

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

C. Teorías basadas en el proceso de negociación

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

1. La teoría de la contraprestación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. LA TEORÍA CONSENSUAL DEL CONTRATO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Definición de consentimiento

1. El consentimiento y la teoría objetiva del contrato

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

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

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

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

¹²⁸ Véase no obstante *supra* nota 113.

¹²⁹ Véase *supra* nota 121.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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