

CAPÍTULO 66

KANT Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTRACTUAL: LAS TEORÍAS BASADAS EN LA AUTONOMÍA

Martín HEVIA*

SUMARIO. I. *El derecho contractual*. II. *Dos tipos de teorías del derecho contractual*. III. *La teoría jurídica kantiana*. IV. *Fried y la teoría moral kantiana*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía básica recomendada*.

Este artículo es una introducción a las teorías del derecho contractual basadas en la idea de autonomía individual, en particular, en la obra de Immanuel Kant. Me concentraré en las dos teorías del derecho contractual basadas en la autonomía que, según creo, han sido las que más impacto han tenido en la literatura. Por un lado, me concentraré en la teoría jurídica contractual que el propio Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral*¹ y que muchos filósofos del derecho han estudiado recientemente para explicar las doctrinas fundamentales del derecho contractual. Por otro lado, presentaré la teoría contractual que el Profesor Charles Fried desarrolla en su libro *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*.² Inspirado en la teoría moral de Kant, Fried define al contrato como un intercambio de promesas. Para Fried, entonces, incumplir un contrato equivale a incumplir una promesa. Fried funda la obligación moral de mantener una promesa en el deber de no violar la autonomía del promisorio: cuando el pro-

* Decano y Profesor de la Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Este trabajo está basado en artículos que han sido publicados anteriormente. La sección I está basada en “Justicia Distributiva, Justicia Correctiva y Derecho Contractual” en Martín Hevia (comp.), *Ensayos Interdisciplinarios sobre Derecho Civil y Comercial*, D.F., Fontamara, 2012; la sección III está basada en el capítulo 5 de mi libro *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2012; la sección IV está basada en “Contract as Promise – casi 30 años después”, *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 195-208.

¹ Kant, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trad. de Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

² Cambridge, Harvard University Press, 1981.

mitente incumple su promesa, se abusa de la confianza que causó violando en consecuencia la autonomía del promisorio.³

El artículo está organizado del siguiente modo. En la sección I, comienzo describiendo los elementos esenciales del derecho contractual. La sección II introduce una clasificación de teorías contractuales y explica a qué categoría pertenecen las teorías kantianas. En la sección III y IV, introduzco ambas teorías, intentando mostrar qué aspectos del derecho contractual explican bien y qué aspectos no logran explicar. En primer lugar, en la sección III, introduzco la teoría jurídica kantiana y las objeciones que se le han presentado. Luego, la sección IV introduce la teoría de Fried y las objeciones que se le han presentado. Finalmente, en la sección V, ofrezco una conclusión.

I. EL DERECHO CONTRACTUAL

¿Qué debe explicar una teoría del derecho contractual para captar adecuadamente aquello que llamamos derecho contractual en nuestra cultura jurídica? En primer lugar, las obligaciones contractuales son *obligaciones adoptadas voluntariamente*. Por ello, el *consentimiento* de las partes es fundamental. En segundo lugar, una teoría del derecho de los contratos debe dar cuenta del “*efecto relativo*” de los contratos.⁴ Permítanme explicar. Las obligaciones voluntarias son obligaciones que uno debe a personas determinadas. Así, cuando A le comunica a B su intención de celebrar un contrato con éste, A quiere obligarse a hacer algo para B, y no para el resto del mundo. Es por eso que los derechos contractuales son derechos personales o *in personam*, esto es, derechos cuyo titular puede oponer a otro individuo, que tiene la obligación correlativa de cumplir con lo que prometió. Las obligaciones contractuales, a su vez, pueden ser obligaciones de hacer, de no hacer o de dar (es decir, de entregar algún bien). La naturaleza correla-

³ El interés de los filósofos del derecho por desarrollar teorías de este tipo es fruto de la reacción de filósofos del derecho provenientes de jurisdicciones de *common law* al auge del análisis económico del derecho, que justifica y/o explica las instituciones jurídicas apelando al criterio de maximización de la utilidad -. Desde la década de 1970, entonces, los filósofos del derecho han tomado las ideas de Aristóteles, Hegel y Kant, en particular, la idea de autonomía, para desarrollar teorías de diferentes ramas del derecho –incluyendo al derecho privado -. Ver Spector, Horacio, “Fairness versus Welfare From a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, núm. 2, 2004, p. 525.

⁴ En el *common law*, la doctrina lleva el nombre de “privity of contract”.

tiva de los contratos también explica cuál es la consecuencia en caso de incumplimiento: puesto que el promitente se obligó frente al tenedor de la promesa, y no frente al resto del mundo, sólo el tenedor de la promesa puede pedir compensación ante el incumplimiento. Del mismo modo, dado que sólo el promitente, y nadie más, le debe algo al tenedor de la promesa, en caso de incumplimiento, la víctima sólo puede reclamarle al promitente, y a nadie más. Por ello, en la tradición civilista se hace referencia al “efecto relativo de los contratos”: por regla, los terceros no pueden ni demandar ni ser demandados en base al contrato.

En las jurisdicciones de derecho civil, la regla es que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor puede exigir el cumplimiento específico o *in natura* de la obligación. En el caso del derecho argentino, por ejemplo, en realidad, el artículo 505 del Código Civil le da al acreedor el derecho de optar entre exigir el cumplimiento específico de la obligación, una indemnización cuyo monto equivalga al valor del cumplimiento de la obligación o la opción de pedir a un tercero que cumpla por el deudor. En la mayoría de los casos, los bienes por los que se contrata son bienes para los que se puede encontrar, en mayor o menor medida, un buen sustituto en el mercado. En tal caso, si en caso de incumplimiento, el deudor indemniza por el valor del bien en el mercado más una suma que lo compense por el costo del retraso en el cumplimiento —los intereses moratorios— y el costo de búsqueda del bien en el mercado, el acreedor quedará satisfecho porque la indemnización lo colocaría en la misma posición en la que el acreedor estaría si el contrato se hubiese cumplido. Cuando el bien prometido no puede conseguirse en el mercado, entonces obligar al deudor a que cumpla con su obligación parece razonable.

En las jurisdicciones de *common law*, la regla es que, en caso de incumplimiento, el deudor le debe pagar al acreedor “*expectation damages*”,⁵ que podríamos traducir como indemnización por los daños causados por la expectativa frustrada. El contenido de tal indemnización dependerá de qué esperaba el acreedor del contrato y qué es lo que el deudor podía pensar o prever que el acreedor *razonablemente* buscaba obtener mediante su celebración. La expectativa razonable del acreedor puede incluir no sólo a la cosa prometida (suponga que se trata de un contrato de compraventa), sino también a los usos potenciales que el acreedor le iba a dar a la cosa prometida. Ésta es la regla que nace con el precedente *Hadley v. Baxendale*,⁶ la —así

⁵ Para este punto véase Benson, Peter, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, 1996, pp. 273-319.

⁶ (1854) 9 Ex. 341.

llamada— “regla de la previsibilidad”. Así, por ejemplo, supongamos que la cosa prometida era un tractor que el acreedor iba a utilizar para trabajar en la cosecha de este año. Supongamos que es razonable asumir que el vendedor del tractor podía prever, o debió haber previsto, que el comprador le iba a dar tal uso al tractor. En ese caso, el *common law* le exigirá al deudor que también se haga cargo, al menos parcialmente, de las pérdidas que le trae al comprador el no haber podido utilizar el tractor para mejorar la calidad de la cosecha.⁷

En algunos casos, obligar al deudor a cumplir con su obligación no está permitido. Se trata de los supuestos en los que la obligación es una “obligación de hacer”, esto es, una obligación que implique que el deudor realice cierto acto (que no sea, por supuesto, la mera entrega de un bien material, en cuyo caso la obligación es una “obligación de dar”). En este supuesto, se dice que no es moralmente aceptable ejercer violencia física sobre el deudor para obligarlo a cumplir. En las obligaciones de hacer, en los supuestos en que el deudor no quiere cumplir específicamente con lo prometido, la indemnización, o bien el pedido a un tercero de que cumpla con la obligación (a costa del deudor), parecen soluciones también razonables. En el *common law* este problema no se presenta muy seguido porque, por regla, los tribunales conceden *expectation damages* al acreedor, en cuyo caso la disquisición acerca de la naturaleza de la obligación no es importante.

Los juristas y los tribunales se sienten incómodos con la idea de forzar a alguien a cumplir con su obligación contractual. Esta posición es habitual tanto en la tradición continental como en el *common law*; en ambas, se cree

⁷ En el *common law*, también se dice que hay dos acciones adicionales, alternativas a *expectation damages*. La *acción de restitución* evita el enriquecimiento sin causa del promitente: si el demandado incumplió su promesa de realizar cierta prestación en favor del demandante y el demandante-promisario le había entregado algo al demandado-promitente a cambio de su promesa de cumplir con dicha prestación, el derecho obliga al demandado a devolver aquello que había recibido a cambio de su prestación. La *indemnización por daños basados en la confianza* tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaba antes de celebrar el contrato con el demandado-promitente. Supongamos que, confiando en que el demandado-promitente cumpliría con su obligación contractual, el demandante-promisario invirtió en bienes relacionados con el objeto del contrato. Por ejemplo, supongamos que la prestación contractual es la compraventa de un campo, que el demandante-promisario desea cosecharlo y que, para ello, confiando en que efectivamente tendría el campo a su disposición, compró tractores (que de nada servirían si no tuviese el campo a su disposición). El demandado-promitente incumple su obligación. En ese supuesto, el demandado tendrá que pagar una indemnización que deje al demandante en una posición que sea tan buena como aquella en la que se encontraba antes de que el demandado hiciera su promesa.

que el cumplimiento específico o forzoso de las obligaciones *intuitu personae* es una intromisión excesiva en la libertad de las personas. Como explica Kronman, “incluso un contrato de duración corta que implique el cumplimiento rutinario de tareas inobjetables es un contrato de auto-esclavización y, por consiguiente, un contrato jurídicamente no vinculante si prohíbe que el empleado pueda reemplazar el cumplimiento de la obligación con el pago de una indemnización monetaria”.⁸ Por esta razón, una sentencia que obligue al cumplimiento forzoso de una obligación requiere una justificación especial. En ocasiones, los tribunales obligan al cumplimiento forzoso cuando se trata de obligaciones de no hacer, cuando el deudor debe entregar un bien considerado único y la indemnización no compensaría completamente al acreedor, o cuando la obligación es impersonal, tal como la obligación de dar una suma de dinero.⁹

Para terminar, un principio central del derecho contractual es la interpretación de buena fe de los contratos. El derecho requiere que las partes se comporten de buena fe. Una cláusula contractual que dijera que el contrato en cuestión no debe interpretarse de buena fe sería inaceptable.

II. DOS TIPOS DE TEORÍAS DEL DERECHO CONTRACTUAL

Las teorías del derecho contractual pueden clasificarse en dos tipos de teorías, las teorías *ex ante* y las *ex post*. Las teorías *ex ante* son teorías que adoptan una perspectiva que mira hacia el futuro. Por ejemplo, supongamos que debemos decidir si adoptamos o no adoptamos una determinada regla. Desde la perspectiva *ex ante*, nos formularíamos preguntas del siguiente tipo: ¿Qué efectos tendrá esta regla? ¿Qué tipo de consecuencias producirá? ¿Serán consecuencias valiosas o disvaliosas? En la filosofía moral y política, esta perspectiva está asociada al consecuencialismo o al utilitarismo o *welfarismo*.¹⁰ Las teorías consecuencialistas del derecho contractual son teorías que justifican la existencia (o inexistencia) del derecho contractual a la luz de si éste promueve un valor, o un conjunto de valores. Algunos autores sostienen que la existencia del derecho contractual es contingente: su justi-

⁸ Kronman, Anthony T., “Specific Performance”, *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 2, 1978, pp. 351-382, p. 473.

⁹ Smith, Stephen A., *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 155

¹⁰ Esta forma de explicar la distinción es de Lawrence Solum. Véase http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/09/legal_theory_le_2.html (visitado por última vez el 25 de julio de 2012).

ficación depende de información empírica acerca de si tener derecho contractual es útil para promover otros fines que podamos tener. Esta posición es consecuencialista, aunque no es necesariamente una posición utilitarista. El fin que podríamos querer promover podría ser la utilidad, pero también podríamos querer promover otros, tales como la justicia distributiva, la eficiencia, e incluso la autonomía personal. Las teorías consecuencialistas comparten “el argumento general de que cualquier posición política/moral debe, al nivel fundamental, evaluar cuán justas son las instituciones sobre la base de principios normativos que también son aplicables a la [evaluación de] las decisiones de las personas”.¹¹ El utilitarismo es un tipo de teoría consecuencialista.

Las teorías *ex ante* analizan las doctrinas del derecho contractual a la luz del valor que busquen promover. Así, por ejemplo, en la literatura filosófica sobre el derecho contractual, en su ensayo *seminal* “Contract Law and Distributive Justice”,¹² Anthony Kronman evalúa si el derecho contractual es justo a la luz de la justicia distributiva. Kronman explica que tanto la voluntariedad de los contratos como todos los aspectos esenciales de los contratos deben justificarse en función de la justicia distributiva.

Las teorías *ex post*, en cambio, adoptan un punto de vista que es histórico, es decir, mira hacia el pasado. Por ejemplo, supongamos que tenemos que determinar si un determinado estado de cosas es justo o injusto; digamos, un estado de cosas en el que alguien me ha causado un daño. Para responder a esta pregunta, desde una perspectiva *ex post*, formularíamos preguntas del siguiente tipo: ¿Quién actuó incorrectamente y quién no lo hizo? ¿Hubo violación de derechos? En la filosofía moral y política, la perspectiva *ex post* está asociada con posiciones deontológicas. Las teorías kantianas que discuto en este trabajo son teorías *ex post*. Según explicaré en las siguientes secciones, estas teorías determinan cuáles son los derechos y obligaciones de las partes apelando al consentimiento de las partes. Así, dos personas estarán obligadas por un contrato en la medida en que hayan consentido a los términos del acuerdo en cuestión. Además, dado que el consentimiento puede generar obligaciones, el incumplimiento de las obligaciones voluntarias como las contractuales puede dar lugar a responsabilidad civil.

¹¹ Murphy, Liam, “Institutions and the Demands of Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 27, núm. 4, 1998, p. 251.

¹² *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, núm. 3, pp. 472-511. Más recientemente, Kordana y Tabachnik sostuvieron una posición similar en “Rawls and Contract Law”, *The George Washington Law Review*, vol. 73, núm. 3, 2005, p. 598.

En las siguientes dos secciones, me concentro en dos teorías kantianas del derecho contractual. Para cada una de ellas, analizaré en qué medida logran explicar estas características de los contratos. Comenzaré con la teoría jurídica de Kant.

III. LA TEORÍA JURÍDICA KANTIANA¹³

En esta sección, introduzco la teoría del derecho contractual que Kant desarrolló en *La Metafísica de la Moral*. Para hacerlo, es necesario comenzar por la teoría jurídica del derecho privado en general. El punto de partida de la teoría jurídica contractual de Kant en la *Doctrina del Derecho*, una de las partes de la *Metafísica*, es la noción de “independencia” y de “autonomía”. Para Kant, la autonomía no es una característica de los agentes aislados, sino que es una idea relacional: A es independiente de B en la medida en que no esté sujeto a las decisiones de B. Así, si una persona fuera el único habitante del mundo, si tuviera a su alcance un conjunto de acciones valiosas para hacer, e incluso si pudiera realizarlas, no tendría sentido decir que esa persona es “autónoma”.

La noción de independencia no es universal. No todo ente puede ser autónomo. La independencia presupone la distinción entre personas y cosas. Para Kant, las personas tienen una capacidad para determinar cuáles son sus propios planes. Las cosas, en cambio, son meramente medios para perseguir esos objetivos. Por eso, es habitual que los filósofos morales sostengan que “las personas son fines en sí mismos”.

Para que las personas puedan establecer sus propios planes, necesitan de medios. Los medios incluyen al dominio sobre el cuerpo propio, que tenemos en virtud del mero hecho de ser personas: no es necesario que hagamos nada para tener derecho a usar nuestro cuerpo. Este derecho es lo que Kant llama “derecho innato”. Los poderes externos, a los que Kant llama “cosas”, son los medios que tenemos para perseguir los planes que podemos adoptar en virtud de nuestra condición de personas. Decir que una

¹³ Esta sección está basada en el capítulo 5 de mi libro *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law*, Dordrecht, Springer, 2012. A su vez, la descripción que en ese capítulo hago de la teoría contractual de Kant está basada en Ripstein, Arthur, “Kant on Law and Justice”, en Thomas E. Hill Jr. (ed.), *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2009; y en Ripstein, Arthur, *Force and Freedom – Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009. véase, además, FUERZA Y LIBERTAD. TEORÍA JURÍDICA KANTIANA

persona es dueña de ciertos medios es decir que las cosas que posee están sujetas a su decisión.

Las personas independientes son las que pueden determinar a qué fines afectar los medios que poseen. Esta idea de independencia es la que lleva a que Kant rechace la esclavitud: el esclavo depende completamente de las decisiones de su amo, que no tiene la obligación de justificar sus decisiones ante su esclavo.

Dada la distinción entre personas y cosas, la pregunta que surge es:

Cómo una pluralidad de personas separadas, con fines separados, puede ser libre de perseguir sus planes al máximo, cualesquiera sean, en la medida en que sean compatibles con la libertad de las demás personas de ejercer la misma libertad. La persecución de planes separados, a su vez, requiere de límites recíprocos a la libertad que reflejan las maneras diferentes en las que interactúan las personas. Para que los límites sean recíprocos, deben obligar a todos del mismo modo, es decir, deben concordar con una ley universal.¹⁴

La distinción entre personas y cosas lleva a la idea de que hay tres modos en que las personas pueden interactuar y, al mismo tiempo, tres modos en que se puede interferir con la capacidad de las personas para perseguir sus planes. Cada una de estas interferencias dará lugar a una reacción del derecho. Esas reacciones estarán justificadas porque la idea de límites recíprocos a la libertad implica que es permisible restringirla para protegerla. Así, si, al perseguir mis planes, violo sus derechos, lo privo de su derecho a usar sus medios para fines con los que usted concuerde (al violar sus derechos, uso sus medios sin su consentimiento). En consecuencia, para Kant, está justificado restringir mi libertad para obligarme a que lo deje en situación de ser el amo de sus medios nuevamente.

Los modos posibles de interacción entre personas son los siguientes:¹⁵

1. Podemos perseguir nuestros planes de modo independiente, lo que requiere de derechos de las personas y de propiedad. Veamos. Los derechos de propiedad son derechos a tener a disposición las cosas para poder establecer y perseguir los planes de vida propios. Dado que las cosas son nece-

¹⁴ Ripstein, Arthur, "Authority and Coercion", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32, núm. 1, 2004, p. 10.

¹⁵ Para una discusión excelente de la clasificación de las obligaciones en la obra de Kant, ver Weinrib, Jacob, "What Can Kant Teach Us About Legal Classification?", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, núm 1, 2010, pp. 203-231. Tomo la descripción de los tres modos posibles de interacción de Ripstein, Arthur, "Kant on Law and Justice", *op. cit.*, y en Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 13.

sarias para establecer y determinar planes de vida propios, deben ser protegidas. Así surge la idea de derechos de propiedad, es decir, el poder de controlar las cosas propias y de excluir a los demás de su uso si así lo queremos. En consecuencia, si alguien interfiere con mi propiedad, por ejemplo, si usa mis cosas sin pedirme permiso, viola mis derechos, es decir, me priva de mi poder de decisión sobre mis cosas. El derecho de la responsabilidad extracontractual y el enriquecimiento sin causa (o *unjust enrichment* en la terminología del *common law*) son el reflejo de la responsabilidad que surge como consecuencia de las relaciones entre personas que persiguen sus planes de manera independiente. El derecho de la responsabilidad extracontractual se ocupa de los casos en los que una persona daña a la persona o a la propiedad de otra sin el consentimiento de esta última. En esos casos, obliga al demandado a indemnizar al demandante por los daños que le haya causado.¹⁶ A su vez, el enriquecimiento sin causa existe cuando una persona se queda con propiedad de otra sin el consentimiento de aquella.

2. Una persona puede actuar en nombre de otra, lo que da lugar a reglas jurídicas sobre status. En las relaciones fiduciarias, las personas actúan de un modo interdependiente, pero no consensualmente. Este tipo de interacción da lugar a relaciones que son similares a los derechos sobre las cosas: son relaciones de status en virtud de las que una persona puede actuar y tomar decisiones en nombre de la otra. En estos escenarios, los intereses del beneficiario dependen de las decisiones del fiduciario. El fiduciante no tiene capacidad para consentir o estar en desacuerdo con las decisiones que toma el fiduciario; es un límite estructural de este tipo de relaciones. Pero el fiduciario tiene la obligación de promover los intereses del fiduciante, es decir, no puede hacer lo que se le antoje. El ejemplo fundamental de este tipo de relaciones es la de la relación entre padres (o tutores, según el caso) e hijos menores de edad. Los padres deben actuar de modos que promuevan los intereses de sus hijos. Es decir, los padres no pueden tratar a sus hijos como meros medios para promover sus fines; los hijos no son cosas, aunque la incapacidad estructural para consentir hace que los padres tengan esta relación fiduciaria con sus hijos.

3. Finalmente, podemos perseguir nuestros planes conjuntamente, intercambiando bienes o servicios voluntariamente, lo que requiere de un sistema de derecho contractual. En esta sección me ocupo de la teoría kan-

¹⁶ Para una discusión de teorías kantianas de la responsabilidad extracontractual, ver el artículo de Jorge Fabra en este libro.

tiana del derecho contractual en detalle. Veamos.

Según Kant, con la excepción de las personas independientes, todo puede ser objeto de un derecho adquirido. Por consiguiente, las acciones de otras personas también pueden adquirirse. Podemos transferirnos contractualmente el uso de determinados poderes. Esto da lugar a los derechos oponibles a otras personas, propios del derecho contractual. Los contratos generan derechos y obligaciones correlativas. Así, al momento de la formación del contrato, y antes del cumplimiento de la obligación, el acreedor adquiere del deudor la posesión de algo, pero no de algo material: el acreedor obtiene un *crédito* contra el deudor. El contenido de tal crédito es el cumplimiento de la obligación del deudor, esto es, un hecho (o una omisión, según el caso) del deudor. La obligación de cumplir con el contrato es una obligación de darle al demandante algo a lo que tiene derecho, a saber, el cumplimiento del deudor tal como está especificado en los términos del acuerdo entre el deudor y el acreedor.¹⁷

Esto no quiere decir que, al momento de la celebración del contrato, el acreedor se convierta en dueño del deudor (como si éste fuera esclavo del acreedor), sino que el acreedor tiene un derecho para exigirle al deudor que cumpla con su obligación de entregar el bien prometido o de cumplir con el servicio prometido, dependiendo del contenido del contrato que hayan celebrado. Kant lo explica del siguiente modo:

Mediante un contrato adquiero algo externo. Pero, ¿qué es lo que adquiero? Puesto que se trata simplemente de la causalidad de la decisión de otro en relación al acto que me prometió, lo que adquiero directamente por un contrato no es una cosa externa sino su acción mediante la que la cosa queda en mi control de modo tal que la hago mía. Por un contrato, entonces, adquiero la promesa del otro (pero no lo que me prometió) y aun así algo se agrega a mis pertenencias externas; me enriquecí (*locupletior*) al adquirir una obligación activa sobre la libertad y los medios de otro.¹⁸

El acreedor, entonces, adquiere del deudor lo que el derecho llama un derecho *in personam*, esto es, un derecho que un individuo puede hacer valer frente a una persona en particular que, a su vez, tiene la obligación correlativa de cumplir con su obligación.

¹⁷ Para este punto, ver Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 1.

¹⁸ *Ibidem*, 6:723. Son las normas de la libertad las que requieren que sea posible poseer la acción de otro. Si el hecho de que yo posea la posibilidad de exigirle que haga algo es compatible con su libertad, con la mía, y con la de todos los demás, entonces ello tiene que estar jurídicamente permitido. Para este punto, ver: Byrd, Sharon y Hrushka, Joachim, “Kant on “Why Must I Keep My Promise”, *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm 1, 2006, pp. 47-58.

La dimensión transaccional de los contratos explica el tipo de derecho que el acreedor adquiere contra su deudor. En los términos del derecho, el acreedor tiene un derecho *in personam*, oponible a su deudor. Como mencioné anteriormente, estos derechos son derechos que una persona puede oponer a otra persona en particular, y no al resto del mundo; en cambio, los derechos reales, o derecho *in rem*, son oponibles *erga omnes*. Por supuesto, los derechos reales pueden tener origen transaccional, es decir, pueden adquirirse mediante la interacción entre personas; por ejemplo, cuando usted me transfiere la propiedad de un bien de su propiedad. Pero el derecho real subsecuente es oponible *erga omnes*, es decir, es oponible incluso a aquellos que no participaron de nuestra transacción. En cambio, el derecho personal solamente puede adquirirse de la persona ante quien puede oponerse.

Es importante resaltar que, en los contratos que obligan al deudor a la entrega de un bien, dado que el acreedor adquiere un derecho personal oponible a su deudor, no adquiere la propiedad del bien en cuestión. Este hecho nos lleva a la pregunta: si no es al momento de la celebración del contrato, ¿cuándo es que el acreedor se convierte en el dueño del bien prometido? Esta pregunta surge respecto de los contratos en los que la entrega del bien no tiene lugar al momento de la celebración del acuerdo. Pensemos en el ejemplo de la compraventa de un caballo, diferida en el tiempo. Kant sostiene que, antes de la entrega del caballo, si las partes no se ponen de acuerdo acerca de quién debe tener la posesión del caballo, y el comprador lo deja en manos del vendedor, aquel no es el dueño del caballo.¹⁹ El comprador se convierte en su dueño solamente después de que tenga el caballo en su posesión y realice un acto independiente de la celebración del contrato que establezca el derecho *in rem* sobre el caballo. Tanto en la tradición continental como en la del *common law*, estos actos llevan el nombre de “actos posesorios”.

En la mayoría de los contratos que no son de cumplimiento inmediato, las partes se pondrán de acuerdo respecto de la fecha en la que la entrega del bien debe tener lugar. Antes de la entrega del bien, dado que el comprador no es todavía dueño del bien, es el vendedor, y no el comprador, quien debe hacerse cargo si se materializa cualquier daño que sufra el bien en cuestión. Ello es así en virtud de que el acreedor solamente tiene un derecho a exigir que el deudor cumpla con su obligación de poner al acreedor en la posición en la que puede obtener la posesión del caballo.²⁰

¹⁹ Para una discusión de este punto, ver Benson, Peter, “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, en David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 455-456.

²⁰ Kant, Immanuel, *op. cit.*, nota 1, 6:275.

Ahora, si las partes se ponen de acuerdo respecto de una fecha en la que el acreedor debe buscar el caballo para obtener la posesión, y éste no se hace presente, se justifica que el deudor transfiera al acreedor cualquier riesgo que podría enfrentar el bien en cuestión.

1. *Objeciones*

A. *Primera objeción*

En el *common law*, la acción estándar por incumplimiento contractual es la indemnización por las expectativas frustradas (*expectation damages*), es decir, una indemnización que tiene por objetivo dejar al demandante en la misma situación en la que estaría si el demandado hubiese cumplido con el contrato. Ahora bien, si una vez que celebramos un contrato, el acreedor es dueño de una acción del deudor y si, según Kant, dicha acción es un medio del acreedor, ¿cómo se explica el hecho de que el acreedor no tenga derecho al cumplimiento específico y forzoso de la obligación?²¹ Si la libertad no exige cumplimiento específico, ¿qué exige?

Una respuesta posible es que, si bien idealmente los acreedores tienen derecho al cumplimiento específico de la obligación, una vez que el deudor incumplió, se torna imposible cumplir con la obligación tal como había sido pactada originalmente. Como explica Smith, “por definición, lo que prometió hacer para un tiempo en particular ya no se puede hacer...lo mejor que el deudor puede hacer es actuar de un modo similar al de la obligación original”.²²

Otra posible respuesta podría asociarse con la sugerencia de Holmes: “La obligación de cumplir con un contrato significa... que... usted debe pagar daños y perjuicios en caso de que lo incumpla – y nada más que eso”.²³ Otro modo posible de entender las obligaciones contractuales es de modo tal que sean promesas “disyuntivas” de o bien cumplir con lo prometido, o bien pagar una indemnización por los daños y perjuicios.²⁴

²¹ Tomo este punto y la pregunta de Hodgson, Louis-Philippe, “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory*, año 2011, vol. 17, núm. 3, pp. 209-226.

²² Smith, Stephen A., *op. cit.*, nota 9, p. 54.

²³ Holmes, Jr., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1897, p. 462.

²⁴ Gold, Andrew S., “A Property Theory of Contract”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, núm 1, 2009, p. 54.

De acuerdo con esta segunda posibilidad, en verdad, la indemnización no sería consecuencia del incumplimiento porque las partes del contrato originalmente habían acordado que el deudor podía elegir pagar los daños, en lugar de cumplir específicamente. En algunos casos, podría ser cierto que las partes entendieron que su contrato era una promesa disyuntiva. Sin embargo, no es el modo en que habitualmente las partes ven a los contratos que celebran. Por consiguiente, estas explicaciones no son satisfactorias porque no capturan la naturaleza pública del lenguaje del derecho contractual.²⁵

Veamos qué explicación podría ofrecer el teórico kantiano. Hodgson lo explica del siguiente modo:

Si la justificación última de los derechos contractuales es la libertad, entonces el objetivo del derecho al conceder la indemnización debe ser asegurar que la libertad de la víctima del incumplimiento no esté amenazada por el incumplimiento. La compensación, entonces, solo será adecuada en la medida en que sea equivalente al cumplimiento como medio con el que la víctima puede perseguir su plan. En otras palabras, para determinar qué califica como compensación adecuada, debemos preguntar qué pondrá a la víctima en la posición que habría tenido, con respecto a la persecución de sus planes, si el deudor hubiese cumplido el contrato. En circunstancias normales, ello exige que la compensación se base en el valor de mercado del cumplimiento esperado. Una visión de los derechos contractuales basada en la libertad requiere que la acción estándar sea la indemnización por la frustración de las expectativas.²⁶

Como explica Hodgson, la provisión “con respecto a la persecución de sus planes” juega un rol fundamental en el argumento. Los demandantes no tienen un derecho a sentirse tan contentos o satisfechos como se sentirían si el deudor hubiese cumplido con el contrato.²⁷ Su derecho es a tener a su disposición nuevamente los medios. La felicidad o satisfacción, como tales, no son medios para que las personas establezcan y persigan sus planes. Del mismo modo, en la responsabilidad extracontractual, si alguien lo hace infeliz pero no te daña o no daña a tu propiedad, usted no tiene derecho a ser compensado.²⁸

²⁵ Smith, Stephen A., *op. cit.*, nota 9, p. 54.

²⁶ Hodgson, Louis-Philippe, *op. cit.*, nota 21, pp. 224 y 225.

²⁷ *Idem.*

²⁸ Tomo este punto de Ripstein, Arthur, “As It Had Never Happened”, *William & Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007, p. 1984.

Andrew Gold propone una explicación diferente:

“En los casos contractuales en los que el deudor decide no cumplir a pesar de haber transferido un interés de propiedad en el cumplimiento de la promesa, el incumplimiento infringe los derechos del acreedor. Ello implica cometer daño y la justicia correctiva requiere que se rectifique la pérdida que sufre el acreedor. Sin embargo, a la luz del rol que al

Es importante mencionar, también, que el teórico kantiano tiene a sus manos una explicación del alcance de la indemnización por responsabilidad por incumplimiento. El incumplimiento de nuestro contrato lo priva de algo que le pertenece. Al incumplir el contrato, lo estoy privando no solamente de sus medios, sino también de los usos posibles que usted habría dado a sus medios. Si bien no tiene a su disposición los usos posibles que habría dado a sus medios con la misma certeza que tiene los medios en cuestión (no tiene necesariamente certeza del uso que podría darle a los medios), de todos modos, tiene derecho a que se lo compense por la pérdida de los usos posibles de esos medios (con mi incumplimiento, usted ya no tiene la posibilidad de usarlos en el mismo sentido en que la tenía antes del incumplimiento).²⁹ Sin embargo, no cualquier destino que usted podría haberle dado a sus medios cuenta por igual. Para determinar el alcance de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, y si alcanza a los daños que en el *common law* llevan el nombre de *consequential damages*, debemos mirar al momento de la celebración del acuerdo. De acuerdo con la doctrina del famoso *Hadley vs. Baxendale*, que mencioné en la primera sección de este artículo, es necesario determinar si, al momento de la celebración, es razonable asumir que las partes podían o debían haber contemplado el uso que el acreedor le daría a lo adeudado. Consideremos ahora otro ejemplo del *common law*, el caso *Security Stove & Mfg. Co. vs. American Railway Express Co.*³⁰ En el caso citado, un fabricante de estufas esperaba un modelo nuevo de estufas que tenía que ser enviado por barco a una feria de comercio. En la feria, el fabricante esperaba obtener clientes nuevos. El fabricante había invertido en la feria; por ejemplo, el presidente de la fábrica y sus empleados habían viajado para estar presentes en la feria. El problema fue que no

autonomía tiene en la circunscripción del interés del acreedor en el cumplimiento, el incumplimiento es una violación permisible del derecho de propiedad del deudor.” Gold, Andrew S., *op. cit.*, nota 24, pp. 57 y 58. Gold agrega que “el pago de la indemnización es un ejercicio de justicia correctiva dentro de los límites establecidos por el valor de la autonomía. Puede que sea injusto que el deudor no reconozca el derecho de propiedad del acreedor al cumplimiento, pero sería más injusto todavía no reconocer el valor de la autonomía del deudor.” No creo que sea necesario recurrir a la idea de violaciones permisibles al derecho de propiedad porque, si los derechos contractuales son medios, el acreedor víctima del incumplimiento tiene derecho a los medios de los que el deudor lo priva al incumplir. Según creo, la indemnización por las expectativas frustradas no es una compensación por la infracción a un derecho de propiedad cuyo contenido es el cumplimiento; la indemnización, más bien, devuelve al acreedor los medios que debería tener a su disposición. *Ibidem*, p. 58.

²⁹ Ripstein, Arthur, *op. cit.*, nota 13, p. 21.

³⁰ 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

tuvieron nada para mostrar allí: como la empresa encargada de enviar la estufa incumplió con su obligación, el fabricante perdió la chance de intentar ganar clientes nuevos. Por supuesto, era imposible saber con certeza cuánto dinero habría ganado el fabricante si hubiese podido mostrar en la convención el producto en cuestión. Sin embargo, había certeza respecto del uso que el fabricante le iba a dar al bien: su intención era utilizarlo para atraer clientes nuevos, que podrían ser fuente de ganancias en el futuro.

En resumen, la indemnización por los daños causados por la frustración de expectativas redime el derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación porque le da al acreedor los medios a los que éste tenía derecho en virtud del contrato.

B. *Segunda objeción*

¿Qué ocurre cuando las partes de un contrato no incluyen cláusulas respecto de la fecha de entrega del bien, o respecto de quién cargará con los daños que el bien pueda sufrir antes de su entrega? Una respuesta posible es que, en la tradición continental, el Código Civil establecerá normas supletorias que contemplen los escenarios en los que las partes no han pactado nada acerca de la fecha de entrega del bien. También podría ocurrir que, después de la celebración del acuerdo, las partes estén en desacuerdo respecto de cómo deben interpretarse diferentes cláusulas del acuerdo celebrado. Las partes también podrían estar en desacuerdo acerca de qué excusas podrían alegar para justificar su incumplimiento. En este caso, los códigos suelen establecer que los contratos deben interpretarse y ejecutarse “de buena fe”. Ahora bien, las reglas supletorias y la interpretación de buena fe son criterios externos a la voluntad de las partes y es una objeción importante la de que la teoría jurídica kantiana no tiene herramientas para explicar elementos centrales del derecho contractual como esos dos. En un artículo famoso, Richard Craswell sostuvo que la gran mayoría de los conflictos que las partes de un contrato dirimen en los tribunales requieren que los tribunales se ocupen de temas que las partes no consideraron en el acuerdo, o que consideraron pero interpretan de modos diferentes. En estos casos, según explica Craswell, los tribunales “completan” los contratos.³¹

Según Craswell, esta observación muestra que una teoría del derecho contractual buena debe explicar cómo deben actuar los tribunales en este tipo de escenarios en los que hay desacuerdos entre las partes. Para Craswell, las teorías basadas en derechos padecen de una enfermedad incurable

³¹ Craswell, Richard, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”,

Michigan Law Review, vol. 88, núm 3, 1989, pp. 489-529.

porque, por definición, para suplementar la voluntad de las partes, si las partes no se han puesto de acuerdo en todo, los tribunales deben acudir a estándares externos a la voluntad de las partes para completar el contrato o resolver la controversia.³² El rol más importante de una teoría del derecho contractual lo tienen estos estándares externos y no la autonomía de las partes, que no es de ayuda para resolver los conflictos más habituales que tienen lugar en torno a los contratos.³³

Los partidarios de las teorías basadas en los derechos o en la autonomía han considerado la objeción de Craswell argumentando que, al contratar, las partes de un contrato asumen que existen reglas supletorias y reglas de interpretación que son parte del contrato. Sin embargo, Craswell ha argumentado que ello no responde a la objeción porque no es obvio por qué debemos asumir que las partes han asumido que existen reglas propias de su cultura jurídica (por ejemplo, la existencia de reglas supletorias) que se incluyen implícitamente en el contrato.³⁴

En *Risks and Wrongs*, Jules Coleman acepta el desafío de salvar de este ataque a las teorías de la autonomía, que él llama “teorías del consentimiento”. Coleman defiende un enfoque de negociación racional para llenar lagunas.³⁵ Coleman explica que “...a falta de un acuerdo explícito, el teórico del consentimiento está preparado para basarse de forma normativamente significativa en la racionalidad de una negociación como fundamento para imponer derechos y responsabilidades *ex post*”. Coleman sugiere que “el mejor argumento disponible para el teórico del consentimiento es que los términos que son racionales para las partes ofrecen la mejor evidencia de los términos que habrían pactado”.³⁶ Coleman llama a esta regla “el contrato *ex ante*”.

Este contrato sería el resultado de una negociación racional:

Si el contrato real expresa lo que las partes toman por un acuerdo racional entre ellos, entonces cuando su acuerdo está incompleto y necesita ser interpretado o completado por un tribunal, el tribunal debería expresar lo que hubiera sido racional para las par-

³² *Ibidem*, p. 490.

³³ *Ibidem*, p. 508.

³⁴ Craswell, Richard, “Expectation Damages and Contract Theory Revisited”, *Stanford Public Law Law & Legal Theory Research Paper Series*, Paper No. 925980, 2006, <http://ssrn.com/abstract=925980>.

³⁵ Coleman, Jules, *Risks and Wrongs*. Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 165. Para una discusión del argumento de Coleman, ver mi “Coleman on Gap Filling and Default Rules”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 12, 2012, pp. 162-179.

³⁶ Coleman, Jules, *Risks and Wrongs*, *op. cit.*, nota 35, p. 174.

tes pactar. El cambio del consentimiento verdadero al hipotético no debería modificar el contenido del principio.³⁷

Coleman concluye que “el mejor argumento disponible para los teóricos del consentimiento es que los términos que son racionales para las partes ofrecen la mejor evidencia de los términos que hubieran pactado”.³⁸

En resumen, para Coleman, la teoría de la negociación racional ofrece una justificación para elegir normas supletorias para llenar lagunas que los teóricos de la autonomía deberían aceptar. Estas reglas reflejan el consentimiento hipotético, que expresa aquello que es racional que las partes de un contrato elijan, con independencia de si de hecho lo eligieron.

Para resumir, la teoría jurídica kantiana explica bien la naturaleza voluntaria y correlativa de los derechos y obligaciones contractuales, así como el efecto relativo de los contratos. También parece explicar adecuadamente por qué la acción por incumplimiento contractual es *expectation damages* y la extensión de la indemnización, que incluye a los daños que en el *common law* se llaman “consequential damages”. Sin embargo, el defecto de esta teoría es que no ofrece un criterio para interpretar cláusulas contractuales o para que los tribunales completen los contratos cuando las partes no han contemplado contingencias que pudieran tener lugar durante la etapa de ejecución del contrato. En respuesta a esta objeción, Coleman ha propuesto que el teórico de la autonomía podría apelar al consentimiento hipotético, que refleja aquello que las partes racionales elegirían.

IV. FRIED Y LA TEORÍA MORAL KANTIANA

En esta sección me concentro en otra teoría basada en derechos, de rai-gambre kantiana, aunque basada en la teoría moral kantiana y no en la teoría jurídica kantiana. El punto de partida de Fried es la idea de autonomía individual. Para Fried, los individuos autónomos tienen una capacidad para desarrollar su propia concepción del bien. Para ejercer su autonomía, las personas pueden servirse de objetos externos, pero no pueden utilizar a otras personas. Esto se debe a que, en línea con la teoría jurídica kantiana, Fried traza una distinción entre objetos y personas. Como ya expliqué, las personas tienen capacidad para actuar libremente e independientemente de sus deseos; las cosas, en cambio, no tienen esa capacidad, aunque, en verdad, tampoco se puede decir que tengan deseos, salvo en el

³⁷ *Ibidem*, p. 166.

³⁸ *Ibidem*, p. 173.

caso de los animales. Las personas no debemos usarlos *meramente* unas a otras como si fuéramos objetos. Ahora bien, ello no implica que la moral no nos permita usarlos, siempre que, al hacerlo, respetemos nuestra autonomía; de hecho, la cooperación con otros es una herramienta que tenemos a nuestra disposición como herramienta para desarrollar nuestros planes.

Una manera de promover nuestros fines puede conllevar confiar en otros. Fried explica que “cuando mi confianza en la asistencia de un 3ro deriva de la convicción de que ese 3ro hará lo que es correcto (y no sólo lo que es prudente), entonces le tengo confianza, y ésta confianza se convierte en una herramienta poderosa para reflejar nuestro acuerdo de voluntades en el mundo”. El dispositivo que da a la confianza su forma más “afianzada y palpable” es la promesa. Prometer es una herramienta que nos permite perseguir planes conjuntamente.

Sin dudas, las promesas son herramientas útiles para perseguir nuestros planes. Ahora, Fried no es utilitarista, es decir, no cree que la obligación moral de cumplir con nuestras promesas tenga fundamento en el hecho de que cumplir con nuestras promesas promueve la utilidad:

Una persona tiene la obligación de cumplir sus promesas porque invocó intencionalmente una convención cuya función es dar razones –razones morales– para que otros cuenten con el cumplimiento de la promesa. Incumplir es abusar de la confianza que quien promete era libre de generar o de no generar y que intencionalmente generó.³⁹

Fried resume su posición diciendo que:

Existe una convención que define a la práctica de prometer y a sus efectos. Esta convención es un modo en el que una persona puede generar expectativas a los demás. En virtud de los principios kantianos de confianza y respeto, es incorrecto invocar esta convención para hacer una promesa y después incumplirla.⁴⁰

De acuerdo con Fried, los contratos son una especie del género “promesas”. Dado que las promesas deben cumplirse, los contratos también deben cumplirse. Por supuesto, podría ocurrir que cumplir con las promesas sea eficiente, pero ello, en todo caso, es un efecto colateral, y no es la razón por la que hay que cumplirlas.⁴¹

³⁹ Fried, Charles, *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. 16.

⁴⁰ *Ibidem*, p 17 [énfasis omitido].

⁴¹ Véase Weinrib, Ernest, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 51.

Ahora bien, el reconocimiento de la autonomía requiere reconocer, también, nuestra responsabilidad por aquello que nos sale bien, pero también por nuestros fracasos y errores. Por ello, si prometemos, tenemos la obligación de cumplir con lo prometido. Para Fried, liberar a los deudores de cumplir con sus promesas equivaldría a tratarlos como niños, incapaces de entender qué implica prometer algo a otras personas.⁴² El costo de la libertad para prometer o no prometer es la responsabilidad por nuestros compromisos:

La libertad de obligarse contractualmente a cumplir con una obligación en el futuro es un ejemplo importante y llamativo de esta libertad [la libertad para disponer de los talentos, del trabajo y de la propiedad del modo en que uno desea]...porque en una promesa uno se hace responsable no sólo del ser presente sino del ser futuro.⁴³

Ahora bien, ¿cuál es la obligación del deudor en caso de que incumpla con su obligación? Veamos el análisis que Fried hace de las acciones por incumplimiento contractual. En la sección I de este artículo, mencioné que, en el *common law*, normalmente se dice que las acciones por incumplimiento contractual son tres: la acción de restitución (*restitution damages*), la indemnización por daños basados en la confianza (*reliance damages*) y la indemnización por daños y perjuicios en función de la expectativa frustrada (*expectation damages*). Según Fried, la acción de restitución y la indemnización de los daños basados en la confianza pueden explicarse del siguiente modo: “Si una persona confió en una promesa y sufrió un daño, ese daño hay que repararlo; y si quien incumple un contrato recibió bienes y servicios, tiene que ser obligado a pagar un precio justo por ellos”.⁴⁴ Sin embargo, Fried sostiene que “hay confianza porque la promesa es vinculante, y no al revés”.⁴⁵ Es decir, ni la confianza ni la restitución, por sí solas, explican por qué hay obligación contractual; es la promesa lo que genera la obligación

⁴² Fried, Charles, *op. cit.*, nota 39, p. 21. Aquí tendría sentido formularse la siguiente pregunta: Asumiendo que un individuo es perfectamente racional y que sabe muy bien qué es lo mejor para su vida, ¿se lo trataría como si fuera un niño si se le permitiera incumplir su obligación? La respuesta es afirmativa sí, como Fried, pensamos que lo único relevante es que, si el individuo es autónomo, es capaz de entender las consecuencias de obligarse contractualmente. Sin embargo, si hay otros elementos que consideramos relevantes, por ejemplo, su interés en obligarse a hacer cosas que son incompatibles con las obligaciones contractuales que ya contrajo, ¿recibiría el trato que le damos a los niños si le permitiéramos incumplir con sus obligaciones contraídas previamente sin que pague costo alguno por hacerlo?

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁵ *Idem.*

contractual. En algunos casos, el valor de la inversión en la que incurrió el promisorio es menor al valor que el promisorio le asigna al cumplimiento. Por ello, si el derecho exigiera solamente que se indemnice por la confianza generada, el deudor no cumpliría con aquello que se comprometió a hacer.⁴⁶ Para Fried, si ello ocurriera, no tomaríamos en serio al promitente. Los agentes autónomos, según Fried, deben hacerse responsables por sus acciones y ello significa “tomar en serio su capacidad para determinar sus propios valores.” Por supuesto, podría ocurrir que no sea fácil medir las expectativas del acreedor. Cuando ello ocurre, el estándar de la confianza puede ser útil como sustituto. Así ocurrió en *Security Stove & Mfg. Co. v. American Railway Express Co.*,⁴⁷ un caso famoso en el *common law*, que expliqué en la sección anterior. Allí, como expliqué, dado que era imposible determinar con exactitud la cantidad de dinero que el fabricante habría ganado si hubiese logrado exhibir su producto, el tribunal decidió basarse en la confianza y conceder como indemnización daños en función de la confianza.⁴⁸

Fried sostiene que, en caso de incumplimiento, el acreedor tiene derecho a que el deudor lo indemnice por la frustración de sus expectativas:

Si prometo algo, tengo que cumplir con lo prometido; y si incumplo con mi promesa, es justo que se me obligue a entregar el valor equivalente de aquello que había prometido. En la doctrina contractual esta proposición se conoce como la *indemnización por incumplimiento medida en función de los daños causados por la frustración de las expectativas*. El estándar de las expectativas no le da a la víctima de un incumplimiento ni más ni menos de lo que habría recibido si no hubiese habido incumplimiento – en otras palabras, la víctima recibe los beneficios esperados de su acuerdo.⁴⁹

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ 227 Mo. App. 175, 51 S.W. 2D 572 (1932).

⁴⁸ Fried, Charles, *op. cit.*, nota 39, pp. 21-22. Nótese que Fried no discute si, en este caso, deberían concederse también al demandante “consequential damages”. Fried simplemente asume que tiene que ser así.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 17. Ahora bien, a veces el valor de mercado del bien prometido no equivale al valor que el demandante le asignaba a la prestación debida. Por ejemplo, quizá el demandante planeaba utilizar la cosa prometida para destinarla a algún uso en particular, o quizá también el demandante le asigna un valor especial al bien en cuestión. En esos casos, estas cuestiones también deberían estar contempladas por la indemnización que el demandado tendrá que pagarle al demandante.

Para determinar si el demandante tiene derecho a que la indemnización por incumplimiento incluya tales cuestiones, es necesario determinar si es razonable que el demandado se haga responsable por los daños que el demandante sufre por la privación de la posibilidad de utilizar la prestación que era objeto del contrato para perseguir sus fines. Esto es lo que en el *common law* se conoce como *consequential damages*. Para determinar si corresponde indemnizar por los *consequential damages*, es necesario establecer si, al momento de la celebra-

Fried, entonces, sostiene que, dado que las promesas y, por ende, los contratos, generan obligaciones, en caso de incumplimiento, el acreedor de la promesa puede exigir que lo indemnicen por las expectativas que la promesa le había generado.

En suma, según creo, la teoría contractual de Fried es, *prima facie*, muy atractiva: toma muy en serio la idea de autonomía personal. En la próxima sección considero algunas objeciones a su argumento.

1. *Objeciones*

A. *Primera objeción*

En primer lugar, como sugiere Michael Trebilcock, Fried recurre a convenciones sociales, pero no es para nada claro a qué convenciones se refiere.⁵⁰ Como explica Trebilcock, la teoría de Fried, en verdad, no está basada en la autonomía, sino en convenciones sociales como la de la obligación de cumplir con las promesas. No es claro cómo haría un tribunal para identificar qué requiere esa convención. Además, esa convención es externa a la relación entre las partes contratantes; no es la autodeterminación individual sino la convención social la que determina en qué casos debe exigirse el cumplimiento del contrato. De todos modos, incluso si los tribunales fueran capaces de identificar esas convenciones sociales, las convenciones podrían ser inmorales o injustas. En ese caso, no habría que hacerlas valer.

Fried podría contestar diciendo que, en el derecho, constantemente apelamos a convenciones sociales. Por ejemplo, en el derecho de la responsabilidad extracontractual, para determinar qué es una “persona razonable”, apelamos a convenciones sociales. En la misma línea, es necesario apelar a una convención social, aunque sea vaga, para determinar si alguien hizo una promesa, para saber cuál es el contenido de tal promesa, y así. Las convenciones sociales son obviamente relevantes para el derecho contractual, y para el derecho en general. La respuesta de Fried es razonable. Sin embargo, su apelación a las convenciones sigue siendo objetable: el hecho de que exista una convención social que establezca que las promesas deben

ción del acuerdo, era razonable exigir al demandado que éste conociera los usos a los que el demandante iba a destinar la prestación contractual.

⁵⁰ Trebilcock, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 165.

ser honradas no basta para concluir, sin más, que las promesas generan obligaciones jurídicamente vinculantes.

En verdad, quizá no sea necesario concentrarse tanto en el papel de la convención social en el argumento de Fried porque, en realidad, como sostiene Dori Kimel, el nudo de la tesis de Fried no es la apelación a la convención social, sino la apelación a la confianza. Para Kimel, la mejor interpretación del argumento de Fried es que las promesas son valiosas porque nos permiten hacer uso de la confianza, una herramienta esencial para perseguir nuestros planes. Ahora bien, como bien explica Kimel, no es necesaria la convención social para generar confianza: en su ausencia, podemos, de todos modos, dar razones morales para que otra persona confíe en nosotros, con las mismas implicancias normativas.⁵¹ En este sentido, la “tesis de la práctica social” (que explica el derecho de los contratos en función de la práctica social) pierde sustento.

B. *Segunda objeción*

Una objeción fuerte al argumento de Fried es que no hay una conexión necesaria entre todas las obligaciones morales y todas las obligaciones jurídicas. Por ejemplo, si prometo que voy a leer para mañana su artículo, e incumplo con mi promesa, no se justifica obligarme a pagar una indemnización por no haberlo hecho.⁵² Para justificar la obligación jurídica de cumplir con una obligación moral es necesario un argumento adicional; Fried no ofrece ese argumento.

A favor de Fried, asumamos ahora a los efectos del argumento que las obligaciones morales son o deben ser vinculantes jurídicamente y, por ende, que todas las promesas son o deben ser vinculantes jurídicamente. Incluso si partimos de este presupuesto, es necesario mostrar mucho más para llegar a la conclusión de que necesitamos derecho contractual. Como ha explicado Weinrib, “la incorrección de incumplir una promesa puede recibir expresión jurídica en modos que no sean necesariamente el cumplimiento de los contratos —mediante la aplicación de penas, por ejemplo, o mediante las acciones de responsabilidad extracontractual o de restitución del derecho privado—”.⁵³

⁵¹ Kimel, Dori, *From Promise to Contract – Towards a Liberal Theory of Contract*. Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 11-12.

⁵² Tomo prestado este ejemplo de Rivera López, Eduardo, “Promises, Expectations, and Rights”, *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm 1, 2006, pp. 21-45.

⁵³ Weinrib, Ernest, *op. cit.*, nota 41, p. 51.

La objeción anterior nos lleva a otra objeción. La propuesta de Fried no explica la naturaleza específica de los derechos contractuales. Veamos. Es cierto que, como dice Fried, siempre que el promitente incumple con su obligación (salvo que incumpla por caso fortuito), usa al promisorio meramente como medio: el promitente genera confianza y, cuando ya no le resulta conveniente cumplir con su promesa, decide incumplir, sin que importen los intereses de quien tuvo razones morales para confiar en la promesa. Sin embargo, esto parece mostrar solamente que, si el promitente incumple, actúa inmoralmente. Es decir, Fried no explica qué es lo que da derecho al promisorio a exigir el cumplimiento. En palabras de Benson,

...[c] argumento no explica por qué el promisorio tiene un derecho contra el promitente cuyo contenido es la obligación de cumplir. En otras palabras, el argumento no va tan lejos como para explicar la existencia de una obligación que se le debe a otro por razones de justicia, a diferencia de una obligación de fidelidad o de autoconsistencia que, si bien puede estar relacionada con otro, sólo es requerida por la virtud.⁵⁴

Un contrato no es simplemente un promitente que debe cumplir con su obligación —sin que importe para quién debe cumplir—: lo distintivo es que deba cumplir para un promisorio en particular.”

El mero hecho de que yo le prometa a alguien que voy a hacer algo en su beneficio no lo convierte en dueño de nada y, entonces, incumplir con mi promesa no lo priva de la propiedad sobre nada. Es cierto que, quizá, el promisorio pudo haber tenido razones para confiar en mi promesa, y ello puede ser mi responsabilidad, pero no mucho más que eso.

Siguiendo con esta línea, Fried tampoco explica correctamente por qué, en caso de incumplimiento, la víctima tiene derecho a una indemnización en función de las expectativas frustradas. La tesis de Fried no explica el hecho de que, al momento de la formación del acuerdo, el promisorio adquiere un crédito contra el promitente. Por ello, no puede explicar el hecho de que la indemnización le dé al promisorio aquello de lo que ya era dueño. Si el promisorio no adquiere nada mediante la promesa del promitente, ¿por qué es que, para Fried, el promisorio tiene derecho a que los tribunales le concedan una indemnización por los daños basados en la frustración de las expectativas? Quizá deban hacerlo por otras razones, digamos, porque es justo que el promisorio reciba de parte del promitente aquello que éste le había prometido, pero no por las razones que invoca Fried.

⁵⁴ Benson, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *Cardozo Law Review*, vol. 10, núm. 5-6, 1989, p. 1116.

C. Tercera objeción

Volvamos ahora a la objeción de Craswell a las teorías basadas en la autonomía.⁵⁵ Recordemos que, para Craswell, las teorías basadas en la autonomía deben complementarse con criterios externos, que expliquen cómo deben completarse los contratos en caso de que tengan lagunas y cómo deben interpretarse. La teoría de Fried es una teoría basada en la autonomía y, por consiguiente, padece de este defecto fatal; de hecho, en verdad, la teoría de Fried era el blanco central que Craswell tenía en mente.

Ahora, en verdad, Fried no estaría necesariamente en desacuerdo con Craswell. Fried no tiene problemas en aceptar que, cuando las partes no incluyen alguna cuestión en el contrato, los jueces deben apelar a criterios externos a la voluntad de las partes. Fried distingue entre “interpretación” e “interpolación”. “Interpretar” tiene un significado específico: es la tarea de determinar qué quisieron las partes al ponerse de acuerdo en utilizar un determinado término en su contrato. En cambio, interpolar es una tarea diferente: es la tarea de agregar contenido semántico a las palabras, o agregar cláusulas contractuales en el contrato preexistente.⁵⁶

Para Fried, la distinción entre interpretación e interpolación traza el límite entre la teoría contractual y la teoría que no es contractual. Dado que la interpretación conlleva intentar entender las intenciones de las partes, pertenece a la teoría contractual. En cambio, la interpolación se hace necesaria cuando no hay lugar para la interpretación porque “las partes no formaron intenciones subjetivas relevantes para resolver el problema en cuestión”.⁵⁷ En consecuencia, la interpolación no pertenece a la teoría contractual: implica usar estándares que son externos a la voluntad de las partes contratantes.

Jody Kraus ha sostenido que el desacuerdo entre Fried y Craswell no radica en la importancia de las teorías basadas en la autonomía para completar las lagunas, sino en la relación entre teoría semántica, convenciones e interpretación:⁵⁸

Para Fried... el significado que las partes subjetivamente atribuyen a los términos está informado por convenciones subyacentes. Así, cuando el significado a primera vista de

⁵⁵ Craswell, Richard, *op. cit.*, nota 31, pp. 489-529.

⁵⁶ Kraus, Jody, “Philosophy of Contract Law”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 2002, p. 718.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 723.

un término no resuelve la controversia, Fried refiere a las convenciones subyacentes para determinar si el significado que las partes subjetivamente atribuyen a un término puede extenderse más allá del significado a primera vista de modo tal que resuelva la controversia. Según Fried, es realmente necesario completar las lagunas cuando las convenciones subyacentes no dan evidencia persuasiva de que haya acuerdo entre las partes. [En esos casos,] [I]os tribunales, entonces, deben ir más allá del acuerdo, y más allá del derecho contractual, para resolver la controversia.⁵⁹

Según Kraus, es posible entender mejor la posición de Fried si se tienen en cuenta sus posiciones generales acerca de la naturaleza del derecho y de la resolución de controversias.⁶⁰ Fried sigue a Dworkin porque cree que, al incorporar principios morales, el derecho da una respuesta correcta única para cada caso que se dirime en los tribunales. La resolución de controversias contractuales, para Fried, debe tener lugar exclusivamente sobre la base de la intención subjetiva de las partes; sus acuerdos y compromisos morales previos crean obligaciones morales que los tribunales deben hacer valer. En consecuencia, cuando los tribunales tienen que completar lagunas, deben hacerlo haciendo referencia a principios morales y recordando que no está permitido sacrificar a los individuos en nombre de fines colectivos tales como la eficiencia, la redistribución o el altruismo. Para Kraus, entonces, la teoría de la obligación promisoria de Fried está inspirada en el fundamento deontológico de la teoría general del derecho de Ronald Dworkin.⁶¹

En resumen, la tesis de Fried es *prima facie* muy atractiva porque se toma en serio la idea de que los individuos deberían tener la libertad de perseguir sus planes intercambiando bienes y cumpliendo servicios para otros. El problema es que, a pesar del atractivo inicial, Fried no puede explicar por qué los derechos contractuales son derechos personales o, peor aún, y en el fondo, por qué son, simplemente, derechos. Tampoco puede explicar las acciones por incumplimiento contractual. Fried reconoce que su teoría no explica qué hacen los tribunales cuando deben resolver controversias contractuales, aunque sí explica qué hacen cuando tiene lugar lo que Fried llama “interpretación”.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 722

⁶⁰ *Ibidem*, p. 726.

⁶¹ *Idem*. Como sugiere Kraus, un problema de la teoría de Fried es que, si es permisible invocar las convenciones subyacentes, éstas podrían aceptar la referencia a la eficiencia y a otros fines colectivos que impliquen sacrificar los intereses individuales.

V. CONCLUSIÓN

La revisión de dos teorías influyentes basadas en la autonomía lleva a la conclusión de que, si bien explican correctamente aspectos esenciales del derecho contractual, no los explican todos. En particular, parecería que las teorías analizadas no explican completamente qué criterios siguen o deberían seguir los tribunales en los casos en los que las partes de un contrato no han contemplado alguna contingencia o no se han puesto de acuerdo acerca de cómo interpretar ciertos términos de su contrato. Esta conclusión, en realidad, no es novedosa. La pretensión de los filósofos de desarrollar teorías del derecho contractual y la pretensión de que se trate de teorías que expliquen todo el contenido del derecho contractual ha sido fuertemente criticada. Por ejemplo, con la intención de criticar la teorización del derecho, Oliver Wendell Holmes famosamente sostuvo que “la vida del derecho no ha sido lógica, sino experiencia”.⁶² Más recientemente, Stephen Waddams atacó a los teóricos por su pretensión imperialista de reducir un fenómeno complejo como el derecho privado a un conjunto de diferentes categorías.⁶³ Es tarea del filósofo del derecho contractual reconocer esta complejidad y abocarse a analizarla.

VI. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA

- ATTYAH, Patrick S., *Essays on Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- _____, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- BARNETT, Randy A., “A Consent Theory of Contract”, *Columbia Law Review*, vol. 86, núm. 2, 1986.
- BENSON, Peter, “Abstract Right and the Possibility of a Non-distributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *Cardozo Law Review*, año 1989, vol. 10, núms. 5-6.

⁶² Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963 [1881], p. 1.

⁶³ Waddams, Stephen, *Dimension of Private Law: Categories and Concepts in Anglo American Legal Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Esta objeción no es una objeción que tenga por blanco solamente a las teorías basadas en la autonomía, sino también a las basadas en la eficiencia, o a las teorías mixtas – que explican el derecho contractual apelando a más de un valor -. Para una presentación de las teorías mixtas, ver Smith, Stephen S., *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 158-160.

- _____, “Introduction”, en Benson, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law – New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2001.
- _____, “Philosophy of Property Law”, en Coleman, Jules L. y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, New York, Oxford University Press, 2002.
- _____, “The Basis for Excluding Liability for Economic Loss in Tort Law”, en Owen, David G. (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- _____, “The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice” *Iowa Law Review*, vol. 77, núm. 2, 1992.
- _____, “The Idea of a Public Basis of Justification for Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 33, núm. 2, 1995.
- _____, “The Unity of Private Law”, en Benson, Peter (ed.), *The Theory of Contract Law – New Essays*, New York, Cambridge University Press, 2001, cap. 4.
- _____, “What Holmes Can Teach Us About Economic Loss”, *Nexus Magazine*, año 2005 (primavera/verano).
- BIRKS, Peter, “Definition and Division: A Reflection on *Institutes* 3.13”, en Birks, Peter (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1997
- _____, *Unjust Enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- BYRD, Sharon y HRUSHKA, Joachim, “Kant on “Why Must I Keep My Promise”” *Chicago Kent Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2006.
- CHAPMAN, Bruce, “Rational Choice and Reasonable Interactions”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 2, 2006.
- COLEMAN, Jules L., *Markets, Morals, and the Law*, New York, Cambridge University Press, 1988.
- _____, “The Grounds of Welfare”, *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 6, 2003.
- _____, *The Practice of Principle – In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford and New York, Oxford University Press, 2001.
- CRASWELL, Richard, “Against Fuller and Perdue”, *University of Chicago Law Review*, vol. 67, núm. 1, 2000.
- _____, “Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising”, *Michigan Law Review*, vol. 88, núm. 3, 1989.
- DANZIG, Richard, “Hadley v. Baxendale: A Study in the Industrialization of the Law”, *Journal of Legal Studies*, vol. 4, núm. 2, 1975.
- EISENBERG, Melvin A., “Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law”, *California Law Review*, vol. 93, núm. 4, 2005.

- FRIED, Charles, *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard University Press, 1981.
- FULLER, Lon L. y PERDUE, JR., William R., “The Reliance Interest in Contract Damages”, *Yale Law Journal*, vol. 46, núm. 3, 1937.
- FULLER, Lon L., “The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally”, en Winston, Kenneth (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, Duke University Press, 1983.
- GARDNER, John, “The Purity and Priority of Private Law”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 46, núm. 3, 1996.
- GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State Press, 1974.
- GOLD, Andrew S., “A Property Theory of Contract”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, núm. 1, 2009.
- GORDLEY, James, “Contract Law in the Aristotelian Tradition” in Peter Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays* (New York: Cambridge University Press.
- _____, “Equality in Exchange”, *California Law Review*, año 1981, vol. 69, núm. 6.
- _____, “The Moral Foundations of Private Law”, *The American Journal of Jurisprudence*, volume 47, número 1, 2002.
- HEVIA, Martín, “Kronman on Contract Law and Distributive Justice”, *Journal of Contract Law*, vol. 23, núm. 1 y 2, 2007.
- _____, *Reasonableness and Responsibility: A Theory of Contract Law* Dordrecht, Springer, 2012.
- HODGSON, Louis-Philippe, “Collective Action and Contract Rights”, *Legal Theory*, vol. 17, núm. 3, 2011.
- HOLMES, JR., Oliver W., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1963 [1881].
- _____, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, núm. 8, 1987.
- KANT, Immanuel, *The Metaphysics of Morals*, trad. de Gregor, Mary, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1996.
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven, *Fairness Versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- KIMEL, Dori, *From Promise to Contract – towards a liberal theory of contract*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- KORDANA, Kevin Y TABACHNIK, David, “Rawls and Contract Law”, *George Washington Law Review*, vol. 73, núm. 3, 2005.
- KRONMAN, Anthony T., “Contract Law and Distributive Justice”, *Yale Law Journal*, vol. 89, núm. 3, 1980.

- _____, “Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts”, *Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 1, 1979.
- _____, “Paternalism and the Law of Contracts”, *Yale Law Journal*, vol. 82, núm. 5, 1983.
- _____, “Specific Performance”, *University of Chicago Law Review*, vol. 45, núm. 2, 1978.
- LUCY, W.N.R., “Contract as a Mechanism of Distributive Justice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, num. 1, 1989.
- MARKOVITS, Daniel, “Contract and Collaboration”, *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 7, 2004.
- _____, “Making and Keeping Contracts”, *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 7, 2006.
- MURPHY, Liam, “Institutions and the Demands of Justice”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 27, núm. 4, 1998.
- NICHOLAS, Barry, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962.
- PERRY, Stephen, “On the Relationship between Corrective and Distributive Justice”, en Horder, Jeremy (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1a. ed., New York, Little, Brown & Company, 1973.
- RAMSAY, Marc, “The Buyer/Seller Asymmetry: Corrective Justice and Material Non-Disclosure”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 56, núm. 1, 2006.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, ed. rev., Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- _____, *Justice as Fairness - A Restatement*, Cambridge, The Belknap Press of the Harvard University Press, 2001.
- _____, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- _____, “Social Unity and Primary Goods”, en Sen, Amartya y Williams, Bernard (eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 1982.
- RIPSTEIN, Arthur, “As It Had Never Happened”, *William & Mary Law Review*, vol. 48, núm. 5, 2007.
- _____, “Authority and Coercion”, *Philosophy & Public Affairs*, año 2004, vol. 32, núm. 1.
- _____, *Force and Freedom - Kant's Legal and Political Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- _____, “Justice and Responsibility”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 17, núm. 2, 2004.

- _____, “Kant on Law and Justice”, en Hill, Thomas E. (ed.), *A Companion to Kant’s Ethics*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2005, cap. 7.
- _____, “Private Order and Public Justice: Kant and Rawls”, *Virginia Law Review*, vol. 92, núm. 7, 2006.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Promises, Expectations, and Rights”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, núm. 1, 2006.
- SAMUEL, Geoffrey, “Can the Common Law be Mapped?”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, núm. 2, 2005.
- SCHWARTZ, Alan & SCOTT, Robert E., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 3, 2003.
- SIMPSON, A. W. B., *A History of the Common Law of Contract – The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- SMITH, Stephen A., “Contracts for the Benefit of Third Parties: In Defence of the Third Party Rule”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, núm. 4, 1997.
- _____, *Contract Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- SPECTOR, Horacio, “Fairness versus Welfare From a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 79, núm. 2, 2004.
- STONE, Martin, “On the Idea of Private Law”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 9, núm. 2, 1996.
- TREBILCOCK, Michael, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- VALCKE, Catherine, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence – Objectivity and Subjectivity in the English, French, and German Law of Contractual Mistake” (unpublished).
- _____, “The ‘Common Will’ of Offer and Acceptance”, *Nexus Magazine*, año 2005 (primera/verano).
- WADDAMS, Stephen M., *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo American Legal Reasoning*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2003.
- _____, *The Law of Contracts*, 4a. ed., Toronto, Canada Law Books, 2004.
- WEINRIB, Ernest, “Corrective Justice in a Nutshell”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, núm. 4, 2002.
- _____, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, núm. 1, 2003.
- _____, “Restitutionary Damages as Corrective Justice”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, núm. 1, 2000.
- _____, *The Idea of Private Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

- , “The Juridical Classification of Obligations”, en Birks, Peter (ed.), *The Classification of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- WEINRIB, Jacob, “What Can Kant Teach Us About Legal Classification?”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 23, núm. 1, 2010.
- ZUMBANSEN, Peer, “The Law of Society: Governance Through Contract”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, núm. 2, 2007.
- ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An Introduction to Comparative Law Vol. II: The Institutions of Private Law*, trad. de Weir, Tony, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1977.