

### **Paternalismo y derecho contractual\***

Anthony T. Kronman\*

Nuestro sistema jurídico, como cualquier otro, limita la potestad por parte de los individuos de exigir al Estado la ejecución de sus acuerdos privados.<sup>1</sup> En un sentido amplio, todas las limitaciones de este tipo restringen la libertad contractual de los involucrados en estos acuerdos, privándolos del derecho a decidir si sus acuerdos voluntarios deberían ser jurídicamente vinculantes. Muchas de estas limitaciones buscan proteger los intereses de terceros, incluyendo los intereses de la sociedad en general: dos vecinos no pueden ejecutar un contrato por el cual se comprometen a robarle a un tercero. Tampoco un grupo de empresarios puede ejecutar un acuerdo de precios". Otros límites a la libertad contractual, sin embargo, buscan principalmente proteger a aquellos cuya libertad se restringe. Los límites de este tipo protegen a las personas de sí mismas limitando su capacidad para ejecutar diversos tipos de acuerdos.

En general, cualquier norma que prohíba una acción basándose en que sería contrario al propio bienestar de la persona es paternalista. La prohibi-

---

\* Título original "*Paternalism and The Law of Contract*", publicado en *The Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 5, Abril 1983, pp.763-798. Traducido al español por Facundo Rojo, Abogado (Universidad Torcuato Di Tella).

\* Profesor de derecho, Universidad de Yale. Un borrador anterior de este artículo fue presentado en el encuentro de la *Society for Ethical and Legal Philosophy*. Estoy agradecido con aquellos que estuvieron presentes por sus comentarios y críticas. Bruce Ackerman, Jerry Mashaw, Rob Prichard y la Jueza Ellen Peters también ayudaron con sus sugerencias. Peter Swire me brindó una valiosa asistencia en la investigación.

<sup>1</sup> Véase, M. Weber, *Economy and Society* 2, pp. 668- 671 (1968) ("En ningún sistema jurídico la libertad contractual es ilimitada, en el sentido de que el derecho ofrecería su poder de coerción a ejecutar todo y cada uno de los acuerdos sin importar sus términos.").

\*\* [N. del T.: el autor habla de "pricefixing" que técnicamente significa acuerdo de precios. Estos tipos de acuerdos son considerados anticompetitivos por las leyes antimonopolio y por eso su concertación se encuentra prohibida por la ley.]

ción del suicidio,<sup>2</sup> requerir el uso de casco a los motociclistas,<sup>3</sup> las leyes que restringen el uso de drogas<sup>4</sup> o la educación obligatoria<sup>5</sup> son todos ejemplos de paternalismo jurídico. En este artículo, me concentraré en una rama de la amplia y heterogénea familia de normas legales, aquellas normas que pueden ser ciertamente consideradas como pertenecientes al derecho contractual porque la libertad que restringen es la libertad de obligarse a hacer una promesa jurídicamente vinculante.

Un ejemplo, relativamente nuevo, que tengo en mente acerca de este tipo de restricción es la norma que invalida cualquier cláusula en un contrato de locación que pretenda hacer renunciar al locatario a su derecho a negarse a pagar si la propiedad no cumple con un mínimo estándar de habitabilidad.<sup>6</sup> Incluso si el locatario creyera que renunciar a ese derecho es lo mejor para él y, voluntariamente, acepta incluir esa cláusula en el contrato, el derecho lo protege, imposibilitando su ejecución. La invalidez de los contratos de esclavitud por endeudamiento o de esclavitud voluntaria,<sup>7</sup> las cláusulas que niegan el derecho a divorciarse<sup>8</sup> o demandar una compensación acorde con el derecho de quiebras,<sup>9</sup> o las que otorgan el derecho a una de las partes a ejecutar específicamente su contrato (cuando este derecho no existe),<sup>10</sup> la nulidad de la mayoría de los contratos celebrados por niños,<sup>11</sup> y la imposibilidad de quitarle a una de las partes el período de prueba

---

<sup>2</sup> Véase, W. Lafave y A. Scott, *Handbook on Criminal Law*, 1972, pp. 568- 571.

<sup>3</sup> Véase, "The Limits of the State Intervention: Personal Identity and Ultra-Risky Actions", en *Yale Law Review*, 85, 1976, pp. 826, 830-834.

<sup>4</sup> Véase, p. ej., Abramovsky y McCarthy, "Civil Commitment of Non-Criminal Narcotic Addicts: Parens Patriae; A Valid Exercise of a States's Police Power; or an Unconscionable Disregard of Individual Liberty?", 38, en *Pittsburgh. Law Review*, 1977, p. 447; Kaplan, "The Role of the Law in Drug Control", en *Duke Law Journal*, 1971, p. 1065.

<sup>5</sup> P. ej. *California Education Code*, 48, West 1978, pp. 200-48,320; *Connecticut General Statutes*, 1983, pp.10-184.

<sup>6</sup> Véase, *infra* p. 766.

<sup>7</sup> Véase, U.S.C., 18,1982, §§ 1581-1588; Véase también, *Pollock v. Williams*, 322 U.S. 4, pp. 7-13 (1944) (muestra la historia de las leyes de esclavos por endeudamiento); Casos de esclavitud por endeudamiento, 136 F. 707, 708 (E.D. Ark. 1905) (la esclavitud por endeudamiento "es retener a un trabajador en su trabajo con el propósito que trabajando pague o liquide una deuda debida al empleador, cuando el trabajador desea abandonar el trabajo antes de pagar esta deuda").

<sup>8</sup> Véase, S. Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*, 15, 3a ed. 1972, §§ 1741-1743.

<sup>9</sup> Véase, *Fallick v. Kehr*, 369 F. 2d 899, 905 (2do circuito, 1966) (El juez Friendly en disidencia); *Federal National Bank v. Koppe*, 253 Mass. 157, 148 N.E. 379 (1925).

<sup>10</sup> Véase, Kronman, "Specific Performance", en *University of Chicago Law Review*, 45, 1978, pp. 351, 369-376.

<sup>11</sup> Véase, S. Williston, 2, *supra* nota 8, §§ 222-248.

establecido por ley en muchos contratos de consumo<sup>12</sup> son normas que tienen, al menos parcialmente, un objetivo paternalista. Es incuestionable que estas limitaciones, en la posibilidad de ejecutar acuerdos privados, también busquen proteger los intereses morales y económicos de terceros y, en este sentido, tienen también un propósito no paternalista. Un objetivo central, sin embargo, es proteger al deudor de sí mismo, limitando su potestad para hacer aquello que el derecho considera contrario a sus intereses. Esto es paternalismo, y hay más paternalismo en nuestro derecho contractual que lo que uno puede imaginar.

Todas las restricciones paternalistas a la conducta, incluyendo aquellas comprendidas por el derecho contractual, originan problemas especiales desde un punto de vista moral. Es posible, por supuesto, negar que existan estas restricciones (sosteniendo que todo ejemplo posible de paternalismo es en realidad una prohibición oculta de las conductas que vulnera los derechos de otras personas).<sup>13</sup> Sin embargo, al reconocer que a veces es moralmente permisible evitar que una persona actúe solamente porque se dañará a sí misma con su curso de acción, se está adoptando el paternalismo, y se vuelve obligatorio explicar por qué estas interferencias son permisibles en algunos casos y en otros no. Cualquiera que haya escrito alguna vez sobre paternalismo ha enfrentado este problema.<sup>14</sup> Mill, por ejemplo, consideraba paternalista la prohibición de la esclavitud voluntaria, pero a la vez se esforzaba en mostrar su legitimidad moral.<sup>15</sup> Alguien que cree, como lo hacía Mill, y como lo hago yo, que algunas restricciones paternalistas a la libertad contractual no son sólo permisibles, sino moralmente obligatorias, debe ofrecer un estándar o principio para evaluar los argumentos paternalistas en casos particulares. Sólo de esta manera se puede establecer la legitimidad del paternalismo y definir sus límites.

Sin embargo, sería un error asumir que un único principio es el que mejor explica cada restricción paternalista en nuestro derecho contractual. Existe

---

<sup>12</sup> *Uniform Consumer Credit Code*, 1974, §§ 3-501 a 3-505; C.F.R., 16, 1983, § 429.1; Véase, Sher, "The "Cooling-Off" Period in Door-to-Door Sales", en *U.C.L.A Law Review*, 15, 1968, p. 717; Nota, "A Case Study of the Impact of Consumer Legislation: The Elimination of Negotiability and the Cooling-Off Period", en *Yale Law Review*, 78, 1969, p. 618.

<sup>13</sup> Véase, Regan, "Justification for Paternalism", en *Nomos*, 15, 1974, pp. 189, 201-206.

<sup>14</sup> Véase, p. ej., J. Mill, *On Liberty*, D. Spitz ed. 1975, p. 95; Dowrkin, "Paternalism", en R. Wasserstrom, *Morality and the Law*, 1971; Feinberg, "Legal Paternalism", en *Canadian J. Phil.*, 1, 1971, p. 105; Kennedy, "Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", en *Md. Law Review*, 41, 1982, p. 563; Luban, "Paternalism and the Legal Profession", en *Wis. Law Review*, 1981, p.454.

<sup>15</sup> J. Mill, *supra* nota 14, p. 95.

una considerable diversidad entre estas restricciones, y si bien es cierto que todas buscan proteger al deudor de las consecuencias dañosas de sus acuerdos privados, lo hacen de distintas maneras y por distintas razones. Consideraciones de eficiencia económica y justicia distributiva explican mejor algunas limitaciones paternalistas a la libertad contractual. Otras son mejor explicadas por la idea de la integridad personal. Un tercer conjunto de limitaciones es mejor explicado por la conocida, aunque poco entendida, noción de discernimiento sólido\*. Ninguna de estas explicaciones excluye a la otra, y muchas veces se superponen entre sí, pero cada una ofrece la justificación más plausible para un grupo o clase particular de restricciones paternalistas en nuestro derecho contractual. Aunque estas tres clases de explicaciones están muy relacionadas, existen diferencias entre ellas y vale la pena remarcarlas.

El principio (o principios) sobre el cual se basan cada una de estas clases de restricciones establece un marco de análisis y objeciones diferentes, y en este artículo intentaré aclarar cuáles son las diferencias básicas entre ellos. No obstante, este artículo no sólo pretende mostrar un esquema de clasificaciones. La variedad de restricciones paternalistas en nuestro derecho contractual muestra una complejidad en sus premisas intelectuales que, aunque raramente reconocida, es una de las características más distintivas del derecho. Espero poder mostrar claramente esta importante, pero olvidada, complejidad.

## I. Eficiencia económica y justicia distributiva

En muchas jurisdicciones, se considera implícita en todo contrato de locación<sup>16</sup> una garantía imperativa de habitabilidad de la vivienda. Como la garantía es imperativa, no será ejecutado ningún acuerdo por el cual un inquilino no pueda exigir los beneficios de esa garantía. Se suele decir que los inquilinos podrían ser engañados u obligados a rechazar la garantía de habitabilidad (en su perjuicio) si tuvieran la posibilidad de rechazar esta garantía. Para proteger a los inquilinos de sí mismos, la garantía es imperativa.<sup>17</sup>

---

\* [N. del T.: Kronman utiliza la expresión "sound judgement".]

<sup>16</sup> Véase, *Javins v. First National Realty Corp.*, 428 F.2d 1071, 1080, 1082 n. 58 (Circuito D.C.), cert. Denegada, 400 U.S. 925 (1970); *Fair v. Negley*, 257 Pa. Super 50, 55, 390 A.2d 240, 242 (1978); Moskowitz, "The Implied Warranty of Habitability: A New Doctrine Raising New Issues", en *California Law Review*, 62, 1974, p. 1444.

<sup>17</sup> *Fair v. Negely*, 257 Pa. Super. 50, 56, 390 A.2d 240, 243 (1978); *Foisy v. Wyman*, 83 Wash. 2D 22, 28, 515 P.2d 160, 164 (1973).

Esta regla que prohíbe pactar sobre la garantía de habitabilidad tiene un objetivo paternalista, siendo su justificación una combinación de consideraciones de eficiencia y del concepto de justicia distributiva. El primero de estos dos argumentos –el argumento de la eficiencia económica– se basa en la idea de que la garantía imperativa de habitabilidad es, en efecto, un complemento eficiente al remedio de fraude que tendría un locatario defraudado si pudiera eliminarse la garantía. Decidir que un derecho es inalienable es draconiano, pero es, a veces, un modo eficiente de proteger al poseedor de este derecho del fraude o el engaño. La imperatividad de la garantía de habitabilidad puede ser defendida con estos argumentos. En principio, esta idea puede parecer implausible ya que las consideraciones de eficiencia se formulan típicamente para atacar, más que defender,<sup>18</sup> a las garantías imperativas. Entonces, será útil empezar a recordar por qué se considera que es, en general, objetable en términos económicos la imperatividad de ciertas cláusulas.

En muchas transacciones, están implícitos por ley varios términos contractuales. Estas cláusulas, jurídicamente implícitas, establecen un conjunto pre-establecido de términos contractuales supletorios. Las partes están mejor con estas cláusulas supletorias pre-establecidas que si tuvieran que incluir en el contrato cláusulas similares, ya que les ahorran el tiempo de incluirlas.<sup>19</sup> Si las cláusulas supletorias provistas por la ley son preferidas por las partes en la mayoría de las transacciones de un determinado tipo, los costos de transacción se reducirán probablemente más que aquellos en los que deberán incurrir los pocos que prefieran otros términos y deban pactarlos por fuera del régimen al cual están supletoriamente sujetos.

La consecuencia jurídica de los términos estándares supletorios es, por lo tanto, perfectamente compatible con el fin de promover la eficiencia reduciendo los costos de transacción. Lo que parece imposible de defender desde un punto de vista económico es la decisión de que estos términos (como la garantía de habitabilidad) sean imperativos, ya que el bienestar de las partes se reduciría en los casos en los que ambas partes estén de acuerdo con renunciar a esta garantía. Por lo tanto, podría pensarse que esta prohibición es sólo justificable sobre la base de argumentos no económicos.

Sin embargo, la ineficiencia de garantías imperativas no es tan obvia como lo sugiere este argumento extremadamente simplificado. Si consideramos a la garantía de habitabilidad como un medio para distribuir el riesgo

<sup>18</sup> Véase, A. Kronman y R. Posner, *The Economics of Contract Law*, 1979, pp. 253-261.

<sup>19</sup> Véase, Goetz y Scott, "Principles of Relational Contracts", en *Va. L. Rev.*, 67, 1981, pp. 1089, 1090 y fuentes citadas en el artículo.

de que un vicio no detectado haga a la vivienda inhabitable, es realmente difícil entender por qué, desde un punto de vista estrictamente económico, la garantía debería ser imperativa. La garantía es una forma de seguro y la decisión del inquilino de solicitar o rechazar su inclusión en el contrato dependerá, por lo menos en teoría, de cuál de las partes puede, a menor costo, tomar los recaudos para prevenir o asegurarse contra este temido suceso.<sup>20</sup> Sin embargo, al afirmar esto se asume que, al momento de celebrar el contrato, el dueño no conoce ningún vicio oculto que haga a la vivienda un lugar inhabitable. Si el dueño supiera que tal vicio existe, pero niega que lo sabe o no lo revela, el acuerdo del dueño de renunciar a la garantía de habitabilidad difícilmente podría considerarse una distribución eficiente del riesgo basado en su preferencia a auto-asegurarse. Si el dueño le mintió al locatario, no existe una justificación económica para ejecutar este acuerdo. Hacerlo sólo daría a otros un incentivo a gastar en protección ante las acusaciones de fraude (un costo hundido desde el punto de vista de la sociedad).<sup>21</sup> No es una respuesta decir que el locatario “toma el riesgo” de que el dueño incurra en un fraude cuando acuerda renunciar a la garantía, ya que esto sería como decir que tomo el riesgo de ser obligado a firmar un contrato a punta de pistola cuando no estoy armado y, por lo tanto, debería cumplir con todas las promesas realizadas de este modo. Ningún economista diría que es eficiente ejecutar un acuerdo de este último tipo, y las razones para no hacerlo son tan sólidas como cuando un acuerdo fue obtenido por una mala y deliberada representación. Incluso si el propietario no ha hecho más que no revelar su conocimiento de este vicio oculto, no hay una justificación económica para ejecutar este acuerdo, a menos que su conocimiento sea el producto de una búsqueda deliberada y socialmente productiva (lo cual me parece poco probable por consideraciones que elaboré en otro artículo).<sup>22</sup>

Por supuesto, cuando existe una garantía implícita en el derecho, pero se permite que las partes modifiquen o renuncien a esta garantía según prefieran, un deudor defraudado tiene derecho a rescindir el contrato y a que le compensen los daños si su acuerdo fue inducido por un engaño o por una declaración falsa.<sup>23</sup> Por consiguiente, una garantía supletoria está siempre

---

<sup>20</sup> Véase, Posner y Rosenfield, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”, en *Journal of Legal Studies*, 6, 1977, pp. 83, 90.

<sup>21</sup> R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2a ed., 1977, p. 81.

<sup>22</sup> Kronman, “Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts”, en *Journal of Legal Studies*, 7, 1978, pp. 1, 9-18. No obstante, si este conocimiento es el resultado de una búsqueda productiva, debería ser compensado. *Ibid.*, pp. 13-14.

<sup>23</sup> A. Corbin, *Corbin on Contracts*, Vol 1, 1952, § 607.

acompañada por una acción general que protege al supuesto beneficiado de la garantía en caso de que acuerde renunciar a ella después de haber sido engañado por la otra parte. Sin embargo, la protección de la acción general puede no ser adecuada, ya que las acusaciones de fraude son difíciles de probar.<sup>24</sup> La víctima debe mostrar, para acusar de fraude, que fue deliberadamente engañada.<sup>25</sup> Probar el estado mental del demandado puede ser difícil. En teoría, el locatario considerará estas dificultades probatorias al decidir si insiste en la garantía de habitabilidad, pero aquellos que no estén familiarizados con el sistema jurídico y no tengan el beneficio de tener un consejo profesional pueden subestimar la magnitud de estos problemas o ignorar totalmente su existencia.

Cuando se comete un fraude, pero no es probado, el acuerdo es ejecutado. Este resultado es ineficiente. Por supuesto, si esto sólo sucede pocas veces (si el fraude puede ser probado en casi todos los casos en los que se produce), la ineficiencia de ejecutar unos pocos arreglos fraudulentos puede ser justificada por otra consecuencia más deseable de un sistema estricto de prueba (por ejemplo, la tendencia a desalentar demandas irritantes que tienen el único fin de molestar o chantajear al demandado). Sin embargo, si un gran número de acuerdos fraudulentos es ejecutado, la eficiencia de un sistema estricto de prueba puede no compensar su ineficiencia. Un modo de solucionar esta situación es, por supuesto, reducir los requisitos de la prueba. No obstante, si se cometen muchos fraudes, si éstos pueden ser ocultados con suficiente facilidad, y dado que las víctimas del fraude carecen típicamente de los recursos para llevar adelante sus demandas, disminuir los requisitos de la prueba no resulta suficiente. Una solución más radical, pero de todas formas justificable desde un punto de vista económico, por lo menos en ciertas condiciones, es dar a las víctimas un derecho inalienable al que no pueden renunciar y, por lo tanto, que no puedan ser inducidas fraudulentamente a abandonar. Obviamente, esta solución tiene el defecto de impedir que las partes modifiquen este derecho, incluso cuando sea eficiente para ellos hacerlo y ninguno estuviera engañando al otro. Sin embargo, si es posible renunciar a este derecho, y si la mayoría de las renunciaciones a estas garantías son obtenidas a través del fraude, y si el fraude puede ser probado pocas veces, la ineficiencia de una cláusula de irrenunciabilidad puede ser inferior a la mayor ineficiencia producida por la ejecución de demasiados acuerdos fraudulentos.

---

<sup>24</sup> Darby & Karni, "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud", en *J.L. & Econ.*, 16, 1973, pp. 67, 68.

<sup>25</sup> S. Williston, 12, *supra* nota 8, § 1487, pp. 326-327.

El argumento que acabo de mostrar no es una defensa de la garantía de habitabilidad en particular, sino solamente un resumen de la manera en que puede ser expuesta esta defensa. Para que el argumento tenga relevancia en este caso particular, tiene que haber alguna razón para creer que el engaño es más probable y menos fácil de probar en este caso que en general. Un factor que puede aumentar en gran medida el peligro de hacer imposible de probar el fraude, especialmente en ciertas situaciones -incluyendo esta- es la asimetría de acceso a la información relevante de las partes. Un vicio oculto que generalmente haría inhabitable a la vivienda no puede ser detectado por medio de una inspección breve, incluso si es conducida con cuidado. Típicamente, los vicios de este tipo salen a la luz sólo después de un período de uso de la propiedad. En este aspecto, la inhabitabilidad se parece a otros defectos<sup>26</sup> que aparecen sólo con el uso. Incluso, si un dueño no ocupara él mismo la vivienda que alquila, es muy probable que se beneficie de cualquier información previa que los locatarios hayan obtenido y hay una variedad de formas con las cuales el dueño puede prevenir revelar esta información a futuros locatarios, a quienes puede resultarles difícil adquirirla por sí mismos.<sup>27</sup> Además, el conocimiento superior del dueño y el continuo acceso a la propiedad incrementan su capacidad de ocultar defectos que no son obvios y, por lo tanto, difíciles de demostrar en una demanda posterior. Por estas razones, es posible que la ventaja informativa del dueño aumente la probabilidad de un fraude difícil de probar sólo en esos casos en los cuales el dueño ha persuadido al locatario de renunciar a la protección ofrecida por la garantía de habitabilidad. Si esto es así, puede ser económicamente eficiente establecer la garantía imperativamente.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> El automóvil que resulta ser un "limón" es un ejemplo conocido. Si que un auto sea un "limón" significa que "tiene una tendencia crónica a funcionar inadecuadamente," entonces es un defecto cuya detección, por definición, requiere un período de uso y observación. Véase, Akerloff, "The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism", en *Q.J. Econ.*, 84, 1970, p. 488.

<sup>27</sup> La justificación basada en la eficiencia de las garantías imperativas es menos convincente en el caso de contratos renovables, ya que, en este caso, los inquilinos tendrán acceso más fácilmente a la información sobre defectos ocultos. Sin embargo, pocos argumentarían que una excepción a la supletoriedad de la regla debería estar exceptuado de la regla supletoria. Esto sugiere que las garantías imperativas tienen otra justificación. Véase, *infra* pp. 770-774 (discute los efectos sobre la justicia distributiva).

<sup>28</sup> No todos los contratos de transacciones comerciales tienen este tipo de asimetría de información. En el caso de bienes manufacturados nuevos, p. ej., tanto el comprador como el vendedor pueden no descubrir los defectos que surgen durante el proceso de producción. Por supuesto, el vendedor puede tomar medidas precautorias para evitar



Toda vez que la misma información que revela la existencia de vicios ocultos suele sugerir un método para encubrir los defectos, la asimetría de información no sólo aumenta la probabilidad de cometer un fraude, sino que también hace que el fraude sea más difícil de probar. El argumento a favor de garantías imperativas implícitas es, por lo tanto, más fuerte cuando existen estas asimetrías en la información. Sin embargo, esto es sólo un factor que tiene que ver con la frecuencia y la prueba del fraude. La riqueza relativa y la sofisticación de las partes es otro factor. Cuanto más dispuesta está una persona a destinar recursos para encubrir defectos, más difícil es demostrar que efectivamente cometió un fraude. Los engaños más sutiles usualmente se distinguen por su aparente inocencia.

Sin lugar a dudas otros factores tienen relevancia en lo atinente al fraude, y una completa descripción de éstos presentaría un avance importante a una teoría del fraude, una materia curiosamente ignorada en la literatura del Análisis Económico del Derecho.<sup>29</sup> La formulación de una teoría comprensiva de este tipo excede los objetivos de este artículo. Sin embargo, hasta que no tengamos una teoría, cualquier conclusión sobre la eficiencia o ineficiencia de las garantías imperativas debe considerarse controversial.

Una segunda justificación, bastante diferente, para rechazar la renuncia voluntaria de ciertas garantías, como la garantía de habitabilidad, surge de la idea de que en ciertas circunstancias una prohibición de este tipo puede ser una parte esencial de un modelo de justicia distributiva. Muchos, entre los que me incluyo, han defendido la idea de que las normas de derecho privado pueden ser legítimamente usadas para redistribuir la riqueza cuan-

---

estos defectos, y si es más eficiente para él tomar estas medidas que para el comprador autoasegurarse, las partes (en teoría) acordaran incluir una garantía que invierte el riesgo de que surjan tales defectos en el vendedor. Priest, "A Theory of the Consumer Product Warranty", en *Yale L. J.*, 90, 1981, p. 1297, 1037-1313. Como la existencia de estos defectos ocultos serán descubiertas, en la mayoría de los casos, sólo con el uso, el vendedor de bienes nuevos es menos propenso a cometer fraude (el fraude, por definición, requiere el conocimiento de este defecto, y no meramente una estimada probabilidad de su existencia). Por lo tanto, la justificación económica para garantías implícitas imperativas en la venta de bienes nuevos no es convincente, y las leyes que tienen este efecto, como la *nonuniform amendment* al U.C.C., § 2-316, que varios Estados han adoptado, véase, *Md. Com. Law Code Ann.*, Supp. 1982, § 2-316; *Vt. Stat. Ann.* Tit 9A, Supp. 1983, § 2-316. *W. Va. Code*, 1980, § 46A-6-107, son todas blanco de crítica desde un punto de vista económico. La garantía Magnuson-Moss, Federal Trade Commission Improvement Act, U.S.C., 15, 1982, § 2301, p. 12, establece restricciones parecidas a la posibilidad de que los vendedores de bienes de consumo renuncien a garantías implícitas.

<sup>29</sup> Una notable excepción es Darby y Karni, *supra* nota 24.

do, por otros métodos, fuera probablemente más costoso o invasivo.<sup>30</sup> La justificación distributiva de hacer que ciertos derechos contractuales sean inalienables, prohibiendo pactos en contrario, es simplemente una extensión de esta idea y está implícita en la ampliamente aceptada y conocida noción de contrato de adhesión.<sup>31</sup>

Cuando hay un manifiesto desequilibrio en el poder de negociación entre las partes de un contrato tal que una de las ellas puede imponer términos a la otra (insistir que el intercambio se realiza según sus términos o no se realiza) se dice que se trata de un contrato de adhesión. Los contratos de consumo son generalmente caracterizados como de adhesión, toda vez que el consumidor tiene poco o ningún control sobre los términos del acuerdo. En los últimos años, los tribunales y los legisladores han intervenido, con mayor frecuencia, en el proceso de intercambio para corregir el desequilibrio de poder de negociación entre vendedor y comprador que existe en este tipo de contratos. Típicamente, el primer paso ha sido la exigencia judicial o legal de garantías que incrementan los derechos del consumidor bajo el contrato, requiriendo que se les conceda aquello que desean pero que no pueden exigir.<sup>32</sup> Sin embargo, en la medida en que la parte con mayor poder de negociación pueda forzar a la otra a renunciar a cualquier responsabilidad, podrá recuperar fácilmente el desequilibrio original que la garantía buscaba corregir. A esta altura, un Tribunal o el poder legislativo que busque conseguir un mayor equilibrio en el poder de negociación puede ser tentado para establecer imperativamente la garantía implícita.<sup>33</sup>

Este ataque a los contratos de adhesión se basa en una concepción tácita de justicia distributiva. Aunque generalmente es ignorada, es esta concepción la

---

<sup>30</sup> Véase, Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", en *Harv. L. Rev.*, 89, pp. 1685, 1778-1976 (El derecho contractual como el "contexto ideal" para un orden altruista originado judicialmente); Kronman, "Contract Law and Distributive Justice", en *Yale Law Journal*, 89, 1980, p. 472. (Regulación de contratos de locación justificable como medida redistributiva, incluso cuando sea eficiente en un sentido económico).

<sup>31</sup> El artículo clásico es Kessler, "Contracts of Adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract", en *Columbia Law Review*, 43, 1943, p. 629; Véase también, K. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, 1969, pp. 370-371 (escribe sobre el irrelevante consentimiento de las partes para cláusulas estándar); Leff, "Contract as Thing", en *Am. U.L. Rev.*, 19, 1970, p. 131. (Los contratos de adhesión parecen, pero no son el clásico contrato de negociación entre partes); Meyer, "Contracts of Adhesion and the Doctrine of Fundamental Breach", en *Va. L. Rev.*, 50, 1964, p. 1178. (defiende la no ejecución de cláusulas no consistentes con el objetivo principal del contrato).

<sup>32</sup> Véase, Kessler, "The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law", en *Yale Law Journal*, 74, 1964, pt.1, pp. 262, 266-272.

<sup>33</sup> Clark y Davis, "Beefing Up Product Warranties: A New Dimension in Consumer Protection", en *University of Kansas Law Review*, 23, 1975, pp. 567, 584-597.

que hace atractivo este ataque. Muchos contratos son contratos de adhesión en el sentido general en el que una parte puede dictar normas a la otra, pero esto por sí sólo no hace que sea objetable el acuerdo. Por ejemplo, supongamos que mi vecino es dueño de un cuadro que yo deseo. Le ofrezco \$5000 por dicho cuadro. Él responde “10.000, y sin garantías con respecto a su autenticidad. Tómalo o déjalo”. Claramente, el hecho de que yo carezca de poder para negociar y deba adherir a los términos que el vendedor proponga no justifica por sí sólo una intervención judicial o legislativa destinada a corregir este desequilibrio en mi favor. El desequilibrio en este caso, que surge del hecho de que el vendedor es dueño de una pintura y yo no, no es objetable porque no nos parece socialmente importante cuánto control sobre la pintura es distribuido.<sup>34</sup>

En cambio, pensamos distinto acerca de la distribución de control sobre la disponibilidad de viviendas en la sociedad, y las desigualdades en el poder de negociación en este contexto. Por lo tanto, éstos parecen casos en los que resulta más apropiada una intervención judicial o legislativa para corregir el desequilibrio. La distribución de viviendas es más importante que la distribución de cuadros: sólo la primera distribución parece ser importante desde el punto de vista de la mayoría de las teorías de la justicia distributiva. Entonces, estos contratos de adhesión nos molestan porque reflejan una distribución subyacente de poder o recursos que ofende nuestra concepción de justicia distributiva. Cuando las cuestiones distributivas son débiles o inexistentes, los contratos de adhesión son menos problemáticos y el concepto de adhesión en sí mismo pierde importancia.

Por lo tanto, es erróneo describir las garantías imperativas de habitabilidad simplemente como un medio para corregir un desequilibrio en el poder de negociación. Con mayor precisión, es un instrumento de redistribución que busca invertir el control sobre la vivienda de un grupo (propietarios) a otro (locatarios) en una forma de conseguir la compartida meta de asegurar a todos un refugio, al menos, mínimamente decente. Para alcanzar esta meta, la garantía debe ser imperativa, porque de lo contrario los inquilinos (y en particular los inquilinos pobres) serán frecuentemente requeridos a renunciar a su derecho a una vivienda habitable, y por lo tanto se volvería a las desigualdades distributivas iniciales.

---

<sup>34</sup> Si nos importa cuánto control tenemos sobre la manera en que los cuadros son distribuidos (y quizá debería importarnos) prohibiríamos a los dueños de trabajos de arte venderlos a cualquiera, o incluso obligarse a transferir el dominio a cambio de una compensación razonable. Para una discusión de las ventajas relativas del dominio público y privado de trabajos de arte, véase, Bator, “An Essay on the International Trade in Art”, en *Stanford Law Review*, 34, 1982, pp. 275, 299-301.

Este argumento está sujeto a dos conocidas críticas. Primero, incluso si una garantía imperativa de habitabilidad efectivamente redistribuyera riqueza o poder de los propietarios a los locatarios, no mejoraría necesariamente la posición general de los pobres. Si suficientes dueños fuesen pobres, la garantía tendría concebiblemente el efecto opuesto, y en cualquier caso también beneficiará a aquellos que pueden comprar una vivienda de mejor calidad.<sup>35</sup> En consecuencia, desde el punto de vista de un modelo comprensivo de justicia distributiva, que busca lograr una justa distribución de la riqueza en algún sentido general, una medida limitada de este tipo puede parecer ineficaz o incluso perversa.

La primera crítica no es persuasiva. En los Estados Unidos la riqueza y el dominio de la tierra están correlacionados en un grado suficientemente alto, tal que uno podría ser usado como un imperfecto, pero conveniente, suplemento del otro.<sup>36</sup> Una norma jurídica que redistribuyera la riqueza de los propietarios a los inquilinos es, por lo tanto, probable que resulte en una distribución más equitativa de la riqueza global. Las medidas parciales de este tipo, que afectan sólo a ciertos grupos en la sociedad, pueden satisfacer una función distintiva y necesitada en un proyecto comprensivo de justicia distributiva. Incluso, si el total de riqueza de la sociedad fuera distribuido de forma más equitativa, sería necesario asegurar que ningún grupo retenga el control de ningún recurso de vital importancia que permita ejercer un monopolio de la renta. Para prevenir la acumulación de poder monopólico, los planes redistributivos deben tener en cuenta no sólo cuánta gente es propietaria, sino de qué son propietarios. Las medidas parciales que afectan la distribución de un único bien, como la vivienda, tienden a ser, por lo tanto, un componente necesario en cualquier modelo redistributivo.

Hay una segunda objeción, que es más sólida, respecto de usar la garantía imperativa de habitabilidad como un instrumento de justicia distributiva. Incluso si se les prohíbe a los propietarios renunciar a la responsabilidad por la habitabilidad de la vivienda que alquilan, en tanto no se les impida alterar otros aspectos de su relación contractual con el locatario, podrán fácilmente trasladar (con el incremento en el precio del alquiler) cualquier seguro adicional o costos en que deban incurrir como resultado de su responsabilidad

---

<sup>35</sup> Véase, Ackerman, "Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy", en *Yale Law Journal*, 80, 1971, pp. 1093, 1173-1775.

<sup>36</sup> J. Lewis, "Landownership in the United States", 1978, en *Agric. Information Bull.* No. 435, 1980, p. 10.

expandida.<sup>37</sup> En tanto esto sea así, el inquilino deberá pagar por el incremento de seguridad que le brindó la garantía (quiera o no la seguridad). Los dueños, se podría argumentar, probablemente no se verán afectados por una garantía imperativa de habitabilidad, dado que no asumirán los costos. En cambio, los locatarios tendrán que abonar una suerte de seguro obligatorio y, como resultado, sólo pueden quedar peor.

Hay dos formas de abordar esta crítica. La primera es negar la premisa tácita en la que se basa (que la norma en cuestión debe ser evaluada desde el punto de vista de las preferencias del inquilino). Incluso si los costos de acatar la garantía fueran totalmente trasladados, esto sólo significa que algunos inquilinos tendrán que pagar por una protección que no desean. Sin embargo, no hay nada malo en obligar a los inquilinos, incluso a los inquilinos pobres, a gastar su dinero en mejorar su vivienda (o, más exactamente, en seguros contra el riesgo en viviendas poco habitables). Reconocemos la legitimidad del seguro obligatorio para las personas en otras áreas, como la seguridad social.<sup>38</sup> El derecho inalienable a concursarse es otro caso.<sup>39</sup> Si debemos reconocer su legitimidad en el área de la vivienda dependerá de la relativa importancia que le asignemos a este bien y a nuestra confianza en que los inquilinos de menores recursos no descarten bruscamente el valor de un seguro.

En segundo lugar, si evaluamos la garantía de habitabilidad sobre la base de lo que los inquilinos realmente quieren, el argumento precedentemente expresado es menos convincente que lo que su formulación original sugiere. Hasta qué punto los dueños pueden trasladar los aumentos en los costos de una garantía imperativa de habitabilidad, dependerá de las características del mercado inmobiliario, que son contingentes y variables y no pueden ser determinadas *a priori*.<sup>40</sup> Bajo ciertas condiciones empíricamente posibles, los dueños sólo podrán trasladar una pequeña porción de estos costos y absorberán el resto.<sup>41</sup> Es más, si los usos alternativos de la propiedad son poco atractivos económicamente, los costos adicionales para los propietarios de una garantía imperativa de habitabilidad pueden causar que el número de viviendas en alquiler sólo caiga ligeramente, si es que cae. Cuando se satisfacen estas

---

<sup>37</sup> Ackerman, *supra* nota 35, p. 1183.

<sup>38</sup> Para una muestra del antiguo consenso público referido al sistema de seguridad social y la creciente controversia sobre este tema, véase, M. Derethick, *Policymaking for Social Security*, 1979.

<sup>39</sup> Véase casos citados *supra* nota 9, pp. 784-786.

<sup>40</sup> Véase, Ackerman, *supra* nota 35, *Infra* pp. 1183-1185.

<sup>41</sup> *Ibid.*

condiciones, los inquilinos reciben el beneficio de la garantía por menos de su costo total y no serán dañados a través de la desinversión en el mercado inmobiliario. En este escenario, los inquilinos recibirán algo a cambio de nada y, a lo sumo, lo pueden obtener por menos que lo que estarían dispuestos a pagar. De ser así, los más desaventajados estarían claramente mejor, desde su punto de vista, bajo un régimen de garantía de habitabilidad imperativa.

El argumento del traslado de costos usado para apoyar la afirmación de que las garantías imperativas no logran el objetivo que buscan es sólo un ejemplo de una crítica más general, aplicable a los esquemas redistributivos que no dejan ninguna libertad contractual a aquellos cuya riqueza está siendo distribuida. Si uno elige redistribuir a través del sistema tributario o modificando las reglas del derecho privado que fijan los términos por los cuales a los individuos se les permite intercambiar sus recursos, los acuerdos privados que invierten la incidencia sobre impuestos o distribuyen los costos de una norma regulatoria pueden comprometer seriamente los objetivos redistributivos. El problema puede ser evitado sólo si se imponen restricciones aun más dramáticas en la libertad contractual de los individuos involucrados. Si no estamos dispuestos a hacer esto, no tenemos otra opción que no sea evaluar el problema desde un punto de vista comparativo y preguntarnos si es más probable que sea más problemático en un esquema que en el otro.<sup>42</sup> Por lo tanto, la pregunta relevante no es si la decisión de usar una garantía imperativa de habitabilidad, como un instrumento de justicia distributiva, puede fracasar por la distribución contractual de cargas que hagan las partes, sino si el problema general de distribuir costos es más problemático aquí que lo que sería en un esquema que intente alcanzar el mismo objetivo percibiendo impuestos a los propietarios para subsidiar a locatarios de bajos ingresos. A menos que se abandone el objetivo de proveer habitación mínimamente decente para todos, esta pregunta comparativa no puede ser eludida. No es para nada obvio que se debe decidir en contra de la garantía imperativa de habitabilidad y en favor de otra técnica de redistribución (especialmente si los costos de la administración y la ejecución son tomados en cuenta). La técnica que adoptemos dependerá, en gran medida, de las características empíricas del mercado inmobiliario. Por lo tanto, la elección no puede basarse solamente en fundamentos teóricos.

---

<sup>42</sup> Véase, Kronman, *supra* nota 30, pp. 505-506.

## II. Integridad personal

Las consideraciones de eficiencia económica y justicia distributiva parecen ofrecer la mejor explicación de la garantía imperativa de habitabilidad. Sin embargo, hay muchas restricciones paternalistas en nuestro derecho contractual que no pueden ser explicadas en su totalidad, o convincentemente, sobre la base de eficiencia económica. Un ejemplo importante es el variado grupo de restricciones que buscan prevenir que un individuo negocie gran parte de su libertad. La restricción más elemental y obvia de esto es la prohibición de contratos de esclavitud por deuda o esclavitud voluntaria. Restricciones parecidas, aunque menos dramáticas, incluyen la prohibición contra los acuerdos por medio de los cuales el deudor renuncia al derecho de ejercer una determinada profesión, a obtener un cuidado especial en caso de quedar en bancarrota, a iniciar la acción de divorcio o a violar un contrato de empleo y sustituir el dinero de los daños por la obligación prometida. Cada una de estas limitaciones restringe los poderes contractuales de una persona al crear un tipo de derecho inalienable, y en cada caso, la justificación para la restricción es la misma: una persona que daría demasiado de su libertad debe ser protegida de sí misma, sin importar cuán racional sea su decisión o cuán importantes sean las consecuencias.

El concepto de justicia distributiva debe ser interpretado ampliamente, de un modo que muchos considerarán incorrecto, para justificar la prohibición de la esclavitud voluntaria y sus variantes. Estas restricciones no buscan asegurar una justa distribución de algunos recursos materiales escasos como la vivienda. Si buscan distribuir algo es la distribución de un derecho personal o la libertad que tiene una persona, de usarse a sí misma como crea conveniente. Es posible, por supuesto, tratar la distribución de este derecho de la misma forma que uno la trata en los casos de recursos no humanos al asumir que, con ciertas limitaciones muy amplias, los talentos y capacidades de una persona representan bienes pertenecientes a un fondo común. Estos deben ser distribuidos de acuerdo con los mismos principios de justicia que gobiernan la distribución de bienes materiales.<sup>43</sup> Llevada a sus límites, esta posición privaría de todo significado a la noción de identidad personal y debilitaría el concepto de independencia individual, en el cual se basan todos los proyectos de justicia distributiva. Sin embargo, y esto es más importante para mi objetivo presente, incluso si aceptamos la idea de que un derecho, al disponer de sí mismo,

---

<sup>43</sup> Véase, C. Fried, *Right and Wrong*, pp. 100-104; Kronman, "Talent Pooling", en *Nomos*, 23, 1981, p. 58.

debe justificarse con idénticos argumentos distributivos, como cualquier otro derecho, todavía no es claro por qué este derecho debería ser limitado por una prohibición a la esclavitud voluntaria. Se podría argumentar, como hace Mill,<sup>44</sup> que sin esta prohibición el derecho al autocontrol puede ser destruido a través de su enajenación, y se podría concluir que una prohibición de la esclavitud voluntaria es necesaria para preservar el patrón de distribución deseado de libertades personales. Sin embargo, esto es circular: ¿por qué la prohibición de que una persona se esclavice a sí misma aumenta su autocontrol en vez de disminuirlo? Cualquier teoría de justicia distributiva que busque explicar la prohibición de la esclavitud voluntaria asume la respuesta a esta pregunta, pero la respuesta no puede ser sugerida por la teoría misma.

Es incluso más difícil explicar la prohibición de la esclavitud voluntaria y otras restricciones análogas en términos puramente económicos. Por ejemplo, la prohibición de que los deudores pacten renunciar a su derecho a entrar en concurso.<sup>45</sup> En ciertas circunstancias, puede ser racional para un deudor renunciar a este derecho a cambio de una reducción en el costo del crédito. Un acuerdo de este tipo puede comunicar efectivamente información, tanto de la solvencia del deudor como de la probabilidad de que este necesite de las leyes de quiebras.<sup>46</sup> En algunos casos, puede también ser más eficiente que el deudor se asegure él mismo contra el riesgo de insolvencia, que comprarle un seguro a su acreedor (conserva así el derecho a evitar la deuda en la quiebra). Prohibirle al deudor el derecho a entrar en concurso lo obliga a emplear un método más costoso para comunicar esta información, o a no realizar la transacción (si el acreedor se rehúsa a prestar bajo otros términos). Ambos resultados parecen ineficientes y son difíciles de justificar desde un punto de vista económico.

Lo mismo sucede con las normas que prohíben acuerdos prenupciales por los cuales una o ambas partes renuncian al derecho a iniciar un divorcio.<sup>47</sup> Al renunciar al derecho a iniciar una acción de divorcio, un ansioso pretendiente puede mostrar, convincentemente, lo profundo de su compromiso (lo que podría ponerse en duda por un historial nupcial con varios altibajos). De nuevo, la posibilidad de hacer ejecutable una promesa de este tipo facilita la comunicación de información respecto de la sinceridad del deudor y de sus futuras intenciones.

---

<sup>44</sup> J. Mill, *supra* nota 14, p. 95.

<sup>45</sup> Véase, *supra* nota 9.

<sup>46</sup> Para una discusión de las dificultades creadas por el nulo impacto que produce la información, véase, O. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, 1975, pp. 31-37.

<sup>47</sup> Véase, *supra* nota 8.



La prohibición de estos acuerdos hace que esta comunicación de información sea más difícil y pueda, incluso, excluir a algunas personas del mercado nupcial.

El argumento económico para permitir a las partes realizar contratos de este tipo es similar al argumento en favor de reconocer la validez de las llamadas cláusulas “penales” en los contratos comerciales. Se sugiere, en algunos casos, que un comprador o un vendedor pueda convencer a la otra parte de su confiabilidad sólo prometiendo pagar una penalidad en caso de no lograr realizar lo acordado.<sup>48</sup> La prohibición de las cláusulas penales ha sido atacada enormemente en la literatura del análisis económico del derecho.<sup>49</sup> Es difícil ver por qué el mismo argumento no se aplica a la prohibición contra los acuerdos prenupciales, que le quita a una o ambas partes el derecho a terminar, a través del divorcio, una relación.

Inclusive, la básica prohibición de la esclavitud voluntaria es dudosa desde un punto de vista puramente económico. Si Espartaco acuerda volverse esclavo de Claudio a cambio de que se le garantice comida, vivienda y educación para sus hijos, no se puede decir *a priori* que el intercambio es ineficiente. El bienestar de ambas partes puede aumentar por un acuerdo que da, a una de ellas, el control irrevocable sobre el trabajo de la otra (sujeto sólo a unas pocas restricciones pensadas para asegurar la seguridad y salud física del esclavo) a cambio de ciertos beneficios determinados contractualmente. Si el esclavo carece de las habilidades administrativas necesarias para explotar su propio trabajo de la manera más productiva es, especialmente, probable que un acuerdo de este tipo sea eficiente.<sup>50</sup>

Sin embargo, existe por lo menos un argumento económico plausible en favor de la prohibición de la esclavitud voluntaria. Como la garantía imperativa de habitabilidad, la prohibición de la esclavitud voluntaria puede ser vista como un medio alternativo para prevenir ciertas formas de engaño y

---

<sup>48</sup> Esto puede ser cierto, p. ej., si poco es conocido sobre el deudor o si su historial no inspira confianza.

<sup>49</sup> Véase, A. Kronman y R. Posner, *supra* nota 18, pp. 260-261; Goetz y Scott, “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”, en *Columbia Law Review*, 77, 1977, p. 554. Para una defensa de la prohibición véase, Rea, “Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages”, en *Journal of Legal Studies*, 13, 1984, p. 147.

<sup>50</sup> Véase, Posner, “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, en *Hofstra L. Rev.*, 8, 1980, pp. 487, 501; Véase también, R. Fogel y S. Engerman, *Time on the Cross*, 1974 (discute la eficiencia posible del sistema de esclavitud estadounidense); Galenson, “The Market Evaluation of Human Capital: The Case of Indentured Servitude”, en *J. Pol. Econ.*, 89, 1981, p. 466. (defiende la eficiencia de la esclavitud por endeudamiento). Véase, Kronman, “Wealth Maximization as a Normative Principle”, en *Journal of Legal Studies*, 9, 1980, pp. 227, 241-242 (critica a la posición de Posner).

coacción que no pueden ser atacadas más directamente. Si asumimos que en la mayoría de los casos una persona no podría contratar su propia esclavitud, a menos que fuera ilegítimamente obligada a hacerlo, esta obligación sería difícil de detectar y no podría ser fácilmente demostrable bajo las normas existentes de coacción e incapacidad. Una prohibición total contra estos acuerdos podría ser la única medida administrativa viable para prevenir la coerción ilícita.<sup>51</sup> Sin embargo, hay algo insatisfactorio en este argumento: incluso si tuviéramos un mecanismo poco costoso que nos permitiera discriminar, con total confianza, entre contratos de esclavitud realizados bajo coerción y bajo completa voluntad, muchos, incluyéndome, seguiríamos estando a favor de la prohibición de toda forma de acuerdos de este tipo. Esto sugiere que nuestra oposición intuitiva a la esclavitud voluntaria se basa en consideraciones que el argumento ofrecido no captura, o no expresa adecuadamente.

El esfuerzo por justificar la prohibición de la esclavitud voluntaria y sus consecuencias se hace más difícil por el hecho de que muchos acuerdos ejecutables tienen consecuencias similares a las prohibidas por las restricciones en cuestión. Por ejemplo, aunque un acuerdo prenupcial por el cual se renuncia al derecho de alguna de las partes a pedir el divorcio (no es ejecutable según el derecho) puede ser permisible un acuerdo que penalice a la parte que inicia la acción de divorcio, privándolas de cualquier interés en el patrimonio de la otra, dependiendo de las circunstancias y de los términos exactos del acuerdo.<sup>52</sup> Obviamente, pasado cierto punto, hay poca diferencia entre renunciar al derecho a iniciar la acción de divorcio y penalizar su ejercicio. Es confuso que la ley prohíba la primera, pero sea crecientemente tolerante con la segunda. De manera similar, aunque un contrato de préstamo por el cual un deudor renuncia a su derecho a entrar en concurso es jurídicamente inválido, un contrato en el cual el deudor utiliza como garantía bienes inembargables es válido.<sup>53</sup> El fin de un proceso concursal permite al deudor comenzar desde cero con sus asuntos

---

<sup>51</sup> A. Kronman y R. Posner, *supra* nota 18, p. 259; Feinberg, *supra* nota 14, pp. 119-120.

<sup>52</sup> En el pasado, estos acuerdo eran rutinariamente invalidados sobre la base de que representaban “una invitación a promover la disonancia y la inestabilidad en el matrimonio”; Sin embargo, la tendencia actual es que las “...cortes analicen los términos de estas cláusulas caso por caso y confirmen su validez si son justas y razonables.” *Eule v. Eule*, 24 Ill. App. 3D 83, 87, 320 N.E.2d 506, 509 (1974); véase, *Buettner v. Buettner*, 89 Nev. 39, 505 P.2d 600 (1973); *Unander v. Unander*, 265 Or. 102, 506 P.2d 719 (1973); *Posner v. Posner*, 233 So. 2D 381 /Fla. 1970; *Hudson v. Hudson*, 350 P.2d 596 (Pkla. 1960).

<sup>53</sup> Existe una importante excepción: un deudor en quiebra puede evitar créditos del tipo “nonpossessory”, “nonpurchase-money” en artículos para el hogar, vestimenta, bienes profesionales y ciertos otros bienes de propiedad personal “a pesar de cualquier renuncia de la exención.” U.S.C., 11, 1982, p. 522(f).

crediticios, pero la exclusión de ciertos bienes del patrimonio de la quiebra (históricamente, una característica del derecho de quiebra mucho más antigua que el derecho del deudor a entrar en concurso) tiene el mismo fin. No es del todo claro por qué un deudor debería poder asegurar su comienzo de cero acordando renunciar a sus privilegios de exclusión, pero no su derecho a entrar en concurso. Incluso la prohibición de la esclavitud por endeudamiento o de la esclavitud voluntaria, por muy arraigada que esté, permite una diversidad de relaciones laborales que exhiben muchas de las mismas características.<sup>54</sup> En pocas palabras, los límites que cada una de estas prohibiciones “absolutas” impone en la libertad contractual pueden ser tratados gradualmente. El resultado es una zona gris, de límites crecientes, en vez de una línea clara que divida lo que es permisible de lo que es impermisible. Sin embargo, se podría preguntar por qué debería haber restricciones.

El primer paso para contestar esta pregunta es aclarar el significado de la esclavitud voluntaria. Todo contrato en ejecución limita la libertad de las partes creando para ellos obligaciones exigibles de realizar cierto acto o compensar los daños: una vez que un individuo se ha comprometido a través de un contrato vinculante, sus alternativas están limitadas por estas dos opciones (asumiendo que la otra parte ha cumplido con lo pactado). Lo distintivo de un contrato de esclavitud voluntaria es que elimina la última alternativa. Desde un punto de vista jurídico, no es la duración del servicio una característica específica del contrato de esclavitud voluntaria. Tampoco es la naturaleza de los servicios a realizar. Incluso un contrato de corta duración por el cual una parte se compromete a realizar tareas rutinarias e inobjetables es un contrato de esclavitud voluntaria, y por lo tanto, no ejecutable si prohíbe al empleado sustituir la realización del acto pactado por la compensación por daños.<sup>55</sup> El derecho no permitiría a un empleado

---

<sup>54</sup> El contrato de servicio doméstico es un ejemplo. Véase, Havighurst, “Services in the Home. A Study of Contract Concepts in Domestic Relations”, en *Yale Law Journal*, 41, 1932, pp. 285, 400-4005 (una parte acuerda cuidar de por vida la otra, y la renuncia voluntaria podría privarla de cualquier compensación por los beneficios ofrecidos). Un convenio por el cual se acuerda no competir con el empleador durante y después del período de trabajo es otro ejemplo. A. Corbin, *Corbin on Contracts*, Vol. 6 A., 1962, §§ 1379.1403 (sobre límites al comercio); S. Williston, 14, *supra* nota 8, §§ 1628-1664B (lo mismo).

<sup>55</sup> Esta característica en particular ha sido considerada como distintiva del sistema de esclavitud por endeudamiento y de otras formas de servidumbre involuntaria. Véase, casos citados *supra* nota 7. La relación de esclavitud por endeudamiento (la cual generalmente tiene un origen contractual) fue distinguida de otros contratos de trabajo legítimos, sobre la base de que el esclavo no sólo acordara trabajar para su amo por un período definido o indefinido de tiempo, sino que también renunciaba a su derecho a renunciar cuando lo desee y evitar las obligaciones contractuales, pagando una compensación por los daños.

renunciar contractualmente al derecho a pagar los daños, en caso de que elija no cumplir con lo pactado. Cualesquiera sean los términos del contrato, un contrato laboral es de esclavitud si da al empleador el derecho a obligar a realizar a la otra parte las obligaciones del acuerdo.<sup>56</sup>

Un acuerdo prenupcial en el cual se renuncia al derecho a iniciar un divorcio puede, en este sentido, ser visto como un contrato de esclavitud voluntaria. Las partes en un contrato matrimonial tienen una libertad considerable para definir de antemano la naturaleza y la extensión de sus responsabilidades patrimoniales, en caso de divorcio o separación. Pero ninguna parte puede dar a la otra el poder de obligarla a mantener la relación, renunciando al derecho a divorciarse.<sup>57</sup> Aquí, como en el contexto del contrato laboral, el derecho a sustituir la realización de la obligación con la compensación de los daños es inalienable, y cualquier acuerdo que negara este derecho es jurídicamente inválido.

Pero la prohibición de la renuncia del derecho a entrar en concurso no puede ser descripta de la misma manera. Como el cumplimiento de la obligación consiste en la satisfacción de una obligación monetaria, la relación entre las partes está despersonalizada desde el comienzo. Sin embargo, más allá de esta excepción (que volveré a tratar),<sup>58</sup> la prohibición de la esclavitud

---

<sup>56</sup> Este tema vincula los casos de esclavitud por endeudamiento, 136 F. 707, 708 (E.D. Ark. 1905), con la establecida doctrina del derecho contractual, que dice que un juez no puede exigir realizar las obligaciones del empleado, incluso si este y el empleador hayan estipulado en el contrato que sí deba hacerlo. S. Williston, 11, *supra* nota 8, § 1423. En la misma línea está el conocido caso *Lumley v. Wagner*, 42 Eng. Rep. 687 (Ch. 1852). Aunque la cautelar establecida en este caso prohibía al demandado firmar con otros teatros, no estaba sujeto a la autoridad personal del actor. Como si fuera una compensación por daños, la cautelar en *Lumley* le causó al demandado sólo una pérdida económica (aunque una pérdida importante).

Un empleado puede ejecutar la obligación de un contrato de trabajo contra su sociedad empleadora, exigiéndole permitir realizar la obligación laboral. *Staklinski v. Pyramid Elec. Co.*, 6 N.Y.2d 158, 160 N. E. 2d 78, 188 N.Y.S.2d 541 (1959). Esto es consistente con la posición de que el derecho a despersonalizar una relación contractual es inalienable, porque una sociedad, aunque sea una persona jurídica, carece de los elementos de integridad personal que este derecho protege. Nota, "Constitutional Rights of the Corporate Person", en *Yale L. J.*, 91, 1982, pp. 1641, 1652-1655 (argumenta que los derechos de la sociedad rigen solo por derivación de la personalidad de la sociedad). Con el mismo fin, en Canadá los contratos laborales se pueden ejecutar contra los sindicatos, los cuales, como las sociedades, carecen de los elementos de integridad personal que basan el derecho a despersonalizar la relación contractual. *International Bhd. Of Elec. Workers v. Winnipeg Builders Exch.*, 65 D.L.R. 2D 242 (1967).

<sup>57</sup> Véase, *supra* nota 8.

<sup>58</sup> Véase, *infra* pp. 784-786.

• [N. del T.: Kronman utiliza la palabra "disappointment".]

voluntaria y otros casos análogos parecen tener el mismo objetivo: prevenir que el deudor renuncie al derecho a despersonalizar la relación con la otra parte, sustituyendo el cumplimiento de la obligación originalmente prometida con la compensación por daños.

La prohibición de estos contratos se explica mejor, en mi opinión, por la particular amenaza que representan a la integridad y dignidad del deudor. La naturaleza de esta amenaza se muestra con especial claridad cuando los propios valores del deudor han cambiado dramáticamente desde que se lo obligó por contrato. Para ver por qué es así, es útil distinguir entre lo que llamo *decepción* y *arrepentimiento*.

Toda obligación contractual es realizada sobre la base de ciertas presunciones sobre el mundo (que la cosecha de trigo de otoño será mala, que Israel y Egipto se mantendrán en paz, etcétera). Decimos que una parte está *decepcionada* si resulta al final que era una presunción errónea y es, por esto, privada del beneficio que esperaba. Las cosas no funcionaron como deseaba. Sin embargo, no implica que un deudor *decepcionado* considere que su contrato fue un acto irracional. Dado lo que él sabía al momento de celebrar el contrato, pudo haber sido perfectamente racional para él aceptar los riesgos asociados al mismo. Una presunción errónea no da necesariamente fundamentos al deudor para cuestionar la racionalidad de su decisión inicial.

Sin embargo, no son este tipo de errores la única razón por la cual una persona puede, subsecuentemente, desear no haber celebrado cierto contrato.<sup>59</sup> Cuando alguien asume una obligación contractual, en general, tiene ciertos objetivos que cree que pueden ser satisfechos con el acuerdo. Para el deudor, si los objetivos cambian, el contrato pierde su atractivo original y se vuelve inútil (o incluso detestable), a pesar del hecho de que su presunción sobre el mundo sea correcta. Incluso si la cosecha de trigo de otoño es tan buena como predije, haciendo que mis contratos sean altamente beneficiosos, podría desear no haber celebrado el acuerdo si, mientras tanto, he experimentado una conversión religiosa que me hace plantear cada esfuerzo mundano como si fuera una distracción corruptible. Cuando una persona desea no haber celebrado cierto contrato porque sus objetivos han cambiado no siente *decepción*, sino *arrepentimiento*.

Hay una importante diferencia entre *decepción* y *arrepentimiento*. La *decepción*, en sí misma, no debilita la confianza de la persona en la racio-

---

<sup>59</sup> Charles Fried muestra la existencia de diferentes tipos de errores, incluyendo los que tratan sobre intereses y deseos futuros del deudor, pero no logra reconocer el especial significado moral que tienen los errores de este último tipo. C. Fried, *Contract as Promise*, 1981, pp. 19-21.

nalidad de sus elecciones. El arrepentimiento puede y suele hacerlo. Que sea racional que una persona elija un modo particular de actuar depende de los objetivos que tenga en mente. Esto forma la estructura analítica en la cual la eficiencia instrumental de sus acciones es analizada. Si una persona sólo está decepcionada por cómo resultaron las cosas (esperaba que la cosecha de trigo sea significativamente más grande), pero sus objetivos no han cambiado, la estructura analítica por la cual meritúa la racionalidad de su contrato será la misma por la cual concluye que era racional haber celebrado el contrato. Desde ya, una persona puede desear no haber celebrado un contrato que se ha convertido en una carga por hechos que creía que no ocurrirían. Sin embargo, si existe una continuidad en sus objetivos que formaron sus deliberaciones prácticas, la decepción no lo llevará a dudar de la racionalidad de la decisión original, considerando lo que sabía al momento de celebrar el contrato. Bajo estas circunstancias, una persona probablemente sienta que hizo lo mejor que pudo. Como mucho, se culpará a sí misma por haber terminado su búsqueda de información mucho antes de que termine de ser económicamente viable y responsabilizará por su mala suerte a las incertidumbres que acosan a toda conducta humana.

Sin embargo, si los objetivos de una persona han cambiado significativamente, su decisión anterior puede resultarle irracional, dado que sus objetivos originales ya no ofrecen la estructura de análisis de sus decisiones. Para analizar la racionalidad de sus propias acciones dentro del contexto de su objetivo anterior (ahora abandonado), una persona no sólo debe olvidar lo que ha aprendido sobre el mundo. También debe eliminar sus valoraciones presentes y preguntarse qué curso de acción sería racional para una persona con los valores que supo tener. Ésta es una tarea mucho más difícil ya que requiere la eliminación imaginativa de una estructura de análisis que en la actualidad determina los fines por los cuales se considera el conocimiento de la persona sobre el mundo. Algunas personas son capaces de entender con empatía el sistema de objetivos que los guiaron en una temprana etapa de sus vidas (bastante similar a como un sociólogo o un antropólogo son capaces de sentir empatía por el sujeto de su investigación, que usualmente pertenece a una cultura muy diferente) y entender el sinsentido de su experiencia dentro de ese sistema. Incluso en este último caso, sin embargo, nuestras posibilidades de comprender son limitadas,<sup>60</sup> y parecen aún más limitadas cuando intentamos sentir empatía con aquello que fuimos. Quizás sintamos

---

<sup>60</sup> Es particularmente difícil que un individuo simpatice con “gente que pertenece a una clase, raza o grupo sexual diferente al suyo”. Kennedy, *supra* nota 14, p. 647.

más amenazados nuestros compromisos personales en un caso que en el otro. Aceptamos fácilmente el hecho de que algunas personas tengan planes de vida con objetivos distintos a los nuestros, pero solemos encontrar difícil reconocer que tuvimos alguna vez valores significativamente distintos a los que tenemos ahora. Cualquiera sea la razón, un cambio dramático en los objetivos debilita nuestra habilidad para revisar empáticamente nuestras decisiones pasadas, a través de una estructura de análisis de nuestros objetivos ahora alterada o abandonada. Cuanto más radical es el cambio, más difícil es sentir empatía.

Cuando una persona no puede sobrellevar la distancia que siente de sus objetivos originales, cuando no puede ver dichos objetivos de un modo distante pero empático, como lo haría un sociólogo, las acciones que nos parecieron racionales puede que ya no nos parezcan racionales. Desde el punto de vista de las valoraciones presentes, las cuales no se pueden eliminar o ignorar, las acciones pasadas pueden no tener sentido o parecernos malvadas. En este caso, es posible que una persona considere sus decisiones anteriores como un elemento extraño cuya continua influencia parece no tener sentido desde el punto de vista de los objetivos actuales. Esto puede ser especialmente desmoralizante.<sup>61</sup> Aunque haya una infinidad de formas en las cuales las aspiraciones de una persona pueden no cumplirse por cuestiones del mundo que no tienen explicación\*, si la persona es de algún modo responsable de que sus objetivos no se cumplan, no sólo puede sentirse dominada por la realidad, sino sentir también que no ha sido amiga de sí misma,<sup>62</sup> en palabras de Aristóteles. Las traiciones hacia uno mismo de este tipo debilitan la confianza de una persona en su habilidad para comprometerse por un tiempo duradero y resguardar las cosas que le importan. Esto, en cambio, atenta contra el respeto que tienen las personas de sí mismas.<sup>63</sup> Cuando los objetivos de una persona cambian, sus decisiones anteriores pueden tener este efecto porque estas decisiones siguen siendo tuyas, aunque el punto de vista normativo desde el cual parecieron ser racionales se ha vuelto ahora inaccesible. Sin importar cuán fuertemente la persona ahora considere a sus decisiones anteriores como un elemento extraño,

---

<sup>61</sup> Véase, J. Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, p. 440 (“plagado de fracasos y dudas de sí mismo”, no podemos “continuar con nuestros esfuerzos”).

• [N. del T.: Kronman utiliza la expresión “the senselessness of the world”].

<sup>62</sup> Aristóteles, *Nicomachean Ethics* \*1166b, pp. 25-30.

<sup>63</sup> Véase, Frankfurt, “The Importance of What We Care About”, en *Sinthesé* (discute el significado moral de tener cuidados específicos y actuar sobre la base de ellos).

arraigado en su vida, ejerciendo una influencia irracional, una persona nunca puede desligarse enteramente de la decisión (sin una evidente mala fe), como si fuera una jugada arbitraria del destino, como si fuera un cáncer en una temprana edad.<sup>64</sup>

Normalmente, cuando una persona se arrepiente de un contrato que celebró, puede libremente dejar de cumplir el acuerdo y compensar a la otra parte por su pérdida. Los daños que el deudor debe pagar representan el costo de sus decisiones, y la obligación de pagarlos es un recordatorio continuo de sus objetivos previos que ha modificado o abandonado. Un recuerdo de este tipo puede intensificar el arrepentimiento del deudor y hacer más difícil que olvide lo que ahora parece una decisión irracional, pero esto no puede ser evitado por completo siempre y cuando exista la regla básica que establece que una parte contratante debe pagar las pérdidas ocasionadas por su incumplimiento.

Sin embargo, si se exige al deudor cumplir su obligación tal como había

---

<sup>64</sup> La distinción entre decepción y arrepentimiento no es una que los economistas enfatizan, o quizás siquiera son capaces de reconocer. Desde un punto de vista económico, el arrepentimiento y la decisión son lo mismo. Cuando un individuo se compromete consigo a hacer algo, está asumiendo la probabilidad de varias contingencias. Algunas de estas presunciones están relacionadas a sus estados subjetivos (la probabilidad que esté vivo cuando tenga que realizar la obligación, que tendrá los mismos intereses y deseos). En un sentido estrictamente económico, estas presunciones no son diferentes a aquellas que un individuo asume sobre la probabilidad de varios estados objetivos (que la vaca vendida sea estéril, que la coronación del rey se haga en el momento previsto). Ambos tipos de presunciones pueden ser correctas o incorrectas, y un error de cualquier tipo puede reducir el valor esperado de un contrato para una o ambas partes. Económicamente, no hay una distinción entre haberse equivocado sobre el mundo y haberse equivocado sobre uno mismo. Como una persona racional desea evitar equivocarse sobre cualquiera de estos asuntos, antes de celebrar un contrato tomará en cuenta el hecho de que sus intereses y deseos pueden cambiar, dejando al contrato sin ningún tipo de valor. Asignará una probabilidad a que este suceso ocurra, de la misma manera que asigna una probabilidad al suceso de varias contingencias objetivas. Consecuentemente, un economista podría argumentar que, incluso si los deseos e intereses de una persona cambian, no tiene razones para dudar de la racionalidad de la decisión original, en tanto haya hecho lo mejor para asignar la probabilidad de que ese cambio ocurra. Si esta posición es correcta, fallaría la distinción que he propuesto entre el arrepentimiento y la decepción. Sin embargo, el punto de vista económico sobre este asunto deja de lado un hecho importante. Cuando una persona considera las consecuencias de un posible cambio en sus objetivos, necesariamente lo hace con respecto a los objetivos que en ese momento tiene. La importancia que asigna a un cambio de este tipo es determinado por sus intereses y deseos presentes. Si un cambio importante ocurre, no hay ninguna garantía de que su evaluación previa de las consecuencias sea racional. La alteración en su estructura de análisis deliberativo, que resulta de este cambio, puede impedir toda identificación simpática con su posición anterior. La teoría económica ignora el hecho importante de que algunos cambios que alteran las expectativas de una persona no son cambios dentro de una estructura fija de intereses y deseos, sino cambios en la estructura misma.



acordado originalmente (si se le prohíbe sustituir el cumplimiento del contrato con el pago de daños), su arrepentimiento es probable que se intensifique, en especial, cuando el cumplimiento implica cooperar personalmente con la otra parte o estar sujeto a su supervisión personal. Si el deudor debe continuar trabajando o viviendo con la otra parte y cumplir con los términos de un contrato de cooperación que se arrepiente de haber celebrado, es más difícil que pueda tomar distancia de sus valoraciones originales. Es probable que, como resultado, se sienta más directamente vinculado a los objetivos que ha repudiado y será más doloroso recordar la continua influencia que tienen en su vida. Al sustituir el cumplimiento del contrato con la compensación por los daños, el deudor da a su compromiso original una forma abstracta, menos relacionada con los objetivos específicos que lo llevaron a comprometerse en primer lugar. Se reduce su margen de arrepentimiento y sus consecuencias engeguedoras se alivian. Si no puede tomar distancia del contrato despersonalizando su relación con la otra parte, el arrepentimiento del deudor probablemente será más intenso y sus efectos más serios. El derecho a despersonalizar una relación contractual es una ayuda para olvidar, lo cual (con sus adecuados límites) es condición de la salud moral.

Cuando la valoración del deudor ha cambiado dramáticamente, el cumplimiento obligatorio de un contrato que requiere su cooperación personal con la otra parte puede ser una amenaza especial para su integridad o su respeto a sí mismo. Sin embargo, ésta no es la única situación en la cual este tipo de peligro moral existe. Por ejemplo, supongamos que un empleado que trabaja para una empresa farmacéutica descubre que su compañía está vendiendo drogas usadas para producir un arma química letal, hecho que desconocía cuando celebró el contrato. Si el empleado cree que continuar trabajando para la compañía es inconsistente con sus más profundas convicciones morales, cuya violación implicaría un serio golpe a su auto respeto, debería permitírsele abandonar el acuerdo y pagar a su empleador los daños por cualquier pérdida que la compañía sufra. Quizás el empleado considere el pago de daños como un acto moralmente comprometedor, pero bien puede considerar continuar su trabajo como una contribución más personal y, por lo tanto, más repudiable, al tratarse de un proyecto que considera inmoral. El derecho le asegura al empleado la facultad a elegir entre estas alternativas, rechazando la ejecución de cualquier cláusula en su contrato que confiera al empleador la prerrogativa de exigir específicamente la obligación del contrato. Obviamente, se podría proteger la integridad moral del empleado liberándolo de cualquier deber de cumplir el contrato y compensarlo por los daños. Pero un remedio con estas consecuencias extremas

podría prestarse a la explotación, tendiendo a debilitar la estabilidad de las relaciones contractuales en general.<sup>65</sup> En este sentido, la prohibición de la esclavitud voluntaria puede ser vista como un compromiso que protege a los empleados de la degradación asociada, a veces, con el cumplimiento de una obligación. Pero, a su vez, lo deja expuesto al riesgo moral propio de cualquier compromiso contractual celebrado sobre la base de la información incompleta sobre el mundo.

Obviamente, en algunos contratos puede exigirse la ejecución específica, incluso, si las partes no incluyeron una cláusula que lo permita. Los contratos de venta de bienes únicos son un importante ejemplo.<sup>66</sup> Sin embargo, esto puede parecer confuso, dado que en este caso la ejecución específica también puede ser desmoralizante en cierta forma que la compensación de los daños no lo es. Por ejemplo, un vendedor de repuestos de maquinaria, imposibles de conseguir de otro proveedor, descubre que su comprador planea usarlas para un propósito que el vendedor considera inmoral. Si las partes son únicas, el vendedor puede ser obligado a vendérselas, a pesar de sus convicciones morales y su fuerte preferencia moral por la compensación monetaria. Es obvio que el vendedor (en teoría) podría decidir no vender la cosa si sus recursos financieros son adecuados,<sup>67</sup> pero eso también puede hacerlo un empleado que voluntariamente se ha convertido en esclavo. La posibilidad de no cumplir una obligación es por lo tanto insuficiente para explicar por qué la ejecución específica de la obligación es posible en un caso y en otro no.

Parte de la explicación de esta diferencia en el trato es que las obligaciones que emergen de los contratos laborales son más difíciles de ejecutar porque requieren de una mayor cooperación por parte del demandado y, por lo tanto, involucran un elemento de riesgo moral que los contratos de venta de bienes no tienen.<sup>68</sup> Sin embargo, hay otra razón por la cual los tribunales están más dispuestos a exigir el cumplimiento específico de la obligación en el último caso. Las obligaciones personales duraderas bajo control de una parte y el pago monetario son en realidad polos opuestos: la primera es la manera más personal de contraer una obligación y la segunda

---

<sup>65</sup> Una forma limitada de esta protección sería obligar al empleador a informar de antemano todos los aspectos del trabajo que él, razonablemente, considere moralmente controvertidos. En caso de que no se haya informado, el empleado podrá, bajo su discreción, invalidar el contrato.

<sup>66</sup> Kronman, *supra* nota 10, pp. 355, 365.

<sup>67</sup> *Ibid.* pp. 372-373.

<sup>68</sup> S. Williston, 11, *supra* nota 8, 1423, p. 783 (“lo que mejor pueda hacer el demandado para realizar correctamente el servicio es incierto y difícil de evaluar. Cualquier intento por sobrepasar estas dificultades puede ocasionar una grave intromisión en la libertad personal.”)

la más impersonal. La transferencia de propiedad quedaría entre esas dos. Muchos contratos de compraventa no requieren ninguna cooperación personal o incluso contacto entre las partes y, por lo tanto, se acercan al polo de máxima despersonalización representada por la compensación monetaria por daños. Cuanto más impersonal sea el acto, más improbable es que esté amenazada la integridad. Tomando esto en cuenta, la ejecución específica de la obligación que surge de contratos de compraventa de bienes parece más defendible desde un punto de vista moral que lo que su justificación tradicional, basada en la conveniencia administrativa, parecería sugerir.

Por último, ¿cómo puede explicarse la prohibición de renunciar al derecho a entrar en concurso? Toda vez que la renuncia de este tipo sólo genere una obligación persistente de parte del deudor de pagar sus deudas, no parece amenazar de la misma manera a la integridad como otras formas de esclavitud voluntaria, que requieren el cumplimiento de servicios más personales. No obstante, la idea de arrepentimiento, como la he definido, ayuda a explicar la institución de la quiebra y el derecho inalienable del deudor a entrar en concurso.

Obviamente, una deuda importante puede ser una fuente de arrepentimiento, incluso, si su pago no requiere una relación personal persistente entre las partes. Puede, por lo tanto, parecer prudente medir la magnitud del potencial arrepentimiento del deudor considerando la magnitud de la deuda misma y adoptar una regla que lo libere del deber de cancelar cualquier deuda mayor que algún porcentaje fijo del valor total de su patrimonio.<sup>69</sup> A primera vista, una regla de este tipo parece absurda: si una deuda pudiera ser evitada simplemente porque era igual en cantidad, por ejemplo, al veinte por ciento del patrimonio del deudor, los préstamos importantes serían siempre no ejecutables. Sin embargo, la quiebra es justamente una regla de este tipo: si las obligaciones del deudor exceden sus activos (es decir, superan el cien por ciento del valor de su patrimonio), el deudor puede pedir entrar en concurso y ser liberado de todo reclamo por deudas en su contra.

El derecho a entrar en concurso es usualmente justificado por la necesidad del deudor de empezar de cero, libre de sus deudas anteriores<sup>70</sup>. Una razón para dar al deudor un nuevo comienzo y contrarrestar el odio que siente por sí mismo, habiendo hipotecado todo su futuro en una serie de decisiones pasadas de las que ahora se arrepiente. Cualquiera que sea su

---

<sup>69</sup> Esta regla sería un complemento y no un sustituto de la prohibición de otras formas de esclavitud voluntarias, a las que se le aplican la prohibición sin importar la suma.

<sup>70</sup> *Local Loan Co. v. Hunt*, 2992 .S. 234, 244 (1934).

función macroeconómica,<sup>71</sup> el derecho a entrar en concurso tiene un objetivo moral: rehabilitar alguna medida de confianza en el deudor en su capacidad de organizar su futuro como desee, libre de las influencias opresivas del pasado. Sin esta confianza, el deudor puede perder el mínimo respeto hacia sí mismo, que es una condición para interesarse por su vida. En este sentido, el derecho a entrar en concurso tiene el mismo objetivo general que el derecho a despersonalizar una relación contractual sustituyendo el cumplimiento de la obligación por la compensación de los daños. La inalienabilidad de ambos puede ser explicada con argumentos similares.<sup>72</sup> La quiebra muestra nuestra aceptación de que pasado cierto punto, la gran magnitud de la deuda de una persona puede ser desmoralizante. Las normas de la quiebra, de esta manera, complementan en una forma necesaria las otras prohibiciones de la esclavitud voluntaria que he discutido.

### III. Discernimiento e imaginación moral

Es posible distinguir una tercera forma de paternalismo además de las dos formas que he descrito. Los límites que componen este tercer grupo incluyen algunos que son literalmente paternalistas. Tengo en mente varios límites a la ejecución de promesas hechas por niños y otros individuos incapaces. Todos estos difieren de los que he caracterizado como prohibiciones a la esclavitud voluntaria en un aspecto importante. El último tipo de límite prohíbe ciertos acuerdos sin excepción: el derecho, bajo ninguna circunstancia, reconocerá la validez de una promesa a volverse esclavo de otro o abstenerse a iniciar un divorcio contra un cónyuge. Los acuerdos de este tipo están prohibidos por su contenido. No importa si fueron celebrados impulsivamente sin considerar las consecuencias, o después de una deliberación meditada. En cambio, el tipo de límites que ahora deseo considerar (ejemplificados con la norma que establece que los contratos celebrados por niños, en general, no serán ejecutados contra él), parecen estar principalmente enfocados en los defectos del proceso de razonamiento del deudor.

Los límites pertenecientes a esta tercera clase comúnmente prohíben la ejecución de acuerdos sólo por un tiempo, conocido como “período de reflexión”, después del cual se elimina el límite. La imposición de un período de reflexión obligatorio asegura que el deudor tenga una oportunidad de re-

---

<sup>71</sup> Véase, Weistart, “The Costs of Bankruptcy”, en *Law & Contemp. Probs.*, 41, Otoño 1977, p. 107.

<sup>72</sup> Agradezco a Jonathan Bennett por sugerirme esta similitud.

pasar su compromiso y apartarse del contrato si así lo desea. Una suspensión temporaria de los poderes contractuales del deudor reduce la probabilidad de una decisión muy precipitada, y de esta manera, ayuda a contrarrestar lo que he descripto como un defecto en el proceso de razonamiento. Su objetivo es prevenir que el deudor se vincule contractualmente de un modo demasiado apresurado o mientras su discernimiento sea deficiente. Sin embargo, a diferencia de la prohibición de la esclavitud voluntaria, la imposición de un período de reflexión no garantiza (o prohíbe) ningún resultado sustantivo en particular.

En realidad, la incapacidad contractual de los niños también crea un período de reflexión obligatorio como el que he descripto. En razón de que esto puede no ser obvio, es apropiado empezar recordando la naturaleza específica de los límites que restringen a los niños a realizar acuerdos. Hay, por supuesto, ciertos contratos que los niños no pueden celebrar en ninguna circunstancia y que no son ejecutables a favor ni en contra de los niños. Un contrato laboral que no cumple con los requisitos estatales o federales sobre trabajo infantil es un ejemplo obvio.<sup>73</sup> Además, los niños están sujetos a limitaciones más generales sobre sus poderes contractuales que aplican, incluso, cuando el contrato en cuestión está totalmente fuera de objeción. Con el dinero que ha ahorrado de la mensualidad que le daban sus padres, un niño de doce años puede comprar un costoso pasaje de una aerolínea, pero si luego se arrepiente de la decisión, no puede recuperar el dinero que pagó a la aerolínea.<sup>74</sup> De manera similar, en muchos estados, si un menor paga un automóvil en efectivo y se arrepiente de la compra, debe devolverle el auto y compensar al vendedor por la depreciación y el valor de su uso para rescindir el contrato y recuperar el dinero que pagó.<sup>75</sup> En cambio, si un menor celebra un contrato para comprar un automóvil o un pasaje de una aerolínea, pero cambia de parecer antes de completar la compra, el derecho le permite retractarse sin responsabilizarse civilmente.<sup>76</sup> Esta posibilidad de retractarse no puede ser pactada en contrario. En tanto el niño no haya terminado con su parte de la negociación, siempre podrá, libremente, renunciar a su promesa sin asumir costo alguno, y no hay un

---

<sup>73</sup> Véase, p. ej., *U.S.C.*, 29, 1976, § 212; *Conn. Gen. Sta.*, 1983, § 31-23.

<sup>74</sup> *Vichnes v. Transcontinental & W. Air, Inc.*, 173 Misc. 631, 18 N.Y.S.2d 603 (App. Term 1940).

<sup>75</sup> *Sparandena v. Staten Island Garage, Inc.*, 117 Misc. 780, 193 N.Y.S. 392 (Munic. Ct. 1921). ; *Gaither v. Wallingford*, 101 Or. 389, 200 P. 910 (1921)

<sup>76</sup> La posibilidad de retractarse es descripta en S. Williston, 2, *supra* nota 8, §§ 222-239. Una excepción a esta posibilidad surge en el caso de bienes "necesarios". *Ibíd.*, §§ 240-244.

modo jurídicamente efectivo para renunciar a este privilegio.

No obstante, si el niño desea cumplir el contrato puede hacerlo. La otra parte –asumiendo que sea un adulto– estará entonces obligada a cumplir con lo pactado.<sup>77</sup> Esto crea una asimetría en la relación: el niño puede, según su discreción, ejecutar el contrato, pero la otra parte no puede ejecutarlo en su contra. El efecto práctico es que el niño tiene la opción de ejecutar el contrato, en cualquier momento, después de su celebración y antes de su revocación. Durante este período –que puede ser descrito como un período de reflexión–, el niño tiene la oportunidad para reconsiderar si fue pertinente su decisión original (según su criterio o con el consejo de un adulto, invitado o no) y apartarse del acuerdo si así lo desea.<sup>78</sup>

Desde ya, un período de reflexión de este tipo provee sólo una protección parcial contra los peligros de una decisión apresurada o viciada, y un niño puede, hasta cierto punto, rechazar los beneficios simplemente al intercambiar bienes o servicios sin un contrato de por medio.<sup>79</sup> Sin embargo, no cabe duda de que la norma que prohíbe la ejecución de los contratos celebrados por niños (salvo que lo prefieran) funciona para protegerlos, por su falta de discernimiento e incapacidad para prever consecuencias.

En efecto, algo como esto parecería ser el objetivo buscado por todo período de reflexión jurídicamente obligatorio. Por ejemplo, la norma (que existe en muchos estados) que establece que una pareja no puede casarse hasta que cierto período de tiempo haya transcurrido desde la emisión de su permiso de matrimonio;<sup>80</sup> y que, una vez casados, no puedan divorciarse hasta el final de un período de reflexión similar,<sup>81</sup> usualmente se justifica sobre la base de que decisiones importantes no deberían ser tomadas de

---

<sup>77</sup> Véase *Ibíd.*, § 226.

<sup>78</sup> Si un niño alcanza la mayoría de edad antes de completar el contrato, puede pedírsele que pague por cualquier bien que haya recibido por ese contrato si lo vende, usa o retiene por un tiempo irrazonable. *Ibíd.*, § 239.

<sup>79</sup> J. Calamari y J. Perillo, *The Law of Contracts*, 1970, § 126. La posibilidad que tiene un niño de dañarse a sí mismo, por transacciones imprudentes, está limitada por los recursos que en ese momento tenga el niño. Estos recursos demoran en ser acumulados. El tiempo necesario para ahorrar para una compra sustancial funciona como un período de prueba, al proveer una oportunidad para reflexionar, y por incrementar la probabilidad de que los padres intervengan en la decisión del niño. Si un niño estuviera habilitado para vincularse contractualmente, su poder de compra (y por lo tanto su capacidad de dañarse a sí mismo al gastar estúpidamente) no estaría limitado por su riqueza actual. Y como un contrato puede ser celebrado instantáneamente (a diferencia de la acumulación, que requiere tiempo), los padres tendrían menor control sobre las compras que realizan sus hijos.

<sup>80</sup> P. ej., *Conn. Gen. Stat.*, 1983, § 46b-27 (a); *N.Y. Dom. Rel. Law*, McKinney 1977, § 13-b.

<sup>81</sup> P. ej., *Cal. Civ. Code*, West 1983, § 4514; *Conn. Gen. Stat.*, 1983, § 46b-67 (a).

modo apresurado, o bajo la influencia de una pasión intensa y potencialmente desconcertante. Iguales razones podrían darse para justificar la imposición de un período de reflexión en ciertas transacciones de artículos de consumo, como las ventas a domicilio, en las cuales las defensas normales del consumidor suelen relajarse y su juicio suele nublar.<sup>82</sup> El objetivo en cada uno de estos diversos casos, donde se aplican períodos de reflexión, es el mismo: alentar el razonamiento sólido y reducir la influencia de la pasión y los caprichos en los compromisos contractuales que asumen las personas. ¿Qué presupuestos se esconden tras la protección paternalista que reciben los niños en sus relaciones contractuales con otros, y por qué a veces se piensa que es permisible tratar a los adultos de la misma manera (dándoles la opción de evitar, sin costos, promesas que de otro modo podrían ejecutarse)? Algunos han argumentado que el derecho da a los niños y a otras personas incapaces, como el ebrio y el demente, el derecho a no cumplir sus contratos para protegerlos de manipulaciones fraudulentas por aquellos que no carecen de discernimiento.<sup>83</sup> Si este fuera el único objetivo, los límites especiales podrían ser justificados en base a fundamentos económicos, como un complemento a la eficiente prohibición general del fraude. Sin embargo, la norma que establece que los niños pueden desvincularse del contrato si lo desean busca algo más que protegerlos de la explotación por parte de los adultos. Un niño puede desvincularse, incluso, cuando no ha habido fraude o aprovechamiento. Y tanto los Tribunales como los académicos coinciden en que es apropiado que el niño disponga de esta opción.<sup>84</sup> Haya sido engañado o no, él puede tener un débil discernimiento a la hora de celebrar un contrato específico y es, entonces, una protección jurídica contra su propia ignorancia e inmadurez (no sólo el aprovechamiento de otros sobre los niños). Esta posición, aunque conocida y ampliamente aceptada, es difícil de justificar con base en fundamentos económicos ¿Por qué no se aplica la presunción general de que una persona es el mejor juez para evaluar sus propios intereses en el caso de los niños (como en el caso de los ebrios, personas casadas pensando en divorciarse y los compradores de bienes de venta a domicilio)? Para responder a esta pregunta, se debe primero mostrar la naturaleza del discernimiento mismo, un tema ignorado por la literatura económica y

---

<sup>82</sup> Véase, *supra* nota 12.

<sup>83</sup> *Henry v. Root*, 33 N.Y. 526, 536 (1865) (el derecho apunta a “proteger a los menores de sus imprevisiones y sus caprichos, y salvarlos de depredaciones y fraudes realizados por personas carentes de principios”).

<sup>84</sup> *Restatement (Second) of Contracts*, 1981, § 14; S. Williston, 2, *supra* nota 8, § 226.

jurídica (y en el resto de la literatura).<sup>85</sup>

Cuando se dice que un niño (o cualquier otra persona) carece de discernimiento se está refiriendo, en general, a que carece de la capacidad de evaluar críticamente sus propios intereses y deseos. Es obvio que un niño cuenta con estas características. Lo que no tiene es la habilidad para determinar cuál de éstos debería ser alentado más que suprimido, y no puede predecir cómo influirán en su personalidad (el tipo de persona en la que se convertirá y el tipo de cosas que le importará). Es mucho más fácil decir qué no es el discernimiento, que afirmar qué es precisamente. Para empezar, contar con buen discernimiento debe distinguirse de simplemente tener intereses y deseos y, por lo tanto, presupone alguna diferencia con respecto a éstos. En efecto, asociamos discernimiento con sobriedad y falta de pasión, y pensamos que el discernimiento está necesariamente divorciado de lo pasional. Esta es la razón por la cual no debemos caracterizar como discernimiento a un deseo de cualquier tipo, incluso un deseo de segundo orden de cultivar o suprimir otro deseo más elemental (como el de fumar o escuchar a Mozart).<sup>86</sup> Nuestros deseos de segundo orden pueden mostrar un débil discernimiento y solamente, por actuar instada por este deseo una persona no muestra que es capaz de distanciarse de sus pasiones.

El discernimiento también debe distinguirse de la racionalidad instrumental en la elección de medios, o de la comparación de diferentes métodos para lograr ciertos objetivos. Al elegir objetivos, normalmente, se tienen en cuenta consideraciones instrumentales, pero es erróneo pensar que una elección de fines se basa sólo en estas consideraciones. En efecto, lo opuesto parece correcto: el costo de oportunidad que se atribuye al cumplimiento de un objetivo es siempre una función valorativa que se otorga a otros objetivos. Por lo tanto, cualquier conclusión a la que se llegue sobre la racionalidad instrumental de un curso particular de acción se basa en presunciones no instrumentales sobre el valor intrínseco de los diferentes fines buscados. Para deliberar sobre medios se debe primero deliberar sobre fines, y sólo con respecto a una persona que muestre tener la habilidad para elegir sus fines, puede decirse que tiene discernimiento. Si una persona no tiene esta habilidad, incluso contando con un talento supremo para el razonamiento

---

<sup>85</sup> Una excepción importante es el trabajo de Hannah Arendt. Mi posición, respecto a la naturaleza del discernimiento, ha sido influenciada profundamente por su original y provocativo aporte sobre el tema. Véase, H. Arendt, *Lectures on Kant's Political Philosophy*, 1982; H. Arendt, *The Life of the Mind*, 2, 1978, pp. 255-272; H. Arendt, "The Crisis in Culture: its Social and Political Significance", en *Between Past and Future*, 1968, pp. 197, 219-226

<sup>86</sup> Para una discusión sobre la importancia moral de la distinción entre deseos de primer y segundo orden, véase, Frankfurt, "Freedom of the Will and the Concept of a Person", en *J. Phil.*, 68, 1971, p. 5.



instrumental, no se compensa la diferencia. A esta persona la consideramos sagaz, pero no tiene un buen discernimiento.

Como el discernimiento comprende la elección de fines más que la de medios, uno podría pensar que no es para nada una forma de racionalidad deliberativa, sino un tipo de intuición. Según esta postura, una persona tiene buen discernimiento si simplemente logra ver qué curso de acción es mejor, incluso, si no puede explicar las razones de su elección.<sup>87</sup> Sin embargo, esta postura también parece errónea. El discernimiento es una habilidad deliberativa. Es la habilidad de deliberar bien, mientras que la intuición da un fin al discernimiento y es algo totalmente distinto a este último. Solemos considerar al discernimiento como un arte y sólo decir que ciertas personas ejercen un cuidado prudente. Sin embargo, la intuición no es un arte, y el término “intuición prudente” es una contradicción en sus términos.

Entonces, tener buen discernimiento no es simplemente una intuición, ni es una forma de racionalidad instrumental y no puede ser igualado a la posesión de ciertos deseos (incluso deseos de orden superior que tienen otros deseos como su objeto). ¿Puede decirse algo positivo del discernimiento y el rol que juega en la práctica deliberativa? El discernimiento es – creo yo – mejor pensado como la facultad de imaginación moral,<sup>88</sup> la capacidad de formar una concepción imaginativa de las consecuencias morales de un curso de acción propuesto, y anticipar sus efectos en uno mismo. Una persona tiene buen discernimiento si esta facultad está desarrollada y es fuerte. Si no, se trata de mal discernimiento. El concepto de imaginación moral es vago, trataré de explicar más claramente a qué me refiero con esto.

Cuando una persona considera tomar un curso particular de acción, puede hacerse varias preguntas con respecto a su aceptabilidad moral ¿Es permisible? (¿Es la acción consistente con sus obligaciones morales y jurídicas?) ¿Es acorde la acción con sus ideales personales? ¿Qué efecto es probable tenga en su personalidad? (¿Le cambiará la acción? y, si lo hace, ¿lo hará de una manera en la que esté de acuerdo?) Para responder estas preguntas, la persona debe crear una imagen mental de su acción y, entonces, con esta imagen como ayuda, intentar determinar los efectos morales que la acción probablemente tenga.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Véase, Aristóteles, *supra* nota 62, \*1142a, pp. 20-30 (la prudencia tiene como objeto “el hecho específico definitivo, del cual hoy existe una intuición, pero ningún conocimiento científico”).

<sup>88</sup> Véase, H. Arendt, *The Life of the Mind*, 2, 1978, pp. 257-261.

<sup>89</sup> Uso el término “moral” en un sentido amplio para incluir todo lo que se relacione directamente con una u otra de las preguntas enunciadas arriba.

La creación de una imagen mental es una operación sintética.<sup>90</sup> Incluso acciones simples, excepcionalmente, pueden ser evaluadas sólo sumando el valor (positivo o negativo) de sus componentes. El proceso en cuestión es más correcto compararlo con la creación de un trabajo artístico. Un artista para ser exitoso debe unir los elementos de su trabajo en una unidad coherente que fortalece las relaciones internas entre estos elementos. De la misma manera, una persona intenta anticipar la importancia moral de una acción creando una imagen mental que resalte la importancia contextual de cada elemento y clarifique los efectos transformadores, y no meramente aditivos, que la acción pueda tener en su personalidad como un todo.<sup>91</sup>

Por lo tanto, el discernimiento es una forma de imaginación. Es una habilidad creativa para anticipar, en los pensamientos, los efectos morales de una acción vista en el contexto de la personalidad y aspiraciones de una persona. Sin embargo, esto presenta una dificultad. Se asocia discernimiento con objetividad, pero, dado que la imaginación comprende un elemento importante de creatividad, se tiende a considerar el discernimiento como una cualidad personal o subjetiva. En efecto, cuando se dice que una persona tiene una imaginación vívida, probablemente se asuma que ha perdido su relación con la realidad, en un mundo objetivamente constituido. Se dice que los niños, por ejemplo, tienen una imaginación poderosa que pierden, de manera gradual, cuando entran al objetivo mundo de los adultos. Sin embargo, sería un error concluir que la imaginación y la objetividad son opuestos. En el área del razonamiento moral, estas capacidades están íntimamente conectadas. Ambas necesitan desconectarse de la inmediatez de los deseos. Este elemento común los relaciona el uno con el otro y también con la noción de discernimiento moral.

---

<sup>90</sup> Véase, I. Kant, *Critique of Pure Reason* \* pp. 139-142, B178-181.

<sup>91</sup> Algunos filósofos han notado la similitud entre creatividad estética y moral. Berkeley, p. ej., argumenta que la calidad moral del mundo es mejorada por el mal que lo contiene, como una simple pincelada de color puede mejorar la impresión general de un cuadro. G. Berkeley, "The Principles of Human Knowledge" en *The Works of George Berkeley, Bishop of Cloyne*, Vol 2, A. Luce & T. Jessop eds. 1949, §§ 152-156, pp. 111-113. Si la importancia moral de un suceso fuera solamente aditiva (estando contenido en cada uno de los sucesos el valor positivo o negativo) el mundo sería necesariamente un mejor lugar sin ningún mal. Para que el mal represente una mejora desde el punto de vista moral la importancia moral del mundo debe tener el mismo tipo de unidad sintética que tiene una novela o un cuadro. Debe, en pocas palabras, ser más que la suma de sus partes. Cualquiera sean sus méritos, este conocido argumento, para probar la bondad de la creación divina, resalta el hecho de que la reflexión moral y la producción artística tienen algo importante en común. Para ser habilidoso en una de ellas, una persona debe apreciar la influencia recíproca de los elementos que una acción o un trabajo artístico tiene el uno con el otro y anticipar los efectos de su combinación. Si posee esta habilidad, se dice que en ambos casos la persona tiene imaginación.

La identificación de objetividad con neutralidad o imparcialidad es bastante conocida, especialmente en el caso de conflictos entre personas. Para resolver estos conflictos de un modo objetivo se debe adoptar una posición “por encima” de los intereses en conflicto de las personas involucradas, la posición de un árbitro que considere los intereses de todas las partes, desde una misma perspectiva independiente. Es quizás menos obvio que la objetividad en los conflictos entre personas necesita un distanciamiento de la presión de los deseos propios. Una persona que se está esforzando por tener una posición objetiva debe resistir la influencia que comúnmente generan sus deseos (de la misma manera en que un juez pone sus sentimientos y prejuicios cuando resuelve un caso). El desinterés y la neutralidad serían imposibles si no pudiéramos desconectarnos, ya sea por un breve período de tiempo, de nuestros deseos. La posibilidad de hacerlo debe, por lo tanto, ser considerada una condición indispensable de nuestra capacidad para conseguir, incluso, una pequeña muestra de objetividad en nuestras relaciones con otras personas.

Esto es así, también, en las deliberaciones morales intrapersonales. Cuando uno considera un curso de acción de cualquier importancia (uno que probablemente tenga algún peso en el logro de los objetivos más importantes, o en el desarrollo personal) es esencial desconectarse, en cuanto se pueda, de deseos particulares que nos motiven y decidir, de manera desinteresada, si tomar el curso de acción o evitarlo. Se debe, en otras palabras, elegir entre esta acción y sus alternativas, de manera neutral, y resolver el dilema intrapersonal que representan, de la misma manera (aunque no según los mismos principios) que se resuelven las diferencias con otras personas cuando hay intereses en conflicto.

El discernimiento también necesita desconectarse de la presión de los deseos. Un primer ejemplo: el uso de la imaginación entre personas. Un antropólogo o un sociólogo que desea entender el significado de una práctica, sin explicación previa, (digamos, por ejemplo, el comportamiento ritual de una tribu primitiva culturalmente remota a nuestra sociedad) debe hacer un esfuerzo para ingresar imaginariamente al mundo de esa tribu y verla “desde adentro”. Por supuesto, esto no significa que debe abrazar los valores de la tribu o su visión del mundo (en el sentido de aprobarlos o aceptarlos). En todo caso, debe imaginariamente crear una imagen que relacione la práctica que desea explicar con otros aspectos de la vida de la tribu, localizando esta actividad particular en un contexto más amplio de acciones cuyo significado ya se comprende. Sin embargo, para tener éxito, un antropólogo o sociólogo debe suspender por un tiempo sus propias creencias culturales y negar la

eficacia e influencia que normalmente tienen en su vida no científica.<sup>92</sup> Hasta que no puedan desconectarse o neutralizar sus propios compromisos culturales, sus habilidades de creación imaginativa muy probablemente se vean debilitadas. Puede que ciertas explicaciones sobre el comportamiento de la tribu nunca se les ocurran, incluyendo la explicación sobre las reflexiones más acertadas desde el punto de vista de la tribu. Cuanto más lejos de su propia realidad está el sujeto de su estudio, más necesita el científico de una imaginación cuyo libre ejercicio implica la suspensión temporaria de sus compromisos personales.

La imaginación juega un rol similar en las deliberaciones intrapersonales. Cuando una persona está considerando si tomar un curso de acción importante, es probable que cree diferentes escenarios imaginarios de este curso de acción, y que cada uno sea una representación de su posible importancia para la persona. El rango de interpretaciones alternativas que una persona puede anticipar en su futuro, su habilidad de variación imaginativa, es aumentado hasta el punto que pueda suspender los deseos que actualmente lo motivan a actuar. Si una persona no puede suspender sus deseos, incluso momentáneamente, es probable que le impidan ejercitar, como lo llamaba Kant, el “libre ejercicio de la imaginación”.<sup>93</sup> Un deseo poderoso puede estimular la imaginación, pero también puede limitarla. Esto es así en las relaciones entre personas, donde nuestros deseos a veces nos impiden entender la realidad de otras personas obstruyendo nuestra habilidad de entrar imaginariamente en su mundo. De la misma manera, cuando reflexionamos sobre nosotros mismos, sobre quiénes somos y qué deseamos ser, la presión de nuestros deseos puede paralizar la habilidad propia para anticipar, en nuestra imaginación, las consecuencias morales de nuestras acciones. En ambos casos, la libre imaginación es posible sólo si primero le hemos dado el espacio necesario para distanciarnos de los deseos propios.

Es este el requisito que tienen en común la imaginación y la objetividad. Una persona cuya imaginación es débil o subdesarrollada, por no extraerse a sí misma de la presión de sus deseos, encontrará difícil ser imparcial y, en la medida en que su imaginación se fortalezca, también se fortalecerá su objetividad moral. Por lo tanto, no hay nada paradójico al afirmar que el discernimiento (que se asocia con imparcialidad y objetividad) representa una forma de imaginación. El ejercicio del discernimiento, sea en relaciones con otros o en la elaboración y búsqueda de ideales personales, requiere un

---

<sup>92</sup> Véase, A. Kronman, *Max Weber*, 1983, pp. 14-16; M. Weber, *The Methodology of the Social Sciences*, 1949, pp. 10-15.

<sup>93</sup> I. Kant, *Critique of Judgment*, J. Bernard traducción de 1951, § 9.

tipo de desinterés, y una persona que no puede suspender sus propios deseos jamás será respetada por su discernimiento.<sup>94</sup>

Existe también una relación importante entre imaginación y arrepentimiento. Es más probable que una persona se arrepienta de una decisión pasada cuando ya no pueda apreciar su racionalidad, cuando le parezca que fue irracional y no un mero error. Cuanto más débil es la imaginación de una persona, menos probable es que llegue a considerar la posibilidad de que los deseos que lo motivaron a actuar les parezcan, para sus intereses más íntimos, inmorales. Esto dificultara que la persona comprenda por qué actuó como lo hizo y se le hará imposible perdonarse a sí misma por lo cometido. Una persona con una imaginación débil es, por lo tanto, especialmente susceptible de arrepentimiento y de sus efectos corrosivos. Ésta es otra razón por la cual el desarrollo de la imaginación moral, la facultad de discernimiento, es correctamente incluido entre las condiciones para llevar una vida libre. Ayuda a explicar por qué asociamos a un discernimiento débil y la especial susceptibilidad para arrepentirse, con la falta de libertad, como lo hacemos en el caso de los niños.

Esto sugiere una justificación general para las normas de derecho contractual que protegen a las personas con un mal discernimiento imponiéndoles un período de reflexión obligatorio, durante el cual pueden retractarse de un acuerdo después de que el entusiasmo inicial haya desaparecido. Si el discernimiento es una condición de la libertad, límites de este tipo pueden aumentar la libertad de las partes alentando, forzosamente, el desarrollo de sus capacidades imaginativas. Por lo menos, incrementan el bienestar de las partes sin disminuir de modo significativo su libertad. Sin embargo, este argu-

---

<sup>94</sup> La relación directa entre objetividad e imaginación se refleja en la educación moral que reciben los niños. Se suele decir a los niños, "imagina cómo se sentiría si..." y se los alienta a considerar su acción desde puntos de vistas distintos al suyo. Al estimular su imaginación, de esta manera, se ayuda a los niños a desarrollar un hábito de desinterés, el cual es una condición esencial de la objetividad en la vida moral. Véase, J. Rawls, *supra* nota 61, pp. 468-469. Para adquirir este hábito, sin embargo, los niños deben aprender a distanciarse de sus deseos. En principio, deben ser alentados a hacer esto en sus relaciones con otras personas y después, en su relación consigo mismo. Si una persona no puede distanciarse de sus deseos no será capaz de analizarlos críticamente, y alguien que carece de esta habilidad de reflexión crítica, también puede decirse que carece de autocontrol e incluso de autonomía: en vez de ser amo de sus deseos, permitiendo o negando su satisfacción de acuerdo a un plan racional, sus deseos serán sus amos. En este sentido, la falta de imaginación moral amenaza la libertad, y entrenamos a los niños a ser imaginativos para que eventualmente sean libres. Decir que los niños carecen de discernimiento, que tienen dificultades para ser objetivos, que su imaginación es limitada y que sus decisiones no son las de una persona totalmente libre, son distintas maneras de describir la condición de un ser racional afectado por el deseo.

mento es muy amplio: los modos en que el juicio de una persona puede estar afectado son varios, pero se suele rechazar que la falta de discernimiento sea una defensa general contra el reclamo de que una parte no cumplió con sus obligaciones contractuales. ¿Qué explica la selectividad del derecho en este aspecto y sobre el patrón particular de los límites que impone?

El carácter excepcional de estos límites refleja su naturaleza antidemocrática. Nuestra sociedad está comprometida con el principio que afirma que, en tanto no se violen derechos de terceros, los individuos pueden actuar de acuerdo a sus concepciones del bien. También, nos comprometemos como sociedad a la idea de que un orden jurídico debe permanecer neutral entre estas concepciones del bien, no favoreciendo o perjudicando ninguna sobre la base de sus méritos intrínsecos.<sup>95</sup> En el momento en que el derecho invalida un tipo de acuerdo, por razones de esta índole, estaría actuando en contra del ideal liberal de un orden jurídico de no discriminar entre concepciones del bien.<sup>96</sup> Aunque en ciertos casos esta discriminación puede estar justificada, nuestro compromiso con los valores democráticos nos impulsa a demandar una defensa especial para cualquier norma discriminatoria propuesta. La carga de la prueba, en todos los casos de este estilo, está en aquellos que quieren invalidar un tipo particular de acuerdo sobre la base de que contribuyen a, o son parte de, un plan de vida considerado ofensivo o degradante.

Los períodos de reflexión obligatorios, que meramente posponen el momento de compromiso contractual, no entran tan en conflicto con el principio de neutralidad liberal como las restricciones que directamente prohíben la ejecución de ciertos acuerdos por su sustancia o contenido. Sin embargo, incluso el requisito de un período de este tipo tiene implicancias antidemocráticas, lo cual explica por qué se exige una justificación especial para estas restricciones y nunca se pensaría en imponer un período de reflexión en toda relación contractual. Cierta grado de compromiso impulsivo puede formar parte de la concepción de una persona sobre lo que hace a una vida valiosa o por lo menos interesante. Si el derecho impide a alguien contraer estos compromisos estaría obstaculizando su búsqueda de un ideal personal legítimo. Aún más importante es el hecho de que la imposición de un

---

<sup>95</sup> Véase, Dworkin, "Liberalism", en S. Hampshire, *Public and Private Morality*, 1978, pp. 113, 127-136.

<sup>96</sup> El no reconocimiento de matrimonios homosexuales es un ejemplo que tengo en mente. Véase, Rivera, "Our Straight-Laced Judges: The Legal Position of Homosexual Persons in the United States", en *Hastings L.J.*, 30, 1979, pp. 799, 874.878; Nota, "Homosexuals' Right to Marry: A Constitutional Test and a Legislative Solution", en *U. Pa. L. Rev.*, 128, 1979, p. 193.

período de reflexión implica suponer una deficiencia moral en aquellos a los que se aplica. Si bien esto no necesita ser visto como un desafío directo al mérito intrínseco de cualquier concepción del bien, la afirmación de que existe esta deficiencia es *prima facie* inconsistente con el principio de igualdad de respeto por las personas del cual emana nuestro compromiso con la neutralidad liberal.

En el caso de los niños la imposición de un período de prueba parece perfectamente aceptable. En efecto, los límites específicos a los cuales los niños están sujetos, en sus relaciones contractuales, ni siquiera parecen anómalas. Cualquiera que afirmase que el principio de igualdad de respeto por las personas requiere que tratemos las elecciones de los niños como si fueran elecciones tomadas por adultos, estaría pasando por alto un hecho importante: sin importar cuán relevantes sean sus eventuales poderes de control autónomo, las personas tienen una historia natural en la cual se someten a un desarrollo moral y psicológico a través de caminos predecibles, y adquieren las diversas capacidades (incluyendo el discernimiento y la imaginación moral), sin las cuales la libertad, en algún sentido relevante, sería imposible. No hay nada destacable en estas observaciones, pero sí reflejan el amplio consenso sobre ciertos hechos básicos de la personalidad humana y el desarrollo que tiende a ser ocultado por la concepción abstracta de la persona, que subyace en nuestro derecho contractual moderno y las diversas teorías filosóficas que tratan de explicarlo.

Cuando ambas partes son adultos competentes, la imposición de un período de reflexión es, por supuesto, más problemática. Consideremos, por ejemplo, los períodos de reflexión requeridos en la mayoría de los estados, antes de que una pareja inicie o termine un matrimonio.<sup>97</sup> Requisitos de este tipo han sido tradicionalmente justificados sobre la base de que una persona que decide casarse o divorciarse sin esperar, es probable que se vea impulsada por una pasión poderosa que le nubla el juicio y le produzca actuar de un modo del cual se arrepentirá.<sup>98</sup> El derecho protege a estas personas de la falta temporal de discernimiento requiriéndoles que se detengan antes de proceder. Aunque el discernimiento malo, obviamente, no está limitado a aquellos casos en los que se inicia o disuelve un matrimonio, dos consideraciones diferentes justifican este requisito inusual. Primero, especialmente los que piensan en casarse o divorciarse es probable que se vean influidos por fuertes y potencialmente distorsivas pasiones (por atracción sentimental,

---

<sup>97</sup> Véase, *supra* p. 20.

<sup>98</sup> Véase, Annot., 62 A.L.R. 2D (1958).

enojo o celos). Como todas las pasiones poderosas de cualquier tipo, pueden inhibir la imaginación de quienes se casan o divorcian, haciéndoles más difícil alcanzar un cierto grado de neutralidad. Obviamente, pasiones distorsivas similares pueden hallarse incluso en las transacciones comerciales más mundanas, pero no hay forma de distinguir esos casos de los casos en los cuales el discernimiento de las partes no está nublado sin una invasiva y, probablemente, fútil investigación sobre sus sentimientos y motivaciones.

En segundo lugar, si bien la celeridad es esencial en muchas relaciones contractuales, especialmente en las de naturaleza comercial, esto es menos frecuente y menos obvio en el caso de la formación o disolución de un matrimonio. Un hombre de negocios puede necesitar un compromiso vinculante, de inmediato, de otra persona con la cual negocia para planear el futuro, pero una urgencia similar, surgida por oportunidades competitivas, raramente surge en la decisión de casarse o divorciarse. Si todo contrato estuviera sujeto a un período de reflexión obligatorio, el intercambio de bienes en el mercado en el cual se basa la economía moderna se vería afectado, pero el requisito que establece que una pareja debe esperar antes de casarse o divorciarse tiene consecuencias menos nocivas.

Estos últimos comentarios son tentativos y dejan mucho por explicar. Por ejemplo, no explican por qué es también necesario un período de reflexión en varias transacciones de bienes de consumo.<sup>99</sup> Sin embargo, mi objetivo no es justificar cada norma paternalista que busca proteger al deudor de las consecuencias de su mal discernimiento (muchas de éstas resultan no ser justificables, luego de reflexionar al respecto) sino introducir el concepto de discernimiento en nuestro pensamiento sobre el derecho contractual.

El derecho contractual está principalmente preocupado por los intercambios voluntarios y, aunque los intercambios no están limitados a los del mercado, nuestro derecho contractual tiende a tratar la transacción impersonal del mercado como el paradigma de toda transacción.<sup>100</sup> El derecho contractual no alienta o siquiera permite, excepto en casos extremos, una indagación en las motivaciones, emociones y circunstancias personales del

---

<sup>99</sup> Véase, *supra* nota 12.

<sup>100</sup> La impersonalidad del mercado se ve reflejada en muchas características básicas del derecho contractual: la reticencia de los tribunales para anular los pacto en que las contraprestaciones no son equivalentes. P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, pp. 448-451, la preferencia por la compensación de los daños por el cumplimiento de la obligación, véase, Kronman, *supra* nota 10, pp. 269-276, la no compensación por daños emocionales, S. Williston, 11, *supra* nota 8, § 1341, y el rechazo a reconocer las dificultades financieras como una forma de coacción, *Hackley v. Headley*, 45 Mich. 569, 8 N.W. 511 (181).



deudor. Cuando un deudor es tratado de este modo, como un ego sin cuerpo o una voluntad sin cualidades personales,<sup>101</sup> es fácil olvidar que incluso la transacción más impersonal ocurre entre seres humanos con historia natural, y subestimar la importancia para la libertad misma, de las capacidades que las personas normalmente adquieren cuando maduran. Estas teorías de las obligaciones basadas en la voluntad, que dominan el panorama intelectual hoy, oscurecen la complejidad de nuestro derecho contractual ofreciendo una concepción desnaturalizada de la persona en la cual la pasión y la imaginación moral no juegan ningún rol. Como resultado, las cuestiones que en nuestro derecho contractual están relacionadas con estos conceptos se han vuelto misteriosas y han sido objeto de sospechas desde un punto de vista moral. El redescubrimiento del discernimiento como tema de interés e importancia sería un paso en otra dirección.

## Conclusión

Nuestro sistema jurídico limita la libertad contractual de muchas maneras y por muchas razones. Algunas de estas restricciones son paternalistas: su propósito es prevenir que personas se dañen, a sí mismas, por sus promesas desventajosas o gratuitas. Sin embargo, las normas paternalistas en nuestro derecho contractual no derivan de un único principio, ni hay una idea que explique mejor todas estas normas. En este artículo, he descrito tres diferentes formas de paternalismo y he intentado clarificar los presupuestos filosóficos que subyacen en cada una. He argumentado que sólo la primera, la garantía imperativa, puede ser defendida plausiblemente sobre la base de términos económicos. Todas pueden ser justificadas sobre la base de fundamentos morales. Sin embargo, en cada caso, la justificación se basa en un principio o ideal diferente: la justicia distributiva, el respeto por uno mismo y el valor del discernimiento y la imaginación moral. El concepto de paternalismo involucra demasiada diversidad filosófica para ser útil por sí mismo. Es erróneo sugerir que todas las restricciones paternalistas se encargan de un mismo problema y que las debemos justificar con un único principio o, caso contrario, no pueden ser justificadas.

Obviamente, los principios morales que subyacen en las tres formas de paternalismo distinguidas en este artículo no están totalmente desconecta-

---

<sup>101</sup> Véase, C. Fried, *supra* nota 59, pp. 2, 68-69; O.W. Holmes, *The Common Law*, 1881, p. 300; R. Posner, *supra* nota 21, pp. 65-68.

dos entre sí. He puesto énfasis, en particular, en la relación directa entre imaginación moral y arrepentimiento. Una teoría completa de la persona podría iluminar más la relación entre ambos. Puede ser posible establecer una conexión entre estas ideas (las cuales pertenecen al área de la vertiente filosófica de la psicología) y el concepto de justicia distributiva argumentando, como hace Rawls,<sup>102</sup> que el respeto a uno mismo es un bien social cuya distribución está sujeta a los requerimientos morales aplicables a todos estos bienes. Si estas relaciones pueden algún día ser establecidas con tanta convicción como la filosofía permita, entonces quizá debamos concluir que el concepto de paternalismo tiene una unidad subyacente después de todo. Sin embargo, será una unidad diferente, y una más profunda, que la que el concepto tenga ahora.

---

<sup>102</sup> J. Rawls, *supra* nota 61, pp. 440, 534.