

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE  
A  
ISAIAH BERLIN



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL

*Editor:*

Agustín Squella

*Asistentes del Editor*

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

*Comité Consultivo:*

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),  
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),  
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

*Consejo Editorial:*

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín  
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,  
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio  
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
1997

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA  
JURIDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL Nº 15  
1997

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Austral de Chile, Católica de la Santísima Concepción, Católica del Norte, Católica de Valparaíso, de Antofagasta, de Concepción, de Las Condes, de Chile, de Valparaíso, del Mar, Diego Portales y La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,  
Errázuriz 2120 - Valparaíso

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1997

HOMENAJE  
A  
ISAIAH BERLIN

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA

JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1997 - 1999)

Antonio Bascañán Rodríguez, Antonio Bascañán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La *Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social* presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 15, correspondiente al año 1997. Los 15 volúmenes de este *Anuario* han sido publicados, ininterrumpidamente, desde 1983 a la fecha, y pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

Al presente número 15 se le ha dado el título de *Homenaje a Isaiah Berlin*, dado que la segunda de sus secciones contiene diversos testimonios y trabajos en memoria de este pensador, muerto el 6 de noviembre de 1997.

Además de la sección en homenaje a Berlin, este número 15 contiene secciones de *Estudios, Traducción, Comentarios y Discursos, Recortes de Prensa, y Recensiones*.

En la primera de tales secciones se contiene un conjunto de artículos sobre temas diversos de filosofía jurídica, política y social.

En la parte de *Traducción* se incluye el texto "Rawls: filosofía política sin política", de Chantal Mouffe, cuya versión castellana debemos a Aldo Valle Acevedo.

Seguidamente, en *Comentarios y Discursos* se incluye un texto de Fernando Quintana sobre la obra de Sebastián Soler, así como unas palabras sobre el fenómeno de la globalización, pronunciadas por Agustín Squella, en 1997, con motivo del acto inaugural de un seminario sobre el impacto de la globalización en la educación superior.

La parte llamada *Recortes de Prensa* reproduce diversos comentarios aparecidos en la prensa sobre ensayos de interés que en 1997

publicaron Carla Cordua, Tomás Moulian, Martín Hopenhaym, Alfredo Jocelyn-Holt y Humberto Giannini. Se incluye también en esta sección una entrevista a Jorge Eduardo Rivera, autor de la segunda traducción castellana de "Ser y tiempo", de Martín Heidegger.

Por último, en la sección de *Recensiones* se publican comentarios a otros libros de interés para nuestros lectores.

Nuestra sociedad agradece a los autores de los textos que se publican en este número y reitera que las colaboraciones para números próximos del Anuario deben ser dirigidas a la Casilla 211-V, de Valparaíso.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

E S T U D I O S

La hipótesis precedente se formula a partir de los datos recogidos, es decir, es una hipótesis fundada, pero para admitirla debe aún ser puesta a prueba en un nuevo conjunto de datos.

## BIBLIOGRAFIA

- BASCUÑAN Valdés, Antonio. Entrevista, 13 de febrero de 1997.
- CORREA Sutil, Jorge. Entrevista, 3 de junio de 1997. "Comunicación sobre el trabajo de Carlos Peña", en Squella, Agustín (editor) *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago: CPU, 1994. Págs. 151-169.
- CORREA Sutil, Jorge; BARROS Lezaeta, Luis. *Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres. Resultados y análisis de un estudio empírico*. Santiago: CPU, 1993.
- CUNEO Macchiavelo, Andrés. Entrevista, 18 de marzo de 1997.
- FIGUEROA Yáñez, Gonzalo (editor). *Derecho y sociedad*. Santiago: CPU, 1979. Entrevista, 13 de junio de 1997.
- FUENZALIDA Faivovich, Edmundo. "Institutionalisation of research in Chile's universities" in *Education and Development*, edited by Roger H. Garrett (London and Canberra: Croom Helm. New York: St. Martin's Press, 1984), pages 55-122.
- Informe Cauas. Comisión Informativa del Sr. Rector de la Universidad de Chile, presidida por el Vicerrector Académico, Sr. Antonio Cauas Lama, 1975. Documento interno no publicado, facilitado al autor por el Profesor Antonio Bascuñán Valdés.
- KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University Press, 1962. Second enlarged edition, 1970. "Reflections on my critics", in Lakatos and Musgrave (eds) *Criticism and the growth of knowledge*. Cambridge University Press, 1970. "Second thoughts on paradigms", in Suppe (ed) *The structure of scientific theory*. University of Illinois Press, 1972.
- LAKATOS, Imre. "Falsification and the methodology of scientific research programmes", in Lakatos and Musgrave (eds) *Criticism and the growth of knowledge*. Cambridge University Press, 1970.
- SQUELLA, Agustín (editor). *La cultura jurídica chilena*. Santiago: CPU, 1988. *Evolución de la cultura jurídica chilena*. Santiago: CPU, 1994.
- VELASCO Letelier, Eugenio. *El derecho y los cambios sociales*. Valparaíso: Edeval, 1967. Entrevista, 1980.

## INTERESES JURIDICOS PRIVADOS Y CONCIENCIA MORAL: UNA ILUSTRACION \*

SALVADOR MILLALEO HERNANDEZ \*\*

"El individuo no puede ser libre en tanto no son todos libres y no todos pueden ser libres como no lo sean en comunidad".

Jürgen Habermas (Política Conservadora, Trabajo, Socialismo y Utopía Hoy, 1983).

### 1. Análisis económico del derecho y sociedad moderna

Desde que Aaron Director sugirió denominar "*Law and Economics*" a una publicación periódica que se lanzaría en la Universidad de Chicago por el año de 1958 <sup>(1)</sup>, ha sido sorprendente el crecimiento experimentado en estas cuatro décadas por el campo que se conoce con ese mismo nombre, o con el más técnico de Análisis Económico del Derecho <sup>(2)</sup>. Este análisis ha venido desde entonces ela-

\* Texto basado en la comunicación presentada por el autor en el XVIII congreso mundial de la IVR, realizado en las ciudades de Buenos Aires y La Plata entre el 10 y el 15 de agosto de 1997.

\*\* Profesor-ayudante de la Universidad Diego Portales.

1. George Stigler, *¿Law or Economics?*, *The Journal of Law & Economics*, vol. XXXV, Oct. de 1992, pág. 455.

2. En adelante AED.

borando teorías económicas acerca de cómo se comportan los individuos en respuesta a las reglas jurídicas <sup>(3)</sup>.

A partir de la fecunda elaboración de Ronald Coase <sup>(4)</sup>, hasta su consolidación en los '80, el AED ha extendido su órbita tanto en el plano objetual como significativo. En el primero, se ha expandido eficazmente a las materias más importantes del Common Law (Property, Torts, Contracts, Family, etc.), y aún más allá, alcanzando, entre otras ramas, al derecho penal para construir una verdadera "economía del crimen". Pero es en su significación donde ha sido más notable la expansión del AED, por cuanto ha cobrado un significado primario y de recurso obligado en algunas de sus aplicaciones, como también se ha desbordado de los márgenes del Common Law para despertar el interés de los juristas dependientes de la tradición romano-canónica <sup>(5)</sup>.

Este es uno de los procesos más interesantes que están sacudiendo a la esfera de valor jurídica a fines de siglo. Se trata del despertar de una conciencia metodológica distante de la dogmática y nutrida de ingentes contenidos originados en la teoría microeconómica. La reconocida racionalidad que el AED nos trae no implica simplemente que la mirada jurídica se pose en sus pies que pisan el suelo de las causas y los efectos de la realidad económico-social, sino que esa nueva mirada produce una extensión de las capacidades de autoobservación de los sistemas jurídicos, sea a través de la generación directa de normas judiciales eficientes en los sistemas de Common Law, sea a través de las sutiles funciones crítico-orientadoras de la doctrina en los sistemas continentales.

3. Lewis A. Kornhauser, *El Nuevo Análisis Económico del Derecho: Las Normas Jurídicas como Incentivos*, en Nicholas Mercurio (ed.), *Derecho y Economía*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pág. 56.

4. Recordemos los trabajos seminales de Ronald H. Coase: *The Federal Communications Commission*, *The Journal of Law & Economics*, vol. II, Oct. de 1959; *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law & Economics*, vol. III, Oct. de 1960.

5. Para una caracterización de esta tradición jurídica, vid. John Henry Merryman, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, F.C.E., México, 1971.

Esta transformación corresponde en parte a exigencias funcionales de los sistemas sociales modernos. Según Niklas Luhmann, en esos sistemas, dado que toda comunicación constituye sociedad, y es así imposible escapar de los dominios sociales, se empieza a conferir más importancia a la pregunta de cómo las repercusiones de la sociedad sobre su entorno afectan a la misma sociedad <sup>(6)</sup>. Así es que para el subsistema jurídico se han vuelto problemáticos sus efectos en el entorno ultradiferenciado que lo circunda en la actualidad. Sin embargo, la expansión del AED también obedece a un decaimiento de la legitimidad de las prácticas jurídicas, y a la crisis de las culturas políticas que suponían los sistemas legales, y que hace desplazar la confianza de los ciudadanos hacia aquellas ciencias que como la economía parecen manifestar mejor su racionalidad <sup>(7)</sup>, con el objeto de justificar decisiones públicas.

Esto es lo que explica que el AED no haya estado ajeno a profundas polémicas como aquella que animaron en 1980 uno de sus líderes, Richard Posner, y uno de los autores más relevantes de la escena filosófico-moral, Ronald Dworkin <sup>(8)</sup>. Esta discusión recaída sobre el lugar de la eficiencia dentro de los fines del derecho, entre un representante de una nueva sensibilidad científica y otro de la reflexión moral postradicional del derecho, más allá de sus límites, expresa dificultades surgidas de los traslapamientos que la convulsiva modernidad impone entre dos direcciones de desarrollo futuro de la esfera jurídica. Estas por cierto que están situadas en medio de problemas muy generales, tales como las *relaciones entre ética y*

6. Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*, Alianza, México, 1991, pág. 470.

7. Esta tesis es de M. Minow. Cfr. Martha Minow, *Law Turning Outward*, Telos, vol. 73, 1987.

8. Cfr. Ronald Dworkin, *Is Wealth a Value?* *The Journal of Legal Studies* 9, 1980; del mismo autor, *Why Efficiency?*, *Hofstra Law Review* 8, 1980 (Ambos en Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985); Richard Posner, *The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman*, *The Journal of Legal Studies* 9, 1980; del mismo autor, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, *Hofstra Law Review* 8, 1980.



desarrollo económico, y más específicos, como el problema de teoría del derecho relativo a las *responsabilidades morales y políticas de la función judicial*, o de la *polaridad ética-de-la-convicción vs. ética-de-la-responsabilidad* en cuanto a la teoría moral.

Voy a ahondar teóricamente en estas dificultades a propósito del tema del incumplimiento de los contratos.

## 2. El incumplimiento eficiente de los contratos

En los contratos, dos opciones económicamente relevantes respecto de ellos son la decisión de concertar un contrato y la de romperlo o no <sup>(9)</sup>. La primera opción será tomada, como toda decisión económica según maximice la función de utilidad de un individuo, es decir, si celebrar el contrato proporciona a las partes una utilidad más elevada que no hacerlo. Si suponemos que así ha sido y que, por tanto, existe un acto contractual que ha generado un conjunto de reglas contractuales, estas reglas, desde la perspectiva económica, serán consideradas como estímulos y costos para la actividad de los individuos.

Precisamente, uno de los temas ejemplares del AED ha sido la problemática económica de la segunda opción, esto es, la del rompimiento eficiente de los contratos (*Efficient Breach*). Si un contrato se perfecciona legalmente genera las obligaciones y los créditos —que económicamente son títulos sobre determinados usos de ciertos recursos— correspondientes para las partes, de acuerdo al sentido y contenido del acto. Si el contrato se cumple por ambas en forma simultánea, el intercambio económico de bienes, servicios o valores no vuelve a ser afectado por el derecho más allá de la definición inicial de los derechos subjetivos y la definición de las condiciones de validez del contrato. En cambio, si una de las partes ha de cumplir la obligación en un tiempo diferente al de su contraparte, se abre un espacio para los riesgos de la contingencia, etapa de incertidumbre donde la protección jurídica puede cobrar importan-

9. También son importantes económicamente la decisión del nivel de inversión por confianza, es decir, aquella inversión que sólo tendrá resultados en cuanto se cumpla el contrato; el aseguramiento frente al riesgo, si es que no son ambas partes neutrales ante él; y el efecto en la reputación.

cia. La incerteza inevitable que conlleva la no simultaneidad puede conceder a una de las partes una ventaja estratégica como la llaman Kronman y Posner, con la cual puede obtener un pago o una prestación adicional que desvirtue o sencillamente prive de eficacia a los términos iniciales del contrato.

Ahora bien, en ausencia de costos de transacción, al tenor del teorema de Coase, podríamos pensar en un contrato perfecto que considere en sus cláusulas todas las circunstancias que la contingencia le depare, incluidas las que induzcan a su incumplimiento. Estos son los llamados “contratos contingentemente completos”, que describirían en sus términos todos los riesgos y además los imputarían a quien mejor pudiera asumirlos.

Un contrato será eficiente, si y sólo si, la suma de los valores esperados por todas las partes es maximizada por el contrato, y la suma de esos valores dada cada contingencia es maximizada asimismo por el contrato. Tal cosa ocurre, según el teorema de Coase, en un mundo sin costos de transacción, es decir, en el mundo de los contratos perfectos.

Pero como tal cosa no sucede en un mundo real con costos de transacción, los que incluyen en este caso todos los costos de una negociación completa acerca de toda contingencia y los de verificación de la propia contingencia, de hecho la mayoría de los contratos ni siquiera contemplan alguna estipulación al respecto, y pueden surgir contingencias imprevistas que hagan que los costos de ejecutar el contrato excedan a los beneficios. Esto significa que, por una oportunidad de ganancia inesperada o por una onerosidad sobreviviente, los recursos necesarios para el cumplimiento del contrato se han hecho más valiosos en un uso alternativo, y en todo caso distinto, al cumplimiento del contrato. Entonces es que la perspectiva del AED sugiere normativamente el “*Efficient Breach*” del contrato, esto es, su ruptura como más eficiente que su cumplimiento, en cuanto los costos de su ejecución excedan los beneficios para todas las partes involucradas <sup>(10)</sup>.

10. Robert Cooter; Thomas Ulen, *Law and Economics*, Scott Foresman and Company, Glenview (Illinois), London, 1988, pág. 290.

Al respecto, inclusive ha sido promovida por Richard Posner la redefinición jurídica del concepto de rompimiento contractual <sup>(11)</sup>, para que éste sólo considere como tal la ruptura ineficiente o sin justificación económica (*Oportunistic Breach*), ya que, desde el punto de vista economicista, el incumplimiento eficiente sería en algún sentido involuntario <sup>(12)</sup> —asimilable a un estado de necesidad, pero en este caso de una necesidad generalizada de lograr la eficiencia económica.

Sin embargo, tanto el *Common Law* como la tradición del derecho civil disponen de reglas que asocian consecuencias al rompimiento contractual por eficiente que éste sea. La primera tradición suele otorgar como "*legal remedy*" —acción de responsabilidad— la indemnización de los daños provocados por el incumplimiento, en la cantidad a que asciendan las ganancias perdidas por la víctima del incumplimiento, y sólo excepcionalmente, como alivio de equidad, la ejecución forzada del contrato <sup>(13)</sup>. La segunda, por su parte, dispone que el acreedor puede perseguir a su elección, o bien la resolución del contrato, o bien su ejecución forzada, junto al pago de los daños en uno u otro caso <sup>(14)</sup>.

Según Coase, con costos de transacción nulos, los derechos serán reasignados por el mercado hacia los usos donde sean más valorados, sin importar la asignación que hagan las reglas jurídicas. A

11. Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, third edition, Boston, 1986, pág. 108.

12. *Ibid.*, pág. 107.

13. Daniel Friedmann relativiza esta aseveración al describir los nuevos desarrollos en el derecho contractual angloamericano, los cuales empiezan a otorgar con mayor frecuencia otros "remedies". Vid. Daniel Friedmann, *Efficient Breach Fallacy*, III. *Descriptive Objections to the Right to Break a Contract*, *The Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, n° 1, January 1989.

14. Para un análisis económico comparativo de los efectos de las reglas de ambas tradiciones, vid. Alfredo Bullard González, *¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente: ejecución forzada vs. pago de daños*, en el libro del mismo autor, *Estudios de Análisis Económicos del Derecho*, A.R.A Editores, Perú, 1996.

partir de allí, con costos de transacción mayores que cero, las normas jurídicas comienzan a determinar ciertos resultados más o menos eficientes <sup>(15)</sup>.

Esas reglas, según el enfoque economicista, están destinadas, cuando puedan afectar las decisiones económicas de las partes, esto es, cuando hay costos de transacción, a resolver las contingencias que pueda motivar la ruptura contractual tal como lo hubiesen hecho las partes si fuese posible un contrato contingentemente completo. Esta es la llamada "replica del contrato", y no es sino una aplicación del modelo del espejo, el cual concibe al derecho como vinculado ineluctablemente a la eficiencia del mercado, de manera que cuando el mercado funciona no ha de obstaculizarlo, y cuando el mercado falla, el derecho ha de resolver imitando al mercado.

Cabe en primer lugar el alcance siguiente: El uso jurídico de la técnica contractual significa que un contratante que promete cumplir un contrato sólo está autorizado para dejar de hacerlo ordinariamente si el otro lo libera de esa actividad. Tal cosa es lo que trasunta el principio *Pacta Sunt Servanda* <sup>(16)</sup>, es decir, la obligatoriedad de lo que dos personas libres han libremente consentido. Todos los sistemas legales protegen los derechos subjetivos que emanan de los contratos, así como protegen la propiedad sobre las cosas, y el uso del lenguaje del derecho excluye por definición lo que resulta antijurídico, como sería el tomar la propiedad o el contenido de los derechos personales de otro sin su consentimiento (la expropiación o "eminent domain" y la justificación del estado de necesidad son autorizaciones legales y por tanto confieren derechos, en oposición a la ruptura eficiente que, tal como el robo, no está justificada jurídica-

15. Daniel Friedmann precisa en contra del AED que la regla de los "expectation damages" no necesariamente es la menos costosa que los otros remedies, cuestión que es difícil de aclarar en abstracto. Sin embargo, la sola determinación de los daños (measure of damages) puede terminar siendo mucho más costosa que el cumplimiento forzado (specific performance), la cláusula penal o la restitución de las ganancias. Vid. Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, *The Journal of Legal Studies*, vol. XVIII, n° 1, January 1989, pp. 1 y ss.

16. Daniel Friedmann, *op cit.*, pág. 2.

mente). No es comprensible jurídicamente entonces, aunque económicamente lo sea, que a posteriori se justifique el privar a otro del objeto de su derecho, y, de esa manera, en general nadie tiene el derecho o la libertad de no cumplir un contrato.

En segundo lugar, debemos reparar que al tratar el derecho de los contratos estamos frente al conjunto de reglas que constituyen el mercado, de suerte que uno de los elementos para que éste opere es que existan contratos cuyo costo de negociación sea el menor posible (y así nos acerquemos más al ámbito del teorema de Coase, posición donde se lograría el óptimo social). Así es que si miramos desde la perspectiva del bienestar social, el incumplimiento eficiente sancionado por la responsabilidad contractual de los daños generará una externalidad negativa definida por una pérdida de confianza en la institución contractual. Tal desconfianza proviene del socavamiento del proceso de formación de los contratos al relajar nuestro respeto por el resultado de ese proceso, lo cual es grave si consideramos que los derechos contractuales son la riqueza más valiosa de los mercados y que los contratos son la manera privilegiada en que se socializan los individuos de las sociedades modernas. Si los beneficios que provoca el "*Efficient Breach*" no alcanzaran a compensar la acumulación de desconfianza de los particulares por el riesgo de que sus contratos no sean cumplidos en búsqueda de la eficiencia, entonces el incumplimiento eficiente puede producir a largo plazo situaciones sociales ineficientes al debilitar uno de los mecanismos generadores del bienestar social.

Sostenemos, adicionalmente, que el primer alcance expresado en términos normativos y el segundo, en términos fácticos, tienen una relación interna, que revisaremos a partir de aquí.

### 3. Las imposibilidades de la cooperación eficiente

Para el AED, el propósito del Derecho Contractual es proveer a los particulares de una estructura que les permita el intercambio para el logro de sus intereses privados<sup>(17)</sup>. En condiciones ideales

17. Vid. Robert Cooter, Thomas Ulen, op. cit., Cap. 6: *An Economic Theory of Contract*, pp. 212 y ss.

de competencia perfecta<sup>(18)</sup> se lograrían contratos perfectos que serían absolutamente eficientes. La competencia perfecta supone la racionalidad económica individual de sujetos maximizadores de sus intereses.

Empero, con esa sola suposición no puede buscarse la eficiencia social, puesto que la racionalidad individual es deficitaria para lograr ese objetivo como se ha demostrado en el dilema del prisionero: el simple juego de intereses privados no totalmente contrapuestos es incapaz por sí solo de llevar a la cooperación para alcanzar el óptimo social<sup>(19)</sup>.

Se requiere además de lo que se llama un "*Perfect Contractual Environment*", entorno contractual perfecto, lo cual significa un complejo institucional que defina el mercado<sup>(20)</sup>, permitiendo la transparencia comunicativa e informativa necesaria para evitar los costos de la cooperación, y la comunidad armónica de intereses para evitar las externalidades. Este es obviamente un supuesto moral.

Por otro lado, el criterio de evaluación de la eficiencia social es indeterminado, pues los criterios específicos más aceptados hasta

18. Hayek sostiene que el modelo del mercado de competencia perfecta es el diseño abstracto de la teoría económica de un horizonte máximo de todas las posibilidades productivas de una sociedad, respecto del cual sólo se ocasionan aproximaciones. Vid. Friedrich Von Hayek, *La Competencia como Proceso de Descubrimiento*, Estudios Públicos n° 50, Santiago de Chile, 1993. La idealidad del mercado perfecto no lo hace superfluo, ni meramente regulativo, sino que debe tomarse en serio pues el desempeño real del mercado puede aproximarse, sirviendo el tipo perfecto de modelo para su evaluación.

19. Cfr. Robert Axelrod, *La Evolución de la Cooperación, El Dilema del Prisionero y la Teoría de los Juegos*, Alianza, Madrid, 1986. El dilema del prisionero además del comportamiento racional enfatiza en sus supuestos el carácter monológico de éste, pues en el juego iterativo del prisionero obtiene una mayor aproximación al óptimo social la estrategia que mejor permita la comunicación social, de modo que sin repetición y sin comunicación es imposible lograr en el juego la cooperación eficiente.

20. Coase reconoce esta configuración institucional: "*Los mercados son instituciones que existen para facilitar el intercambio, es decir, para reducir los costes que implica la realización de transacciones*". Ronald Coase, *La Empresa, el Mercado y la Ley*, Alianza, Madrid, 1994, pág. 14.

aquí (Pareto, Kaldor-Hicks) son víctimas del teorema de la imposibilidad de Arrow (21). En definitiva la justificación de las decisiones públicas nunca puede agotarse en la semántica del concepto de eficiencia, sino que requiere de la operación de procesos colectivos e institucionalizados.

#### 4. *Reconstrucción ético-discursiva de la cooperación en los contratos*

Que el desempeño de la cooperación eficiente del mercado requiera de un marco institucional no me llevará a elogiar un simple neoinstitucionalismo (22), sino que prefiero abordar su lógica de institucionalización como un proceso en que se consolidan en los hechos ciertas estructuras fundamentadas en los principios de una conciencia moral posconvencional, las que determinan la validez del derecho como ordenamiento y de todo uso jurídico del lenguaje.

Según Jürgen Habermas, el derecho, en su moderna forma de derecho positivo, es un medio que hace posible comunidades altamente artificiales, esto es, asociaciones de personas libres y legalmente iguales, cuya integración social está basada simultáneamente en amenazas de sanciones externas y la suposición de un acuerdo racionalmente motivado (23).

Esos dos aspectos se deben a las dos caras del concepto de validez jurídica: una referida a la facticidad de normas positivas vigentes, y otra a la legitimidad del orden jurídico. La primera cara mira hacia el establecimiento de mercados y aparatos de gobierno, ya que los sistemas económico y administrativo en la modernidad se diferenciaron funcionalmente, separándose del *mundo de la vida*, pero quedando anclados en él mediante ciertas instituciones jurídicas. La otra

21. Vid. K. J. Arrow, *Una Dificultad en el Concepto de Bienestar Social*, en K. Arrow y T. Scitovsky, *La Economía del Bienestar*, vol. I, F.C.E., México, 1974.

22. Cfr. A. Allan Schmid, *Derecho y Economía: Una Perspectiva Institucional*, en Nicholas Mercurio, op. cit., pp. 89 y ss.

23. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996, pág. 8.

mira hacia la integración social del *mundo de la vida* —es decir, al entendimiento de fondo que sirve de telón y horizonte compartido a nuestras prácticas lingüísticas, y en el que en cada caso siempre estamos— que se reproduce mediante la acción comunicativa, y que requiere que las normas positivas tengan una justificación racional.

Las exigencias funcionales que el derecho moderno pasa a cumplir corresponden a las tareas de reproducción sistémica de los mercados y la burocracia a través de la institucionalización de los medios simbólicamente generalizados del dinero y el poder en que ellos se asientan. En el caso de los mercados, que es el aquí abordado, su contextura jurídica asegura que la integración de las economías se nutra de decisiones descentralizadas de individuos autointeresados que actúan en esferas moralmente neutras. Ahora bien, esa contextura se despliega en el derecho civil al modo de la protección de ciertas libertades negativas (24), cuales serían la capacidad general de las personas, la propiedad privada y la libertad contractual (25). Mediante esas libertades, que no son otra cosa que derechos esenciales, se pueden configurar derechos subjetivos (26) para los particulares. Tales libertades generalizadas, tan útiles hasta ahora para la expansión de los mercados, puesto que reducen los costos de transacción respecto de los órdenes tradicionales, expresan reglas de acción que fueron concebidas primero como ideas morales.

Esas ideas provienen de las estructuras generales de conciencia de nuestra forma de vida simbólicamente estructurada, las cuales, al ser racionalizadas en la modernidad, se plasman en principios —se vuelven posconvencionales—, frente a los que se deben justificar las reglas para satisfacer las condiciones de la *racionalidad práctico-mo-*

24. Charles Fried es claro al decir que “un principio fundamental de la moral política liberal es que debemos gozar de seguridad, de modo que las personas y propiedades no estén expuestas a la explotación por otros, y para eso necesitamos tener una base segura en el mundo para expresar nuestra voluntad y expandir nuestros poderes”. Charles Fried, *La Obligación contractual, El contrato como Promesa*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

25. Derechos en sentido fuerte para Dworkin.

26. Derechos débiles en el lenguaje de Ronald Dworkin.

ral. En ella se desempeña la *pretensión de validez de la rectitud*, que puede ser cuestionada y fundamentada mediante un discurso práctico (27), cuando los sujetos se orientan a cooperar a través de un acuerdo racional alcanzado mediante la comunicación.

Ahora bien, la diferencia entre estas necesidades de fundamentación y la antigua confusión entre lo jurídico y lo moral en las sociedades tradicionales reside en que el derecho y la moral modernos operan en planos distintos pero que guardan una relación de complementación recíproca. Ambos requieren de la posibilidad de encontrar una justificación racional en interacciones sociales abordadas por los sujetos en actitud realizativa; dotados de esa justificación, ambos funcionan resolviendo consensualmente conflictos en orden a restablecer el consenso social deteriorado. La justificación racional práctica de las normas jurídicas y morales radica en el cumplimiento del *principio D*.

El *principio D* (Principio General del Discurso) expresa que son válidas aquellas normas de acción en las cuales todas las personas posiblemente afectadas podrían acordar como partícipes en un discurso racional (28). El cumplimiento de este principio satisface las condiciones de la *situación ideal de habla*, anticipándola con su cabal desempeño (29).

Ahora bien, el derecho y la moral se justifican en el *principio D*, cumpliendo principios derivados de aquel que son distintos. La segunda se justifica en discursos sobre cuestiones morales, si se cumple el *principio U* (Universalización) que mienta que únicamente son imparciales precisamente las normas que son susceptibles de universalización al incorporar de modo manifiesto un interés común a todas las personas afectadas, pudiendo así encontrar un reconocimiento intersubjetivo (30). El primero a su vez se legitima en discursos sobre

27. Vid. Jürgen Habermas, *Ética Discursiva*, II. 3: *Pretensiones de Validez Aseverativas y Normativas en la Acción Comunicativa*, en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1985.

28. Jürgen Habermas, op. cit., pág. 107.

29. Vid. Jürgen Habermas, *Teorías de la Verdad*, en *Teoría de la Acción Comunicativa, Complementos y Estudios Previos*, Cátedra, Madrid, 1989.

30. Jürgen Habermas, *Ética Discursiva*, en *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona, 1985, pág. 85.

cuestiones ético-políticas, si se cumple el *principio Democrático*, que significa que sólo aquellas normas jurídicas que puedan encontrar la aceptación de todos los ciudadanos de una comunidad política en un proceso discursivo de creación del derecho que haya sido legalmente constituido, serán válidas (31). De este modo es que las reglas morales tienen como marco de validez a toda la humanidad y las jurídicas a cada comunidad política; las reglas morales se justifican sólo en el desempeño discursivo de razones propiamente morales, y las jurídicas con el desempeño de razones utilitarias o pragmáticas, morales y ético-políticas. Aunque las reglas jurídicas tengan contenidos morales, son reglas positivadas de una comunidad política determinada y pueden recurrir a la fuerza de ésta para cumplirse. Comparten ambos tipos de reglas la realización de los derechos fundamentales, pero ellos son reglas en última instancia promulgadas por una constitución jurídica vigente, y sirven así de piedra de toque de la justificación del derecho mediante el principio democrático —y también determinan la responsabilidad moral y política de los jueces en sus decisiones.

Volviéndonos a nuestro problema, tenemos que el derecho al realizar en instituciones determinadas ideas morales se permitió estructurar una esfera, el derecho privado patrimonial, en que los individuos están descargados de lograr directamente consensos sociales y pueden perseguir sus propios intereses privados suponiendo tales consensos. Una de sus más caras creaciones es el contrato (32). Este entronca por un lado con las libertades económicas fundamentales que, entre otras, sirven de justificación al derecho en su tarea de resolver consensualmente los conflictos; por otro lado permite

31. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms...*, op. cit., pág. 110.

32. Esto lo podemos emparentar con la tesis de Fried sobre el fundamento de la obligatoriedad de las promesas: "Un individuo está moralmente obligado a mantener su promesa porque ha invocado intencionalmente una convención cuya función es dar fundamentos —morales— para que otro tenga la expectativa de que será cumplida. Quien reniega de ella, abusa de la confianza que libre e intencionalmente invitó a depositar. Abusar de esta confianza es como (pero sólo como) mentir: es aprovecharse de una institución compartida que tiene por objeto apelar a los lazos de confianza". Charles Fried, op. cit., pág. 36.

el intercambio económico en la dirección de promover la eficiencia social mediante acciones estratégicas.

Tal eficiencia sólo puede buscarse usando instituciones jurídicas legitimadas mediante la sujeción a los derechos fundamentales, de intrínseco contenido moral y que engendran una confianza racional en el orden social, en cuanto a que sólo brindan validez a aquellas reglas que respeten la igual y universal distribución de los derechos esenciales, y a los actos que sean conformes a esas reglas. Es así que la menor protección que involucra propender al incumplimiento de los contratos sin más límite que la eficiencia, y que implica el dejar de lado el restablecimiento del consenso deteriorado por la ruptura contractual, trae como corolario la pérdida de fuerza efectiva de las libertades económicas que subyacen al contrato. Esto haría perder legitimidad al derecho y plantearía dificultades de confianza ciudadana en los mecanismos de integración social. Sobre esa confianza racionalmente fundada es que se asienta la racionalidad económica de los individuos, dado que sin instituciones la economía no podría funcionar. Atentar contra ella es amenazar las bases colectivas de solidaridad social que los individuos requieren y suponen para desenvolver su libertad, y como tal nos hace pensar en que el AED por esta vía expresa una forma de colonización del mundo de la vida<sup>(33)</sup>, ámbito social que constituye el depósito del que forma parte la protección jurídica.

El principio *Pacta Sunt Servanda* tiene que regir tanto en el discurso jurídico como en la facticidad del mercado, para que se cumplan los objetivos funcionales de los contratos. No obstante, en la comprensión del AED estos parecerían cumplirse con independencia de su posible deterioro institucional. Esa perspectiva netamente externa se contrapone a la perspectiva interna de la secuencia de justificación del contrato que hemos desarrollado y que impide que la libertad de los individuos actúe contra los frutos de la misma, so pena de que ella termine siendo inocua y falaz.

33. Vid. Jürgen Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo II, *Crítica de la Razón Funcionalista*, Capítulo VIII: *Consideraciones Finales: De Parsons a Marx a través de Weber*. Taurus, Madrid, 1988.

Decir esto, sin embargo, no nos hace perder la perspectiva de que debemos complementar ambos enfoques<sup>(34)</sup>, el del AED y el interno, para lograr por una parte la obtención de un orden legítimo de intercambios, nutrido de la justificación racional suficiente para sortear los quiebres culturales de la posmodernidad, como para que nuestra forma de discurso práctico-moral incorpore un saber progresivamente mayor sobre las consecuencias inmediatas y laterales de las distintas alternativas de la elección pública en forma de *ética de la responsabilidad*, es decir, de una ética que asuma la responsabilidad por las consecuencias deseadas o no de las acciones sociales. Tal saber argumentativo bien puede proporcionarlo una disciplina con tanta pericia explicativa como lo es el AED.

Las vinculaciones teóricas que este enfoque establece entre lo ético y lo económico son sólo algunas dentro de las muchas relaciones de ese tipo en cuanto a los contratos<sup>(35)</sup>, pero muestran su necesaria complementación y recíproca limitación. La dicha complementación entre ética y economía es estrictamente necesaria para que el autoentendimiento de nuestra vida moderna siga realizando sus ideales pero también funcionando en la realidad.

34. Eso es lo que sugiere K.O. Apel para una comprensión cabal de la racionalidad económica. Karl-Otto Apel, *Ética del Discurso como Ética de la Responsabilidad y el Problema de la Racionalidad Económica*, en *Persona y Sociedad*, vol. VII, n°s 2-3, Ilades, Santiago de Chile, 1993, pp. 37-36.

35. Aspectos como los fines redistributivos o de otra clase que se puedan perseguir en esta área o en otras del derecho privado no fueron siquiera rozados aquí, pero esas preocupaciones pueden fundamentarse de manera similar que la importancia de la institución contractual.