

FORMA Y SUSTANCIA EN EL DERECHO DE CONTRATOS

Patrick S. Atiyah

1. *Dos tipos de razonamiento jurídico.* A través de las diversas áreas del derecho parece posible encontrar dos tipos diferentes de razonamiento jurídico. Existen, por una parte, razones de sustancia¹. Si estamos considerando, por ejemplo, la norma que debería regir una situación determinada, podemos ponderar una variedad de argumentos relacionados con la conveniencia o corrección de esta norma o aquella. Si nos preguntamos si una persona debería pagar daños a otra podemos tomar en cuenta una serie de consideraciones que discurrirán en una dirección o en otra, pero esas serán en su mayoría razones de sustancia que apuntan directamente al fondo de la cuestión. ¿Cometió el demandado, por ejemplo, un delito contra el demandante? ¿Causó su conducta algún daño al demandante? Y así sucesivamente. Igualmente si estamos diseñando un procedimiento para la resolución de controversias, podemos ponderar las razones para permitir que las partes recurran a tales o cuales evidencias, o para que dispongan de

Traducido de: P. S. Atiyah. *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1986, Chap. 5, pp. 93-120. Traducción: Rodrigo Soto Silva.

¹ Vease R. S. Summers, *Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification*, 63 *Cornell Law Rev.* 707 (1978). Las distinciones que estoy haciendo difieren de las establecidas por el Profesor Summers en ese trabajo; sin embargo, en otras partes el Profesor Summers distingue entre dos concepciones del derecho como "Reglas" y "Razón". Vease, *Working Conceptions of the Law*, 1 *Law And Philosophy* 267 (1982). Esta distinción es más cercana a la que yo utilizo en el presente texto. Desde que éste texto fue escrito, el Profesor Summers y yo hemos estado trabajando en una investigación (Tentativamente titulada *Forma y Sustancia en el Derecho Anglo-Americano*) que desarrolla el presente tema en varias dimensiones nuevas.

tales o cuales oportunidades para apelar, razones de sustancia relacionadas todas con los objetivos que intentamos alcanzar.

Por otra parte, con frecuencia nos encontramos invocando razones de un diverso carácter, a las que llamaré razones de forma. En el caso paradigmático, una razón de forma se traduce en la exigencia de escrituración, sello, o tal vez de inscripción o atestado de algún tipo. Cuando un determinado acto no cumple con ciertas formas estipuladas, el derecho priva de eficacia a dicho acto. Un testamento, por ejemplo, o un contrato que necesita constar por escrito, pueden declararse nulos o inejecutables si las formalidades del caso no han sido observadas. En tales casos no nos detenemos por regla general (si bien puede haber excepciones) a preguntarnos si la falta de cumplimiento del requisito formal resulta compensada por alguna razón sustantiva que sugiera reconocerle fuerza jurídica al testamento o contrato. Una vez que la regla jurídica de ineficacia por falta de forma queda claramente establecida, la aplicación de dicha regla deja fuera de consideración los argumentos sustantivos a favor de la validez o ejecución del acto. Las razones de tipo formal son comúnmente asociadas a los documentos escritos. Pero existen muchos otros ejemplos de razones del mismo tipo aun cuando normalmente no nos referiríamos a ellas como razones formales. Por ejemplo, un juez que sigue un precedente vinculante puede hacerlo sin tomar en cuenta los argumentos sustantivos a favor del principio en virtud del cual dicho precedente fue establecido. Si el precedente es realmente vinculante para él, y si él realmente acepta el principio de *stare decisis*, el juez no se detendrá ni por un instante a considerar qué razones sustantivas podrían esgrimirse a favor de la decisión contraria. En lo que a él concierne, la pregunta no cabe plantearla. Carece de sentido sopesar un conjunto de factores con el otro, poner en un lado de la balanza la autoridad del precedente y del otro el peso del razonamiento que pueda hallarse en el

precedente particular. La razón de forma que el precedente lo obliga simplemente excluye la consideración de cualquier razón contraria. O nuevamente, considérese el caso en que una demanda es desestimada bajo el estatuto de limitaciones (*limitations*). También en ese caso, si el estatuto es adecuadamente invocado y es efectivamente aplicable, éste deja fuera de discusión todos los demás factores. Al menos a primera vista, la corte no sopesa la fuerza del caso promovido por el demandante con la fuerza del alegato de limitaciones. Si el alegato es bueno, todo otro argumento es irrelevante.

La naturaleza de las razones de este tipo ha sido discutida e iluminada en una importante serie de trabajos por Joseph Raz, pero el profesor Raz las denomina “razones de segundo orden” o *pre-emptive* o *protected reasons* más que razones de forma como yo pretendo denominarlas. Nada desde luego depende de meras cuestiones terminológicas, pero es comprensible por qué el profesor Raz elude el término que yo he decidido usar. El razonamiento formal tiene hoy mala prensa entre abogados; en realidad, a menudo se lo trata como la misma cosa que el razonamiento formalista como si ambos fueran ejemplos de mal razonamiento en un rango que va de lo malo a lo muy malo. No niego que existen muchos ejemplos, tanto en el derecho como en lo demás, de razonamiento formalista, el cual es en verdad deplorable. Pero en mi opinión deberíamos distinguir entre razonamiento formal y razonamiento formalista. El razonamiento formal no es *per se* injustificado o erróneo, mientras que el razonamiento formalista sí lo es. Ahí donde las razones de sustancia deberían ser consideradas por quien debe tomar la decisión, y éste se rehúsa a considerarlas, cualquier razón formal que él pueda dar en apoyo de su decisión estará fuera de lugar y será injustificable, y de ahí que se la pueda

calificar con justicia de formalista. Un juez, por ejemplo, que afirme que está obligado a tomar una cierta decisión debido a la existencia de un precedente, incluso cuando el precedente es claramente distinguible de acuerdo con las reglas y prácticas aceptadas que gobiernan esos asuntos, está dando una razón formal que no sólo es mala, sino fuera de lugar. Él está siendo formalista. Del mismo modo, un juez que aplica automáticamente una regla sin siquiera detenerse a considerar si es posible o justificable crear una excepción a la regla está razonando de un modo formalista. Nadie puede negar que los libros de derecho están llenos de ejemplos de razonamiento formalista de este tipo. Pero el hecho de que las razones formalistas estén siempre equivocadas no nos autoriza a saltar a la conclusión de que todo razonamiento formal es malo. En realidad, parece bastante claro que el derecho utiliza, y por mi parte argumentaré que utiliza correctamente, razones de forma en todo tipo de situaciones.

Una vez que observamos al derecho y al razonamiento jurídico en detalle, encontramos una gran cantidad de ejemplos de razones de forma que no pueden ser condenadas como malas o formalistas. Leyes, precedentes, sentencias, veredictos del jurado, y decisiones administrativas adoptadas por cuerpos legales, todos ellos plantean cuestiones de este tipo; así ocurre también con el matrimonio y los contratos si bien en formas algo diferentes. Si bien el caso del contrato es aquel al que prestaré mayor atención, quisiera poner la discusión en contexto examinando primero algunos de estos otros ejemplos.

Permítanme considerar primero algunos ejemplos verdaderamente simples relacionados con las fuentes del derecho. El ejemplo más simple de una razón formal invocada en apoyo de una decisión es que así lo exija una regla legal clara. Cuando ese es el caso, el juez

que aplica la ley no tiene motivo para considerar la sustancia o mérito de los argumentos. Dentro de ciertos límites y volveré sobre la cuestión de los límites en un momento es claro que la aplicación de una simple regla legal sólo excluye la consideración de argumentos que serían relevantes en una indagación de puro *common law*, al menos cuando no exista autoridad vinculante. Carecería de sentido plantear argumentos que sugieran que la ley conduce a resultados injustos, a resultados extraños, o anómalos. Asimismo, dentro de ciertos límites carece de sentido y es impropio sugerir que la aplicación de la ley podría no producir los resultados queridos por el legislador. Es aún más impropio argumentar que, cualquiera haya sido la posición predominante cuando la ley fue aprobada, las circunstancias han cambiado, o incluso la composición del Parlamento se ha modificado, con lo que aplicar la ley iría en contra de la moral o los puntos de vista actuales, o sería contrario a la opinión de la mayoría existente en la Asamblea legislativa actual. En todos los casos comunes la ley es, y se entiende que sea, una fuente de derecho de carácter formal en el sentido de que ella excluye la consideración de argumentos contrarios a los resultados de su aplicación. La ley no es sólo una razón adicional a ser tomada en cuenta por el juez, que podría inclinar la balanza en alguna dirección, o ser contrapesada por argumentos contrarios. La ley excluye los argumentos contrarios.

Por supuesto, como ya he dicho, todo esto es el caso sólo dentro de ciertos límites. Si una ley es ambigua, o poco clara, o si produce consecuencias que resultan groseramente anómalas o absurdas o tal vez gravemente injustas, entonces los tribunales pueden abstenerse de aplicar esa ley. Los límites dentro de los cuales un juez puede hacer eso, varían según el país, la época, e incluso qué duda cabe de juez en juez. Tales límites han sido discutidos por jueces y autores. No pretendo ahondar en esa discusión. Para mis propósitos es

suficiente tener presente que existen ciertos límites, y que todo el mundo reconoce su existencia. Si una ley pudiera ser dejada de lado por el juez cada vez que éste sienta que ella conduce a un resultado que no se daría de no mediar dicha ley, entonces la ley dejaría de ser una fuente del derecho de carácter formal en el sentido en que vengo utilizando el término. Las razones que subyacen a la ley serían simples argumentos adicionales a ser considerados conjuntamente con las demás razones de sustancia relacionadas con el caso. Pero el hecho de que aquellas razones hayan sido plasmadas en una ley no les daría ninguna primacía sobre otras razones.

Algo muy similar ocurre tratándose del sistema de precedentes. De acuerdo con la teoría del *common law*, algunos precedentes son vinculantes para ciertos tribunales en el sentido de que el juez que conozca del siguiente caso está obligado a seguir el principio del primer caso sin examinar las razones de sustancia a favor o en contra de dicho principio. En este caso, sin embargo, tiende a darse un mayor escepticismo del que existe en el caso de la ley. Como todos sabemos, no todo lo dicho en un caso es considerado parte de la *ratio decidendi* que es vinculante para los jueces subsiguientes; más aún, el siguiente tribunal podrá distinguir el caso anterior; y en cualquier caso, existen a menudo reglas y prácticas en relación con la jerarquía relativa de los tribunales que permiten a un tribunal declarar ciertos precedentes obligatorios sobre otros. De nuevo, la práctica en estas cuestiones difiere dependiendo del país, la época, e incluso el específico juez; y por mi parte no subestimaría la trascendencia de estas variaciones en la práctica. Más aún, pienso que es probablemente correcto afirmar que, especialmente en ciertos ámbitos del derecho, un precedente es a menudo tratado como una razón adicional para decidir en una cierta forma, más

que como una clase diferente de razón que excluye la consideración de todas las demás razones. Con todo, al final del día, dondequiera que el *common law* opera, pienso que debe haber algunos casos en los que el tribunal se siente obligado a seguir el precedente establecido por un tribunal superior, única y exclusivamente porque ese precedente es considerado una fuente formal para la decisión, que deja fuera de consideración toda razón de sustancia. Por cierto, si olvidamos el efecto del precedente en los tribunales inferiores y pasamos a considerar su efecto en otros operadores jurídicos, o incluso en los ciudadanos, resulta todavía más claro que los precedentes son considerados habitualmente como una fuente jurídica de carácter formal que obliga a todos, por lo menos hasta que otras cortes se pronuncien sobre el mismo asunto. Una vez más, no me olvido de los límites. Se entiende que los precedentes deben ser utilizados en forma inteligente. El abogado que asesora a su cliente, incluso el ciudadano común que lee un caso si es que eso ocurre pueden decir: 'claramente este precedente no se aplicará a esta situación particular; el resultado es demasiado absurdo, y los jueces nunca tuvieron en mente ese tipo de caso'. Aun así, no importa cuáles sean los límites dentro de los que opera la doctrina del precedente, ésta claramente conduce en algunos casos a una razón de forma para la decisión de casos posteriores.

En el caso de los precedentes, muchos abogados se han rebelado ante las implicancias de la doctrina. Bentham, por ejemplo, condenó el sistema de precedentes como uno que conduce a la 'actuación sin razón, a la franca exclusión de la razón y por consiguiente a una oposición a la razón'². Y en tiempos más

² Véase *Collected Works of Jeremy Bentham*, Constitutional Code (F. Rosen y J.H. Burns ed., 1983), vol. i, 434.

recientes, un sinnúmero de abogados han protestado particularmente tal vez en los Estados Unidos frente al esclavizante sistema de precedentes como una abdicación de la razón. En el caso de la ley, los argumentos tienden a adoptar una forma diferente. Dado que la relación entre el poder legislativo y la judicatura es normalmente un dato constitucional o un punto de partida, hay pocos juristas que protesten frente a la abdicación de la razón que se exige de parte del juez cuando éste debe aplicar una ley, en todo caso, quizá debería añadir, en Inglaterra. Pero hay quienes, desde luego, argumentarían que por lo menos en lo que respecta a la aplicación de la ley ésta tiene por objeto dar efecto a las intenciones de la legislatura, y que por consiguiente una ley nunca debería interpretarse en una forma abiertamente contraria a la intención del legislador. Si bien es cierto ello ocurre en ocasiones. ¿Debería condenarse esto, en la misma forma en que condenaba Bentham el respeto a los precedentes como 'actuar... contra la razón'? A primera vista podría en efecto merecer la misma condena. Si un amigo me escribe una carta pidiéndome que haga algo por él, pero, interpretando la carta al modo de un Parke B., ejecuto algo un tanto distinto *aun cuando mi leal propósito es llevar a cabo su intención*, mi actuación podría resultar indefendible, en verdad incoherente.

2. *Razonamiento formal: el ejemplo del matrimonio.* Luego de estos ejemplos de razonamiento formal tomados del proceso judicial paso a considerar el mismo fenómeno en el ámbito del derecho privado. No obstante, de nuevo postergaré el tema del contrato pues primero quiero considerar un área en la que se dan cuestiones muy similares concretamente, el derecho matrimonial. La analogía con el matrimonio puede servirnos para ilustrar y hacer más

plausibles algunas de las sugerencias que luego haré en relación con el contrato.

El matrimonio es, por cierto, un estatus jurídico que en los sistemas jurídicos más sofisticados sólo puede crearse siguiendo determinados procedimientos formales. Pero no quiero centrarme en las formalidades requeridas para crear el estatus conyugal sino más bien en el sentido en que el matrimonio en sí mismo constituye una razón formal para la adopción de múltiples decisiones. Para entender este punto basta preguntarse qué ocurriría si la institución legal del matrimonio fuera abolida una posibilidad que ha sido explorada en algunos escritos³. Es evidente que ello no evitaría y probablemente ni siquiera desalentaría a hombres y mujeres de vivir juntos tal como lo hacen ahora, en una variedad de formas, y por diversos períodos de tiempo. En algunos casos la cohabitación se extendería sin duda por toda la vida; en otros, ésta sería muy breve. Pero ¿por qué, se preguntará, necesitamos la formalidad de tratar a algunas parejas de convivientes en la forma especial que el matrimonio implica? Después de todo, no es posible seguir respondiendo que el propósito del matrimonio consiste en hacerle saber al mundo que los contrayentes han asumido el compromiso de una unión para toda la vida, cuando sabemos y ellos saben que la misma ley les proporciona vías de escape bastante expeditas e indoloras. Aquellos que abogan por la total eliminación del estatus marital como una formalidad legal innecesaria no niegan que siempre será necesario tomar decisiones en relación con los derechos de propiedad y obligaciones de manutención en los casos de separación, divorcio o muerte. Sin embargo, observan, dado que tales decisiones deberán tomarse, especialmente en los casos de

separación y divorcio, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso duración del matrimonio, ingresos y comportamiento de las partes, número y edades de los hijos si los hay, etcétera realmente hace muy poca diferencia que el estatus formal de casado sea reconocido o no. El argumento, como se advierte, conduce a afirmar que el matrimonio no es más una buena razón formal para determinar las obligaciones de los convivientes, ya sea en atención a la continuidad de la convivencia o a lo que suceda una vez que ésta termine. Estas cuestiones, se asume, sólo pueden zanjarse considerando razones de sustancia, y no razones puramente formales (y por tanto, dentro de ciertos límites, concluyentes).

Desafiante y poco familiar como puede parecerle este argumento al abogado típicamente conservador, el mismo posee cierta plausibilidad, especialmente en relación a la propiedad y a cuestiones de manutención como las que surgen con la separación y el divorcio, cuando es hoy día una práctica común, en Inglaterra al menos, tratar las respuestas a esas cuestiones como dependientes mucho más de la ponderación general de razones de sustancia. Pero existen, a mi modo de ver, muchas otras cuestiones jurídicas, concernientes tanto al derecho público como privado, cuya resolución no sería tan sencilla de eliminarse el estatus formal de casado. ¿Qué ocurre, por ejemplo con los derechos a accionar bajo la Ley de Accidentes Fatales u otra legislación similar?

No hay problema, responden los partidarios de esta propuesta. Podemos simplemente basar estos derechos en la dependencia de *facto*, y no en el vínculo legal. Bien, eso podría funcionar en las demandas de dependencia, pero desde luego muchos países contemplan otros tipos de derechos legales a demandar en caso de muerte de un esposo, donde se contempla el pago de alguna compensación por el daño moral ocasionado por la pérdida en sí

³ Véase E. M. Clive, *Marriage: An unnecessary Legal Concept?* en *Marriage and Cohabitation in Contemporary Society*, ed. Eeklaar and Katz (1980).

misma. No es tan fácil ver cómo podría pagarse tal compensación cuando no exista una razón de forma como el matrimonio que la justifique. Por lo menos se podría entender necesario indagar si la cohabitación fue exitosa o no en orden a otorgar una indemnización por daño moral ante la pérdida del conviviente. Pero dejaremos eso pasar para preguntarnos ahora que ocurriría con la sucesión intestada. Aquí nuevamente, se dice, el derecho podría funcionar sobre la base de la convivencia más que del estatus formal del matrimonio. ¿Cómo funcionaría? Supongo que podríamos fijar un límite en el cual, digamos, veinte años de convivencia conferirían al conviviente sobreviviente máximos derechos en la sucesión intestada, y los beneficios se irían reduciendo proporcionalmente para períodos más breves de convivencia. Pero eso no parece del todo correcto. Supóngase que uno de los convivientes muere después de un brevísimo período de convivencia, su pareja recibiría entonces una muy pequeña sucesión intestada. Seguramente, se argumentará, las *intenciones* de las partes deberían contar para algo. La convivencia casual, realizada sin el propósito de una relación permanente o de largo tiempo, ¿no debería distinguirse de la convivencia seria, planeada y entendida como un compromiso de por vida? En realidad, si el matrimonio fuera abolido parece que tendríamos que reconocer los derechos de los convivientes a expresar sus intenciones en alguna otra forma que el derecho pudiera tomar en cuenta. Sin embargo, observan los partidarios, tales métodos ya existen. Un conviviente sólo tiene que otorgar un testamento para dar efectos a sus intenciones. El problema con eso, desde luego, es que no toma en cuenta el simple hecho de que contraer matrimonio le permite a uno evitarse el tener que otorgar testamento si uno no quiere hacerlo, o lo pospone hasta que sea ya demasiado tarde, como hace mucha gente, sin que

de ello se sigan consecuencias totalmente inaceptables en la sucesión intestada.

Pero entonces, se podría objetar, ¿qué ocurre con las relaciones de los convivientes con terceros, con el Estado, por ejemplo, o con fondos de pensiones de empleadores? Las leyes de seguridad social normalmente quieren saber si el titular de los beneficios tiene un esposo, si bien es verdad que un dependiente de *facto* puede a veces tener derechos similares. Los fondos de pensiones podrían, supongo, protegerse mediante declaraciones de voluntad adecuadas. Pero entonces surgen todavía otros problemas, incluido el de tratar de definir ¿qué es convivencia?⁴ ¿Qué hay del caso de un hombre y una mujer que viven en diferentes casas pero pasan los fines de semana juntos? Supóngase que hacen eso por diez años. Supóngase que viven bajo el mismo techo pero no tienen una vida sexual normal ¿Cómo podría decidir el derecho si tales personas deben o no ser tratadas como convivientes para algún fin determinado? Una respuesta, por cierto, consiste en facultarlos para producir alguna declaración por virtud de la cual ellos debieran ser tratados como convivientes para todos los efectos jurídicos. Pero en ese caso lo que hemos hecho es, en efecto, reinstaurar el estatus matrimonial y sería más simple no abolirlo desde el principio.

El propósito de esta discusión ahora debería estar claro. El matrimonio es seguramente un excelente ejemplo de una razón de forma para la toma de múltiples decisiones. Son tantas y tan diversas las cuestiones que surgen en relación a como debemos tratar a quienes son parte de un tipo de relación que resulta

⁴ Véase S. M. Cretney, *The Law Relating to Unmarried Partners From the Perspective of A Law Reform Agency*, in Eekelaar and Katz (ed.), *op.cit.*, ch. 36.

extremadamente conveniente y efectivo desde el punto de vista de los costos hacer que las respuestas dependan uniformemente de una sola y simple proposición formal. ¿Están casados o no? El matrimonio se constituye, así, dentro de ciertos límites, en una razón formal concluyente, por ejemplo a la hora de definir los beneficios de la seguridad social o los derechos de la sucesión intestada. Podríamos, desde luego, abolir el matrimonio como institución legal, y responder a todas estas cuestiones mirando más allá del vínculo formal en busca de razones sustantivas. En verdad, bajo ciertas circunstancias es eso lo que hacemos; en particular tendemos a hacer eso en lo que respecta a la propiedad y derechos de manutención en caso de divorcio. Pero hacer lo mismo en todas las demás circunstancias en que queramos disponer de reglas especiales para convivencias de largo tiempo y también para convivientes cuya *intención* sea la cohabitación duradera sería una opción inmensamente costosa y problemática. Posee en consecuencia el razonamiento formal grandes ventajas.

3. *Razonamiento formal: el caso del contrato.* Es tiempo de dirigir nuestra atención al caso del contrato, y su relación con la distinción entre razonamiento formal y razonamiento sustantivo. Podemos empezar considerando el lugar de las razones de forma en el caso relativamente evidente en el que un contrato requiere para existir, o para probar su existencia, constar por escrito. Piénsese, por ejemplo, en aquellos contratos que son declarados ineficaces por el Estatuto de Fraudes toda vez que éstos no consten por escrito. ¿Cuál es la función de la escrituración en ese caso? Debemos observar, en primer lugar, que en ese caso la falta de escrituración es una razón formal y concluyente para decidir en contra (más que a favor) de la creación o existencia de una obligación jurídica. Tal como sucede con otros casos de razones formales, en principio no

ponderamos las razones a favor de reconocer la obligación, poniéndolas en la balanza contra la falta de escrituración. Si el contrato no consta por escrito, la posibilidad de reconocer una obligación jurídica es simplemente dejada de lado. Ello simplemente no es concebible. Pero en principio no hay diferencia entre una razón formal para excluir una cierta forma de responsabilidad, de otra que permita reconocer tal responsabilidad. De modo que cabría esperar que las razones a favor de la adopción de semejante razón formal sean similares a aquellas que ya hemos identificado, tales como la reducción de costos, y la minimización del riesgo de error. En el caso particular del Estatuto de Fraudes puede haber base para dudar si las razones en cuestión son todavía hoy adecuadas excepto en el caso de los requisitos relacionados con la transferencia de la tierra. Esas razones el ahorro de costos y la minimización del error bien pueden haber sido más fuertes cuando el Estatuto de Fraudes fue aprobado en 1677 que las que existen hoy día. Pero incluso en 1825 protestaba Bentham por los efectos del estatuto. Si, dijo, hay bases para sospechar que el contrato que se invoca es fraudulento, o insincero, o fabricado, entonces el estatuto es innecesario. Un contrato fabricado obviamente debería ser declarado fabricado y no originar derecho legal alguno. Si, por otro lado, no existen tales bases para sospechar, prosigue Bentham, simplemente es injusto tratar al contrato como ineficaz⁵.

Ese se convertiría en el argumento común contra el Estatuto de Fraudes y era el argumento predominante en Inglaterra en 1954. Pero el argumento es erróneo. No toma en cuenta uno de los principales propósitos de las razones de forma en el derecho. Es bastante fácil manejar casos donde los hechos son bien conocidos, o

⁵ Bentham, *Treatise on Judicial Evidence* (1825), p. 121; 'The Rationale of Judicial Evidence?' In *Works* (Bowring edn, vol. vi, 1843), ch. XXV.

indubitablemente reveladores de que el contrato ha sido hecho o no. Pero una de las principales funciones de las razones de forma es que permiten ahorrar tiempo y problemas, y reducir el riesgo de error que conlleva descubrir la verdad. De manera que el requerir la escrituración de ciertos contratos nos libera de investigar si un determinado contrato verbal fue realmente celebrado o no; y dado que nos ahorra ese problema, nos pone a salvo del error de considerar existente un contrato que en verdad nunca se celebró. Por cierto, la razón formal sólo proporciona ese beneficio al precio de excluir la posibilidad de un contrato verbal en casos en que realmente un contrato de ese tipo se haya celebrado. Por consiguiente, tenemos que tener claro cuál de esos dos errores resulta más probable. El hecho de que en Inglaterra rechazáramos la mayor parte de las disposiciones relevantes del Estatuto de Fraudes en 1954 por las razones equivocadas, no significa que el resultado no fuese el correcto desde un punto de vista político.

Permítanme considerar otro aspecto del razonamiento formal en el derecho de contratos. A partir de la decisión en *L'Estrange v. Graucob*, se ha aceptado que, dentro de ciertos límites, la firma en un documento contractual es una razón concluyente para someter a la parte que ha firmado a los términos del documento. Sujeta a la prueba de fraude, falsificación o *non est factum*, la firma es concluyente. Hace unos diez años, el Sr. J. R. Spencer, en un interesante artículo publicado en *Cambridge Law Journal*, presentó esta conclusión como en conflicto con la teoría fundamental del derecho de contratos. Los contratos, dijo, se suponen basados en el acuerdo; pero la decisión en *L'Estrange v. Graucob* puede obligar a una persona que no ha consentido (ya sea porque no ha leído o no ha entendido) en el documento que ha firmado. El Sr. Spencer ciertamente ha puesto el dedo sobre una importante e interesante

pregunta. ¿Por qué razón tratamos a las firmas como concluyentes? Seguramente ello se debe a que una firma es una razón formal del tipo de las que venimos discutiendo. Una firma es, y así lo reconoce el común de la gente, un elemento formal, y su utilidad se vería seriamente reducida si fuera posible no considerarla como una razón concluyente a favor de la responsabilidad contractual por lo menos en circunstancias normales. Como en los demás casos, no nos detenemos a examinar las razones subyacentes de sustancia, ni tampoco confrontamos las razones sustantivas con el hecho de que el documento ha sido firmado. La firma es, siempre dentro de ciertos límites, una razón concluyente, para tratar a aquella parte que ha firmado como obligada por el documento. Sin embargo, lo que es, pienso, menos claro es cuál sea la razón de sustancia que subyace en este caso. La razón habitual para justificar el carácter concluyente de la firma es que éste debe aceptarse para mostrar que la parte firmante ha consentido en el contenido del documento; pero otra explicación posible es que la otra parte debe ser considerada como alguien que ha confiado en la firma. De modo que puede ser erróneo preguntar, como alguna vez preguntara H.L.A. Hart, si la firma es una mera prueba concluyente con respecto al acuerdo, o si ésta es en sí misma un criterio de acuerdo. Pero esto es algo que podemos dejar de lado por cuanto no afecta a la distinción entre razones de forma y razones de sustancia.

Había otro problema que preocupó al Sr. Spencer. Las reglas objetivas de interpretación pueden llevar a los tribunales a construir un contrato en una forma que no se compadece con la actual comprensión o intenciones de las partes. Esto perturba al Sr. Spencer. 'Puede ser aceptable', nos dice, 'para el derecho aplicar a una de las partes un acuerdo en el que ella no consintió; pero seguramente hay algo mal en una teoría que pretenda forzar a ambas partes a cumplir un acuerdo que ninguna de ellas consintió'.

Por mi parte no veo nada muy malo en ese resultado en tanto recordemos que el derecho no está tanto obligando a las partes a entrar en una determinada relación aunque algunas veces pueda llegar a hacer incluso eso como determinando las obligaciones que para cada uno se siguen de aquella relación en la que decidieron entrar. En realidad, si las partes difieren con respecto a cuáles sean sus obligaciones, me parece a priori mucho más probable que la perspectiva justa y razonable sea una que se sitúe entre las pretensiones de ambas partes, que el que una u otra de las partes esté totalmente en lo correcto. Así, resulta perfectamente natural, un lugar común en verdad, para el tribunal sostener que el contrato impone obligaciones a las partes que no equivalen exactamente a lo que cada una pretende.

El punto fue descrito con su habitual claridad y vigor por Holmes:

Nada [dice] es más cierto que las partes pueden obligarse a través de un contrato a cosas que ninguna de las dos pretendió, y cuando uno no conoce el parecer del otro. Supóngase un contrato debidamente perfeccionado y escrito para dictar una conferencia, en el que no se menciona la fecha. Una de las partes piensa que la promesa será construida para significar, dentro de una semana. La otra piensa que significa, cuando esté listo. La corte dice que significa, dentro de un tiempo razonable. Las partes quedan obligadas por el contrato tal como éste es interpretado por la corte, si bien ninguna de las partes quiso decir lo que la corte declaró que habían dicho.

El próximo punto a tener en cuenta también fue sugerido por Holmes, si bien en este caso con menos claridad de la que era habitual en él:

Pienso [escribió en una carta de 1896] que en la teoría ilustrada, para la cual ahora estamos listos, todos los contratos son formales (...) No quiero decir sólo que la *consideration* de un contrato simple es tanto una forma como lo es un sello, sino que en la naturaleza de un sistema de derecho razonable (que trata principalmente con *externals*) la elaboración

de un contrato debe ser una cuestión de forma, aun cuando los detalles de nuestra legislación debieran cambiarse⁶.

Confieso que no estoy muy seguro de lo que Holmes quiso decir al afirmar que 'la elaboración de un contrato debe ser una cuestión de forma', pero hay una manera en la que estas observaciones pueden entenderse. Tal como, en el caso del matrimonio, donde distinguí entre las formalidades usadas para crear el vínculo conyugal, y el estatus conyugal en sí mismo, el cual también constituye una razón para adoptar varias decisiones, asimismo podemos distinguir entre las formalidades (si las hay) usadas para la celebración de un contrato y el contrato en sí mismo como una fuente formal de obligaciones. Es formal en el sentido de que la sola formulación de una promesa, o incluso un acuerdo, el mero acto de alcanzar un acuerdo, el mero acto de expresar una intención, difícilmente pareciera alcanzar el nivel de una razón de sustancia para hacer algo. He argumentado en otro lugar⁷ que la obligación contractual rara vez descansa en la sola intención de las partes. En la gran mayoría de los casos, he sugerido, la parte obligada por un contrato ha recibido algún beneficio de la otra parte, o ha inducido a la otra parte a confiar en él ocasionándole perjuicios. Pero la obtención de beneficios de otro no es la única fuente de responsabilidad contractual; ésta puede dar origen a responsabilidad incluso en ausencia de acuerdo o promesa. El derecho de restituciones, o enriquecimiento injusto, tiene que ver con estos beneficios no pactados. El derecho de contratos, supuestamente, se relaciona con beneficios pactados; pero he sugerido que no es obvio que tengamos que trazar una línea entre el contrato y el

⁶ Carta a E. A. Harriman of Northwestern University Law School, citada en M. De W. Howe, Justice Oliver Wendell Holmes (1963), vol. ii, 233.

⁷ *Contracts, promises and the law of obligations*. En la misma compilación.

enriquecimiento injusto en la forma en que lo hace la teoría tradicional.

Asimismo la responsabilidad por inducción de expectativas no se limita al área del contrato. En daños, y con la ayuda del *estoppel* en sus diversas formas, las expectativas razonables son en sí mismas un fundamento justificado para demandar en derecho, incluso cuando no ha mediado promesa⁸. De modo que en la mayoría de los casos la responsabilidad contractual nace de algo en parte al menos que está detrás del acuerdo o la intención de las partes. Tal como en el caso del matrimonio a veces es necesario ver cómo se han comportado las partes, cuánto ha durado la relación, y así, más que limitar la atención únicamente al estatus formal, del mismo modo en el caso del contrato es a veces relevante examinar por qué fue hecha la promesa, o qué es lo que ha sucedido con posterioridad a la perfección del acuerdo. En verdad, podría decirse que son esas las verdaderas razones de sustancia para hacer cumplir la mayor parte de las obligaciones contractuales. Constituye una buena razón para hacer que A pague 100 libras a B el hecho de que A haya recibido de B mercancías aproximadamente por un valor de 100 libras bajo un contrato de venta. El hecho de que A haya prometido o acordado pagar esa suma, 100 libras, es tal vez una razón puramente formal para llegar a esa misma conclusión. Ésta excluye la consideración de las razones de sustancia. No nos detenemos a preguntar, dentro de ciertos límites, si las mercancías tenían realmente un valor equivalente a 100 libras. Igualmente, cuando una persona es inducida a confiar en la promesa de otra, no nos preguntamos si su confianza era razonable o justificada. Esa

cuestión es dejada a un lado como irrelevante ante la promesa expresa. Queda determinada en forma concluyente por la promesa es razonable confiar en la promesa.

Dado que estas razones formales o excluyentes sólo operan dentro de ciertos límites, y dado que hoy en día esos límites parecen estrecharse en forma que a menudo los tribunales parecen estar más dispuestos que antes a examinar el valor o los beneficios obtenidos, o la justificación de la confianza en una promesa, he argumentado en otra oportunidad que una promesa o acuerdo opera más bien como una presunción en ocasiones irrefutable, pero que en ocasiones sí puede rebatirse. Que una persona acuerde pagar 100 libras por tal ítem es, según sugerí, buena evidencia de que su valor es en realidad equivalente a 100 libras; y el hecho que una persona haya hecho una promesa a otra es por lo menos evidencia *prima facie* de lo justificable que resultan las acciones ejecutadas por el destinatario de la promesa sobre la base de la promesa que se le hizo. El Profesor Eisenberg ha objetado que mi descripción falla por cuanto de hecho tal evidencia no es tratada como rebatible. Descontadas algunas alegaciones bien establecidas, ninguna evidencia resulta admisible como demostración de que el precio acordado es demasiado alto o demasiado bajo. El precio acordado es tratado como concluyente. E igualmente, como ha argumentado el Profesor Birks, puede decirse que dado que el derecho requiere el pago del precio, ni más ni menos, el remedio que el derecho proporciona debe ser en cierto sentido 'contractual' y no puede ser restitutorio. Por cierto, como cuestión de derecho estricto eso es correcto, si bien no es claro por qué deberíamos dejar de tomar en cuenta las defensas establecidas tales como *fraud* y *misrepresentation* como irrelevantes para el asunto. En cierto sentido, ellas definen precisamente los límites dentro de los cuales el precio acordado

⁸ Véase *The Hannah Blumenthal* [1983] 1 ALL ER 34, 49; véase también Barry Reiter, en Reiter y Swan, ed., *Studies in Contract Law* (Butterworth, Canada), Study N° 8.

puede considerarse concluyente. Pero al margen de eso, la objeción que se hace a mi forma de plantear el asunto simplemente no entiende la forma en que las razones formales o concluyentes trabajan en el derecho. El hecho de que una presunción sea irrefutable se considera a menudo como demostrativo de que la dicha presunción es realmente una regla de derecho. Pero la razón de ello puede ser totalmente distinta. Si es el caso, como he argumentado, que las obligaciones contractuales derivan en última instancia, por lo menos en los casos normales, de los beneficios obtenidos, o el perjuicio derivado de confiar en lo prometido, entonces todavía es posible explicar por qué tratamos generalmente a las promesas y a los acuerdos como razones formales y concluyentes para el establecimiento y delimitación de tales obligaciones. Tal como ocurre con otras razones de forma, las obvias razones para tratarlas como concluyentes son que éstas ahorran costos de investigaciones más detalladas y minimizan el riesgo de error.

Resulta útil a estas alturas que consideremos un par de ilustraciones simples para mostrar cuán poderosas pueden ser estas razones, y que llamarlas formales no debiera considerarse como denigratorio de su significado. Permítanme considerar primero un ejemplo de la importancia de tratar a las promesas y acuerdos como concluyentes en lo que respecta a las expectativas razonables. Hubo un tiempo en que, en los contratos de edificación, se esperaba del constructor que éste consultara los documentos del contrato, estudiara el sitio, y entonces decidiera cuánto cobraría por el contrato. Los documentos del contrato tradicionalmente establecían en forma expresa que el constructor no tenía derecho a confiarse en ninguna información que pudiera proporcionarle el cliente sino que estaba obligado a hacer su propio examen y estudios, y basarse en éstos más que en la otra parte del contrato.

Por mucho tiempo eso ha sido considerado como concluyente respecto de los derechos y deberes de las partes. Sin embargo, a partir de la decisión en el caso *Hedley Byrne*, y a raíz de sugerencias en orden a que una responsabilidad por daños fundada en un razonable deber de cuidado debía existir incluso entre las partes contratantes, se llegó a plantear si el constructor podría resultar impedido de demandar al cliente por negligencia si el cliente había dejado de proporcionar tal o cual información al constructor. Tal alegación implica, desde luego, que el constructor confió razonablemente en el dueño, más que en sus propias indagaciones, por más que el contrato estipulaba claramente que no debía hacerlo. Uno podría haber pensado, entonces, que el contrato debía considerarse una razón concluyente que descartaba la posibilidad de alegar razonable confianza por parte del constructor en tales circunstancias. El contrato, se diría, sencillamente define de antemano qué clase de confianza será tenida por razonable, y no hay lugar para ninguna indagación de hechos en el caso particular. No obstante en 1972 el Tribunal Supremo de Australia sostuvo que no era ese el caso, y que un deber de cuidado existe entre las partes en ese tipo de relación; pero por supuesto la existencia de semejante deber sólo podría demostrarse mediante un examen cuidadoso y detallado de todos los hechos. Con posterioridad a ese caso, otro caso australiano, *Dillingham Construction Pty Ltd v. Downs*, llevó a la práctica esa doctrina en un caso de negligencia. El resultado fue un prolongado juicio en el que todos los hechos debieron investigarse minuciosamente; el conocimiento que el cliente tenía acerca de las condiciones particulares del sitio, si tal conocimiento podría razonablemente haber sido recogido y puesto a disposición del constructor, qué conocimiento tenía el constructor, quién confió razonablemente en quién, etcétera. Al final ninguna responsabilidad fue establecida, pero el hecho de que

la confianza del constructor en el cliente no fuera razonable o justificable (si es que en verdad existió algún tipo de confianza) sólo pudo establecerse a un enorme costo. Si el punto de vista tradicional con respecto al efecto de un contrato en este tipo de relación se hubiera mantenido, todos esos costos se habrían podido ahorrar tratando al contrato como una razón concluyente para excluir la consideración de tales hechos como irrelevante. No digo que el procedimiento seguido en ese caso fuera injustificado, o incluso indeseable. Únicamente estoy indicando lo costoso que resultó. Tratar esas cuestiones como establecidas en forma concluyente por el acuerdo resulta barato y simple. Con todo, en ocasiones es necesario y el precio debe pagarse. La justicia es con frecuencia una comodidad costosa.

Permítanme ahora observar que exactamente lo mismo puede ocurrir en relación con los beneficios. Todo el derecho de restituciones o enriquecimiento injusto da testimonio de lo difícil que resulta establecer, en muchas circunstancias, si una persona se ha beneficiado con las acciones de otra. Ofreceré un solo ejemplo impactante de los costos adicionales que se derivan del hecho de dejar a un lado las disposiciones del contrato. Este caso proviene de un grupo de casos británicos de fines del siglo XIX y comienzos del XX relacionados con la doctrina del *ultra vires*. Después de que finalmente se estableciera que una compañía no podía entrar válidamente en un contrato fuera del ámbito de poderes conferido por el memorando de la asociación, se llevaron ante los tribunales varios casos en los que compañías habían obtenido préstamos de dinero bajo transacciones *ultra vires*. Los tribunales se mostraron naturalmente reacios a permitir que las compañías retuvieran las cantidades así obtenidas sin tener ninguna obligación de restituirlas, de modo que echaron mano de diversos expedientes

para evitar ese resultado. Si, sostuvieron, una compañía solicitó un préstamo de dinero a través de un contrato *ultra vires*, pero el dinero fue utilizado para extinguir deudas de la compañía con terceros, entonces el prestamista puede demandar restitución del dinero hasta el monto del beneficio que éste le haya reportado a la compañía que solicitó el préstamo. Dado que el dinero había sido utilizado para extinguir deudas de la compañía, era bastante fácil concluir que sí le había reportado beneficios a la compañía. Por desgracia, se dieron ciertas circunstancias en las que esta conclusión no resultaba tan simple como podría parecer. ¿Cómo podría uno estar seguro de que la compañía realmente se había beneficiado con el dinero recibido a través del préstamo *ultra vires*? Supóngase, por ejemplo, que el dinero había sido pagado a la cuenta de un banco con el propio dinero de la compañía, y parte de él pagado a terceros acreedores, mientras que otra parte fue destinada a propósitos varios. ¿Quién podría decir si la compañía realmente obtuvo un beneficio, o si, a fin de cuentas, desmejoró su situación a resultas de recibir el préstamo *ultra vires*? En términos más generales, se observará que argumentos basados en el beneficio obtenido por una persona a resultas de algo acontecido en el pasado implican una indagación sobre lo que habría sucedido, si la persona no hubiera recibido dicho beneficio; tales indagaciones implican exploraciones hipotéticas en relación con lo que hubiera sucedido si el curso de los eventos hubiera sido distinto de cómo en efecto fue. En forma análoga a las indagaciones que en ocasiones es preciso hacer tratándose de acciones de daño personal en las que resulta necesario probar la existencia de beneficios colaterales, esas indagaciones hipotéticas son extremadamente problemáticas. Considérese cuánto más simples hubieran resultado estos casos si los contratos en cuestión no hubiesen sido *ultra vires*. En ese caso las compañías que solicitaron el dinero habrían sido responsables

de pagar los préstamos sin que se planteara la más mínima cuestión respecto de si se habían beneficiado con los préstamos o no. La ganancia en simplificación y el ahorro de costos habría sido inmenso. Una vez más, debería ser claro que no siempre podemos evitar ese tipo de indagaciones respecto de si una persona se ha beneficiado con las acciones de otra. Todo lo que quiero mostrar es que permitir a las personas que decidan si algo hecho por ellos constituye en verdad un beneficio por el que se les podrá requerir pagar conlleva una gran simplificación y eficiencia de costos en el derecho. De nuevo, entonces, los argumentos a favor de tratar las razones de forma como concluyentes, y no permitir ninguna exploración de las razones de sustancia, son muy fuertes; aun cuando, en alguna ocasión, la justicia exija que las dejemos de lado.

4. LA DECADENCIA DEL RAZONAMIENTO FORMAL.

No sería difícil multiplicar los ejemplos de las grandes ventajas que se siguen del hecho de que el derecho de contratos trate normalmente muchas de las cuestiones que subyacen al contrato como irrelevantes para las obligaciones de las partes. Al mismo tiempo, todo el mundo debe ser consciente de que el poder de las razones de forma en el derecho de contratos y, en verdad, probablemente en todo el derecho, ha ido decayendo en años recientes. Cada vez más a menudo los tribunales parecen dispuestos a explorar la transacción, abrirla, e ir más allá de las razones de forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones. En algunos casos, estos desarrollos en el derecho parecieran conducir a un mero estrechamiento de los límites dentro de los cuales las razones de forma son tratadas como concluyentes. Pero en otros casos es difícil evitar la conclusión de que las razones de forma en sí mismas han sido echadas por la borda, y las cuestiones tratadas como si

estuvieran completamente en discusión. La virtual desaparición en el moderno derecho británico de la regla de *parol evidence* parece ser un claro ejemplo de la castración de una razón de forma en casos de contratos. Cuando se argumenta que un contrato escrito no es concluyente con respecto a las obligaciones de las partes, el tribunal parece simplemente poner en la balanza los argumentos a favor y en contra de imponer a una de las partes una obligación derivada de términos verbales, más que tratar a la escrituración como concluyente, incluso dentro de los límites más estrechos. De igual forma, la discrecionalidad legal conferida a los tribunales por la Ley de Cláusulas Abusivas (*Unfair Contract Terms*) de 1977 y otros estatutos similares, envuelve la eliminación del efecto formal o concluyente de varias cláusulas contractuales. Tales cláusulas no se transforman en irrelevantes, pero su efectividad dependerá de un balance de argumentos sustantivos a favor y en contra de la cláusula.

Esta tendencia a abandonar el uso de las razones de forma me parece que es evidente en muchas áreas además del derecho de contratos. Ya me he referido al caso de *R. v. Lee*, en el cual la Corte de Apelación admitió la apelación de alegato de culpabilidad, como otro ejemplo notable del abandono de un tipo de razón de forma en el procedimiento penal. Así también el moderno Estatuto de Limitaciones, el cual confiere a la Corte una total discreción para pasar por alto los límites de tiempo en una acción de *personal injury*, es otro ejemplo del abandono de una razón de forma para disponer de un caso. Hoy día, los límites de tiempo y otras razones de sustancia tienen que ser sopesados al decidir si cabe permitir que una acción de ese tipo prosiga aún después que el plazo normal ha expirado. En otros países, y especialmente en Estados Unidos, me parece que las razones de forma han ido perdiendo alcance y fuerza

concluyente por muchos años; por ejemplo, la doctrina del ataque colateral en el procedimiento penal federal americano es un ejemplo extraordinario de la destrucción del peso formal aparejado a la finalidad de las decisiones de Cortes Estatales.

¿Por qué ha ocurrido esto? Para responder esta pregunta debemos, a mi juicio, retroceder un poco, y volver a plantear nuestra indagación acerca de los propósitos y razones que subyacen al uso de las razones de forma. En este ensayo he intentado identificar diversos propósitos y razones. He puesto énfasis en los costos, y en la minimización del riesgo de error como las dos razones más importantes de carácter general. Pero de ningún modo son esas las únicas razones. Así, he sugerido que en algunos casos, varios otros factores apoyan el uso de razones de forma. En el derecho de contratos, especialmente, se da la circunstancia de que las partes contratantes son las personas más indicadas para decidir qué beneficios valen la pena, y las cortes no deberían impedir que las partes tomen sus propias decisiones en tales cuestiones. Esto difiere del argumento según el cual sería muy costoso para los tribunales investigar si una persona ha obtenido beneficio de un contrato, y de ser así, por cuánto. Asimismo otras razones se aplican a otros casos. Por ejemplo, algunas razones de forma se refieren a la persona indicada para tomar la decisión cuestiones de jurisdicción surgen aquí *cuándo* una decisión debería tomarse, y por qué procedimiento debería plantearse una cierta cuestión. Así también surge el valor de la tranquilidad, finalidad y seguridad en los asuntos humanos. La búsqueda de la justicia es importante para todo abogado, como también para el público desde luego; pero incluso esa búsqueda debe cesar en casos particulares cuando hayamos hecho lo mejor que podamos. Muchas de esas razones, por cierto, se solaparán en ciertas circunstancias.

Ahora, un extendido uso de razones de forma en la adopción de decisiones presupone a mi juicio que las razones de sustancia también serán, o han sido, o cuando menos podrían haber sido, más apropiada y satisfactoriamente consideradas en otra oportunidad, o en alguna otra manera o por alguna otra persona. Cuando impedimos una acción dentro del período de limitación, por ejemplo, lo hacemos en la convicción de que la acción podría y debería haber sido ejercida dentro del período indicado, y entonces juzgada de acuerdo a sus méritos. Si tal suposición es infundada, por ejemplo, porque los estatutos de limitación impiden una acción antes que el demandante pudiera estar advertido siquiera de que tenía una causa para accionar, entonces hay algo que está realmente mal. O de nuevo, cuando una acción es desechada por falta de jurisdicción, la suposición normal es que alguien tendrá jurisdicción. Incluso si ningún otro tribunal puede conocer del caso, de modo que el sujeto activo permanece inerte, la denegación automática por falta de jurisdicción presupone que el asunto podría cuando menos recibir la atención de la legislatura. Pero también aquí, si la cuestión no pudiera ser atendida por ninguna otra corte, y existieran razones para pensar que la legislatura nunca trataría el asunto, la razón de forma jurisdiccional resultaría pobre y eventualmente quizá, inaceptable. Sin duda esta es una de las principales razones que llevaron a la Suprema Corte americana a intervenir en los casos de *apportionment* cuando resultaba evidente que la legislatura no corregiría la cuestión por sí misma.

O una vez más, la interpretación literal, esto es formal, de una ley, ignorando las consecuencias y tal vez las intenciones del Parlamento, puede resultar más justificable si es posible asumir, primero, que las leyes son redactadas y aprobadas con cuidado, de modo que la presunción de que el significado literal refleja correctamente la intención del Parlamento es una presunción

fuerte; y en segundo término, si puede asumirse que el Parlamento actúa en forma razonable pronto a remediar cualquier deficiencia en la ley causada por tal decisión. Si la redacción de las leyes fuera hecha siempre con espantosa ineptitud y oscuridad, y si el Parlamento se rehusara a hacer cualquier cosa al respecto, es seguro que los tribunales no intentarían interpretar las leyes en una forma literal y formal. Es, después de todo, sólo desde que se extendió la práctica de redactar y aprobar las leyes en la forma actual, que los métodos actuales de interpretación fueron adoptados. Del mismo modo, el principio de finalidad de las decisiones, al que todavía se adhiere con bello rigor en Inglaterra, sólo se justifica si podemos asumir generalmente que la mayoría de las decisiones son consideradas cuidadosamente, y emitidas con competencia e integridad, y que las oportunidades para apelar están disponibles. Si esas condiciones no se dan si, por ejemplo, las cortes de apelación no pudieran confiar en que los tribunales inferiores observarían el derecho con razonable competencia e integridad y si, por alguna razón existieran obstáculos para apelar contra tales decisiones, es difícil creer que la finalidad de las decisiones que tanto apreciamos hoy día no resultaría socavada.

Adoptar una decisión por referencia a una razón de forma, después de todo, es rehusarse a considerar las razones de sustancia relacionadas con el asunto. Pero si esas cuestiones de sustancia nunca han de ser consideradas en absoluto, todavía más, si nunca ha existido la oportunidad para considerarlas, entonces adoptar la decisión sobre la base de razones puramente formales equivale a cerrar la posibilidad de que esa decisión se base en los factores que son más directamente relevantes para ella. Las instituciones racionales y un sistema jurídico racional, requieren que no hagamos eso si podemos evitarlo. Ahora me parece que una de las razones por las cuales las razones de forma son hoy menos favorecidas en el

derecho de contratos arranca de las dudas crecientes con respecto a si las razones de sustancia que más directamente afectan al resultado han sido alguna vez adecuadamente consideradas por alguien. Si las partes de hecho no han anticipado los eventos que han ocurrido, no es satisfactorio sostener que las palabras literales del contrato puedan ajustarse para cubrir esos eventos, dado que eso equivale a emplear razones de forma ahí donde las razones de sustancia no han sido ni serán consideradas por las partes ni por nadie. Probablemente, asimismo, crecientes dudas acerca de qué tanto leen o entienden los consumidores los contratos impresos sean una de las principales razones que subyacen a la introducción de discrecionalidad legal para manejar cláusulas abusivas de exclusión. También aquí, dar efecto a la cláusula equivale a disponer del caso sobre la base de una razón de forma cuando las razones de sustancia tal vez nunca fueron consideradas en lo más mínimo, y por cierto tampoco pueden serlo ahora dado que es demasiado tarde.

Sin duda, en el área del contrato y quizá también en las demás, existen factores de este tipo que ayudan a explicar por qué tantas razones de forma del tipo del que he venido discutiendo han sido recientemente abandonadas o mutiladas en el derecho. Sin condenar necesariamente todas las manifestaciones de esta tendencia, este proceso me parece uno contra el cual deberíamos estar en guardia. El formalismo, por cierto, tiene un mal nombre; y adoptar una decisión por razones de forma exige un grado de autodisciplina; exige que admitamos que alguna otra persona, algún otro momento, algún otro lugar, algún otro procedimiento, puede ser el correcto para esa decisión. Pero eso a menudo es cierto tratándose de decisiones adoptadas en un sistema jurídico en el que de cada uno pueda esperarse que desempeñe su propio papel. Cuando ese sea el caso, no deberíamos sentir temor de reconocer

que decidir un caso por razones de forma es decidirlo por buenas razones.