otra. Si un derecho es genuino o puede ser legítimamente transferido es

⁹² La relación entre las críticas procedimentales y los principios subyacentes es análoga a la distinción que hace Ronald Dworkin entre reglas y principios. Ver DWORKIN, Ronald. "Taking Rights Seriously". 1977. pp. 22-39. En ese proceso las reglas contractuales serían exigibles por principios más fundamentales y tales principios servirían, también, para definir los límites exteriores de las reglas.

⁹³ La literatura de la titularidad de los derechos es vital y creciente. Yo describo algunos de los factores que la hicieron desarrollarse en BARNETT. "Nota 3 *supra*. pp. 1225-1233. Una bibliografía útil es NICKEL. "The Nature and Foundation of Rights". En: *Crim. Just. Ethics*. Otoño de 1982. p. 64. Para un seguimiento del análisis económico de los derechos de propiedad ver FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*.

⁹⁴ FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 ("El sistema prevaleciente de derechos de propiedad en la comunidad puede ser descrito... Como la gama de relaciones sociales y económicas que definen la posición de cada individuo con respecto a la utilización de los recursos escasos". (cita omitida).

⁹⁵ NOZICK. Nota 67 *supra*. pp. 150-153 (Dando una definición tripartita de la justicia que consiste en la justicia en la adquisición, transferencia y rectificación).

⁹⁶ EPSTEIN. "The Static Conception of the Common Law". En: *J. Legal. Studies* 9. 1980. pp. 253-255.

⁹⁷ Otra categoría posible de restitución, la cual especifica circunstancias no cubiertas por el contrato o por la responsabilidad civil cuando la compensación por las transferencias de recursos no gratuitos puede darse. FRIEDMANN. "The Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong". En: *Columbia Law Review* 80. 1980. p. 504.

⁹⁸ Varios comentaristas se han referido recientemente a estos antecedentes históricos. SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. Simpson proporciona un análisis más riguroso sobre la historia de este enfoque, cómo operó y caducó. Pueden revisar también ATIYAH, P. Nota 16 *supra*. p. 89 ("En los comentarios de Blackstone... contrato y sucesión son vistos como modos por los cuales se transfieren títulos de propiedad"). HORWITZ, M. "The Transformation of American Law 1780-1860". 1977. p. 162 (Como resultado de la subordinación del contrato a la propiedad, los juristas del siglo XVIII formularon una teoría de títulos para el intercambio contractual según la cual un contrato servía para transferir el título de la cosa específica materia del mismo").

un tema en el cual el Derecho contractual no puede bastarse por sí mismo sin tener que recurrir a las referencias que nos da la teoría de las titularidades que le subyace, esta es el área de la teoría legal que nos especifica qué derechos poseen los individuos y de qué manera los obtuvieron. De esta manera, la explicación sobre la naturaleza obligatoria de los acuerdos contractuales se deriva de nociones más fundamentales de titularidades y de cómo éstas son adquiridas y transferidas.

El objeto de la mayoría de los acuerdos que transfieren derechos son titularidades indiscutiblemente enajenables. En esos casos las reglas del Derecho contractual son suficientes para explicar y justificar una decisión judicial. Sin embargo, en casos raros, como en acuerdos que se refieran a cuestiones como la esclavitud o que requieran la violación del derecho de alguna persona, la dependencia del Derecho contractual de la teoría de los derechos resultará crucial para identificar los principales problemas sobre la sustancia de los acuerdos voluntarios. Por ejemplo, los acuerdos para transferir derechos no enajenables⁹⁹ –derechos que por alguna razón no se pueden transferir–, o los acuerdos para transferir derechos que por alguna razón no se pueden obtener, no harían, sin más, válidos ni exigibles los contratos¹⁰⁰.

Si bien las actuales teorías de la obligación contractual han omitido reconocer, explícitamente, esta relación de dependencia, tal noción puede, algunas veces, encontrarse implícita. Por ejemplo, es difícil de entender cómo la teoría basada en la “voluntad” del individuo o en la rectificación del “daño” causado por la confianza, pueda tener algún sentido sin asumir un marco de derechos individuales básicos. Uno no tendría que preocuparse sobre la “voluntad” expresada por un individuo o por algún perjuicio causado por la confianza generada a menos que esa persona tenga un derecho pre-contractual a “obligarse” o un derecho a ser protegida por ciertas clases de daño. Las teorías basadas en la eficiencia también dependen de una serie de titularidades (usualmente asumidas) que formen la base

de subsiguientes intercambios eficientes¹⁰¹. Las muchas brechas en estas teorías contractuales articuladas son, en la práctica, probablemente llenadas por nuestra intuición compartida sobre estos derechos individuales fundamentales. Conseguir que este concepto relacional se haga explícito nos ayuda a aclarar lo que continúa siendo un confuso entendimiento de la obligación contractual.

Como la Parte I demostró, una buena comprensión de la obligación contractual y de sus límites requiere que apelemos a algo más fundamental que los conceptos de voluntad, confianza, eficiencia, justicia o negociación. Se necesita de un marco o teoría que sea capaz de ordenar estas preocupaciones fundamentales, que muestre el lugar en el cual cada “principio” debe ubicarse con respecto a los otros. Reconocer la necesidad de tal investigación sitúa a los teóricos contractuales en el terreno de la teoría de las titularidades o de los derechos. La legitimidad de los principios contractuales que determinan qué transferencias de derechos son válidas depende de la naturaleza de la titularidad individual y de la extensión de los derechos que han sido o serán adquiridos por las partes en una transferencia. El proceso de una transferencia contractual no puede comprenderse en su totalidad sin considerar cuestiones fundamentales como son la naturaleza y fuentes de las titularidades individuales y los medios por los cuales son adquiridas.

2. La función asignativa y distributiva de los derechos individuales

Todo concepto de derechos individuales debe asumir un contexto social. Si el mundo se encontrara habitado por una sola persona, tendría sentido hablar de las acciones de esta persona como “buenas” o “malas”. Tal juicio moral podría, por ejemplo, mirar si tal persona ha elegido o no vivir lo que podría ser denominado “una buena vida”¹⁰². Sin embargo, no tiene sentido alguno hablar de los derechos de esta persona. Como una corte señaló: “A menos y hasta que una persona se relacione con otras, o con bienes, o con derechos, no tiene obligación de actuar con relación a ellos, y

⁹⁹ Elaborar la importante distinción entre derechos enajenables y no enajenables requeriría una discusión más general de la teoría de los derechos de lo que es posible detallar aquí. Ver BARNETT. “Contract Remedies and Inalienable Rights”. En: Soc. Phil & Pol’y. Otoño de 1986. Pueden ver también KRONMAN. “Paternalism and the Law of contracts”. En: Yale Law Review 92. 1983. p. 763 (discutiendo sobre las implicaciones de la teoría contractual y la distinción entre derechos enajenables y no enajenables). Un número reciente de escritos sobre el tema de los derechos enajenables refuerza su significado para la teoría legal y moral. Ver FEINBERG, J. “Rights, Justice and the Bounds of Liberty”. 1980. pp. 238-246; MEYER, D. “Inalienable Rights: A Defense”. 1985; VEATCH, H. “Human Rights: Fact or Fancy?”. Capítulo 3. 1986; EPSTEIN. “Why Restrain Alienation?”. En: Columbia Law Review 85. 1985. p. 970; KUFLIK. “The Inalienability of Autonomy. En: Phil. & Pub. Affs. 1984. p. 271; MCCONNELL. “The Nature and Basis of Inalienable Rights”. En: Law & Phil 3. 1984. p. 25; ROSE-ACKERMAN. “Inalienability and the Theory of Property Rights”. En: Columbia Law Review 85. 1985. p. 931.

¹⁰⁰ Otras bases de la obligación son posibles al lado de la obligación contractual, sin embargo, tales obligaciones son reconocidas bajo la responsabilidad civil y la restitución.

¹⁰¹ DEMSETZ. “Toward a Theory of Property Rights”. En: American Economic Review 57. 1967. p. 347 (Los economistas suelen tomar el cúmulo de derechos de propiedad como dato y se preguntan por una explicación de las fuerzas que determinan el precio y el número de unidades de un bien que estos derechos atacan”).

¹⁰² VEATCH, H. “For an Ontology of Morals”. 1971 (Una crítica a la teoría ética contemporánea desde una perspectiva aristotélica).

esto es cierto aunque la obligación sea denominada legal, moral o razonable”¹⁰³.

Desde el momento en el que los individuos viven tan cerca unos de otros de forma tal que compiten por el uso de recursos naturales escasos, se debe encontrar una manera de “asignar” tales recursos. Es decir, debe reconocerse algún esquema que especifique como los individuos deben adquirir, usar y transferir recursos. Ciertos factores de la existencia humana hacen que ciertos principios de asignación sean “ineludibles”. Por ejemplo, es un requerimiento humano fundamental que los individuos adquieran y consuman recursos naturales, aun cuando tal actividad resulte muchas veces inconsistente con un uso similar que otros hacen de los mismos recursos.

“Derecho de propiedad” es el término usado tradicionalmente para describir la titularidad adquirida por una persona para usar y consumir recursos –tanto la persona individual como sus posesiones externas– libre de la interferencia física de otros¹⁰⁴. Que esta posesión y uso de los recursos sea por “derecho” sugiere que cualquier intento de interferencia física con tal posesión o uso puede ser objeto de resistencia mediante el uso de la fuerza si es necesario¹⁰⁵. Adicionalmente, si alguien interfiere con una distribución legítima de recursos, tal violación puede ser rectificada mediante la redistribución de los recursos¹⁰⁶. Algunos derechos de propiedad pueden ser exclusivos y otros no tanto. No hay necesidad de especificar aquí el marco exacto de una correcta teoría

de la propiedad¹⁰⁷. Para esta discusión solamente resulta relevante reconocer que ciertas asignaciones de derechos a la posesión y al uso de recursos son un pre-requisito ineludible para la supervivencia humana y para la satisfacción de sus necesidades.

Aunque la titularidad sobre los recursos puede adquirirse directamente de la naturaleza mediante el trabajo individual, en una sociedad compleja serán usualmente adquiridos de otras personas¹⁰⁸. De acuerdo con una aproximación según las titularidades, el Derecho de los contratos es un cuerpo de principios generales y reglas muy específicas cuya función es identificar los derechos de individuos dedicados a transferir titularidades y, por tanto, indicar cuándo la fuerza física o legal puede usarse legítimamente para preservar tales derechos y rectificar cualquier interferencia injusta en el proceso de transferencia.

3. El Consentimiento como el componente moral de una transacción contractual

Las áreas de las obligaciones morales y de las obligaciones legales no se corresponden totalmente¹⁰⁹. Una obligación moral es algo que debemos hacer o dejar de hacer. Una obligación moral que no sea a la vez una obligación legal válida sólo podría ser legítimamente garantizada por medios voluntarios. Esto quiere decir que uno puede tener la obligación moral de hacer algo pero, a menos que haya también una obligación legal válida, uno no podría ser legítimamente forzado por otro a realizarla. Una obligación moral es

¹⁰³ *Garland v. Boston & M. R. R.*, 76 N. H. 556, 557, 86 A. 141, 142 (1913). La corte puso los puntos de discusión sobre los deberes de cuidado: “La regla del cuidado razonable, bajo las circunstancias, no puede limitar la conducta de Robinson Crusoe como fue situada primariamente, pero a penas él vio las huellas en la arena la regla comenzó a tener vitalidad”. *Id.* 563, 86 A. 141. Pueden revisar también DEMSETZ. Nota 101 *supra*. p. 347 (“En el mundo de Robinson Crusoe los derechos de propiedad no tienen rol alguno”).

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 (“Los derechos de propiedad no están referidos a las relaciones del hombre con las cosas, sino más bien, sancionan relaciones de conducta entre los hombres que eligen entre las cosas que existen y regulan su uso”). Hoy en día, la expresión “derechos de propiedad” tiende a limitarse sólo a los derechos referidos a recursos externos. Sin embargo, tradicionalmente y en el sentido que se utiliza en el texto –la jurisdicción moral y legal de una persona comprendía tanto su cuerpo como los recursos externos. Ver, por ejemplo, LOCKE, J. “An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, in Two Treatises of Civil Government”. Capítulo V S 27. 1690. (“Todo hombre tiene una “propiedad” en su propia persona”). Esta concepción de propiedad estuvo tan arraigada que algunos abolicionistas radicales en el siglo XIX se referían a la esclavitud como el crimen de “robar hombres”. Ver, por ejemplo, FOSTER, S. “The Brotherhood of Thieves, or a True Picture of the American Church and Clergy”. 1843. p. 10. Citado en “The antislavery Argument”. Editado por W. & J. Pease. 1965. p. 138. Esta extendida visión 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, in *Essays in Memory of Schafer Williams*”. (título tentativo). Editado por S. Bowman y B. Cody.

¹⁰⁵ NOZICK, Robert. “Philosophical Explanation”. 1981. p. 499 (“Un derecho es algo por el que cada uno puede demandar o exigir su cumplimiento”). FURUBOTH y PEJOVICH. Nota 33 *supra*. p. 1139 (“La asignación de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento con respecto a las cosas que toda persona debe observar en su interacción con los demás o soportar el costo de la no observancia”).

¹⁰⁶ NICKEL. “Justice in Compensation”. En: *Wm. & Mary Law Review* 18. 1976. pp. 379-382 (“La compensación protege la justa distribución y los derechos que envuelve al evitar, en lo posible, acciones que distorsionen tal distribución”).

¹⁰⁷ He desarrollado este tema más extensamente en otros textos. Ver BARNETT. “The Justice of Restitution”. En: *Am. J. Juris.* 25. 1980. p. 117 (defendiendo la justicia de la rectificación restitutiva). BARNETT. “Pursuing Justice in a Free Society: Part One –Power vs. Liberty”. En: *Crim. Just. Ethics.* Verano/otoño de 1985. p. 50 (Discutiendo la fuente y contenido apropiado de una teoría de los derechos de propiedad). BARNETT. “Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice”. En: *Ethics* 87. p. 279. 1977 (se discuten los méritos de varias aproximaciones a la rectificación). BARNETT. Nota 21 *supra*. pp. 6-15 (se discuten las clásicas nociones liberales sobre la ley y los derechos). Barnett. “Public Decisions and Private Rights”. En: *Crim. Just. Ethics.* Verano/otoño de 1984. p. 40 (Discutiendo la metodología de una aproximación sobre los derechos de propiedad).

¹⁰⁸ BAIRD y JACKSON. “Information, Uncertainty and the Transfer of Property”. En: *J. Legal. Studies* 13. 1984. p. 299 (“Algunos de nosotros, quienes somos propietarios actualmente, la hemos reducido a lo que llamamos propiedad privada luego de su estado de naturaleza. No importa qué teoría justifica los derechos iniciales de propiedad, nuestro disfrute de la propiedad se sostiene en nuestra habilidad para adquirirla de algún otro”).

¹⁰⁹ FULLER, L. “The Morality of Law”. 1969. pp. 1-2. NOZICK, Robert. Nota 105 *supra*. p. 503 (“La filosofía política... Es principalmente una teoría sobre qué comportamiento legítimo puede ser exigido y, por la naturaleza de la estructura institucional que se encuentra y sostiene estos derechos exigibles... de ninguna manera la filosofía política o el campo estatal debilitan el campo de la moral deseable o del deber ser moral”).

una obligación legal sólo si es que puede ser exigida por el uso o la amenaza de la fuerza legal¹¹⁰. Esta dimensión agregada de la fuerza requiere justificación moral. La tarea principal de la teoría legal es, por tanto, identificar circunstancias en donde la imposición legal se encuentra moralmente justificada¹¹¹.

Las teorías sobre las titularidades buscan realizar esta tarea usando un análisis moral para derivar derechos legales individuales, esto es, demandas que puedan ser exigidas de forma justificada¹¹². La teoría de la obligación contractual es la parte de una teoría de las titularidades que se centra en la responsabilidad que surge de la interferencia indebida en las transferencias válidas de un derecho. Hasta que tal interferencia no sea corregida –mediante el uso de fuerza de ser necesario– la distribución de los recursos causada por tal interferencia es injusta. La justicia consiste en corregir esta situación para que la distribución de los recursos esté conforme con las titularidades¹¹³.

Para identificar el componente moral que distingue las transferencias válidas de las inválidas, es necesario separar primero los principios morales que rigen la legítima adquisición y uso de recursos de aquellos que rigen su transferencia. Los derechos son el medio por el cual la libertad de acción e interacción se hace posible y se regula en la sociedad¹¹⁴. Así este derecho que tenemos para adquirir recursos que no han sido previamente propiedad de nadie y para usar aquellos que adquirimos no debe estar sujeto al permiso que otros nos puedan dar. Aunque la aceptación social pueda ser una necesidad práctica para que los derechos sean legalmente

respetados, ningún individuo o grupo necesita, para que sus derechos se encuentren moralmente investidos, de consentimiento para apropiarse de recursos que no pertenecen a nadie o para usar dichos recursos¹¹⁵.

Similarmente, los principios que rigen la transferencia de derechos deberían distinguirse de los principios que rigen el uso de los recursos. La responsabilidad extracontractual se encarga de las obligaciones que surgen de la interferencia con los derechos de otros. El agresor que interfiere con los derechos de otro (en vez de obtener una transferencia válida de esos derechos hacia sí mismo) es responsable debido a tal interferencia, y no debido a que haya consentido ser juzgado por sus acciones que perjudicaron los derechos de otros. Se podría decir que el agresor ha “cedido” (por oposición a enajenar o transferir) el derecho a los recursos que proveerá para compensar a la víctima de los daños¹¹⁶.

En contraste con lo dicho, el Derecho contractual se encarga de la exigibilidad de las obligaciones que surgen de la transferencia válida de titularidades que ya alguien posea, y esta diferencia es la que hace al consentimiento un pre-requisito moral para la obligación contractual. Las reglas que rigen la enajenación de los derechos de propiedad mediante su transferencia, cumplen la misma función que las reglas que rigen su adquisición y aquellas que especifican su propio contenido: hacer posible la libertad de acción e interacción de las personas¹¹⁷. La libertad de acción e interacción se encontraría seriamente impedida, y posiblemente destruida, si a los legítimos propietarios de los derechos, que no han ocasionado daño alguno, se les pudiera privar de ellos mediante la

¹¹⁰ En el rol que la coerción debería jugar en el pensamiento jurisprudencial, ver NANCE. “Legal Theory and the Pivotal Role of the Concept of Coercion”. En: University of Colorado Law Review 57. 1985. p. 1.

¹¹¹ Se puede distinguir entre una obligación legal positiva, que un sistema particular exigirá (sin importar si debiera o no debiera hacerlo) y una obligación legal válida, la cual es una obligación que es moralmente apropiada exigir. Véase, por ejemplo, HART, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. En: Harvard Law Review 71. 1958. p. 593. FULLER. “Positivism and Fidelity to Law –A Reply to Professor Hart”. En: Harvard Law Review 71. 1958. p. 630. Para una excelente discusión sobre esta distinción véase MURPHY, J. y J. COLEMAN. “The Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence”. 1984. pp. 7-68. En esta sección, el último significado es el que estamos usando.

¹¹² Ver nota 105 *supra* y el texto que la acompaña.

¹¹³ En algunas circunstancias raras, sin embargo, la protección de las *holdings* puede ser un argumento en contra de tal redistribución. La doctrina de la posesión de mala fe, por ejemplo, sugiere que la justicia de algunas *holdings* de recursos que no han sido obtenidas por medios justos podrían no generar derechos de prescripción. BALLANTINE. “Title by Adverse Possession”. En: Harvard Law Review 32. 1918. pp. 135-136. Similarmente, una vez que ha pasado el plazo legal desde la apropiación inicial del bien “tomado”, y que el original poseedor sin título y el propietario original (o sus herederos) no puedan reclamar la propiedad (por ejemplo, por haber fallecido), entonces, una persona que se encuentre en posesión inocente del bien puede argumentar la posesión de un buen título. SHER. “Ancient Wrongs and Modern Rights”. En: Phil. & Pub. Affs. 10. 1980. p. 3 (discutiendo los problemas de rectificar injusticias del pasado) (En ausencia de una víctima identificable, el receptor inocente de la propiedad que fue originalmente mal adquirida podría reclamar tener un mejor derecho al título..., como lo sugiere este argumento. Teniendo el marco de los derechos de propiedad por un lado y los límites externos del Derecho contractual por el otro, llegamos a un análisis que se encuentra más allá de la finalidad de este artículo).

¹¹⁴ BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 56-63.

¹¹⁵ El hecho que la sociedad no reconozca un derecho no puede, por sí mismo, significar que normalmente este derecho no existe. Véase DWORKIN. Nota 92 *supra*. 1977. pp. 184-185.

“En la práctica es el Estado quien tiene la última palabra en materia de los derechos individuales, porque la policía hará lo que sus oficiales y las cortes digan. Pero esto no quiere decir que el punto de vista del Estado sea necesariamente el correcto. Cualquiera que considere que hombres y mujeres tienen únicamente los derechos morales que un Estado elige garantizar, se arriesga a encontrarse un día con que ellos no tengan ninguno. Requerir el consenso social para una legitimidad moral en la adquisición de los derechos iniciales puede dar lugar a una “teoría del consentimiento” de los derechos de propiedad. Véase ROSE. “Possession as the Origin of Property”. En: University of Chicago Law Review 52. 1985. pp. 73-74 (“Según esta teoría, el propietario original obtuvo su título a través del consentimiento del resto de la humanidad...”).

¹¹⁶ FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. pp. 239-240 (distinguiendo entre derechos enajenables y no enajenables). KUFLIK. Nota 99 *supra*. p.275 (“Decir que la autonomía no puede ser enajenada no significa que en circunstancias especiales esta no pueda perderse. Una persona puede perder, a través de una mala conducta, lo que hubiera estado mal transferir a través del consentimiento o un acuerdo”).

¹¹⁷ BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 56-63.

fuerza legal sin su previo consentimiento¹¹⁸. Más aún, el requisito moral consistente en el consentimiento obliga a que los otros tomen en cuenta los intereses de los propietarios de los derechos, cuando busquen obtener los derechos que éstos poseen¹¹⁹. Wallace Matson describe minuciosamente la perspectiva de la justicia desde la cual se hace del consentimiento el componente moral de la transferencia contractual:

“La justicia es... dar a cada uno lo que le corresponde. Lo que corresponde a un hombre es aquello que ha adquirido por su propio esfuerzo, y que no ha tomado de otros sin consentimiento. Una comunidad en donde esta concepción se encarna será una comunidad en la cual sus miembros deciden no interferir en el esfuerzo legítimo que cada uno realiza para obtener sus metas individuales, y deciden también ayudarse unos a otros hasta el punto en el que las condiciones para hacerlo

sean mutuamente satisfactorias... Tal comunidad dará a sus miembros rienda suelta para que estos desarrollen sus capacidades particulares, y las usen para llevar a cabo sus planes para su mayor beneficio. Esta actividad es El Bien para el Hombre”¹²⁰.

Consecuentemente, el consentimiento del titular de derechos, a quedar legalmente obligado¹²¹ es el componente moral que distingue, dentro de un sistema de titularidades, la transferencia de derechos enajenables válida de la inválida¹²². Sugerir que el consentimiento se encuentra en el corazón del Derecho contractual no es nada nuevo¹²³. Lo que no está ampliamente reconocido es que la obligación contractual surja como consecuencia del consentimiento a una transferencia de titularidades y que, por lo tanto, sea dependiente de una teoría de las titularidades¹²⁴. Sin embargo, sí es

¹¹⁸ BAIRD y JACKSON. Nota 108 *supra*. pp. 299-300 (“Las reglas legales deben confrontar los problemas asociados con la transferencia de propiedad de un individuo a otro. Generalmente, cuando somos dueños de una propiedad, queremos asegurar nuestro control sobre ella –que no existirá un nuevo “propietario” sin que medie nuestro consentimiento”).

¹¹⁹ DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 64 (“Un sistema de derechos de propiedad que requiere del anterior acuerdo entre estos propietarios antes de que puedan someterse a alguna tarea particular asegura que estos costos serán tomados en cuenta (por otros”). Es bastante parecido a lo que Joel Feinberg notó: “Tener un derecho implica la posibilidad o “libertad” de ejercerlo o no en el momento en que uno lo elija. Esta libertad es otro aspecto de la propiedad de los derechos que nos ayuda a explicar porqué se les valora tanto. Cuando una persona tiene un derecho discrecional y ha entendido completamente el poder que su posesión le da puede, si así lo elige, hacer sacrificios por motivo de otros, como dar voluntariamente lo que le pertenece de pleno derecho, hacer un regalo al que no estaría obligado y perdonar a otros por el daño que le hayan ocasionado retirando la demanda por compensación de daños o simplemente aceptando de nuevo su amistad o su amor... Sin los deberes que los otros tienen hacia uno (en correlación con los deberes que tú tienes con los demás) no tendría sentido la noción de liberalidad hacia los demás, ayudando a los otros cuando uno tiene el derecho de no hacerlo, esas son precisamente las conductas “durante y más allá del deber”. FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. pp. 156-157.

¹²⁰ MATSON. “Justice: A Funeral Oration”. En: Soc. Phil. & Pol’y. Otoño de 1983. pp. 94-112. Luego contrasta esta concepción de la justicia con otra: “La otra concepción sostiene que la justicia es la satisfacción de las necesidades de cada uno tan lejos como sea posible en el mismo grupo de experiencias placenteras. La visión sobre la vida humana que subyace aquí nos dice que la vida cuenta con dos fases separables, producción y consumo, la fase de consumo es aquella en la que El Bien reposa; no existe razón alguna por la cual un individuo debiera tener más o menos de este Bien que otro individuo; y el problema de cómo asegurar la producción requerida es meramente técnico. Una sociedad basada en esta concepción debe de estructurarse como una jerarquía autoritaria, en orden a resolver los problemas de producción y para administrar justicia. Por eso la he llamado Justicia de arriba hacia abajo...”.

Para un ejemplo de la justicia de “arriba hacia abajo” aplicada al Derecho contractual, véase KRONMAN. Nota 124 *infra*.

¹²¹ A diferencia de la “voluntad” o la “Intención”, la palabra “consentimiento” puede ser utilizada tanto subjetivamente para describir un estado mental como objetivamente para describir un acto inter-relacional. El diccionario de la lengua “Webster” nos da la siguiente definición:

Consentimiento: 1. a) acordar (hacer algo). b) dar permiso, aprobación o asentimiento (a alguien que propone algo). 2. Un acuerdo de opinión o sentir. Noten que el primer significado para ambos tanto el verbo consentir como el sustantivo consentimiento concierne a un acto objetivo, mientras el segundo significado concierne a un estado mental. El nombre “teoría del consentimiento contractual” juega entre la ambigüedad del “consentimiento” objetivo-subjetivo. Mientras el enfoque de una teoría del consentimiento puede, a veces variar, de la objetividad a la subjetividad, ver notas 154-161 *infra* y el texto que la acompaña, el título sigue siendo apto, aún cuando pueda estar referido al nivel objetivo. La teoría hace referencia a una manifestación de consentimiento y no a una manifestación de cualquier otra intención. Para clarificar el asunto, “asentimiento” será usado aquí como significado de la intención subjetiva de vincularse legalmente, y “consentimiento” será utilizado generalmente como significado de la intención objetiva manifestada de estar vinculado legalmente, ver notas 133-153 *infra* y el texto que las acompaña.

¹²² DEMSETZ. Nota 44 *supra*. p. 62 (“Un sistema adecuado de derechos de propiedad requiere del previo consentimiento de los propietarios antes que su propiedad pueda ser afectada por otros”).

¹²³ ATIYAH, P. “Promises, Morals and Law”. 1981. p. 177 (“Prometer puede ser reducido a una especie de consentimiento, ya que el consentimiento es una fuente más amplia y quizá aún más básica de la obligación”). GREEN. “Is an Offer Always a Promise?”. En: Ill. Law Review 23. 1928. pp. 95-96 (“Cuando somos lo suficientemente sofisticados como para tener ideas sobre propiedad, societarias o legales, ideas de Derecho, distinguiéndonos de las ideas sobre las situaciones *de facto*, una oferta para vender puede ser simplemente una expresión de consentimiento o voluntad por la cual pasará el propietario siempre y cuando acepte la oferta...”).

Si prometer es una instancia especial de consentimiento bien podría ser que la concepción tradicional de los contratos como concierne exclusivamente al problema de las promesas exigibles pueda haber cegado la profesión en lo que se refiere al rol teórico fundamental del consentimiento. Para un ejemplo de la típica insistencia moderna de la naturaleza promisoria de los contratos véase FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*.

La segunda limitación sugerida por esta definición es la que la que confina al Derecho contractual exclusivamente a las promesas. Está claro que también se refiere a los intercambios que se relacionan con el futuro ya que una “promesa” es el compromiso de un a persona sobre su futura conducta. Ejemplos de intercambio que no incluyen tal compromiso (por ende, que no envuelven un contrato en este sentido) son la transacción de trueque... y la venta al contado... Porque no se da ninguna promesa en ambos intercambios, no hay contrato.

Porque una teoría del consentimiento implica más que la exigibilidad de las promesas, los términos más apropiados para describir a las partes contratantes podrían ser “transferente” y “transferido”. Sin embargo, por conveniencia, los términos convencionales “promitente” y “destinatario” seguirán siendo utilizados aquí.

¹²⁴ CHEUNG. Nota 33 *supra*. p. 23 (“Las transacciones que se producen en el mercado traen consigo transferencias absolutas o parciales de derechos de propiedad entre las partes contratantes individuales”). EVERS. “Toward Reformulation of the Law of Contracts”. En: Journal of Libertarian Studies 1. 1977. p. 3 (describiendo la “teoría de la transferencia de titularidades” de los contratos basándose en los derechos de propiedad). KRONMAN. “Contract Law and Distributive Justice”. En: Yale Law Review 89. 1980. pp. 472-473 (“Contratos realizados para el intercambio de propiedad”). MACNEIL. “Relational Contract: What We Do and Do not Know”. En: Wis. Law Review pp. 483-523 (“Las relaciones de intercambio... presuponen alguna idea de propiedad...”). Para un reciente intento de emplear el concepto de propiedad para explicar el derecho a la restitución y algunos temas sobre los daños contractuales, véase FRIEDMANN. Nota 97 *supra*.

comúnmente sostenida y plausible la concepción de propietario que señala que ser dueño de recursos le da a uno el derecho de poseer, usar y disponer de ellos libre del uso de la fuerza o la amenaza de usarla por otros¹²⁵.

En una sociedad moderna, la cadena entre la adquisición inicial de recursos y su consumo final puede ser larga y complicada. Aun cuando no dejen de existir controversias, una transferencia válida de derechos debe estar condicionada a la realización de algún acto del titular de los derechos, incluso para aquellos que reconocen la legitimidad de los derechos de propiedad en principio, sobre el modo correcto de adquirir recursos¹²⁶ y la manera correcta de utilizarlos¹²⁷. La función asignativa que una teoría de las titularidades está, en parte, diseñada para cumplir sugiere que el consentimiento es el medio por el cual se transfieren los derechos¹²⁸.

En suma, la exigibilidad legal se encuentra moralmente justificada debido a que el promitente realiza voluntariamente ciertos actos que comunican su intención de crear una obligación legalmente exigible mediante la transferencia de derechos enajenables. Dentro de una aproximación basada en las titularidades, la obligación contractual, a diferencia de otros tipos de obligación legal, tiene como base dicho consentimiento.

B. Una definición de consentimiento

1. El consentimiento y la teoría objetiva de los contratos

A primera vista, una teoría contractual basada en el consentimiento puede parecer para algunos una versión de la teoría de la voluntad. Entender las diferencias fundamentales entre ambas aproximaciones ayudará a apreciar las virtudes comparativas de la teoría del consentimiento.

Una teoría de la voluntad basa la obligación contractual en el hecho que una obligación fue libremente asumida. Como ha sido señalado en el Capítulo I, una teoría que basa la obligación contractual en la existencia de una "voluntad de quedar obligado" está fuertemente presionada para justificar obligación contractual en la ausencia de un verdadero ejercicio de la voluntad. Es difícil de aceptar por qué uno se encuentre legal o moralmente comprometido a cumplir un acuerdo que no se tuvo realmente intención de realizar y, aún así, seguir una teoría que basa el compromiso en su cualidad intencional. Este componente subjetivo crea tensión entre una teoría de la voluntad y la ineludible necesidad de los individuos en sociedad, y aquellos que tratan de administrar un sistema legal coherente que confíe en las apariencias –confiar en el comportamiento de los individuos que aparentemente manifiestan su asentimiento¹²⁹ a una transferencia de titularidades.

En contraste a una teoría de la voluntad, el reconocimiento que una teoría del consentimiento hace de la dependencia que tiene la obligación contractual de un análisis de derechos, es capaz de explicar la relación normal objetiva-subjetiva que existe en el Derecho contractual. El concepto de derechos o de titularidad es un concepto social cuya principal función es especificar los límites en los cuales los individuos pueden operar libremente para alcanzar sus propios fines y, por ende, proveer la base para una actividad interpersonal que sea cooperativa. Los abogados tienden a concentrarse en la función que las nociones de titularidad juegan para especificar los remedios correctos para un comportamiento incorrecto, pero dada la justicia incierta de cualquier remedio legal¹³⁰, una función vital de un sistema bien definido de titularidades es evitar las disputas. Además, mientras que no es inusual la argumentar que para evitar disputas se debe elevar los costos de una mala conducta y, por lo tanto, disuadir a las "malas" personas¹³¹, se

¹²⁵ Ver, por ejemplo, KRONMAN. Nota 124 *supra*. p. 472. Esta idea no es nueva, ver AQUINAS, T. "Summa Theologica". Reimpreso en: "20 Great Books of the Western World". 1952. p. 311 ("El poder de los privados es ejercido sobre las cosas que poseen, y consecuentemente sus tratos conjuntos para resguardar tales cosas dependen de su propia voluntad, por ejemplo, comprando, vendiendo, regalando y así en adelante").

¹²⁶ Ver, por ejemplo, BECKER, L. "Property Rights: Philosophic Foundations". 1977. pp. 32-56 (asignando críticamente la labor de la adquisición de la propiedad). EPSTEIN. "Possession as the Root of Title". En: Ga. Law Review 13. 1979 p. 1221 (Defendiendo "la primera posesión" como el modo para adquirir la propiedad). ROSE. Nota 115 *supra* (distinguiendo el trabajo, el consentimiento y las teorías de la primera posesión en la adquisición de propiedad y discutiendo sus respectivos méritos).

¹²⁷ Para una visión general véase COLEMAN. "Moral Theories of Torts: Scope and Limits". Parte I. En: Law & Phil 1. 1982. p. 371 (Asignando las teorías morales competentes a la responsabilidad civil). COLEMAN. "Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits". Parte II. En: Law & Phil 2. 1983. p. 5.

¹²⁸ Sin embargo, véase la nota 113 *supra*.

¹²⁹ Véase, nota 121 *supra*.

¹³⁰ BARNETT. "Resolving the Dilemma of the Exclusionary Rule: An Application of Restitutive Principles of Justice". En: Emory Law Journal 32. 1983. pp. 937-979 ("Una de las tragedias de la justicia es la necesidad de objetivar el valor de los derechos valorados subjetivamente cuando los derechos son expropiados y no media ninguna negociación").

¹³¹ La visión del Derecho como "el hombre malo" se hizo famosa gracias al juez Holmes:

"Si quieres conocer el Derecho y nada más, tienes que mirarlo como un hombre malo, al que sólo le importan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, no como un hombre bueno, quien actúa, no importa si se encuentra dentro del Derecho o fuera de él, sino por las vagas sanciones de su consciencia". HOLMES. "The Path of the Law". En: Harvard Law Review 10. 1897. pp. 457-459. Otros que emplean la visión del "hombre malo" son POSNER. Nota 30 *supra*. pp. 164-172; BECKER. "Crime and Punishment: An Economic Approach". En: J. Pol. Econ. 76. 1968. p. 169.

soslaya frecuentemente que la perspectiva según las titularidades debe adoptar una óptica de la ley según un “buen hombre” tan seriamente como toma la óptica de un “mal hombre”¹³².

Los límites de la discreción individual definidos por un sistema claro de titularidad o legitimidad, sirven para asignar la autoridad sobre la toma de decisiones entre los individuos. Por ende, se comunica información vital a todos los que desean evitar disputas y respetar los derechos de otros, en la medida en que conocen cuáles son estos derechos¹³³. De este modo, se evitan los conflictos potenciales entre personas que, de otro modo, competirían por el control de algún recurso. Por lo tanto, una teoría sobre las titularidades exige que los límites de los dominios protegidos sean determinables no sólo por los jueces que deben resolver las disputas surgidas, sino también, y quizá de manera más importante, por las propias personas que han sido afectadas antes de que ocurra cualquier disputa.

En el Derecho contractual, este requerimiento de información o de “definición de límites” significa que la aprobación de enajenar derechos debe manifestarse de cierta forma por una de las partes a la otra, para así servir como criterio para la exigibilidad. Sin una manifestación de aprobación accesible a todas las partes afectadas, ese aspecto de un sistema de titularidades que rige la transferencia de derechos no podría cumplir su principal función. Al momento de la transacción, habrá fracasado en identificar claramente y comunicar a ambas partes (y a terceros) los límites legítimos que deben ser respetados. Sin tal comunicación, las partes involucradas en una transacción (y los terceros) no podrían determinar con precisión lo que constituye una conducta legítima y lo que constituye un compromiso en el cual pueden confiar. Ocurrirán, por lo tanto, disputas que se podrían haber evitado, y las incertidumbres inherentes al proceso de transferencia desalentarán la confianza.

Si este imperativo del sistema de titularidades puede dar inicialmente la impresión de ser *ad hoc*,

reaccionamos de esta manera sólo porque no estamos acostumbrados a pensar que de la transferencia de derechos surja una obligación contractual. La relación entre reglas legales y la teoría de las titularidades se entiende mejor en el campo del derecho de propiedad, en el cual la función definidora de límites de los derechos necesita de una aproximación objetiva. Ninguna teoría sería sugeriría que las personas adquieren inicialmente el derecho a recursos (sin dueño) simplemente porque creen subjetivamente que lo han hecho. Más bien, los derechos sobre objetos que carecen de dueño son adquiridos mediante la realización de un acto demostrativo y significativo con relación a tales objetos. Dependiendo de la teoría de la adquisición que se acoja, y las convenciones que se adopten, el acto que se requiere podría ser el poseer o señalar el recurso, transformarlo, o llenar un petitorio e inscribirlo en una oficina de registro¹³⁴. Cada una de estas convenciones manifiesta objetivamente la propiedad de un recurso que carecía antes de dueño o que había sido abandonado, comunicando a otros una demanda inconfundible para poseer, controlar y utilizar el recurso¹³⁵.

El análisis para el Derecho contractual es similar. Requerir el consentimiento de quien es titular del derecho como condición para una transferencia válida de derechos, es absolutamente vital para el régimen de titularidades por las razones ya expuestas en los párrafos anteriores¹³⁶. Pero, que uno acuerde una transferencia de derechos bajo tal régimen, generalmente no depende de la opinión subjetiva que uno tenga sobre el significado de palabras o de la conducta libremente elegida, sino del significado ordinario que a cada una de estas atañe. El lenguaje en sí mismo –el modo en el que la aceptación hacia una transferencia se manifiesta– es tan convencional, como aquellas convenciones que gobiernan las adquisiciones de derechos. Si la palabra “sí” normalmente significa sí, entonces una creencia subjetiva y no revelada que afirme que “sí” significa “no”, es generalmente irrelevante para un régimen

¹³² Al enfocarse exclusivamente en las sanciones impuestas por la conducta ilegal, la visión del “hombre malo” subestima la función epistemológica de los principios generales y las reglas de Derecho. Principios y reglas apropiados proporcionan información vital a las “buenas” personas (y a su consultor legal) que buscan evitar la violación de los derechos de otros sin estar fijándose en la severidad de las penalidades que pueden traer con su conducta. Véase HART, H.L.A. nota 85 *supra*. pp. 86-88 (distinguiendo el aspecto “interno” del aspecto “externo” de las reglas obligatorias); HAYEK, F. “Law, Legislation and Liberty”. 1973. pp. 35-123. (defendiendo el uso de reglas y principios en contra de las recientes críticas poco constructivas).

¹³³ ROSE. Nota 115 *supra*. pp. 78-79 (“La posesión, ahora, empieza a verse más como algo que requiere una clase de comunicación, y la original demanda sobre la propiedad parece más una clase de discurso, con una audiencia compuesta por todos los otros que puedan estar interesados en demandar el objeto en cuestión”).

¹³⁴ Véase, por ejemplo, BAIRD y JACKSON. Nota 108 *supra*. pp. 301-311 (discutiendo las ventajas y desventajas de varias convenciones utilizadas para registrar y transferir intereses en la propiedad real y en la personal).

¹³⁵ Ver ROSE. Nota 115 *supra*. p. 77 (“El principio del acto claro sugiere que el *common law* define los actos de posesión como una clase de declaración. Como Blackstone dijo, los actos deben ser una declaración de una intención de apropiación”). (cita omitida). HELMHOLZ. “Adverse Possession and Subjective Intent”. En: Wash. U.L.Q. 61. 1983. pp. 331-357 (Las cortes “normalmente otorgan el título al poseedor de buena fe, al que no se lo dan es al poseedor que sabe lo que está haciendo en el momento en que entra a la tierra en disputa”). La tendencia de la doctrina de la posesión de mala fe discutida por Helmholtz puede ser análoga en esas circunstancias a la teoría del consentimiento contractual, discutida en las notas 154-160 *infra* y el texto que la acompaña, donde la presunta significación del asentimiento objetivo puede ser vencida por la prueba del entendimiento subjetivo del destinatario de la promesa.

¹³⁶ Ver Notas 109-128 *supra* y el texto que las acompaña.

de asignación de titularidades. Sólo la confianza general en una conducta asertiva y objetivamente verificable permite que el sistema de titularidades cumpla su función definitoria de los límites en la asignación.

Además, una teoría legal que tratase de basar la correcta adquisición, uso o transferencia de los recursos solamente en intenciones subjetivas no sería capaz de proveer una gama coherente de derechos o titularidades. No es posible evitar que unas intenciones subjetivas entren en conflicto con las de otro. Por esta razón, en la medida en que una teoría trate de derivar derechos de tales intenciones, producirá “derechos” que necesariamente entrarán en un conflicto irreconciliable con los demás. Una teoría de este tipo necesitaría, entonces, apelar a otros principios para resolver estas conflictivas demandas de “derechos”, y sin embargo, por tal apelación, una tal teoría legal evidenciaría que no era del todo una teoría sobre derechos¹³⁷.

La función de una teoría de derechos es definir los límites de lo permitido a la acción humana¹³⁸ y la de resolver demandas en conflicto¹³⁹. Por eso, una teoría coherente de los derechos los asignará sobre la base de factores que minimicen la probabilidad de que se generen demandas conflictivas. En este sentido las conductas objetivamente manifestadas, que usualmente reflejan intenciones subjetivas, nos proporcionan una base mucho más sólida para la obligación contractual que la que nos brinda las intenciones subjetivas. La evidencia de una intención subjetiva extrínseca a la transacción, y que no estaba a disposición de la otra parte, es relevante, de darse el caso, sólo en la medida en que ayuda a las cortes en

determinar el significado “objetivo” de ciertos términos¹⁴⁰.

¿Cuál es el significado exacto transmitido por el promitente al destinatario que una corte debe identificar para que concluya que se ha producido un compromiso contractual? Si el consentimiento es concebido como un asentimiento “objetivo” o “manifiesto”, entonces, ¿qué es lo que debe afirmarse para que surja una obligación contractual? No basta con que uno manifieste un compromiso o promesa para abstenerse o para realizar un acto. Tal manifestación no sería nada más que una promesa¹⁴¹. La teoría contractual busca el factor “extra” que, si se encuentra presente, justificará la exigibilidad legal de un compromiso o promesa.

Una teoría de las titularidades especifica que el consentimiento para una transferencia de derechos es este factor extra¹⁴². El consentimiento requerido es una manifestación de la intención de enajenar algún derecho¹⁴³. En un sistema de titularidades, en la que las transferencias de derechos manifiestas justifican la protección legal de los acuerdos, cualquier tipo de manifestación implica necesariamente la intención de quedar “legalmente vinculado”, de adherir al compromiso asumido. Por eso, la frase “la manifestación de la intención de estar legalmente vinculado”¹⁴⁴ captura ordenadamente lo que una corte debería tratar de encontrar antes de declarar que una obligación contractual ha sido creada¹⁴⁵.

Charles Fried sostenía que el promitente incurre en una obligación moral porque invoca intencionalmente una convención social cuyo propósito es causar en los demás una expectativa de cumplimiento de lo

¹³⁷ Bajo una teoría de los derechos, estos derechos deben ser reconciliables. NOZICK, Robert. Nota 67 *supra*. p. 166 (“Los derechos individuales pueden ejercerse a la vez, cada persona puede ejercer sus derechos como mejor le parezca”). Esto ha sido elaborado por STEINER. “The structure of a set of Compossible Rights”. En: J. Phil 74. 1977. p. 767 (describiendo los requerimientos lógicos que un sistema de derechos trae consigo para el ejercicio compatible de los derechos designados). En el rol que este requerimiento formal juega en la formulación de los derechos sustantivos véase BARNETT. “Pursuing Justice”. Nota 107 *supra*. pp. 58-60.

¹³⁸ Ver Notas 93-94 *supra* y el texto que las acompaña.

¹³⁹ FEINBERG, Joel. Nota 99 *supra*. p. 152 (“No todas las demandas puestas como válidas en realidad lo son; y sólo las válidas pueden reconocerse como derechos”). Sigue en la p. 155 (“Tener un derecho es tener una demanda contra alguien cuyo reconocimiento como válida es determinada por algunas clases de reglas o principios morales”); STEINER. Nota 137 *supra*. p. 768 (“El encargado de adjudicar, entre dos personas cuyas acciones se obstruyen mutuamente y en la que cada una puede mostrar que sus acciones están dentro del rango permitido para una demanda por un derecho, concluirá... al menos, que una de las dos demandas por ese derecho debería ser inválida”).

¹⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Kabil Dev. Corp. v. Mignot*, 279 Or. 151, 157-158, 566 P.2d 505, 508-509 (1977) (Discutido en EISENBERG. “The Responsive Model of Contract Law”. En: Stanford Law Review 36.1984. pp. 107-1119. n.36).

¹⁴¹ Ver, por ejemplo, “Restatement (Second) of Contracts” S 2 (1979) (“Una promesa es una manifestación de la intención de actuar o abstenerse de actuar de una manera específica, esto hecho para justificar el entendimiento del destinatario en que un acuerdo se ha celebrado”).

¹⁴² Ver notas 117-128 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁴³ Tal manifestación de la intención de enajenar derechos puede ser directa o indirecta. El objeto de una transferencia contractual directa de derechos es la de transferir derechos enajenables –por ejemplo, el derecho de posesión. El objeto de una transferencia contractual indirecta de derechos es asegurar que alguien más ejercerá sus derechos no enajenables –por ejemplo, el derecho a trabajar— de una forma particular al requerir una transferencia de derechos enajenables (por ejemplo, daños dinerarios) si no hay cumplimiento. Ver nota 99 *supra*. Nota 218 *infra*. GREEN. Nota 123 *supra*. p. 95 (distinguiendo entre una “oferta auto-ejecutiva” y una “oferta para hacer o impedir hacer algo”).

¹⁴⁴ GREEN. “Is an Offer always a Promise?”. En: Ill. Law Review 23. 1928. pp. 301-302 (usando la frase, “una expresión de voluntad o consentimiento para ser respondida”). LORENZEN. “Causa and Consideration in the Law of Contracts”. En: Yale Law Review 28. 1919. pp. 621-646 (“Los acuerdos que son físicamente posibles y legalmente permisibles deberían, en principio, ser exigibles si la intención de las partes fue la de asumir relaciones legales”).

¹⁴⁵ Por supuesto, un requerimiento adicional de la obligación contractual en un sistema de titularidades es que los derechos transferidos sean válidos y enajenables. Ver notas 99-100 *supra* y el texto que las acompaña.

prometido¹⁴⁶. En contraste, una teoría del consentimiento especifica que el promitente incurre en una obligación contractual cuya exigibilidad legal resulta moralmente justificable al manifestar su asentimiento a la exigibilidad legal y, por tanto, invocar la institución del contrato. En las circunstancias descritas por Fried, el promitente puede tener una obligación moral para hacer lo que prometió. Pero, sin algo más, no tendrá una obligación legal y el destinatario de la promesa no tendrá derecho legal a su cumplimiento¹⁴⁷. Sólo se incurrirá en una obligación contractual de cumplimiento cuando el promitente manifieste al destinatario de su promesa su intención de estar legalmente vinculado. La base de la obligación contractual no es el prometer *per se*. La base del contrato es el consentimiento.

Resulta paradójico adherirnos a una noción “objetiva” de consentimiento que se base justamente en esas palabras y hechos de las personas que comúnmente se entienden reflejan su asentimiento subjetivo a quedar legalmente vinculados, no obstante ellas puedan no haber querido comunicar su significado común¹⁴⁸. Un análisis del consentimiento tiene interés genuino en la real intención de las partes, sin embargo, nunca tenemos acceso directo al subjetivo contenido mental otros individuos. Por esta razón, siempre debemos aprehender el significado de los términos comparando (1) la conducta de las personas con sus palabras, (2) o su conducta y sus palabras en un contexto con las mismas conducta y palabras en otro, (3) o la conducta y palabras de una persona con las de otra persona¹⁴⁹. Incluso en una teoría subjetiva, la evidencia de asentimiento subjetivo debe ser en cierto grado manifiesta, aunque sea expresado en el testimonio de un testigo o en algún tipo de documento auto-emitado.

Por esa razón, la única diferencia en el tratamiento de la evidencia de la intención subjetiva entre las aproximaciones objetiva y subjetiva del contrato se refiere a la evidencia de la intención subjetiva que es

extrínseca a la transacción. En el momento de la formación, tal evidencia extrínseca no está disponible para la otra parte que presencia lo que pareció ser o no un asentimiento a una transferencia de derechos. Por definición, desde que esta información no se encuentra disponible para la otra parte en el momento en que se manifiesta el asentimiento, su posterior utilización por una corte (siguiendo una aproximación subjetiva) contradice la función que brinda el consentimiento al definir claramente y comunicar los límites de una conducta legítima en el momento de la transacción¹⁵⁰. Una verdadera aproximación subjetiva de la intención contractual admitiría esta evidencia en comparación con una aproximación objetiva, que la descartaría.

El hecho que un consentimiento objetivo generalmente tenga preeminencia sobre un asentimiento subjetivo no amenaza el interés-libertad que los derechos formulados han querido proteger. Nadie sostiene que una aproximación objetiva a los derechos de adquisición o de uso de los recursos sea inconsistente con el interés-libertad que un esquema de derechos privado intenta conseguir. Por el contrario, estas aproximaciones a los derechos de adquisición o uso de los recursos tienen ventaja precisamente porque respetan y protegen los derechos y intereses de libertad de los otros, cuyos planes y expectativas estarían severamente limitados si no tuvieran la titularidad para confiar en la apariencia de las cosas y tomar la conducta asertiva de otros a su valor facial¹⁵¹.

Lo mismo sucede en el Derecho contractual. Los actos volitivos –palabras o hechos– que manifiestan asentimiento a una transferencia de titularidades supuestamente obligan al actor con prescindencia de su intención subjetiva. Esta teoría contractual de “responsabilidad objetiva” apela precisamente al reconocimiento de los derechos legítimos y los intereses en la libertad de los demás¹⁵². Hace más de cuarenta años, Lon Fuller notó que un Derecho de los contratos que busque asegurar un campo para la autonomía privada tiene una calidad “bipartita”

¹⁴⁶ FRIED, C. Nota 8 *supra*. p. 16.

¹⁴⁷ CORBIN, L. A. Nota 1 S 110 *supra*. p. 490 (“Para ser exigible, la promesa debe de ir acompañada por otro factor”).

¹⁴⁸ Similarmente, no se considera paradójico que, generalmente, el sistema legal criminal se rehuse a permitir que los veredictos del jurado sean censurados por evidencia de inocencia no presentada durante el juicio.

¹⁴⁹ Esta lista puede no ser exhaustiva.

¹⁵⁰ Aunque el destinatario puede confiar correctamente en la manifestación objetiva si este no confía de hecho en esta manifestación no serviría el propósito vinculante definitorio para protegerla legalmente. Ver notas 156-160 *infra* y el texto que las acompaña.

¹⁵¹ La correlativa *notioe* es el concepto legal que se opuso a la actual notificación. Pueden revisar POMEROY, J. “Equity Jurisprudence” S 842. p. 292. Symons. Quinta edición. 1941. (“Si la ignorancia de la ley fuera generalmente permitida como alegato, podría darse una inseguridad con respecto a los derechos legales, no habría certeza en las investigaciones judiciales y no habría finalidad en litigar”). (Pie de página omitido).

¹⁵² EPSTEIN. “A theory of Strict Liability”. J. Legal Studies 2. 1973. pp. 151-169.

“La doctrina de la responsabilidad objetiva sostiene que la prueba de que el demandado causó un daño crea: (a) la presunción (a favor del demandante) porque (bajo esta doctrina) la prueba de que el daño no fue recíproco es suficiente para alterar el balance y establecer a una persona como ganadora y a la otra como perdedora. No hay espacio para considerar, como parte del caso *prima facie*, alegaciones como que el demandado no quiso ocasionar el daño al demandante o que pudo evitar el daño con un cuidado razonable. Esta decisión es o el demandante o el demandado”.

y que esta calidad da origen a una teoría objetiva del contrato¹⁵³.

En una teoría del consentimiento, entonces, los contratos son interpretados con atención en honrar la real intención de las partes. Sin embargo, cuando la intención subjetiva de una de las partes no ha sido manifestada a la otra, sólo una interpretación "razonable" u objetiva del compromiso podrá establecer claramente los límites requeridos por una aproximación según las titularidades.

No hay nada de nuevo ni de revolucionario en la preocupación que tiene el Derecho de los contratos en la protección de la confianza de los destinatarios de una promesa. Una de las principales funciones de la institución de los derechos de propiedad es proteger legalmente ciertas expectativas de los titulares de los derechos para que éstos puedan confiar en el uso continuo de ciertos recursos. Por ejemplo, el propietario de un terreno confía en el título que posee cuando invierte en construir una casa o una fábrica sobre él, ya que espera que su título sea honrado por el sistema legal en un futuro. También confía en su título cuando parte de vacaciones ya que espera que su propiedad le siga perteneciendo cuando regrese.

En una teoría del consentimiento, la confianza en los hechos o en las palabras de otro se "justifica" sólo (1) cuando, y en la medida que, el significado de tales hechos o palabras tienen un significado comúnmente entendido dentro del contexto relevante o cuando se puede demostrar que ambas partes les han querido dar un significado especial en la transacción y (2) cuando este significado indique un consentimiento para

transferir derechos enajenables y legítimamente adquiridos. El difícil trabajo que enfrenta un sistema legal basado en las titularidades incluye determinar qué constituye un título "válido" y qué actos constituyen un "consentimiento". Sólo cuando estos conceptos se encuentren correctamente definidos podemos "esperar" que el sistema legal actúe de una manera suficientemente predecible de tal forma que haga nuestra confianza "razonable" o "justificada".

2. Los límites correctos de la aproximación objetiva

Una teoría del consentimiento también explica los límites de una aproximación objetiva –por qué la interpretación objetiva de los actos de una de las partes llevará, a veces, a probar una diferente comprensión subjetiva de una o ambas de las partes¹⁵⁴.

Para detectar la presencia de consentimiento, lo que importa es el significado que generalmente se le atribuye a alguna palabra emitida o a una conducta que indique asentimiento –un significado al cual ambas partes tienen acceso. En el derecho de los contratos, el significado generalizado se convierte en significado presunto¹⁵⁵. La presunción puede ser rebatida, aunque no tomando como referencia la intención subjetiva del promitente en cumplir con los actos a los cuales ha consentido, sino mediante la comprobación de cualquier significado especial que la conducta de las partes descubra que poseen en común, negando, por ende, la función social de lo que se acepta como significado general¹⁵⁶, o también mediante la prueba aportada por el promitente demostrando que el destinatario no puede realmente entender que el significado querido era el significado "razonable"¹⁵⁷.

¹⁵³ Distinguiendo su concepto de "autonomía privada" de la teoría de la voluntad, Fuller observó que:

El principio de autonomía privada, entendido propiamente, no es de ninguna manera inconsistente con una interpretación "objetiva" de los contratos. Sin duda, yendo más lejos, podríamos decir que la llamada teoría de la interpretación objetiva en su más extrema aplicación se hace comprensible sólo en los términos del principio de autonomía privada... esta teoría descansa sobre la necesidad de promover transacciones seguras. Pero las transacciones seguras presuponen que, anteriormente, se den "transacciones", en otras palabras, actos de las partes privadas los cuales tienen una función de creación legal y de alteración de derechos.

FULLER. "Consideration and Form". En: *Columbia Law Review* 41. 1941. pp. 799-808. Por supuesto, las transacciones seguras es sólo una de muchas funciones efectuadas por la institución de los derechos. Véase, también, RAZ. "Book Review". *Harvard Law Review* 95. 1982. pp. 916-936.

El test objetivo de la formación de los contratos no es una contradicción a la visión sobre el propósito del Derecho contractual, la cual es la de apoyar la práctica de asumir obligaciones voluntarias. Por el contrario, está requerido para ello. Paradójico como suena, es en el orden de proteger la práctica del abuso y de la falsificación que el Derecho reconoce la validez de los contratos que no son obligaciones voluntarias.

¹⁵⁴ EISENBERG. Nota 140 *supra*. pp. 1117-1127 (discutiendo cuáles límites deberían de ser colocados apropiadamente en la aplicación de la aproximación objetiva).

¹⁵⁵ "Restatement (Second) of Contracts" § 201 literal a (1979) ("Las palabras son usadas como símbolos convencionales del estado mental, con significados estandarizados basados en prácticas habituales o consuetudinarias. A menos que se muestre una intención diferente, el lenguaje es interpretado de acuerdo con el significado general que prevalezca").

¹⁵⁶ Ver, por ejemplo, *Weinberg v. Edelstein*, 201 Misc 343, 345, 110 N.Y.S 2d 806, 808 (Sup. Ct. 1952) (Una corte no puede "confiar en las definiciones de un simple diccionario", por el contrario, debe determinar el significado de acuerdo "a las prácticas y costumbres comerciales"). "Restatement (Second) of Contracts" § 201 comentario a. 1979. ("Sin embargo, las partes que utilicen términos estandarizados en un diferente sentido corren el riesgo que su acuerdo sea mal interpretado en un litigio").

¹⁵⁷ Permitir al promitente discutir si el destinatario de la promesa ha, de hecho, confiado en el significado objetivo es bastante consistente con la función de definir los límites vinculantes que tiene el Derecho contractual en una teoría del consentimiento. Asumiendo que el promitente puede probar tal alegación, la confianza, la cual está diseñada para proteger la aproximación objetiva, es inexistente, y permitir tal prueba proporcionaría pocas posibilidades de fraude. En este sentido, la teoría del consentimiento forma parte de la interpretación convencional de la teoría objetiva. Ver, por ejemplo, *Embry v. Hargadine, McKittick Dry Goods Co.*, 127 Mo. App. 383, 392, 105 S.W. 777, 780. 1907 (sosteniendo que el demandado es responsable del incumplimiento contractual si una persona razonable hubiera comprendido que éste aceptó la oferta del demandante y el demandante, de hecho, así lo entendió).

No se “justifica” que el destinatario de una promesa confíe en el significado ordinario de las palabras o hechos del promitente cuando se puede probar que un significado especial fue el entendido por ambas partes. De modo similar, hacer exigible un significado “razonable” no cumple ningún propósito constructivo cuando no coincide con lo que el destinatario realmente entendió¹⁵⁸. La función determinadora de límites¹⁵⁹ de un análisis de los derechos simplemente no requiere que tal confianza sea protegida o que tal significado sea exigido¹⁶⁰.

Esto también explica por qué el mal uso de un término particular por una parte A quien no era consciente de su significado ordinario no obligaría a A si fuese posible demostrar que B—la otra parte— pudo advertir este error de las circunstancias de la transacción¹⁶¹. La comprobación de este hecho mostraría que la función determinadora de límites normal que rige toda aproximación objetiva designada para proteger a partes en la posición de B habría sido satisfecha por el real conocimiento que B tenía del significado empleado por A. Una teoría del consentimiento, por lo tanto, explica tanto por qué las partes son libres de apartarse del significado ordinario de las palabras o hechos, sea intencional como inadvertidamente, como por qué prevalecerá el significado “objetivo” ordinario si no pudiese probarse ese alejamiento por ambas.

Las personas generalmente se valen de palabras y acciones convencionales para comunicar sus intenciones con un grado considerable de precisión. Por esta razón, la mayoría de los casos decididos mediante una aproximación objetiva basados en el significado ordinario y natural de las palabras u otras conductas asertivas diferirán sólo en raras circunstancias, de aquellos decididos aplicando una aproximación subjetiva. La mayoría de casos ofrecerían soluciones iguales mediante las dos aproximaciones. Pero, a diferencia de la teoría basada en la voluntad, la teoría del consentimiento—debido a que está basada en nociones fundamentales sobre titularidades— puede

explicar tanto por qué optamos por hacer generalmente exigible la manifestación objetiva del consentimiento cuando ésta difiere de la intención subjetiva, así como las excepciones en las que la evidencia de una intención o voluntad subjetiva prevalecerá.

C. Determinando la obligación contractual dentro de la teoría del consentimiento

1. La presunción natural del consentimiento

Richard Epstein ha sugerido que los principios legales usados para determinar la obligación pueden ser comprendidos de mejor manera si se les considera como presuntivos en la naturaleza¹⁶². Esto significa que los principios legales que intentan describir de forma general las obligaciones que resultarán de ciertas acciones, no deberían ser aplicados de una manera “absoluta”. Más bien, los principios legales deben establecer un “caso *prima facie*” de obligación legal que describa la conexión normal o presunta entre actos específicos y sus consecuencias legales¹⁶³. Cualquier presunción de ese tipo sobre la obligación puede, sin embargo, ser “refutada” si se prueba la existencia de otros factores que son reconocidos generalmente por el sistema legal por socavar el significado normal del caso *prima facie*. Tales respuestas o “excepciones” al caso *prima facie* son en sí mismas sólo presuntamente aceptables. Estas pueden a su vez ser refutadas aún por otros factores alegados por la persona que busca alivio. En este sentido, los principios o elementos que determinan la obligación legal vienen en “etapas”¹⁶⁴.

En una teoría del consentimiento, en la ausencia de la afirmación de una excepción válida, la prueba del consentimiento para realizar una transferencia de derechos enajenables (más su incumplimiento), es legalmente suficiente para obtener sentencia por incumplimiento de contrato. El consentimiento es *prima facie* vinculante debido a su conexión usual con el asentimiento subjetivo (protegiendo, de ese modo, el interés basado en la confianza del promitente) y debido

¹⁵⁸ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 7.9. pp. 483-492.

¹⁵⁹ Véase, notas 139-140 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁶⁰ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 7.9. p. 484 (“Sin embargo, desde que un contrato involucra a dos partes, la búsqueda de significado comienza con el significado dado por ambas al lenguaje contractual; cada una necesita del asentimiento de la otra”). U.C.C S 1-201 (3). 1978 (“Un acuerdo” significa la negociación de las partes fundada en su lenguaje o por implicación de otras circunstancias incluyendo el curso del trato o los usos del mercado o el curso del cumplimiento previsto en este acto”).

¹⁶¹ “Restatement (Second) of Contracts” S 153 (1979) (especificando cuando el error de una de las partes hace que un contrato sea anulable).

¹⁶² EPSTEIN. “Pleadings and presumptions”. En: University of Chicago Law Review 40.1973. p. 556 (describiendo la operación de las etapas de los alegatos en el análisis legal); EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 641 (“Poniendo el problema en el lenguaje del procedimiento civil, los principios que indican la exigibilidad de las promesas deberían determinar cuándo el incumplimiento de una promesa dada hace surgir una demanda legal. Las cuestiones que conciernen la calidad de las promesas individuales deberían ser pasibles de defensas”).

¹⁶³ Una aproximación que construye reglas legales presumiblemente aplicables—el caso *prima facie*— basadas en circunstancias normales y luego permite ciertas defensas basadas en circunstancias “anormales” que elimina las propiedades del caso *prima facie* (aunque no la elimina totalmente) serviría para minimizar el problema de la “textura abierta” de las reglas generales que se notó. Nota 85 *supra* y el texto que la acompaña.

¹⁶⁴ EPSTEIN. “Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability”. En: Journal of Legal Studies 3. 1974. p. 165 (ofreciendo una amplia descripción sobre esas circunstancias que refutan la presunción normal incluida en el caso *prima facie* de responsabilidad civil en la cual una persona será estrictamente responsable por los daños que cause). EPSTEIN. Nota 152 *supra*. pp. 166-174 (habiendo intencionalmente causado daño a otro, A es *prima facie* responsable por la lesión, pero si A alega exitosamente una defensa válida, B puede no estar legitimado para un juicio).

a que las personas usualmente tienen acceso sólo a las intenciones manifiestas de otros (protegiendo, de ese modo, el interés basado en la confianza del destinatario y de otros, así como la “seguridad de las transacciones”). En las dos secciones siguientes se discutirá el caso *prima facie* del consentimiento y el rol que juegan las excepciones al consentimiento en esta teoría.

2. Estableciendo el caso *prima facie* del consentimiento

Hay dos maneras de manifestar la intención de una persona de vincularse legalmente. La primera es “encauzar” deliberadamente el comportamiento de uno mediante el uso de la formalidad legal¹⁶⁵ de tal forma que explícitamente se transmita un cierto significado –el de tener una intención de estar legalmente vinculado– a otro. Este es el mecanismo formal para consentir. La segunda manera es transmitiendo tal significado de forma indirecta o implícita a través de otro tipo de comportamientos. Este es el mecanismo informal para consentir.

a. Consentimiento formal

Durante una parte considerable de la historia del *common law*, el modo principal para crear aquello que hoy consideramos como obligación contractual, fue tomar un acuerdo mediante la forma de un escrito sellado¹⁶⁶. Las acciones que se basaban en promesas informales eran afectadas por la excepción de apuesta, lo que menoscababa seriamente la habilidad del destinatario para obtener la exigibilidad¹⁶⁷. El surgimiento de la acción de cumplimiento puede entenderse como la forma en la cual los jueces del *common law* respondieron a presiones competitivas¹⁶⁸

para escapar de estas (y otras) barreras procesales que impedían la exigibilidad de las promesas informales.

Como ya se ha dicho anteriormente¹⁶⁹, sin embargo, el surgimiento de esta acción como la principal acción de la exigibilidad contractual requirió del desarrollo de una limitación doctrinal a la exigibilidad de los compromisos –esto es, la doctrina de la consideración¹⁷⁰. Este desarrollo eventualmente derivó en el ascenso de la teoría negocial de la consideración, la cual tuvo como consecuencia no deseada el crear problemas doctrinarios para la exigibilidad de compromisos formales ahí en donde no había negociación por la consideración. A pesar de su antigua historia, los acuerdos formales, tales como aquellos bajo sello, fueron vistos como “excepciones” al requerimiento “normal” de la consideración. Expresiones tales como “un sello importa consideración” o es “un sustituto de la consideración” se volvieron comunes¹⁷¹.

A pesar de tales casos y replanteamientos¹⁷², las promesas formales han tenido un lugar incierto en el Derecho contractual¹⁷³ debido a que carecían de un fundamento teórico. En un clima de opiniones dominado por nociones como “negociación” y “confianza inducida”, en donde no hay negociación ni una confianza demostrable que sustenten la exigibilidad, la presencia de una formalidad significativa podría no ser suficiente para satisfacer a una corte¹⁷⁴. Ni siquiera los renombrados escritos contractuales de Lon Fuller¹⁷⁵ pudieron cambiar el estatus de orfandad del contrato formal.

Una teoría del contrato basada en el consentimiento otorga el sustento teórico ausente en los contratos

¹⁶⁵ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 801 (el uso de la formalidad legal “ofrece un marco legal en el cual la parte puede ajustar sus acciones o, para cambiar la figura, esta ofrece canales para la expresión legal efectiva de la intención”).

¹⁶⁶ SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 88-90.

¹⁶⁷ *Ibid.* pp. 137-144.

¹⁶⁸ HELMHOLZ. “Assumpsit and Fidei Laessio”. En: Law Q. Rev. 91. 1975. p. 406 (describiendo la competencia entre las cortes del “*common law*” y las cortes del clero en la exigibilidad de las promesas informales).

¹⁶⁹ Notas 73-75 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁷⁰ El “Statute of Frauds”, de 1677, fue otra de tales limitaciones. Ver SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. pp. 599-600.

¹⁷¹ Ver, 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). Ver CRANE. “The Magic of the Private Seal”. En: Columbia Law Review 15. 1915. pp. 24-26 (“Los libros frecuentemente hablan sobre el sello para describir a la consideración, pero el estatuto correcto de la regla es que un instrumento sellado no requiere de la consideración”) (pie de página).

¹⁷² “Restatement (Second) of Contracts” § 95 (1979) (especificando las condiciones necesarias para que el escrito sellado sea vinculante sin que medie la consideración).

¹⁷³ FRIED, C. Nota 8 *supra*. pp. 28-29 (“La tendencia de considerar a la técnica del sello como una reliquia anacrónica, su estrechez y la naturaleza episódica de las excepciones estatutarias dejaron a la doctrina de la consideración como la norma a seguir”).

¹⁷⁴ Es difícil de determinar cuánto de este declive se debe a razones teóricas y cuánto debido al significado incierto de ciertas formalidades que supuestamente constituían sellos. Observen la opinión del canciller Kent en *Warren v. Lynch*, 5 Johns. 239, 245-246 (N.Y. 1810) (“Hacer un garabato con un lápiz no es un sello y no merece atención alguna... Denominar a un papel como instrumento no lo hace uno, si se desea el requisito de la formalidad... La política de esta regla consiste en dar solemnidad a la ejecución de importantes instrumentos, por medios en los cuales la atención de las partes sea más certera y efectivamente fijada, y para disminuir la posibilidad de fraude”).

Con las leyes de Nueva York de 1892, ch. 677 § 13 (“El sello privado de una persona... sobre algún instrumento o escrito debería consistir en... la palabra sello o las letras “L.S” al costado de la firma”). Ver también EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 660 (describiendo la erosión de los “elementos de rito y personificación”). FULLER. Nota 153 *supra*. pp. 823 (cuestionando que “con nuestras rutinarias e institucionalizadas formas actuales de hacer negocio, una ‘formalidad general’ puede alcanzar el objetivo que la formalidad intenta conseguir”).

¹⁷⁵ FULLER. Nota 153 *supra*. pp. 822-823 (“Las decisiones que subyacen el uso de formalidades mantendrán su relevancia mientras un hombre realice promesas a otro”).

formales y explica su lugar adecuado en un bien articulado Derecho de los contratos. El uso voluntario de una reconocida formalidad por parte del promitente le manifiesta al destinatario una intención de quedar legalmente vinculado de la forma menos ambigua posible. Como señaló una corte:

“Si una parte ha expresado total y absolutamente su intención en un escrito sellado y entregado, con la sanción más solemne conocida por nuestro Derecho, ¿qué cosa debería impedir su ejecución si es que no hay fraude o ilegalidad?”¹⁷⁶.

Los contratos formales deben constituir un caso “sencillo” de exigibilidad contractual, pero para las teorías predominantes que requieren de una consideración negociada, de una confianza inducida o inclusive de “eficiencia” económica, sería muy difícil explicar porqué¹⁷⁷. Por el contrario, en una teoría basada en el consentimiento no hay necesidad de una negociación subyacente o de una confianza demostrable para que tal compromiso sea propiamente exigible.

Lo mismo es cierto –como lo ha reconocido nuevamente Lon Fuller– para las consideraciones nominales y para falsas declaraciones de una consideración¹⁷⁸. Una teoría del consentimiento reconoce que una expresión de las partes, evidenciada de modo adecuado, que muestre que existe la “consideración” puede cumplir la función canalizadora de las formalidades, sea que exista o no en los hechos una consideración negociada para el compromiso. Si es bien conocido que la frase “en retribución a la buena y valiosa consideración” significa que uno intenta estar vinculado legalmente, entonces, estas palabras

satisfacen una función canalizadora así como también, y quizás de mejor manera, que como lo hace un sello o alguna otra formalidad¹⁷⁹. La regla actual que dice que la falsedad de tal declaración permite que una corte declare nula una transacción debido a la falta de consideración¹⁸⁰ es, por lo tanto, contraria a una teoría consensual del contrato¹⁸¹.

b. Consentimiento informal

El consentimiento para transferir derechos puede ser expreso o encontrarse implícito. Los contratos formales que expresan el consentimiento para la transferencia de derechos enajenables no presentan ningún problema para la teoría del consentimiento. En cambio, la exigibilidad de compromisos informales, en donde la evidencia de intenciones legalmente vinculantes es más oscura, ha incomodado durante siglos al Derecho contractual¹⁸². Ante tales acuerdos, las cortes deben inferir el asentimiento a quedar legalmente vinculados de las circunstancias o “consideraciones”¹⁸³ o “causa”¹⁸⁴ que indujeron las acciones de las partes.

(i) La negociación como evidencia de consentimiento

En el marco de una teoría del consentimiento, la consideración negociada, juega un rol canalizador¹⁸⁵. El hecho que una persona haya recibido algo de valor en respuesta a una “promesa” podría, en efecto, indicar que esta promesa ha sido una expresión de la intención de transferir derechos¹⁸⁶. Más aún, en algunas circunstancias en donde las transferencias gratuitas son inusuales, recibir un beneficio en respuesta de una promesa debe servir como aviso objetivo para el promitente de que tal promesa ha sido

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

¹⁷⁷ Por ejemplo, cuando no hay consideración separada para realizar una oferta irrevocable por un cierto periodo de tiempo, una teoría de la negociación de la consideración tendría un problema al explicar la exigibilidad de tales “ofertas de la firma” como son reconocidas por U.C.C.S 2-205 (1977), ya que éstas no requieren ni consideración ni una confianza para obtener exigibilidad.

¹⁷⁸ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 820 (“El motivo correcto para mantener estas decisiones parecería ser que la decisión que subyace el uso de formalidades está aquí satisfecha por el hecho que las partes se han tomado el trabajo de difundir su transacción bajo la forma de un intercambio”).

¹⁷⁹ EISENBERG. Nota 1 *supra*. pp. 660-661 (“Puede asumirse tranquilamente que las partes que falsamente difunden una promesa no negociada como una negociada lo hacen con el propósito expreso de hacer su promesa legalmente exigible”).

¹⁸⁰ Ver Restatement (Second) of Contracts S 71 literal b. 1979. Ver, por ejemplo, *Schnell v. Nell*, 17 Ind. 29, 32 (1861) (“La consideración de un centavo es, plenamente, en este caso, meramente nominal y esa es toda su intención”). *Shepard v. Rhodes*, 7 R.I.470, 475 (1863) (La consideración de un dólar fue “una mera consideración nominal”). (Énfasis en el original).

¹⁸¹ Pueden ver el “Restatement (Second) of Contracts” S 87 (1) (a). 1979 (calificando la prohibición del S 71 que permite relaciones de significativa consideración para comprender la oferta de una “firma” como exigible, como un contrato de opción).

¹⁸² LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 646 (criticando los límites colocados por el derecho anglo-americano en las formas por las cuales “la intención de asumir una obligación” puede demostrarse).

¹⁸³ En este uso arcaico de la palabra “Consideración”, véase SIMPSON, A. Nota 75 *supra*. p. 321 (“Los alegatos sobre las acciones contra el incumplimiento siempre han incluido temas de incentivos”).

¹⁸⁴ Para un posible paralelo entre la consideración y el concepto civilista de “causa”, ver MASON. “The Utility of Consideration: A Comparative View”. En: Columbia Law Review 41. 1941. pp. 825-831. LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 646 (“No existe realmente una “doctrina” que pueda definir la causa”).

¹⁸⁵ “Restatement (second) of Contracts” S 75. 1979 (“A partir del principio que dice que la negociación es vinculante es ampliamente entendido y reforzado, en muchas situaciones por la costumbre y convenciones, el hecho que la negociación... tiende a satisfacer la función preventiva y canalizante de la forma”).

¹⁸⁶ ATIYAH, P. Nota 123 *supra*. p. 184 (“[Una] muy común justificación para tratar una promesa como vinculante es que esa promesa es evidencia de la existencia de alguna otra obligación que debía el promitente. Al hacer una promesa explícita, el promitente concede o admite la existencia y la extensión de la obligación pre-existente”).

interpretada por la otra parte como legalmente vinculante¹⁸⁷.

Aunque la existencia de negociación o alguna otra motivación para una transacción puede ser buena evidencia del tipo de acuerdo alcanzado, en una teoría del consentimiento la ausencia de consideración no excluye la aplicación de sanciones legales si es que otros indicios de consentimiento se encuentran presentes. Para regresar a los ejemplos dados por Fried¹⁸⁸, si es que puede probarse que una de las partes consintió voluntariamente quedar vinculada legalmente a mantener abierta una oferta de transferencia de derechos, o a cancelar una deuda, o a modificar una obligación o a pagar por favores pasados, entonces, estos compromisos son exigibles (en la medida en que se cumplan otros requerimientos contractuales tales como la aceptación).

Donde negociar es la norma –como lo es en las transacciones que implican ventas– hay poca necesidad de que la ley requiera pruebas explícitas de la intención de vinculación legal como puede ser una formalidad adicional¹⁸⁹ o inclusive la prueba de la existencia de una negociación. En tales circunstancias, si se puede probar la existencia de un acuerdo para vender entre partes no relacionadas, presumiblemente ha habido una manifestación de la intención de quedar legalmente vinculado. Por esta razón, resulta totalmente coherente con una teoría del consentimiento la restricción del Código Comercial uniforme, que señala que “[un] contrato hecho para la venta de bienes puede ser hecho de cualquier manera que sea suficiente para demostrar un acuerdo, incluyendo la conducta de ambas partes que reconozca la existencia de tal contrato”¹⁹⁰.

En un sistema legal inspirado en una aproximación según el consentimiento, el reconocimiento de que la “consideración” es sólo evidencia presunta del consentimiento, y que ese consentimiento puede ser demostrado por otros medios, puede obtener

resultados que correspondan de manera notable con la práctica cotidiana. Para evitar confusiones y errores innecesarios es importante, sin embargo, entender el marco teórico¹⁹¹.

(II) La confianza como evidencia de consentimiento

Una teoría del consentimiento también identifica aquellas circunstancias en que la presencia de confianza es un sustituto adecuado del requerimiento tradicional de la consideración. Si la función primaria de la consideración es servir como medio en el cual se manifiesta el asentimiento de encontrarse legalmente vinculado, y no como un requerimiento de un caso *prima facie* de la obligación contractual, entonces, se vuelve menos complicado afirmar la equivalencia entre confianza y consideración¹⁹². Los gastos realizados por el destinatario de una promesa sobre la base de su confianza en las palabras y conducta del promitente pueden servir como prueba tanto de la naturaleza de la transacción como de la existencia de consideración, especialmente cuando la confianza es o debería ser conocida por el promitente¹⁹³.

Supongamos que *A* hace una promesa sustancial a *B* –por ejemplo, una promesa para transmitir tierras. La promesa es clara, pero ambigua en lo que se refiere al efecto legal perseguido. ¿Pretende *A* encontrarse obligado y sujeto a la exigibilidad legal si incumple, o está simplemente estableciendo su visión actual de sus intenciones futuras? Supongamos ahora que *B* comunica a *A* la intención de confiar de modo sustancial en la promesa de *A* –por ejemplo, construyendo una casa en el terreno– y que *A* no se pronuncia. Supongamos, además, que *B* comienza a construir y observa que *A* contempla sin decir nada. Parecería que en tal circunstancia la ambigua intención legal de *A* ha sido esclarecida. Pues al permanecer silencioso ante una confianza tan sustancial que *B* no habría actuado sin el compromiso legal de *A* –*A* no podría asumir razonablemente que *B* intenta obsequiarle la casa–

¹⁸⁷ Los deberes, si hay alguno, que la recepción de un beneficio no gratuito imponen en el receptor están mucho más allá de lo pretendido por este artículo, excepto en el hecho de notar que tal recepción puede manifestar la intención del receptor de estar legalmente vinculado a un acuerdo contemporáneo.

¹⁸⁸ Ver Nota 77 *supra* y el texto que la acompaña. Noten que en la mayoría de estos casos, las formalidades adecuadas estuvieron presentes para indicar que hubo consentimiento.

¹⁸⁹ Ver FULLER. Nota 153 *supra*. p. 806 (La función canalizadora de la formalidad “no tenía cabida en donde las actividades del hombre ya estaban divididas en definitivas y claras categorías de negocios... Es por esta razón que las transacciones importantes sobre las acciones y productos en el mercado pueden ser llevadas cabo de forma segura de la manera más informal”). Sin embargo, la formalidad puede ser requerida si así fuera la costumbre de intercambio o si la transacción era particularmente larga o inusual en algún otro aspecto.

¹⁹⁰ U.C.C S 2-204. 1977.

¹⁹¹ FULLER. Nota 153 *supra*. p. 824. Concluye: “Un ataque original a estos problemas nos llevará a unas conclusiones sustancialmente equivalentes a las que resultan de la actual formulación de la doctrina de la consideración. Lo que necesita ser abolido no es la doctrina de la consideración sino la concepción del método legal que asume que la doctrina puede comprenderse y aplicarse sin referirse a los fines para los que sirve. Cuando queramos definir de nuevo la doctrina de la consideración en términos de la política que la delinea, el problema de adaptarla a nuevas condiciones se resolverá por sí mismo”.

¹⁹² Véase, por ejemplo, ATIYAH, P. Nota 123 *supra*. pp. 184-189.

¹⁹³ *Ibid.* pp. 192-195 (discutiendo el valor evidente de la confianza en una promesa).

A ha puesto de manifiesto una intención de quedar legalmente vinculado¹⁹⁴.

De este modo, el silencio del promitente al observar una confianza sustancial en la promesa por parte del destinatario puede manifestar el asentimiento del promitente al destinatario¹⁹⁵. En una teoría del consentimiento, si el consentimiento es probado, entonces, la exigibilidad está garantizada, incluso en ausencia de una negociación o de alguna formalidad.

Como hemos discutido anteriormente¹⁹⁶, cuando se trata de discernir la confianza “razonable” (o prudente) en una promesa, no se puede extraer una conclusión que sea independiente de lo que advertimos como exigible en esa misma promesa, lo cual nos hace regresar nuevamente a la pregunta sobre la exigibilidad con la que empezamos este trabajo. Una teoría basada únicamente en la confianza no puede, en consecuencia, dar respuesta satisfactoria a este tema. Por el contrario, en una teoría del consentimiento, la confianza se encuentra legalmente protegida (y, por lo tanto, considerada como justificada) sólo si se trata de una confianza en una intención manifiesta de vincularse legalmente¹⁹⁷. La confianza en un compromiso que no llega a ser una intención manifiesta de quedar legalmente obligado no se encuentra legalmente protegida y todo riesgo queda en cabeza del destinatario.

La única evaluación de “razonabilidad” que es requerida en una teoría del consentimiento de la obligación contractual es una evaluación sobre el significado “razonable” –o probable– de las palabras y conducta del promitente. A pesar de lo difícil que tal búsqueda interpretativa del significado pueda ser, no se encuentra plagada por el mismo tipo de *circularidad* que encontramos en una evaluación de la “confianza razonable”. La interpretación del significado en un contexto contractual implica determinar a) el significado no jurídico habitual de las palabras como; o, b) el

especial significado de los términos de arte legales y de las formalidades que han sido libremente empleadas por las partes¹⁹⁸; o, c) algún otro significado especial que haya sido comprendido mutuamente por las partes¹⁹⁹. En cualquier caso, éste es el tipo de investigación en la cual todos nosotros estamos rutinariamente involucrados día a día cuando nos comunicamos²⁰⁰.

Al proporcionar un criterio más claro para la exigibilidad, disponible para las partes, la teoría del consentimiento incentiva a actuar con información. Una vez que el estándar legal de exigibilidad contractual se conoce consentido, ¿a quién corresponde decir qué conducta es entonces “razonable” o prudente? Podría ser prudente o no confiar en un compromiso que se sabe inexigible, dadas otras cosas que el destinatario puede conocer del promitente. Esto no es materia que debiera decidir una corte. Sin embargo, debe quedar claro que una teoría del consentimiento podría identificar aspectos de la obligación contractual que una teoría de negociación ignoraría y, por lo tanto, podría proteger mejor y facilitar la confianza: bajo la teoría del consentimiento uno no requiere haber confiado en una negociación para ser protegido.

Una vez que se ha determinado que la confianza se encuentra protegida porque (y, por lo tanto, cuando) está basada en el consentimiento, una corte de justicia puede decidir cuánto de esa confianza debe ser protegida –esto es, ¿cuál es la extensión de la responsabilidad por las consecuencias producidas por el incumplimiento de una obligación admitida como exigible?²⁰¹ La aproximación estándar es adoptar una evaluación sobre la “predictibilidad”²⁰² de la responsabilidad que se parece mucho al juicio de prudencia o predictivo utilizado para evaluar la existencia de una obligación basada en la confianza: ¿qué podría haber esperado razonablemente un promitente que hiciera el destinatario movido por su confianza en el contrato? Bastante de este mismo

¹⁹⁴ Ver, 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 mantuvo silencio sobre la confianza sustancial en una promesa para traspasar un terreno. Las cortes otorgaron una compensación a pesar de la falta de consideración negociada.

¹⁹⁵ MCCORMICK. “Evidence”. S 270. p. 799. Tercera edición. 1984 (“Si una declaración es hecha por otra persona en la presencia de una de las partes de la acción, conteniendo aseveraciones de hechos los cuales, de ser falsos, la parte negaría naturalmente de inmediato. Esta falla al hablar ha sido tradicionalmente admitida en contra de la parte”). (pié de página omitido).

¹⁹⁶ Ver Notas 20-25 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁹⁷ Esto está sujeto a la calificación que las cortes exigirán acuerdos subjetivos donde estos sean probados. Ver nota 156 *supra* y el texto que la acompaña.

¹⁹⁸ Una formalidad ideal es un acto que es tan extraño que no tiene un significado “normal” más que el que le da la ley, de tal manera que ninguna persona “razonable” que no trate de darle el efecto legal podría cumplir con el acto. Prender una vela y luego derramar su cera en un documento para imprimir un sello era un acto de lo más extraño. Cuando un documento “sellado” podía ser ejecutado al imprimirse en él las letras “L.S” después de la firma, el acto, obviamente, perdía este carácter. Ver nota 174 *supra*

¹⁹⁹ Este significado incluirá cualquier uso especial utilizado en una comunidad particular. Ver, por ejemplo, *Weinberg v. Edelstein*, 201 Misc. 343, 345. 110 N. Y. S. 2d 806, 808 (Sup Ct. 1952).

²⁰⁰ HART, H.L.A. Nota 85 *supra*. p. 123 (“Los términos generales serían inútiles para nosotros como medio de comunicación a menos que fueran... familiares, generalmente casos poco debatidos”).

²⁰¹ EISENBERG. Nota 1 *supra*. p. 651 (“[I]a determinación sobre qué clases de promesas deberían de ser exigidas legalmente está estrechamente relacionada con que varias de estas promesas deberían de ser exigibles efectivamente”). (pies de página omitidos).

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

problema sobre la responsabilidad existe en lo que se analizó anteriormente respecto al tema de la obligación²⁰³. En este caso, como en el anterior, lo que la mayoría de las personas hará depende de su percepción sobre cuál es la regla legal que se ocupa del alcance de la responsabilidad y, por lo tanto, tal predicción no puede, por sí misma, determinar la regla legal.

Así como la teoría del consentimiento se encarga del problema de la obligación empleando el criterio del “consentimiento de la obligación”, ésta también manejará el problema del alcance de la responsabilidad empleando el criterio del “consentimiento de la responsabilidad”. Ésta es básicamente la misma respuesta que esbozó el juez Holmes en el caso *Globe Refining Co. Vs Landa Cotton Oil Co.*²⁰⁴ y fue denominada *test* del “asentimiento tácito”²⁰⁵.

Mientras algunos han objetado la frecuente naturaleza ficticia de tal consentimiento “tácito”²⁰⁶, la fuente de este problema no yace en la teoría del consentimiento. Este problema yace, en realidad, en el centenario rechazo judicial para hacer exigibles las cláusulas expresas que especifican la extensión de la responsabilidad cuando tales cláusulas difieren del estándar de daños que las cortes aplicarían por su propia cuenta²⁰⁷. Bajo este marco legal, ¿por qué las partes imbuidas de racionalidad económica negocian dicha cláusula a menos que no discrepen radicalmente con ese marco legal y estén buscando una forma de evitarlo? Al reconocer el derecho que tienen las partes para consentir el alcance de la responsabilidad, a la vez que el de la obligación, podemos anticipar que el ficticio asentimiento “tácito” será suplantado por los acuerdos reales –implícitos o expresas– cuando las partes se encuentren en desacuerdo con la regla marco establecida por las cortes²⁰⁸.

Sin embargo, en tanto las partes puedan decidir libremente excluir la responsabilidad absoluta por todo daño consecuente que sea previsible, la adopción de una teoría del consentimiento en esta área ejercerá menos presión que su adopción en el nivel de la obligación. La mayoría de las partes sabe que se está vinculando mediante un contrato y, si es así, que pueden prever y de hecho prevén cláusulas que limitan, a través del consentimiento, las consecuencias por las que pueden ser responsables. Por el contrario, si la teoría del consentimiento no es empleada para evaluar la existencia de una obligación, las partes que no saben que están contratando no siempre podrán, o no podrá fácilmente, evadir una obligación que les puede ser impuesta.

En suma, la consideración negociada y la confianza no negociada son equivalentes al punto que la existencia de alguna de ellas en una transacción podrá manifestar las intenciones de una o de las dos partes de vincularse legalmente. De cualquier forma, la ausencia de consideración negociada o de confianza no impediría la exigibilidad de la transferencia de titularidades que pueda ser probada de alguna otra forma, por ejemplo, mediante un documento formal escrito o mediante una prueba idónea de un compromiso verbal suficientemente libre de ambigüedades²⁰⁹.

3. Excepciones al contrato: refutando el caso *prima facie* de consentimiento

El consentimiento, tanto formal como informal, es necesario para distinguir un caso *prima facie* de obligación contractual. Esto significa que, en ausencia de una excepción “afirmativa” al caso *prima facie* de la obligación contractual, la intención manifiesta de una de las partes de transferir derechos enajenables justificaría la exigibilidad de tal compromiso. Las

²⁰³ Ver notas 19-25 *supra* y el texto que las acompaña.

²⁰⁴ U.S. 190. pp. 540-545. 1903 (el conocimiento de una limitación de responsabilidad “debe de hacerse saber a la parte que se afecta, de modo tal, que la parte beneficiada con tal limitación pueda razonablemente creer que la persona con la que está contratando ha aceptado el contrato con esa especial condición inherente al mismo”). Ver *British Columbia Saw-Mill Co. V. Nettleship*, 3 L.R.-C.P. 499, 509 (1868). Ver también *Hooks smelting co. V. Planters Compress.*, 72 ark. 275, 286-87, 79 S.W. 1052, 1056 (1904) (empleando el *test* del asentimiento tácito). HOLMES, O. “The Common Law”. Editado por M. Howe. 1963. pp. 236-237 (“La notificación, incluso en el momento de estar realizando el contrato, de las circunstancias especiales a partir de las cuales existirá un daño especial por la ruptura del contrato, no es suficiente a menos que la asunción de ese riesgo haya sido tomada como justa en el contrato”). MCCORMICK, C. “A Handbook on the Law of Damages” S 141. 1935. pp. 578-579.

²⁰⁵ FARNSWORTH, E. Nota 13 *supra*. S 12.14. p. 875. (describiendo el *test* del asentimiento tácito, algo que ha sido rechazado por la mayoría de jurisdicciones). U.C.C. S 2-715 comentario 2. 1977 (“El *test* del “acuerdo tácito” para recuperar los daños consecuenciales es rechazado”). Sin embargo, *Murrow v. First Nat'l Bank*, 261 Ark. 568, 550 S.W.2d 429 (1977) (reteniendo el *test* del asentimiento tácito).

²⁰⁶ MCCORMICK, C. Nota 204 *supra*, S 141. p. 580 (“Se aumenta la ficción de una promesa tácita a la ficción original de la “Contemplation”...”).

²⁰⁷ Véase “Liquidated Damages Recovery Under the Restatement (Second) of Contracts”. En: *Cornell Law Review* 67. pp. 862-866. 1982 (“Donde el daño actual del incumplimiento contractual fue pequeño o inexistente, algunas cortes usan principios equitativos para evitar exigir una cláusula de liquidación de daños”) (cita omitida). Pueden revisar también SIMPSON, A. Nota 75. pp. 118-125 (describiendo el declive de la *conditioned penal bond*).

²⁰⁸ POLINSKY, A. Nota 28 *supra*. p. 25 (el Derecho contractual proporciona una amplia gama de términos que minimizan los costos de transacción al ir acomodando la intención de las partes). POSNER, R. Nota 30 *supra*. p. 69 (Una de las funciones económicas del Derecho contractual es la de “reducir la complejidad de los costos de transacción al proporcionar una gama de términos normales que, en la ausencia del Derecho contractual, tendrían que ser expresamente negociados por las partes”).

²⁰⁹ No se está sugiriendo aquí que tales medidas que tienen una función de evidencia –como una *statute of frauds*, una regla de *parol evidence*, o ciertos requerimientos formales– sean inapropiadas en una teoría del consentimiento. LORENZEN. Nota 144 *supra*. p. 644 (el Derecho puede “requerir ciertas formalidades para prevenir el fraude, como una garantía, tanto como le sea legalmente posible proporcionarlas para que el contrato represente la seria y deliberada intención de las partes. Sin embargo, se admite que está voluntad de las partes de asumir relaciones legales debería tener algún control”).

excepciones tradicionales al contrato pueden ser entendidas como describiendo circunstancias que, de probarse han existido, privan a la manifestación de asentimiento de su moral normal y, por lo tanto, de su significado legal. Estas excepciones pueden ser agrupadas en tres grupos, cada uno de los cuales menoscaba el caso *prima facie* de consentimiento de diferente manera.

El primer grupo de excepciones –coacción, *misrepresentation*, y (posiblemente) *unconscionability*²¹⁰– describe circunstancias en las que la manifestación de una intención de quedar legalmente obligado ha sido obtenida indebidamente por el destinatario de la promesa. La manifestación de asentimiento ha sido obtenida por coacción del destinatario²¹¹ o ha estado basada en la desinformación provocada por este destinatario²¹². El segundo grupo –incapacidad, minoría de edad, toxicomanía– describe atributos del promitente que indican su falta de habilidad para expresar un asentimiento con algún tipo de significado. El tercer grupo –error, impracticabilidad comercial, frustración– se deriva de la imposibilidad de expresar en un acuerdo todas las posibles contingencias que pueden afectar el cumplimiento. Cada uno describe aquellos eventos (a) cuya no ocurrencia fue, posiblemente, una verdadera aunque tácita asunción sobre la cual se basó el consentimiento y (b) por los cuales el destinatario debería cargar con el riesgo en caso ocurrieran²¹³. Cada tipo de excepción difiere por el modo como erosiona el normal y presumible significado del consentimiento. Pero toda excepción válida a un contrato describe las circunstancias generales en las que la apariencia de asentimiento tiende a carecer de su normal significado moral.

Estas excepciones tradicionales a los contratos funcionarían en una teoría del consentimiento, como lo hacen actualmente, para preservar la real voluntariedad de la transferencia de derechos en esos raros casos donde el consentimiento ha sido indebidamente coaccionado o donde creamos reconocer otras circunstancias, como la desinformación, que vician la presencia del consentimiento. Sin embargo, esta negativa a hacer exigibles algunos casos de aparente consentimiento

no refleja la retirada hacia una teoría subjetiva de la voluntad. Sigue siendo cierto que la manifestación objetiva de la intención de estar legalmente vinculado es suficiente para hacer surgir un compromiso exigible. La única calificación es que tal manifestación objetiva debe haber sido voluntaria²¹⁴.

Una teoría del consentimiento explica tanto la recepción moderna de la teoría objetiva en los casos *prima facie* de obligación contractual como las excepciones tradicionales contra los casos *prima facie*, los cuales están basados en circunstancias que, de alguna manera significativa, contradicen la normal naturaleza voluntaria del consentimiento. Cuando se prueba que tales circunstancias han existido ni siquiera un asentimiento manifiesto de quedar legalmente obligado justifica su exigibilidad.

CONCLUSIÓN: LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO EN PERSPECTIVA

Una teoría del consentimiento de la obligación contractual considera ciertos acuerdos como legalmente vinculantes porque las partes disponen de ciertos derechos en la transacción y manifiestan su asentimiento para que esos derechos sean transferidos. Esta aproximación captura con precisión lo que está en juego cuando los individuos buscan intercambiar o conferir titularidades que han adquirido o que van a adquirir. Esta teoría provee una explicación coherente tanto de la preferencia tradicional del *common law* por una interpretación objetiva de los contratos como de sus excepciones.

Una teoría del consentimiento nos dice que una muestra de consentimiento es suficiente (*prima facie*) para obtener exigibilidad y que las excepciones que nos muestran circunstancias que afectan la significación moral del consentimiento objetivo se encuentran garantizadas. Una teoría del consentimiento también nos proporciona un enfoque sobre la insatisfacción moderna por la doctrina de la consideración, mientras pone en mejor perspectiva la reconocida necesidad de exigir algunos compromisos gratuitos y de proteger algunos actos de confianza que no fueron negociados. ¿Qué con los cinco “principios” del contrato discutidos en la Parte I? La teoría del consentimiento especifica la

²¹⁰ Para un análisis de *unconscionability* que se haría en esta categoría de defensas pueden revisar EPSTEIN. Nota 54 *supra*. LEFF. Nota 54 *supra*.

²¹¹ PHILLIPS. “Are Coerced Agreements involuntary”. En: *Law & Phil* 3. p. 133. 1984 (distinguiendo los acuerdos coercitivos e involuntarios).

²¹² EPSTEIN. “Privacy, Property Rights and Misrepresentations”. En: *Ga Law Review* 12. 1978. pp. 455-466 (“Palabras falsas... socavan la voluntariedad de la conducta de un individuo...”).

²¹³ En este tercer grupo de defensas, el consentimiento no ha sido inducido impropriamente por el destinatario de la promesa, y la persona que está dando el consentimiento sí era capaz de eso. Esto, en parte, puede ayudarnos a explicar porqué las cortes son tan receptivas a los argumentos del destinatario diciendo que el promitente asumió el riesgo del error, la impracticabilidad o la frustración contractual. Ver FARNSWORTH. Nota 13 *supra*. S S 9.3-.4, 9.6.7. pp. 659-694.

²¹⁴ COHEN. Nota 7 *supra*. p. 578: “El desarrollo de un sistema legal... debe delinear alguna distinción entre los actos voluntarios e involuntarios... El conjunto del Derecho contractual moderno, puede argumentarse, debería responder a la necesidad de una mejor discriminación en el cuidado del carácter intencional de los actos. La ley del error, la coacción y el fraude contractual sería ininteligibles a parte de tal distinción.

mejor manera de relacionar estos elementos vitales del Derecho contractual. De este modo, nos ayuda a determinar a qué principio o preocupación se le debería dar prioridad en diferentes situaciones.

La preocupación que posee la teoría del consentimiento con respecto al tema de la voluntad y autonomía individual se refleja en la manera en la cual es determinado el consentimiento –la teoría busca que la manifestación de una intención sea legalmente vinculante. Por lo tanto, la exigibilidad contractual, normalmente, reflejará la voluntad de las partes. Sin embargo, a diferencia de una teoría de la voluntad, la teoría del consentimiento explica la exigibilidad de una manifestación de asentimiento que es contraria a la real intención de una parte. La teoría del consentimiento, al igual que la teoría basada en la confianza, protege legalmente la confianza del destinatario en el consentimiento del promitente incluso, en ciertas circunstancias, en que el promitente no tuvo subjetivamente la intención de vincularse. La teoría del consentimiento difiere de la teoría de la confianza al ofrecernos un criterio útil, independiente de la confianza misma²¹⁵, mediante el cual distinguir la confianza legalmente protegida de la que no lo está.

La teoría del consentimiento facilita una eficiente distribución de los recursos mediante la protección legal de los intercambios consentidos. Tales intercambios consensuales producen información vital que de otra manera no se habría conocido sobre el valor, permitiendo que los recursos se asignen al usuario que los valora más. Sin embargo, la teoría del consentimiento desapruueba las transferencias no consensuales sin perjuicio de la alegada “eficiencia” de tales transferencias. Una teoría del consentimiento también evita la indeterminación extrema de la aproximación basada en la justicia sustantiva, ya que logra proteger el concepto de justicia (que no es un fantasma) –justicia procesal– mediante su confianza en los principios generales formulados sobre la formación y elusión del contrato.

Finalmente, aunque la teoría del consentimiento reconoce que, bajo ciertas circunstancias, las partes pueden manifestar asentimiento a la transferencia de derechos mediante la negociación e incurriendo en confianza dañina no negociada, ella también reconoce una relación de dependencia existente entre la teoría contractual y la teoría de las titularidades. En ese sentido, la teoría del consentimiento evita los peligros que surgen al basar completamente la obligación contractual en la confianza o en la negociación.

¿Cómo calza la teoría del consentimiento dentro de la tipología de las teorías contractuales sugeridas en la Parte I? La teoría del consentimiento contractual es una teoría sobre titularidades, por lo cual basa la obligación legal en los derechos de las partes. Contrariamente a las teorías basadas en una de las partes, la teoría del consentimiento acentúa la función interrelacional del Derecho contractual. El criterio de exigibilidad, es decir, la intención manifiesta de quedar legalmente obligado, respeta los intereses de ambas partes. Un corolario del requisito de manifestación es que el significado de la conducta del promitente sea interpretado desde la perspectiva de destinatarios (razonables) de tal promesa. Requerir que sea la intención de quedar legalmente obligado la que deba ser manifiesta protege la autonomía de los promitentes.

Además, una teoría del consentimiento reconoce que las preocupaciones sustantivas que surgen en el nivel de las titularidades –por ejemplo, una distinción entre derechos enajenables e inajenables– pueden afectar la exigibilidad de ciertos compromisos. Una aproximación consensual evita esa clase de investigación sustantiva en –y también, la interferencia con– los arreglos contractuales ordinarios tal como lo demandan las teorías basadas en la sustancia. Finalmente, una teoría del consentimiento apoya el reconocimiento tradicional de que ciertos procesos, como la negociación o el uso de sellos, hacen surgir una presunción muy fuerte de exigibilidad. A diferencia de una teoría basada en los procesos, la teoría del consentimiento especifica claramente su dependencia en las nociones subyacentes de titularidades, que permiten que un sistema legal pueda elegir qué procesos reconocer y saber cuándo los requerimientos procedimentales deberían ser obviados.

Al describir la aceptación de las nuevas teorías científicas, Thomas Kuhn ha anotado que el hecho que las nuevas teorías no puedan responder inicialmente todas las preguntas que se plantean impide que no puedan suplantar a las viejas teorías²¹⁶. En lugar de eso, las nuevas teorías son aceptadas porque nos explican verdades conocidas y porque resuelven previas anomalías problemáticas y proveen prometedoras nuevas áreas a la investigación²¹⁷. Por estos criterios, la teoría del consentimiento debería ser considerada una aproximación potencialmente valiosa para explicar la obligación contractual.

Sin embargo, la teoría debe ser aún ampliada y elaborada antes de poder ser evaluada a plenitud. Por

²¹⁵ Pueden revisar las notas 197-200 y el texto que las acompaña.

²¹⁶ KHUN, T. “The Structure of Scientific Revolutions”. Segunda edición. 1970. pp. 157-159.

²¹⁷ Ibid. p. 169.

ejemplo, el reconocimiento de que la obligación contractual sea dependiente de una noción más profunda de titularidades individuales promete una explicación de porqué algunos derechos pueden por naturaleza ser no enajenables y, por lo tanto, porqué algunos acuerdos consensuales podrían ser inexigibles. Esta comprensión puede también ayudarnos a determinar qué forma de remedios contractuales – daños monetarios o ejecución específica– es apropiado si un contrato se incumple²¹⁸.

El propósito de este artículo no ha sido terminar con la discusión sobre la teoría y doctrina de los contratos, sino permitir que la discusión en curso sobre la obligación contractual salga de su largo callejón sin salida y comience a navegar por una ruta más productiva. Si el movimiento que propugna la “muerte

del contrato” es producto de una desilusión y de un abandono tanto de la teoría contractual basada en la voluntad como fuente distinta de la obligación contractual, como de la teoría negocial de la consideración como el medio de distinción formal entre los ejercicios exigibles e inexigibles de la voluntad, la “resurrección del contrato” es un reconocimiento de la función propia del Derecho contractual como mecanismo de transferencia conceptualmente dependiente de nociones más fundamentales como las titularidades individuales. Un mejor entendimiento de la obligación contractual debería finalmente resultar en reglas y principios contractuales que faciliten la importante necesidad social de realizar y confiar en compromisos exigibles. Éstas y otras promesas de la teoría del consentimiento esperan por un desarrollo futuro.

Randy E. Barnett

²¹⁸ Pueden revisar BARNETT, Nota 99 *supra* (discutiendo cómo una teoría del consentimiento contractual y una apropiada distinción entre derechos enajenables y no enajenables nos sugieren que las reglas que rigen la elección de los remedios deberían variar dependiendo de cuál de los tres tipos de contratos ha sido incumplido: un contrato para recursos externos, un contrato por servicios personales o un contrato para servicios empresariales).