

Obligación contractual*

Contractual obligation

Ricardo Gutiérrez Aguilar
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-0291-8419
gutierrezaguilar.ricardo@gmail.com

Cita recomendada:

Gutiérrez Aguilar, R. (2020). Obligación contractual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, pp. 164-178.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5271>

Recibido / received: 23/06/2018
 Aceptado / accepted: 16/02/2020

Resumen

El presente trabajo se plantea los interrogantes tanto legales como morales a que una teoría del contrato –y de su equivalente deóntico, la promesa– aboca. Encontramos esta doble naturaleza de las obligaciones legales ya desde los tiempos del derecho romano clásico, pero no es sino desde los años 80 que el tema ha experimentado una segunda vida académica. Con el advenimiento de la llamada *muerte del contrato*, los teóricos de la materia han discutido si el derecho civil no debería reabsorber la teoría general sobre el contrato como disciplina independiente, y reducir su componente moral. Las obras de Charles Fried y de Patrick Atiyah, reivindicando un compromiso moral fuerte en el ejercicio de la teoría y práctica jurídica de la promesa han abierto el camino a la actualidad del debate y presentado una alternativa a la exitosa teoría económica del contrato.

Palabras clave

Obligación, contrato, promesa, teorías económicas del contrato, teorías deónticas del contrato

Abstract

The aim of present article is to lay out the usual legal and moral enquiries to which a theory of contract –and its deontic equivalent, promise– leads. We can assess this dual nature of legal obligations even in classic Roman Law times, but it is not until the 80s that the issue has experienced a second academic life. With the sudden rise of scholarship around the so-called death of contract, theorists on the subject have discussed if would not be more convenient to reabsorb the general theory of contract as an independent discipline within tort law, reducing

* Este trabajo se enmarca dentro del proyecto postdoctoral de investigación *On the Letter and Spirit of Imitation: Exemplum and Exemplarity* (2017-2020), adscrito al Departamento de Lógica y Filosofía Teórica (Facultad de Filosofía, Universidad Complutense de Madrid–UCM) y bajo la supervisión del Prof. Dr. Ricardo Parellada. Vienen a sumarse sus resultados científicos a los generados dentro de los proyectos PAIDESOC – *El desván de la razón: cultivo de las pasiones, identidades éticas y sociedades digitales* (FFI2017-82535-P), dirigido por la Prof^a. Concepción Roldán Panadero (Instituto de Filosofía–CSIC) y el proyecto de innovación educativa de la Universidad Complutense de Madrid *Precariedad, exclusión y diversidad funcional: lógicas y efectos subjetivos del sufrimiento social contemporáneo (II)* (Innova- Docencia PIMCD84), dirigido por la Prof^a Nuria Sánchez Madrid (Departamento de Filosofía y Sociedad–UCM) y el macroproyecto *Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (OnTrust–CM. H2019-HUM5699), dirigido por el Prof. José María Sauca Cano.

in this exercise its moral component. Charles Fried's and Patrick Atiyah's work vindicating a strong moral commitment in legal theory and practice through the underlying idea of promise has left opened the trail to contemporary debate and offered an alternative to the otherwise successful economic theory of contract.

Keywords

Obligation, contract, promise, economic theories of contract, deontic theories of contract

SUMARIO. 1. Las dos vidas útiles del derecho civil. 2. El derecho de las obligaciones: a quién, a qué y para qué se ata uno. 3. La obligación como técnica legal: los intereses entre la necesidad y el respeto.

1. Las dos vidas útiles del derecho civil

Se dice que son los inmortales Plauto y Cicerón los que aparentemente tendrían el honor de haber introducido en nuestro corriente vocabulario legal y moral –por medio de una comedia el primero, el *Truculentus*, y una serie de epístolas el segundo, *Epistolae ad Brutum*– el término *obligatio* (Zimmerman, 1992, p. 1). Entre el drama y la discusión filosófico-política se nos cuela entonces la noticia del simbolismo antiguo de un obligare que encerraba en los tiempos del derecho romano arcaico el sentido más descarnado de la sujeción, la constricción y el hallarse encadenado. Y es que la partícula lig- era la atadura mismamente. En aquella incipiente noción de derecho el obligado era el que podía conocer muy bien la cuerda, la cadena, la soga con que se le conducía por el cuello al mercado de esclavos... Estar obligado era así un estar atado literalmente, atado en un sentido físico donde el prefijo ob- nos avisaba de que a lo que estábamos ligados era a algo que teníamos enfrente y que competía en fuerzas. El *debitor* tenía su *creditor* correspondiente: aquél a quien se había agraviado. La relación de obligación no podía ser más personal pues, alguien adquiriría como bien el derecho a disponer de otro. Un título sin limitación en principio. La *obligatio* primera era a la vez derecho y deber incondicional. Incondicional e involuntariamente adquirido por ambas partes. Pero en este caso concreto el primer trato –legal y moral– que se tiene con un otro lo entendía el romano por uno frente al que habría que precaverse, pues se creaba una *obligatio* recíproca donde alguien había sufrido un daño o un perjuicio. No es de extrañar entonces que se haya visto en este origen primitivo de un porvenir derecho de las obligaciones una filiación primera fundamental antes bien con la idea de responsabilidad civil –‘*tort*’ [derecho de agravio, daño o perjuicio] en el sistema de derecho anglosajón– que con las responsabilidades voluntarias que se suponen cubiertas por la idea de obligación que contiene el contrato (Zimmerman, p. 2; Hogg, 2011, pp. 58-62; Hogg, 2017, pp. 27-29).

Si hacemos buena esta idea que separa la sanción que emana de las conductas punitivas no buscadas –*ex delicto*– de aquella obligación que surge de una disposición voluntaria a sujetarse a derecho –*ex contractu*– (Zimmerman, 1992, pp. 14-18; Hogg, 2017, pp. 59-61; Birks, 2014, pp. 17-20), el uso primitivo de la voz “*obligatio*” respondía como decimos a la responsabilidad en que incurría un infractor con respecto a otro pero con el discurrir del tiempo permitiría diferenciar la obligación que surge ante la coerción de aquella que nace del respeto, adelantando así una teoría general sobre cuáles son las fuentes de autoridad de las que bebe la ley. La primera clase de responsabilidad surgía de la aparición de una *laesio*, una lesión de derecho en el agraviado. Quedaban obligados personalmente ambos, sí, pero el deudor quedaba obligado con su propia persona como prenda de la deuda. Así, en aquel momento arcaico del derecho en que las estructuras del Estado apenas se

dejaban ver, el derecho de obligaciones que imperaba era uno estructurado en torno a unidades familiares. La estructura «legal» de cada una de estas unidades apenas debía ocuparse de las relaciones jerárquicas entre sus distintos miembros –con el *pater familias* en la cúspide–, y de los derechos de sucesión y propiedad. El derecho civil actual sería el centro de gravedad de tales cuestiones, y la responsabilidad jurídica a él ligada su campo. No obstante, la ley así descrita presentaba lagunas. El ilícito civil surgía a la lumbre de las querellas entre distintas unidades familiares, esto es, entre distintos *pater familias* que, como tales eran la máxima autoridad en su propio núcleo familiar. Pero ¿cómo habían de relacionarse entonces las personas de autoridad entre sí? El primer derecho creativo como obligación figuraba así, en ausencia de un Estado que lo regulara, como un derecho ni más ni menos que absoluto a la venganza. Una clase de justicia conmutativa sin límites. No habiendo mediador el pago equitativo podía ir desde el cobro por medio de la muerte del deudor –el culpable del agravio– hasta su apresamiento y posible venta posterior como esclavo¹. El límite entre derecho real y derecho personal se confundía pues, siendo el cuerpo mismo y la vida del agravante el valor que restituía al agraviado. El cuerpo como bien de transmisión. Traducido como propiedad.

Un derecho *in rem* [*real*, en la cosa] es uno que depende para su exigibilidad de la localización de la cosa misma. Un derecho *in personam* [*personal*, de la persona] es uno que depende para su exigibilidad de la localización de la persona. ‘Exigibilidad’ significa aquí ‘habilidad para requerir’. Y cuando se trata de ser riguroso en la interpretación de estos derechos siempre nos encontraremos a una persona en el otro extremo de la demanda como aquél que lo recibe (Birks, 2014, pp. 11-12).

El derecho se tiene, equivale a una demanda, lo que confiere por tanto es autoridad incondicional sobre el otro participante de la obligación.

La idea de *iuris vinculum* [vínculo de derecho] presente al fin en las *Institutiones* de Justiniano (529-534 d.C.) sería el ejercicio acabado de aquella mediación que nos faltaba entre la idea de sanción en la ley y el discutible componente moral de la misma. ¿Se obliga uno por temor o por respeto? La respuesta sería una posible estación de llegada que terminaría por colmar precisamente ese camino simbólico de la atadura física a la obligación voluntaria que la sustituiría –*ex contractu*–. Y en ese camino simbólico ya desde el período clásico del derecho romano la doble vida del contrato, legal y moral, iría cobrándose hasta nuestros días su forma definida. De la responsabilidad como culpa *in contrahendo* al deber de cumplimiento complementario. Hay que decir que la andadura tuvo lugar merced al momento positivo de la formalidad. De la práctica social explícita como mediación. Se necesitaban sustitutos simbólicos. Como si de una cadena de fetiches se tratase, la vida del deudor que se tomaba como pago fue sustituida paulatinamente, sí, por el poder sobre el cuerpo entero y su localización –el cuerpo apresado y expuesto, vendido por un precio, pero también liberado–, y tan real era el procedimiento del *manus iniecto* [literalmente, echar mano de alguien] extraprocesal como el procesal por el cual se era citado ante el pretor por parte del demandante. Pero la exigibilidad, el derecho que en un extremo tira de la responsabilidad del otro, puede modularse también a través de un precio, otro sustituto, y la primitiva *lex talionis*, tanto como el *nexum* de la República y el *mutuum* a modo de primer contrato informal vinieron a describir positivamente *ex lege* [partiendo de la ley] y por medio de la fórmula solemne

¹ El *creditor* adquiriría sobre el deudor el mismo poder que un *pater familias* poseía sobre sus descendientes. No obstante, se sabe que esto tenía sus límites: no se conoce de ningún caso en el que el deudor pagara la deuda con su vida –arrojado desde la Roca Tarpeya– o fuera descuartizado para saldar el pago de varios acreedores. Hay indicaciones de cuántos días debía contemplarse el cautiverio –60 días– antes de ser llevado al mercado en tres días consecutivos para su venta, sobre cómo debía ser alimentado y cuánto debían pesar sus cadenas. Estas condiciones se suponen atenuantes legales a la discrecionalidad absoluta (Zimmerman, 1992, nota 13, p. 3).

los diversos momentos de concreción de ese poder autoritario de la *obligatio* originaria primero sobre otro, y finalmente en sus nuevas formas voluntarias sobre uno mismo. Transmitidos con ello ambos poderes a modo de propiedad entre ciudadanos en el juramento y la promesa que contiene la acción del contrato. La validez de la obligación dependía pues de un primer cumplimiento, el cumplimiento de una formalidad ostensiva.

El derecho romano contaba para ello con la figura clásica de la *stipulatio* como acto jurídico por antonomasia. Clave además a la hora de comprender la doble naturaleza en tanto obligación que muestra de modo eminente nuestra actual idea de contrato. La base de la *stipulatio* –como la que sostiene al contrato en muchas de sus interpretaciones– es una promesa.

La formación de una *stipulatio* se lograba por medio de un simple intercambio verbal. El tenedor de la promesa (*creditor*) preguntaba al que promete (*debitor*) si estaba dispuesto a asumir lo prometido en cuestión. Así, por ejemplo, bien podía preguntar ‘¿prometes pagar cien [denarios]?’ (*spondesne centum dare?*), ante lo cual el que promete simplemente había de contestar ‘Lo prometo’ (*spondeo*) (Hogg, 2011, p. 111)².

La *stipulatio* incardinaba la obligación como convención social a fin de poder ser positivamente ejecutada, a fin de poder ser exigida en su ejecución ante la autoridad. Era la forma explícita del significado de obligarse. Justo como para el caso del *σύμβολον* [*símbolo* y en su origen etimológico *unión de voluntades*] griego, el objeto físico que servía de sustituto se partía –aquí la palabra–, quedándose ambos contrayentes con una parte del mismo que sólo se correspondía con la del otro y que recordaría el pacto al reencontrarse. El intercambio de la *stipulatio* reflejaba de igual manera esta relación mutua, privada y exclusiva. Como en la *obligatio*, ambas partes se encuentran atadas por deber y en derecho, pues la *stipulatio* podía ser reclamada ante la justicia de no ser ejecutada, pero a diferencia de la *obligatio* arcaica, las dos partes implicadas debían dar su consentimiento voluntario para convertir el acto en exigible. La hacía igualmente explícita y vinculante, sancionable por ley ante el pretor. La flexibilidad de la *stipulatio* en cuanto a contenido, fuera éste más abstracto o más concreto, a pesar de requerir de una causa o razón del acto jurídico entre los contratantes, la convertía sin lugar a dudas en «comparable [en función] a la moderna teoría general del contrato» (Hogg, 2011, p. 112). La fórmula convencional mediaría para el asentimiento de las partes, introduciendo así de nuevo una distancia que aclara aquella confusión en que incurría la *obligatio* entre derecho real y personal, confusión localizada en el propio cuerpo del reo. El asentimiento voluntario que funda una obligación compromete a la persona, pero la compromete con una necesidad en principio sólo moral. Ya vendrá el paso de la promesa al contrato. Queda como trabajo para la autoridad competente decidir si el posible quebrantamiento de la *stipulatio* es punible o no. Cada extremo de esta peculiar *obligatio* requiere para su sostén de la aquiescencia de los contratantes, pero las promesas son gratuitas. Es el que asiente el que se decide a quedar bajo la ley, el que se obliga libremente. Sólo entonces puede requerirle su *creditor*. Obviamente bastaría con que cada uno de los circunstantes cumpliera con la formalidad ritual de responder a su vez con otra *stipulatio* para aproximarnos al intercambio de promesas –de obligaciones– que figura

² Nos explica Hogg que en un primer momento la única expresión formal válida era la construida con el verbo *spondere*, siendo así que con el andar del tiempo otros usos verbales fueron siendo admitidos. Así entre otros, *dare* [*dar, donar*] y *promittere* [*prometer*] vinieron a sumarse al rito público (Hogg, 2011, p. 112). Para una aproximación a la problemática de la proyección simbólica de la obligación en el vocabulario concreto de promesa y contrato. Hickey, R. (1986). A Promise is a Promise: On Speech Acts of Commitment in English. *Studia Anglica Posnaniensia*, 28, pp. 69-80.

a día de hoy como la definición canónica de lo que un contrato es para el *Common Law* (Hogg, 2011, p. 50; Samuel, 2001, pp. 525-ss.).

Baste decir a este punto que la teoría del contrato y de la promesa en derecho, el derecho de las obligaciones, continuó sus desarrollos paralelos en torno a su carácter legal y moral a lo largo de los siglos, repitiendo con la experiencia de cada escuela la dicotomía entre voluntad y expectativa, coerción y deber, como fuentes de obligación constituyéndose poco a poco y casi milagrosamente en una rama diferenciada y distinta dentro del derecho privado junto a la responsabilidad civil [*tort*] y el derecho de propiedad. Para ello, como nos señala Fried, una de las referencias ineludibles, «la promesa [y el contrato debían verse como] un tipo de invención moral: su modo de causación había de ser el de la causación moral; pues permitían a las personas crear obligaciones donde antes no las había, ofreciendo a los individuos libres una facilidad para extender su alcance» que el derecho de daños y el de propiedad no podían tener prevista. Creando obligaciones a su vez que tampoco podían tener por tanto previstas (Fried, 2015, p. 137). Esta “vida independiente” del contrato como rama del derecho lleva tantos siglos de desarrollo y andanzas como siglos lleva en peligro constante de muerte, siendo amenazada por su vieja pariente, la responsabilidad civil con ser engullida de nuevo para ser una más de entre sus muchas obligaciones. Allá por 1974 publicaba Gilmore el que se ha convertido en un clásico de la literatura sobre teoría del contrato, su *The Death of Contract [La Muerte del Contrato]*. Gilmore se volvía hacia la historia más reciente de la institución para tratar de entender los peligros a los que la veía sometida³. Y justamente el peligro estaba donde siempre había estado, en ser reabsorbida por las disciplinas afines en el mundo de las obligaciones. Este peligro de muerte tenía como colaborador necesario la doctrina económica en boga, que trasegaba los distintos campos del derecho para convertirlos en función de eficiencias. Y claro, las posibilidades de la acción futura que encerraba toda teoría del contrato era terreno fértil para semejantes proyecciones. Esta que parecía una preocupación local, sin embargo –circunscrita a la historia particular de la jurisdicción estadounidense– acabaría siendo el ascua que despertó el interés contemporáneo sobre el tema: no se puede entender el año 81 con la publicación casi simultánea del *Promises, Morals and Law* de Atiyah y el *Contract as Promise* de Fried sin aquél (Atiyah, 1981). El realismo jurídico [*legal realism*] y la escuela de los estudios críticos jurídicos [*critical legal studies*] planteaban como avanzadilla en esta línea economicista el reto escéptico sobre la posible justificación que una doctrina del derecho demasiado cargada normativamente tendría una vez alejada por ello del carácter inmediato de los estudios de caso.

Para estas escuelas el derecho se construiría antes que, sobre la interpretación y estudio de la doctrina precedente, acercándonos al momento del mismo fallo judicial y las circunstancias que lo decantan: así, las peculiaridades excepcionales del caso, los juegos de preferencias de los letrados y jueces, e incluso

³ La *muerte del contrato* [*death of contract*] es un lugar común como querrela académica ya histórica en la disciplina. Su origen según Gilmore y Atiyah estaría en los intentos de normalización técnica por medio de categorías de la propia práctica jurisprudencial en EE.UU. Dicha práctica –la parte usual del programa de estudios de Harvard Law School a finales del siglo XIX– consistía más bien en una típica *lectio* doctrinaria. Cuando Christopher Columbus Langdell –influencia intelectual del futuro Oliver Wendell Holmes Jr. del *realismo jurídico*– toma posesión de su cargo como Dane Professor of Law en 1869 se propone ordenar en un manual de casos la monótona práctica pedagógica de la *lecture* en base a su coherencia y eficacia. Introduce una técnica positiva. En su *Selection of Cases on the Law of Contracts* de 1871 crea un índice y estructura la obra en torno a él de manera que en el mismo se sugieren principios rectores que darían para una incipiente *teoría general del contrato*. Esta estaría basada en una investigación prospectiva de las responsabilidades, deducida a partir de las circunstancias particulares proyectadas de cada caso, de su coherencia, y bajo el ideal de la eficacia explicativa –*ex ante*– (Langdell, C. C. (2014). *A Selection of Cases on the Law of Contracts with References and Citations*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.).

la política interna de la sala y la influencia de la opinión pública serían condicionantes a tener en cuenta para poder entender el proceso real de constitución de una disciplina. Las distintas teorías económicas de la ley [*economic theories of law*] se sumarían a estos esfuerzos poniendo el acento no obstante en el momento de la predicción, en la proyección de una explicación que dé asiento coherente a los, de otro modo, datos dispersos del caso. Es el conjunto de teorías que presentaba en aquel momento un frente más unificado.

La aproximación desde una teoría del beneficio [*welfarist*] comprende sólo un enfoque: el de la ley y la teoría económica. Los enfoques que no se ocupan del beneficio [*nonwelfarist*] tienen disponibles muchos sabores, pero cabría dividirlos convenientemente en teorías 'liberales' o 'promisorias', y teorías 'de la justicia correctiva' o 'de la confianza [*reliance*]' (Posner, 2005, p. 138).

Los sabores favoritos de Fried y de Atiyah. Frente al bienestar o beneficio proyectado como intención objetiva de las partes –lo que se conoce como argumentación *ex ante*– aquellas teorías que defienden una argumentación *ex post*: la interpretación justa de la doctrina como fuente de principios normativos independientes. Para Fried, para Atiyah –representantes de un inopinado frente común que podría llamarse deóntico [*deontic theories of law*]⁴– el momento fundacional es desde luego el del fallo judicial, pero entendiendo por tal fundación el proceso –que no procedimiento– de interpretar, de desarrollar, la potencia normativa de la doctrina y la jurisprudencia asentada con anterioridad. Sea con las implicaciones de una presunta lógica promisorio [*promissory logic*] o con la puesta en valor de la confianza depositada y lo que esto significa –*reliance theory*–, lo que importa es la justificación, no la explicación tan sólo. La doctrina del contrato –la de la promesa en derecho–, junto con sus obligaciones derivadas, ha de gozar de buena salud porque los principios por los que se rige no son susceptibles de solución a otros. Como fuente distinta de responsabilidad reclama un estatuto normativo fuerte, sosteniendo su irreductibilidad a otras áreas del derecho. Son fuente de derecho a la que hay que ahormar el caso y el fallo subsiguiente –*ex post*– donde para el *economic theorist* el caso mismo, y no otra cosa, es la fuente primordial de derecho –*ex ante*–.

2. El derecho de las obligaciones: a quién, a qué y para qué se ata uno

Prometer o contratar, de igual manera que los pretéritos *spondere, dare, praestare*, son de por sí el anuncio explícito de una acción futura. Son verbos con los que uno dispone públicamente de su compromiso a hacer algo. Verbos cuya función es colocarse bajo un compromiso. De hecho, la *obligatio*, la *stipulatio*, ya podían anticipar semejante conclusión por lo hasta aquí dicho. Los partidarios de las aproximaciones deóntica y económica al contrato no lo ven tampoco de distinta manera, aunque –eso sí– pongan distinto peso en sus compromisos teóricos. Si para unos la confianza a futuro presenta una oportunidad inmejorable para revisar el peso moral de la práctica social y legal, para otros es la ocasión de medir el alcance y eficacia de dicha confianza como mejor explicación del fallo judicial particular presente y por venir.

Se nos describe cualquiera de estas convenciones como una preferencia [*utterance*], hablada o escrita, que desencadena un efecto inmediato –el compromiso o confluencia del prometer de una o varias partes, *promittere*– y uno mediato –la acción diferida en su ejecución, el contenido propio del contrato o la promesa. Contratar, prometer, obligarse así bajo ley o convención, son entre otras cosas catalogados de actos de habla [*speech acts*]. Son palabras que funcionan

⁴ La clasificación de Posner tiene una alternativa en Kraus, J. S. (2004). *Philosophy of Contract Law*. En Coleman, J. L.; K. E. Himma; S. J. Shapiro. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, UK: Oxford University Press, p. 690.

objetivamente como acciones *–sermo iniecto–*. Venga a ser promesa o contrato, hablamos de

una afirmación [o su equivalente pragmático] por medio de la cual una persona [o varias] se comprometen [y pueden ser requeridas] a la ejecución de una acción futura de carácter benéfico, o al desistimiento también benéfico para con dicha ejecución, en favor de otra persona (Hogg, 2011, p. 6)⁵.

Por regla general el contrato, la promesa, se caracterizan por ser (i) un instrumento social para facilitar la institución de una obligación requerible; (ii) a fin de proveer a una persona jurídica de un beneficio; (iii) a futuro. Tanto Austin como Searle no han tenido problemas en incluir dichas actividades comunitarias –en concreto la promesa– como acto de habla, o algo que se viene a hacer en definitiva con palabras⁶. Si para ellos la especificidad de la promesa es que se instituye en el mismo momento de su pronunciamiento ameritando como acto ilocutivo [*illocutionary act*], y que su contenido proposicional refiere a una acción sita en el futuro, no queda muy lejos el razonamiento por el cual si

aquél a quien se promete no debe tan sólo escuchar [y entender] la promesa, *sino asentir además a la misma* [...]podríamos caracterizar el contrato de suplemento *perlocutivo*] argumentando que tan sólo sería efectivo como acto en el caso de que el receptor del mensaje *quedara además convencido por las palabras del emisor* (Hogg, 2011, p. 15)⁷.

Es decir, Searle sostiene por ejemplo que como acto de habla la fuerza ilocutiva de la promesa como gesto estaría en la posibilidad de constituir de inmediato una obligación por parte del promisor. Dicha fuerza ilocutiva se aplica sobre el contenido de un contrato que es en realidad una condición futura a falta de consentimiento. Es primero únicamente una obligación voluntaria unilateral a futuro.

De manera que los usos explícitos de tales preferencias *–prometo, spondeo...–* estarían determinados por la convención que es la práctica y referidos sólo y exclusivamente a este tipo de contenidos no presentes. Tan es así que, cuando Searle trata de explicar otros usos del “yo prometo” que no nos son extraños –“te prometo que lo que digo es cierto” “juro solemnemente que diré la verdad...”– resuelve el expediente de dichos compromisos calificándolos de enfáticos, esto es, sólo pretenden sacar partido de una fuerza simbólica –que se pretende moral– separada de su contexto usual (Searle, 1969, pp. 58-59). Pero las promesas, las obligaciones a futuro, pueden ser llevadas a ejecución *–might be enforceable–* y lo que es aserción con importe en todo caso moral puede llegar a tener efectos jurídicos bien reales. Es

⁵ Introduzco la idea de *equivalente pragmático* pues autores como Atiyah defienden que la invocación o asunción de la obligación no tienen por qué ser mediadas únicamente por un uso explícito e intencional del vocabulario contractual o promisorio, sino que un gesto, una indicación con la cabeza, o cualquier medio que pudiera entenderse objetivamente también como de transmisión de una intención afirmativa –instancias perfectamente trasladables a la *stipulatio*–, servirían para su constitución ilocutiva como acto jurídico válido. La clave estaría en entender si era razonable para aquél que contrata o al que se promete deducir un compromiso de las expresiones del otro (Atiyah, 1981, pp. 108-ss.; Owens, 2007; Robbins, 1984).

⁶ Para una aproximación a dicha discusión se pueden consultar las lecciones IX y X en que Austin aborda el tema en Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press, pp. 108-131; Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 58-59; Robbins, 1984, pp. 143-144.

⁷ De hecho, esta es la base de la doctrina de derecho conocida como *promissory estoppel* en el *Common Law* y los sistemas mixtos de derecho, de cara a su requeribilidad. La doctrina establece que ante una promesa, si se ha inducido a la contraparte a confiar razonablemente en la acción u omisión del promisor, entonces en ausencia de mejores razones se constituye una obligación a fin de evitar la injusticia o perjuicio de la parte contraria. Es decir, se *ejecuta* [*it is enforced*] la promesa como obligación cuasi-contractual (Bix, 2012, pp. 40-41; Burrows, 1998, pp. 196-199). Cf. con nota 17 *supra*.

lo que hemos calificado de efecto perlocutivo [*perlocutionary effect*]: el reconocimiento por parte de la contraparte del contenido de la promesa y su aceptación vienen a sumarse a la asunción del promisor –o del contratante– de estar sujetándose a dicha condición, haciendo efectivo el acto. Se produce de esta manera un nuevo tipo de acto jurídico con efectos no sólo morales sino legales.

Así, de la misma forma que el derecho romano podría caracterizarse como uno orientado en acciones (Gordley, 2011, pp. 31-33), a saber, de un carácter instrumental en esencia más preocupado por la función de cada acto jurídico particular que en una teoría general sobre el derecho –teoría de la que por otro lado carece–, podría decirse que las ideas del contrato y la promesa y de las obligaciones a ellas vinculadas tienen un poderoso parecido de familia con otros actos de habla tenidos por parte de un supuesto derecho de las obligaciones. De modo que una reflexión general sobre las mismas debería construir sobre cada acto categórico distinto, que según época y jurisdicción han sido considerados de perlocutivos –constituyentes de obligaciones morales y legales. Una somera taxonomía de los dos más significativos para nuestros propósitos nos va a permitir identificar tres elementos persistentes a la hora de estructurar por analogía el concepto moral y legal de obligación en promesas y contratos: su lateralidad, condicionalidad y gratuidad⁸.

Votos y juramentos, contemplados como las formas arcaicas por excelencia de constitución de obligaciones, se hallan tanto en boca de profetas del Viejo y Nuevo Testamento como en las tragedias clásicas de la Grecia Antigua (Sommerstein y Fletcher, 2008; Schlesinger, 2008; Sommerstein y Bayliss, 2013). Su carácter solemne recuerda lo formal de la *stipulatio*. Un voto es aquella promesa dedicada a una entidad sobrenatural, sea el Dios bíblico o una deidad de un panteón particular. Junto a la peculiaridad del *creditor* al que se dirige –que permanece mudo en todo el proceso–, el voto suele aparecer bajo forma de condicionalidad y, por si fuera poco, dada la naturaleza de aquél a quien se promete sostiene una obligación por la parte del *debitor* que puede calificarse sin ambages de incondicional. Es decir, por un lado, supone en su expresión de lo prometido una contraprestación por parte de aquél a quien se dirige, pero por otro, vincula de manera absoluta al que lo emite. Sea el cruento voto de Jefe por ganar la batalla frente a los amonitas, o el piadoso de Ana si Dios le concede un hijo, el voto liga al que lo hace de manera absoluta y debe ser honrado, sin mediar aceptación siquiera. Se tiene en cuenta pues dentro del derecho de obligaciones sin duda la naturaleza unilateral, bilateral o multilateral del acto jurídico constituido⁹. Quiénes participan del mismo, quiénes se obligan con su participación. En este sentido, ha de leerse cada acto en su doble faz: en primer lugar, se ha de determinar quién puede dar lugar a la constitución de dicha acción en derecho; en segundo, quiénes en definitiva quedan atados mediante dicha constitución a la misma. Es decir, el alcance del acto jurídico mismo. De manera que, donde por ejemplo refiriendo al primer sobreentendido la institución del contrato precisaría de una participación recíproca o bilateral para quedar constituido, un intercambio de condiciones y su aceptación –momento de la formación del contrato–, la promesa caería dentro de los actos unilaterales según esta clasificación,

⁸ Esta clasificación tripartita de elementos estructurales de una presunta *doctrina de las obligaciones* varía de autor en autor obviamente. Su sentido general de todos modos se puede rastrear en las diversas nomenclaturas. A este respecto Burrows, 1998, pp. 1-15; Hogg, 2011, pp. 25-38; Hogg, 2017, pp. 18-26; Samuel, 2001, pp. 249-ss.

⁹ Téngase en cuenta que el concepto de *multilateralidad* amplía el espectro de las obligaciones a aquellos no necesariamente presentes en el momento de la promesa o el contrato, es el llamado *derecho de terceras partes*. Una peculiaridad del derecho romano es que justamente éstas no tenían ninguno en principio. Sólo posteriormente y como una evolución más allá de la conmutación de la *stipulatio* se empezó a permitir esta serie de obligaciones derivadas y –*stipulationes alteri*– (Zimmerman, 1992, pp. 41-45).

necesitándose únicamente la intervención del promisor para dar lugar a la obligación como tal. Entenderíamos por tanto por alcance del acto quiénes quedan designados como sujetos de obligaciones bajo dicha acción. Es el alcance lo que determina a su vez el elemento de gratuidad [*gratuitousness*] o no: si la prestación se realiza a la espera de una contraprestación correspondiente o no, y si una vulneración de las condiciones contractuales lleva aparejada la posibilidad por parte del *creditor* de forzar dicha contraprestación o una compensación equivalente. Frente a la donación [*donation, gift*], las categorías de promesa y contrato no entrañan de por sí ni el carácter unilateral ni el gratuito o no oneroso del acto en derecho. Hay promesas y contratos de todos estos sabores –como diría Posner–.

Nótese a este punto entonces lo peculiar del voto como constitutivo de obligaciones en que este alcanza en su constitución a dos partes siendo constituido por una sola. En esto radicaría su parecido de familia con una promesa. Nuestro voto como categoría aquí presente modula además su carácter como acto jurídico por medio de su condicionalidad. Margaret Gilbert ha querido distinguir entre promesas externamente condicionales e internamente condicionales [*externally conditional promises, internally conditional promises*], una distinción que ilumina perfectamente el espíritu del contrato igualmente (Gilbert, 1993, p. 632). Pues junto con los circunstancias que condicionan a no dudarle la constitución del mismo y de aquélla, el futuro advenimiento o cumplimiento de una contingencia es el que termina definiendo el acto en sí y adjudicando responsabilidades a cada parte. De modo que, serían condicionantes externos tanto la aceptación de la contraparte como la contraprestación que se le pudiera requerir a esta para cumplir la propia, no menos que cualesquiera circunstancias sobrevenidas que el promisor o contratante quisieran incluir como términos al contrato o promesa. No habría contrato, no habría promesa, sin un otro y una condición efectiva en tales casos. La condicionalidad de tal acto sería externa en tanto la obligación no se constituiría como tal hasta que se diera el caso y cumplimiento de la condición o condiciones estipuladas. A la inversa, la obligación que una promesa o contrato instituye puede no ya instituirse bajo condición, sino cesar también y disolverse bajo cláusula de condicionalidad –condición resolutoria– [*resolutive o resolutory condition*]¹⁰. La analogía con una promesa internamente condicional permitiría explicar a su vez el acto inmediato de constitución de un acto jurídico. Para el voto, por ejemplo, el promisor quedaría sujeto a su promesa nada más proferirla, volviéndola por la parte que le toca absoluta o incondicional como acto único, y, al mismo tiempo, estipularía sobre esta obligación una segunda –externa– sobre cuándo es de esperar el cumplimiento de la misma –lo que se llama condición suspensiva [*suspensive condition*]–: el hijo por nacer de Ana, la victoria sobre los amonitas (Hogg, 2017, pp. 80-89; Samuel, 2001, p. 350).

Apenas una pequeña modificación del voto nos introduce en la obligación peculiar que crea el juramento. Estamos ante una obligación para con la verdad, para con el propio testimonio. Un juramento supone también el acto explícito de asunción de un compromiso personal, ya que no se puede juramentar en lugar de otro –unilateral e incondicional en su doble sentido de absoluto y sin condiciones, además de no gratuito u oneroso, por tanto–, que requiere de la presencia de testigos a fin de resaltar no sólo el carácter público y formal del acto jurídico, sino también la sinceridad del compromiso que representa. Se introducen pues nuevas fuentes de obligación legal y moral: y es que el juramento supone la verdad de lo contenido en el mismo y, transitivamente, la honestidad de aquél que emplea este mecanismo. El que

¹⁰ Aunque pudiera parecer que lo que se consigue con semejante efecto es la *terminación* del contrato o la promesa, no es así: en realidad lo que se contrata en la condición es una omisión, donde una solución del contrato supone su ruptura. (Burrows, 1998, pp. 41-ss; Hogg, 2017, p. 80; Samuel, 2001, pp. 378-380).

juramenta se somete voluntariamente y por ello moralmente a un acto jurídico que se representa de cierto. Cercano en esencia a la forma jurídica de la garantía [*warranty*], no queda muy lejos esto de las consideraciones de Searle presentadas más arriba respecto del énfasis que algunos actos de habla reclaman.

En la actualidad, el uso del juramento [y el de la garantía] ha quedado en su mayor parte confinado al procedimiento judicial donde la confirmación del valor de verdad de la evidencia [forense] que se presenta es lo requerido, y al requisito por parte de los servidores públicos a la hora de acceder a su oficina (Hogg, 2011, p. 45).

El juramento presidencial de toma de posesión, o el hipocrático, son ejemplos que cualquiera puede manejar como comunes en este sentido. No menos que la idea de que como condiciones a un contrato se incluyen los hechos y circunstancias que lo afectan y la constatación de los mismos que representa el concepto de garantía contractual¹¹.

3. La obligación como técnica legal: los intereses entre la necesidad y el respeto

Cita Kimel a Hart en relación al origen de una posible teoría general sobre el derecho:

Nos encontramos con muchas técnicas por las cuales la sociedad puede ser controlada, pero la técnica característica del derecho penal es la de designar por medio de reglas determinados tipos de comportamiento como estándar a la hora de guiar bien a los miembros de la sociedad como un todo bien a una clase especial dentro de esta: lo que se espera es que sin ayuda o intervención de los oficiales comprendan aquéllos las reglas y vean que se aplican a ellos y se adapten a las mismas (Hart, 1961, pp. 38-39. Citado por Kimel, 2003, p. 34).

El derecho sería una técnica, un instrumento de orientación –más que de modificación– comportamental. Es decir, en tanto instrumento estaría dirigido a la satisfacción de una necesidad por medio de su utilidad. La orientación estaría guiada a su vez por la idea crítica de obligación. A saber, la norma y la regla no se rigen meramente por el miedo a la sanción –el contenido coercitivo implícito en el derecho penal, por ejemplo–, sino que requieren de la participación activa de la sociedad como un todo o de una clase particular dentro de la misma. Hay muchas técnicas y muchas clases de actos jurídicos como los que nos hemos encontrado poco más arriba, y apuntando todas a un determinado interés sólo algunas se orientan al mismo en base a la interpretación consciente de una norma. Valga en estas circunstancias el derecho penal por el derecho –al hacer abstracción de sus objetivos concretos–, y puede decirse de modo general entonces que el elemento normativo es el fundamento de la clase de técnica con la que nos las vemos. El derecho, a diferencia de otras técnicas, no puede hacer abstracción de su contenido normativo en tanto obligatorio. Así, por medio del mismo se provee la sociedad, el individuo de una guía hermenéutica –para ver que se aplica a ellos– que supone la comprensión y desarrollo de la misma doctrina –sin que haya necesidad en principio de que intervenga un tercero en el proceso–.

Hemos hecho abstracción del derecho penal y pretendido pasar por válida la analogía para acercar precisamente la reflexión al terreno del derecho en general, y es que según el entendimiento del propio Hart, el aspecto punitivo de la ley sería tan sólo un elemento sobrevenido y de segundo orden. Un complemento. El principal sin

¹¹ Téngase en cuenta que el concepto de *garantía* [*warranty*, *guarantee*] es un comodín tanto para la teoría general del derecho como para la epistemología. Es decir, se orienta eminentemente hacia el importe informacional –cognitivo– que contiene como condición. (Bix, 2012, pp. 66-67). Para una minuciosa exposición del lugar de una garantía en las condiciones y términos contractuales. (Samuel, 2001, pp. 348-354)

embargo estaría en la interiorización provechosa de la regla, la asunción de una determinada obligación de manera voluntaria. De la misma manera, la distinta amenaza de la sanción y la ejecución [*enforceability*] que puede pesar sobre la promesa, sobre el contrato, muestran en su

comparación no sólo que la práctica legal del contrato [siendo semejante] no posee el mismo valor intrínseco que su equivalente no legal; esta comparación proporciona de hecho la clave para entender el valor intrínseco que sí posee [...] [Y este] tiene que ver con el mismo contexto del que el contrato provee a fin de realizar ciertas cosas con otros no sólo fuera del marco de las relaciones [más familiares] ya existentes, sino también en ausencia de un compromiso para con las perspectivas futuras de dichas relaciones [...] Es, si es que se desea ver de esta manera, *el valor del desapego personal* [*the value of personal detachment*] (Kimel, 2003, p. 78).

Kimel presenta de esta manera su tesis central: contrato, promesa, son distintas técnicas de orientación en la práctica social y legal, y la orientación a la que sirven –la formación de obligaciones interpersonales– se vale de la institución de dos clases diferentes de responsabilidad que son al mismo tiempo semejantes en muchos aspectos. Donde la promesa permite la interpretación justa de las obligaciones a que da lugar gracias al contexto que preparan aquellas relaciones sociales que suponen cierta familiaridad y cercanía [*personal, of acquaintance*], cierta transparencia en los motivos próxima a los dominios morales de la sinceridad, el contrato da justamente juego a lo contrario, ofrece la oportunidad de crear el instrumento y técnica legal para separarse y distanciarse de esos contextos y poder ejercer mejor así el requerimiento y la exigencia que estaba presente en el sentido de aquella *obligatio* que nos ataba sin otros condicionantes ajenos. Pero decimos que son semejantes pues, ¿qué obligación de las dos sostiene un mayor grado de coerción sobre la parte que no cumple? ¿Es menos gravosa la mala conciencia del que rompe una promesa y acarrea una mera obligación moral que la amenaza de la sanción legal por incumplimiento de contrato? Para aproximar una posible respuesta a este problema de indistinción normativa volvámonos a sus utilidades. A cada técnica, su interés correspondiente.

Sosteníamos hace algunas páginas la importancia que cierta teoría especial del contrato concedía a los casos de estudio. Para las teorías económicas del derecho la fuente de sus razonamientos estaba en las circunstancias concomitantes al caso, y el jurista lo que debía hacer era proyectar éstas y salvar los fallos y huecos interpretativos del mismo por medio de la optimización de la mejor explicación posible para aquellas circunstancias. El caso era la fuente, y el caso complicado el *experimentum crucis*. Pero la preferencia del interés tras las voluntades de los encausados es sólo una de las claves para, por medio de la asistencia que una teoría de la decisión racional [*rational choice theory*] proporcionara, convertir las razones jurídicas a la coherencia de los hechos de derecho concretos. La otra clave estaba en el juicio presente –real– del jurista. Es el juez, el abogado, el que tiene que buscar causa y consideración [*consideration*] al actuar unilateral o recíproco de los contratantes¹². Y si no lo encuentra, habrá de salvar el vacío legal con ayuda de su

¹² La noción de *consideración* o contraprestación [*consideration*] que se asienta como doctrina fundamental en muchos procesos de las jurisdicciones de la *Commonwealth* y EE.UU. descende de la escolástica de *causa*. Dicho llanamente, la *consideration* no sería sino la razón motivadora de que se instituya una promesa o contrato, razón que habría de existir –aquí la influencia aristotélico-tomista haría su guiño– para que el acto jurídico fuera considerado válido. Así, en determinadas jurisdicciones un contrato jamás podría ser gratuito –por ejemplo, un *fideicomiso* [*trust*]–, y su naturaleza misma como acto justificaría que el juez buscara una razón interesada –para nuestro caso, el valor y aprecio mutuo que los familiares que entran en esta relación jurídica presentan– en el acto mismo. La noción de *quid pro quo* sería una aproximación también. No hay obligación sin interés recíproco, pero, es más, no hay

sentido común y su conocimiento de las convenciones y prácticas a las que está acostumbrado. No es extraño que, si de justicia hablamos, la técnica favorita del teórico económico del derecho sea entonces la de la justicia conmutativa. La de la eficiencia. Explicación y predicción buscarán el equilibrio de fuerzas en el acto jurídico.

La teoría económica trata por tanto el proceso de la sentencia de ‘caja negra’ y mira a la teoría legal como ofreciendo explicaciones de lo que esta contiene [la mejor explicación posible, no verdadera es el objetivo]. Bajo esta perspectiva, *la ley consistiría en cualesquiera principios que explicaran mejor los resultados [del fallo judicial], no su razonamiento expreso* (Kraus, 2004, p. 693).

De ello se deduce que «los contenidos semánticos respectivos de “conducta ilícita” y “confianza razonable” serían desarrollados a través de la práctica de la ley [...] y no podrían ser determinados por adelantado» (Kraus, p. 699). *Ex ante*, los casos complejos serían la oportunidad perfecta –y el verdadero momento decisivo para la ley– para determinar la cadena del razonamiento jurídico y sentar cátedra sobre sus obligaciones: no por nada el teórico económico del derecho no mira hacia el momento interpretativo, sino hacia el legislativo como el pilar sobre el que se funda la ley (Kraus, p. 702). Es en el ejercicio de legislar donde encontraremos el nervio de la práctica legal de obligarse. Y este y no otro es el parecer del que puede considerarse su más ilustre precedente: Hume habría sostenido que la práctica social de la promesa, del contrato, crea obligaciones, y las crea sosteniéndose en las convenciones existentes. Es el contexto social, político, el que ofrece el significado real de la práctica... de manera prospectiva. La promesa, el contrato, son invenciones humanas [*human inventions*], técnicas orientadas al uso y la costumbre, fundadas en la necesidad y el interés asentado en la sociedad (Hume, 1960, p. 522). Parecería entonces que la sociedad tendría intereses a veces nada menos que en obligarse, y para ello, se surtiría de diversos artefactos legales.

¿Y por qué los seres humanos harían y aceptarían promesas [y entrarían en contratos]? ¿Qué interés humano quedaría servido mediante este procedimiento? Muchos sostienen que prometer sirve a lo que podríamos denominar *un interés informativo*, un interés en disponer de información sobre lo que pasará [...] Bajo esta perspectiva los seres humanos se toman las promesas [y contratos] seriamente porque desean tener información correcta acerca de cómo van a actuar otros seres humanos (Owens, 2006, p. 51).

Pues saber qué pasará permite hacer planes *ex ante*. Proyectar, coordinarse. Más allá de la idea ramplona del consecuencialismo, es la idea detrás de las teorías contractualistas de la obligación en la promesa y el contrato –a partir de Hobbes en adelante, pasando por Rawls y hasta llegar por ejemplo a la versión particular de Thomas Scanlon¹³–. Cabe decir entonces que, de sus especies, la forma de obligación legal más próxima al contrato sería la del *acuerdo [agreement]*. Tanto es así que en los contextos en los que la *Common Law* tiene algo que decir, se define – como ya hemos apuntado– el contrato como un *exchange of promises* [intercambio de promesas], y al *agreement* como formado de promesas en sí. En buena sintonía humeana, un acuerdo sería la invención humana, la técnica, que permitiría crear en derecho una obligación como resultado legal final del mecanismo que es la promesa. Esto es, un acuerdo es un intercambio recíproco de promesas cuyo contenido respectivo consistiría en el deseo de someter a los circunstancias a una obligación legal mutua presente orientada a futuro.

obligación sin intercambio comercial. (Bix, 2012, pp. 32-36; Samuel, 2001, pp. 307-311). Un trabajo enfocado íntegramente desde esta perspectiva es el ya citado de Andrew Burrows (1998).

¹³ Para una reconstrucción de este camino argumentativo desde el punto de llegada que es la posición de Thomas Scanlon: Kolodny, N.; Wallace, R. J. (2003). Promises and Practices Revisited. *Philosophy & Public Affairs*, 31 (2), pp. 119-154.

Pero «los seres humanos a menudo también tienen lo que podría llamarse un interés en la autoridad [*authority interest*] [...] A menudo se quiere esta por sí misma (no sólo para facilitar la predicción o la coordinación). A menudo tengo un interés en tener el derecho de determinar» lo que otro ser humano va a hacer (Owens, 2006, pp. 51-52). Y desde luego, lo que yo mismo voy a hacer. Un interés en determinar una obligación para mí o para otro. Esta sería la función de la promesa y el contrato. La aproximación desde una teoría del beneficio no comprende entonces sólo un enfoque, por mucho que diga más arriba Posner. Las teorías deónticas del derecho [*deontic theories of law*], compitiendo con las económicas, inciden sobre este punto al emplear como central la noción de autonomía. Hay que suponer un sujeto de derecho autónomo si hay que dar cuenta del concepto de obligación. La acción futurible se debe determinar desde su justificación normativa, y esta justificación tiene como fuente la voluntad humana [*human will*]. Sólo una voluntad humana que se determina a sí misma –que se da a sí misma la forma de la obligación, la regla y norma– puede ser legítima. No sólo eso, sólo siendo entonces moral la obligación puede ser legal. En la promesa, en el contrato, es esta facultad así modulada la que actúa de soporte y explicación –pues antes de explicar hay que justificar, *ex post*– de la intención y la decisión promisorio o contractual. De fuente. Cada acto tiene un valor intrínseco como acto jurídico que eleva una obligación independiente, expresiva de la voluntad de las partes contratantes. La tarea del jurista es desarrollar las implicaciones de una tal facultad en base a principios y mostrar como dichos principios estructuran la doctrina del derecho. En el fallo judicial el juez se coloca ante la interpretación lógica de la norma y a hombros de la historia hermenéutica a que ha dado lugar. Fried habla por ello de una lógica promisorio [*promissory logic*] no menos que de una convención o práctica social [*convention, social practice*] (Fried, 2015, pp. 8-14). La teoría deóntica se proyecta entonces desde una teoría hermenéutica legal del significado de los conceptos y las voluntades en una teoría de la confianza [*confidence, reliance*] y la seguridad [*trust*], clases de bienes que surgen –y pueden declinar– de la responsabilidad y la obligación. Para Patrick Atiyah, para Charles Fried, la cadena de la responsabilidad va sin lugar a dudas de la moralidad a sus consecuencias legales, pero donde el primero entiende que el punto de vista determinante es el del *creditor* y, por ello, el valor que decanta una ley de obligaciones es el de su dependencia respecto del *debtor* –*reliance*–, para el segundo, el principio de autonomía y responsabilidad no debe definirse negativamente –en base a la confianza traicionada [*detrimental reliance*]– sino en función de la gestión de un recurso social básico, la seguridad [*trust*], función que en contrato y promesa invocan el contratante y el promisor en el ejercicio de su voluntad libre. Así, en el debate que sobre las relaciones entre obligaciones contractuales y promisorias han encarnado ambos, a la visión de la promesa como contrato de Atiyah, ha respondido Fried a su vez con su famoso Contrato como Promesa¹⁴.

¹⁴ Es importante resaltar la diferencia fundamental entre ambos autores –cuyo debate dialéctico es lugar común en toda discusión sobre el tema– desde la perspectiva de la ejecución del contrato y la promesa, y de que, hacer en caso de su posible quebrantamiento –el llamado *breach of contract* o *breach of promise* y sus *compensaciones* [*remedies*] correspondientes. Para las posturas que interpretan el contrato desde el punto de vista de la promesa, el cumplimiento del mismo tiene un cariz moral que hace que ante su terminación la compensación reclamada deba contemplar la idea de forzar su ejecución –*specific performance*– antes bien que su traducción en una compensación equivalente –los llamados daños por confianza [*reliance damages*]– que sería hacia lo que apuntarían los partidarios de una versión menos moralista. En resumidas cuentas, para los partidarios de una lógica promisorio, sólo el cumplimiento de lo prometido es lo justo, mientras sus oponentes sostendrían que lo único que debe hacerse es corregirse la injusticia por medios menos limitantes de la libertad individual. Hay jurisdicciones para ambas posturas (Hogg, 2011, pp. 348-358).

Bibliografía

- Atiyah, P. (1981). *Promises, Morals and Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: Clarendon Press.
- Birks, P. (2014). *The Roman Law of Obligations*. En Descheemaeker, E. (ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Bix, B. H. (2012). *Contract Law: Rules, Theory, and Context*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bossini, F. R. y Gleeson, M. (1998). *Diccionario bilingüe de terminología jurídica. Inglés-Español/Español-Inglés – Bilingual Dictionary of Legal Terms. English-Spanish/Spanish-English*. Madrid: McGraw Hill.
- Burrows, A. (1998). *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*. Oxford: Hart Publishing.
- Fried, C. (2015). *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Gilbert, M. (1993). Is an Agreement and Exchange of Promises? *The Journal of Philosophy*, 90 (12), pp. 627-649.
- Gordley, J. (2011). *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hickey, R. (1986). A Promise is a Promise: On Speech Acts of Commitment in English. *Studia Anglica Posnaniensia*, 28, pp. 69-80.
- Hogg, M. (2011). *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hogg, M. (2017). *Obligations: Law and Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hume, D. (1960). *A Treatise of Human Nature*. L. A. Selby-Bigge (ed.), Oxford: Clarendon Press, Oxford.
- Kimel, D. (2003). *From Promise to Contract: Towards a Liberal Theory of Contract*. Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Kolodny, N. y Wallace, R. J. (2003). Promises and Practices Revisited. *Philosophy & Public Affairs*, 31 (2), pp. 119-154.
- Kratochwil, F. (1994). The Limits of Contract. *European Journal of International Law*, 5, pp. 465-491.
- Kraus, J. S. (2004). Philosophy of Contract Law. En Coleman, J. L.; K. E. Himma; S. J. Shapiro. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (pp. 687-751). Oxford: Oxford University Press.
- Langdell, C. C. (2014). *A Selection of Cases on the Law of Contracts with References and Citations*. New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.
- Owens, D. (2006). A Simple Theory of Promising. *The Philosophical Review*, 115 (1), pp. 51-77.
- Owens, D. (2007). Duress, Deception, and the Validity of Promise. *Mind*, 116 (462), pp. 293-315.
- Posner, E. A. (2005). Contract Theory. En Golding, M. P.; W. A. Edmundson. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (pp. 138-147). Oxford: Blackwell.
- Robbins, M. H. (1984). *Promising, Intending, and Moral Authority*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Samuel, G. (2001). *Law of Obligations and Legal Remedies*. London-Sydney: Cavendish Publishing Limited.
- Searle, J. (1969). *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Schlesinger, H. J. (2008). *Promises, Oaths and Vows: On the Psychology of Promising*. London: The Analytic Press.

- Sommerstein, A. H. y Fletcher, J. (eds.) (2008). *Horkos: The Oath in Greek Society*. Liverpool: Liverpool University Press.
- Sommerstein, A. H. y Bayliss, A. J. (eds.) (2013). *Oath and State in Ancient Greece*. Boston: De Gruyter.
- Zimmerman, R. (1992). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co. Ltd.