

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

RECENSIONES

do, porque la controversia que este asunto ha generado tiene su origen en presupuestos conceptuales que no han sido debidamente teorizados. Los mismos a los que ella hizo particular mención en el apartado cuarto de su obra, a saber: *acción positiva* en relación a *discriminación inversa*; éstas en relación a *cuotas y tratos preferentes*; y éstos en relación a *objetivos*. Razón que le lleva a concluir que gran parte de la polémica suscitada por este caso resulta estéril, y en definitiva, perjudicial a la acción antidiscriminatoria en favor de las mujeres.

Por lo mismo, a la autora le parece urgente una profunda revisión conceptual y terminológica del Derecho antidiscriminatorio, particularmente en lo que constituye la *acción positiva*, toda vez que es allí donde, en los últimos años se está sufriendo una involución o un repliegue por razón, no de sus objetivos que se siguen considerando legítimos, sino por el rechazo de algunos instrumentos o medidas utilizadas para llevarla a cabo, concretamente, las *cuotas* y los *tratos preferentes*.

Revisión que ella califica de urgente porque la tacha de ilegitimidad que padecen tales instrumentos de acción positiva le resulta falaz e injustamente perjudicial para la teoría y práctica de esta particular forma de acción antidiscriminatoria, principalmente porque —como ella misma dice— “las prácticas a las que dan cobertura tales denominaciones, dependiendo de la manera (condiciones y requisitos) en la que estén planteadas, pueden ser tan variopintas que no resulta de recibo pronunciarse sobre su legitimidad al margen de un análisis concreto y detallado de las mismas” (24).

La autora es muy clara en su sentencia final: rechazar las *cuotas* y *tratos preferentes* como medidas válidas de *acción positiva en favor de las mujeres*, sin un análisis concreto y detallado, no es una postura conceptual sino una toma de posición ideológica, individualista y sexista, solapada tanto en el lenguaje teórico o doctrinal como en el discurso interpretativo de las sentencias (25).

Paulina Gómez Barboza

24. Op. cit. (1), pág. 122.

25. Ibidem.

ALFREDO BULLARD GONZALEZ: *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

“Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio”.

“... Se desarrollan actividades, que, por lo menos estadísticamente, tienen un coste de vidas humanas cierto. Se construye el túnel de Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro de túnel construido. Utilizamos aviones y automóviles en vez de usar otros medios de transporte, más lentos pero más seguros. Quizá sea ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos, porque —y esta no es una razón desdeñable— las primeras resultarían demasiado caras” (1).

Guido Calabresi
El coste de los accidentes

El análisis económico del Derecho puede ser definido como un método de estudio del fenómeno jurídico caracterizado, básicamente, por incorporar parámetros racionales u objetivos en la descripción, diseño y evaluación de las normas. La aplicación del método económico al Derecho pretende, en su dimensión positiva, describir el fe-

1. Guido Calabresi, “El coste de los Accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil”, Barcelona, 1984, Editorial Ariel S.A., p. 35.

nómeno jurídico, es decir, explicar en forma consistente el criterio económico que subyace en la creación y aplicación de las normas. En la normativa en cambio, lo pretendido es formular juicios de carácter deóntico sobre el ordenamiento jurídico.

El criterio empleado al describir y evaluar un determinado ordenamiento jurídico es *la maximización de la riqueza* ⁽²⁾. En otras palabras, los fundamentos del razonamiento judicial y del proceso de creación jurídica, al asignar derechos, quedarían determinados por el aumento de la riqueza social que produzcan sus decisiones.

Para determinar cuándo una determinada situación produce un aumento de la riqueza, o, dicho de otra forma, cuándo una decisión asigna recursos en forma eficiente, los analistas económicos recurren al denominado *Óptimo de Pareto* ⁽³⁾. Según Pareto, una asignación de recursos sería óptima cuando produce una mejora en la situación de al menos uno de los sujetos sobre los cuales recae y no perjudica a ninguno de los demás. De cara a las normas entonces, será necesario cuestionarse no solamente sobre su validez y eficacia, sino además, con el mismo rigor y acuciosidad, sobre su *eficiencia*, es decir, sobre su aptitud para aumentar la riqueza social.

Aludir en forma tan recurrente a la riqueza como valor ha generado ciertas susceptibilidades y aprensiones respecto del método económico aplicado al Derecho ⁽⁴⁾. El análisis —aún la reseña— de estas críticas, excede generosamente las posibilidades de este traba-

2. Vid Posner, Richard, "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho", *Journal of Legal Studies*, VIII, 1979, traducción Revista del Centro de Estudios Públicos N° 69, Santiago 1998, Edición de Verano, pp. 207 - 257.

3. El economista italiano Vilfredo Pareto nace en 1845, estudia ingeniería en Italia, se desempeña como funcionario de administración ferroviaria hasta el año 1892, en el que sucede en la cátedra de economía al economista Leon Walras en la Universidad de Lausana, vive en Suiza hasta su muerte y escribe numerosas obras sobre economía y sociología.

4. Y de hecho las ha generado, un excelente ejemplo de lo anterior es el artículo de Ronald Dworkin "¿Es la riqueza un valor?" (Dworkin, Ronald, "A Matter of Principle", Cambridge, Mass.: University Press, 1985. Pp. 237-266. Traducción al español en Revista del Centro de Estudios Públicos, Santiago 1998, edición Verano, pp. 259-298).

jo, no obstante lo anterior y la validez de algunas de estas críticas, creo que la disciplina en comento ofrece algunas ventajas comparativas respecto a otros paradigmas de análisis del Derecho que es conveniente consignar.

Una de las premisas fundamentales del método económico es considerar al hombre como un maximizador racional, la racionalidad, en este sentido, equivale a afirmar que cada persona tiende a elegir, entre recursos escasos, aquella combinación de bienes que le reporta mayor utilidad. Esta conducta es lo que Richard Posner ha sintetizado, en forma brillante me parece, en la voz *autointerés* ⁽⁵⁾.

El Derecho en tanto, concebido como un fenómeno social, tiene por objeto regular la conducta humana y parece exacto afirmar que, la regula estableciendo estímulos o desincentivos. Aceptando lo anterior es necesario pensar sobre dos cosas que, por lo demás, se encuentran inescindiblemente ligadas: (1) ¿Qué conductas estimula —o debería estimular— el Derecho? y (2) ¿Por qué?

Si reconocemos al hombre como un maximizador racional de beneficios ⁽⁶⁾ por naturaleza, debemos convenir entonces que el ordenamiento que regula su conducta, razonablemente, no debiera desconocer este carácter —lo que no implica que deba omitir otros rasgos relevantes de la conducta humana— al momento de prescribir qué es correcto y qué no, estimulando, entre otras, aquellas conductas que favorezcan el aumento de la riqueza, y estableciendo límites

5. Vid. Posner Richard, "Análisis Económico del Derecho y Contratos", Santiago 1997, Traducción preparada por Mariano Soto y revisada por Patricio Tapia. Material docente del curso *Análisis del Derecho y obligación contractual*, impartido durante el mes de noviembre de 1997 por el profesor Pablo Ruiz-Tagle V.

6. Toda persona orienta su accionar a maximizar beneficios, la dificultad de un análisis del comportamiento humano radica en determinar qué entiende cada uno por beneficios. (Por ejemplo para un sádico es beneficioso infligir dolor, un masoquista en cambio consideraría beneficioso recibirlo). El análisis económico, al menos en la versión de Posner, equipara beneficio a riqueza. Esta asimilación merece algunas críticas importantes, pero se le pueden reconocer al menos dos ventajas: (1) Posibilita la comprobación de los cometidos del Derecho y (2) refleja en forma fidedigna una porción considerable de la naturaleza humana.

en el sentido de proteger y garantizar una posibilidad de maximizar igual a todos los seres humanos. La razón de lo anterior radica en que, concebido de otra manera, el Derecho constituiría únicamente un obstáculo al desarrollo del hombre.

El análisis económico —y esta es su ventaja frente a otros paradigmas de estudio del Derecho— reconoce esta particular naturaleza del ser humano y permite, desde ella, evaluar la eficiencia de las normas de un ordenamiento jurídico y realizar proposiciones normativas sobre el mismo.

En conformidad a lo expresado, las críticas que pueden formularse al método económico, no debieran dirigirse a su capacidad analítica sino a sus pretensiones totalizantes. En otras palabras, el problema del análisis económico no es que no sea apto para comprender el fenómeno jurídico, el óbice más bien radica en su imposibilidad de comprender la totalidad del fenómeno jurídico. La conducta humana, como se sabe, se caracteriza por asumir una sorprendente —a veces maravillosa y otras, aterradora— multiplicidad de formas, su análisis, por lo tanto, precisa ser interdisciplinario. El análisis económico no pretende —o no debería pretender— ser *la* herramienta que lo describa en toda su dimensión y complejidad, su pretensión es más humilde, a saber ser *una* de las herramientas que permite al Derecho regular en forma adecuada la conducta humana y esto no debe olvidarse al momento de legislar o asignar derechos de carácter litigioso (?). Como señala Bullard en la introducción de su libro:

Si el Derecho es un instrumento para lograr la justicia, no puede estar ajeno al "precio" que en ocasiones la sociedad tiene que pagar

7. Como señalan Robert Cooter y Thomas Ullen "Estamos habituados a pensar en las disposiciones jurídicas como herramientas importantes para que la sociedad logre su meta de justicia y equidad. En realidad, no es una exageración que la mayoría de las personas, especialmente los abogados, consideren la ley sólo en su papel de ofrecer justicia. La contribución importante del análisis económico no debiera reemplazar esta idea sino complementarla. (Cooter, Robert y Ullen, Thomas, "Law and Economics", Harper Collins Publishers 1984, pp. 9-13. Citado en Roemer Andrés, "Introducción al análisis económico del Derecho", Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica/Economía contemporánea, 1994, p. 105.

para ser justos. Y, parafraseando a Guido Calabresi, en un mundo donde los recursos son escasos, desperdiciar es injusto.

El análisis económico, en su versión moderna ⁽⁸⁾, es inaugurado alrededor del año 1960 en el mundo anglosajón con el artículo de Ronald Coase "El problema del costo social" ⁽⁹⁾. El premio nobel de economía de 1962, George Stigler expresó que estas páginas "tuvieron para los economistas la misma importancia que los descubrimientos de Arquímedes para las Ciencias Naturales" ⁽¹⁰⁾. A este artículo, deben agregarse los trabajos de Calabresi y Alchian, que, en conjunto con el primero, sientan las bases de este novedoso (al menos para nuestra dogmática) enfoque del Derecho ⁽¹¹⁾. Con posterioridad, el análisis económico ha tenido un desarrollo explosivo, que lo ha llevado a alcanzar dimensiones ciclópeas a través de la obra de autores como Richard Posner, Anthony Kronman, Gary Becker, Bruce Ackerman, John Due, James Buchanan, Lon L. Fuller y Mitchell Polinsky, por nombrar sólo algunos.

8. Vid Torres López, Juan. "Análisis Económico del Derecho". España, 1987, Editorial Tecnos, pp. 13-24. Básicamente la versión moderna del análisis económico se diferencia de su predecesor (el antiguo análisis económico consideraba a la economía y al derecho como dos disciplinas que, en razón de su objeto de estudio, permanentemente se intercalaban) al considerar que lo relevante en el análisis económico es la idoneidad del enfoque económico para analizar todo tipo de fenómenos sociales, entre ellos, el fenómeno jurídico.

9. "El problema del Coste Social", Trabajo publicado originariamente en *The Journal of Law and Economics*, (Octubre 1960), pp. 1-44. En Revista del Centro de Estudios Públicos N° 45, Santiago, edición correspondiente al Verano de 1994.

10. Citado en la presentación del artículo "El Problema...". Ibidem.

11. El análisis económico, en términos groseramente simples, se estructura sobre las siguientes ideas: (1) El autointerés, es decir, la tendencia de los individuos a orientar su accionar a la maximización de beneficios o, dicho en otras palabras, la conducta económica racional, (2) El rol del Estado como corrector de las imperfecciones del mercado y (3) El concepto de Bienestar Social. (Vid. Torres López, Juan, "Análisis Económico del Derecho", Ob. cit., pp. 30-37).

En el mundo latino en cambio, el crecimiento ha sido lento, con una gradualidad que eventualmente evoca la falta de movimiento. Las razones, desde mi perspectiva, pueden agruparse en dos categorías, la primera, una cierta desconfianza y posteriormente desprecio por parte de los países europeos (que gradualmente ha ido cediendo, con excepción probablemente de Francia, quien reivindica para sí la creación del derecho privado moderno de filiación romana) frente a un método de análisis que integra otra disciplina —la economía— al estudio del Derecho. En los países latinoamericanos en cambio, el factor predominante ha sido una profunda ignorancia del tema. Así, actualmente, en Chile, no existe, salvo contadas excepciones (personalmente conozco únicamente algunos trabajos del profesor Carlos Peña G. y del profesor Pablo Ruiz-Tagle V., su libro "Revisión crítica del Derecho" ⁽¹²⁾ y una traducción del libro de Charles Fried "Contract as a Promise. A Theory of Contractual Obligation") ⁽¹³⁾, literatura seria sobre el tema. A mayor abundamiento, respecto de los contratos, probablemente uno de los temas más apetecidos por la doctrina y respecto del cual, el método económico tiene bastante que decir, el libro del profesor Jorge López Santa María "Contratos parte general" ⁽¹⁴⁾, probablemente lo mejor que se ha escrito en Chile sobre la materia, no se hace mención alguna al enfoque económico de los contratos. No es extraño entonces que el elenco de autores de habla hispana sea más bien reducido, destacándose especialmente los españoles Santos Pastor Prieto, Cándido Paz Ares y Juan Torres López.

En ese escenario que, en el año 1996, el profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú publica su libro *Estudios de Análisis Económico del Derecho*.

12. Ruiz-Tagle Vial, Pablo, "Revisión crítica del Derecho", Santiago, 1990, Universidad Nacional Andrés Bello, 1ª Edición.

13. Fried Charles "La Obligación Contractual". El contrato como promesa. Traducción de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Santiago 1990: Editorial Jurídica de Chile.

14. López Santa María, Jorge. "Los Contratos Parte general", Santiago 1986, Editorial Jurídica de Chile.

La obra de Bullard, al igual que su autor, es contestataria e innovadora ⁽¹⁵⁾ y, me atrevería a decir, necesaria para un país como el nuestro. Estructurado a base de una serie de artículos publicados por el autor entre los años 1987 y 1996, el libro abarca una amplia gama de temas tales como: la prescripción, la contratación en masa, el problema del transporte público, la problemática de la responsabilidad civil, la teoría de la imprevisión y el alquiler de vientres, por nombrar algunos que podrían ser sugerentes para nuestra escuálida dogmática.

El profesor Bullard afirma haber tenido algunas aprensiones respecto a los libros compuestos exclusivamente por artículos, señalando que "Parecían tener una suerte de "tufillo" tramposo, en que la eventual falta de sistemática académica le impide al autor escribir un libro nuevo y este termina publicando como novedoso un conjunto inorgánico de artículos antiguos". Sin embargo, además de las ventajas que, posteriormente, el mismo autor reconoce a este tipo de recopilaciones, el presente trabajo representa una magnífica oportunidad para aproximarse o profundizar estudios sobre análisis económico del Derecho, en la que es grato distinguir la aproximación —tímida en principio y luego más bien impetuosa— inteligente y rigurosa que realiza Bullard, desde diversos temas, hacia las directrices de este enfoque.

Los artículos contenidos en el trabajo que se presenta, quedan caracterizados por una escritura clara, realizada a través de un lenguaje accesible a quienes no poseemos grandes conocimientos de economía ⁽¹⁶⁾, que permite apreciar en forma dinámica y expedita lo sugerente y atractivo que llega a ser el trabajo de Bullard. Así, el libro del profesor Bullard, a través del enfoque económico de diversos tópicos, facilita ostensiblemente la aproximación a una disciplina

15. Al menos estas características le atribuye al profesor Fernando Trazegnies (quien prologa la obra) al autor, pp. 14.

16. Aún cuando esta ventaja pareciera ser superflua, cualquiera que haya leído textos de análisis económico del Derecho, escritos por economistas, convendrá conmigo en el placer que resulta leer uno escrito por un abogado y el talento que se precisa para adecuar este tipo de conocimiento.

que no es exagerado afirmarlo, posee un grado de complejidad alto. A lo expresado, agregaría que el enfoque pragmático del análisis económico, como lo esboza el autor permite acercarse a temas respecto de los cuales, es natural —pero no siempre razonable— la negativa a aceptar la intrusión de consideraciones maximalistas (17). Un ejemplo de lo anterior, lo constituye el artículo “Advertencia, el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientres, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”, del cual se desprende que las razones de eficiencia, señalan al mercado como el mejor asignador de recursos en el caso de la demanda de vientres de alquiler. Es decir, el precio de las guaguas quedaría determinado por la demanda de los adoptantes. ¿Constituye esto una consecuencia perversa de contractualizar la adopción? Sin perjuicio de las externalidades negativas de este tipo de transacciones, resulta (y no creo traicionar al autor con estas palabras) más perverso, en países como Chile o Perú, de escasas posibilidades asistenciales a los desamparados, mantener por años a parejas sin hijos y a niños sin padres (18).

A través de los artículos de “Estudios de Análisis Económico” es posible avizorar —y en mi caso compartir— la pretensión del autor de comprender al Derecho no solamente como un sistema de reglas y principios, tributario de algún sistema moral, sino además, como un mecanismo *eficiente* de estímulos y desincentivos de conductas (19). Al respecto, es de especial interés el artículo ¿Cuándo

17. Al referirme a consideraciones de carácter maximalista, uso la palabra en términos de Posner, entendiendo que, las decisiones de los órganos públicos pueden fundamentarse —y es aconsejable que así lo hagan— en la maximización de la riqueza. Por ejemplo, un juez o un legislador, deberá asignar o adjudicar derechos allí donde estos sean más valiosos, contribuyan a incrementar la riqueza social y, consecuentemente, aumentar el bienestar social. (Vid. Posner, Richard, “Utilitarismo, economía y teoría del Derecho”, Santiago 1998, Revista Centro de Estudios Públicos, N° 69, Verano).

18. Sin duda el problema adolece de innumerables aristas y las externalidades son de difícil manejo, sin embargo, las normas no deben aspirar a la perfección, sino más bien al mejoramiento.

19. En palabras del profesor Fernando de Trazegnies “En última instancia, el análisis económico no sustituye la moral por la eficiencia sino que plantea la necesidad de una moral eficiente”.

es bueno incumplir un contrato? (20). En nuestro país, por ejemplo, podríamos preguntarnos: ¿Es eficiente que el ordenamiento jurídico establezca siempre desincentivos al incumplimiento de los contratos? (21).

El profesor Bullard realiza un esfuerzo importante —y, a mi juicio, exitoso— en demostrar la factibilidad del enfoque económico a los ordenamientos jurídicos de filiación romana y, quizás más relevante, que regulan países con economías subdesarrolladas o en vías de desarrollo.

Un especial atractivo representa esta obra para el lector chileno, en particular si es abogado (es decir un operador, actual o potencial, del sistema jurídico), toda vez que nuestro ordenamiento jurídico es, especialmente en el caso del derecho privado, muy similar al peruano (22). Esta similitud es indiciaria de que los certeros análisis de Bullard sobre la situación de su país, en términos generales, son perfectamente susceptibles de aplicarse en el nuestro. A modo de ejemplo, recomiendo especialmente la lectura del artículo sobre el transporte público (¡Al fondo hay sitio! ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del transporte público?) cuyo segundo párrafo podría, pienso yo, haber sido escrito por cualquier habitante de Santiago “El problema del transporte público ha sido una constante por años en el país. Unidades de transporte destaraladas que no brindan la más mínima garantía, un parque automotor esca-

20. El tema, lejos de ser resuelto, ha generado una interesante controversia en Estados Unidos. Argumentos a favor del incumplimiento eficiente pueden encontrarse, entre muchas otras, en la obra de Richard Posner y, en contra, en el trabajo de Charles Fried “Contract as a Promise...” Ob. Cit.

21. Preguntas como ésta y la inexistente bibliografía al respecto de autores chilenos, dan cuenta de la pobreza de la discusión jurídica en nuestro medio.

22. Esto tiene alguna relevancia toda vez que en otros países de Latinoamérica, la aceptación del análisis económico se ha visto frecuentemente obstaculizada por la percepción de que corresponde a un método aplicable únicamente a países con un alto grado de desarrollo, en particular, a Estados Unidos de América.

so ⁽²³⁾ para las necesidades del país, estándares de manejo temerarios por parte de los choferes y descortesías constantes por parte de los cobradores, continuos accidentes de tránsito, huelgas y conflictos entre los transportistas y las entidades encargadas de regular las tarifas, son sólo algunas de las expresiones de un problema que todos buscan solucionar pero que nadie parece arreglar”.

El libro de Bullard me parece, no se limita a demostrar la factibilidad del análisis económico en economías subdesarrolladas, sino que además lo erige como una poderosa herramienta de análisis y modificación de la normativa vigente, por ejemplo, en aquellas materias respecto de las cuales, los ordenamientos jurídicos se demuestran cada día más incapaces de subsumir dentro de sus categorías fenómenos inescindibles del desarrollo. A fin de ilustrar lo dicho, un buen ejemplo es el artículo sobre la contratación en masa (“¡Firme primero y lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor”), a través del cual, el autor, desarrolla la tesis de que el mundo moderno ha desarrollado instituciones que superan —o, al menos, presentan severos problemas de inserción— a los mecanismos de transferencia de recursos contemplados por el derecho privado. Particularmente, en el caso de los contratos standards (aquellos en que la voluntad de una de las partes se encuentra restringida a la aceptación o rechazo de la oferta) ⁽²⁴⁾, respecto de los cuales, la teoría general del contrato resulta inexplicable (al menos, si consideramos la voluntad como base de la estructura negocial). Esto tiene alguna relevancia toda vez que la mayoría de las transacciones que realiza una persona durante su vida corresponden a este

23. En esta parte, la verdad, el artículo no sería demasiado reconocible para un santiaguino. Nosotros más bien, tenemos un parque automotor desproporcionado a las necesidades de Santiago.

24. Aún este miserable reducto de la autonomía de la inviolabilidad no siempre es respetado. En el caso de los monopolios productores de bienes considerados como necesarios (por ejemplo, el agua potable), no podríamos sostener que el hecho de someter la oferta a la consideración de un particular que, en caso de no aceptarla, no tendrá ningún acceso al bien, signifique respetar, aún en su más mínima expresión, la autonomía de la voluntad del individuo).

tipo de contratos (Basta reflexionar cuántos contratos celebra Ud. diariamente en que su voluntad tenga alguna injerencia sobre los términos de los mismos). El autor, acertadamente, señala que no tiene sentido forzar este tipo de instituciones, propias e inseparables del desarrollo, en categorías que no fueron pensadas para transacciones de esta naturaleza ⁽²⁵⁾. Por lo mismo, el problema, no lo constituye la existencia de los contratos standards (resulta más bien imposible concebir una sociedad como la nuestra sin este tipo de transacciones) como podría pensarse, sino en cambio, una regulación insuficiente o inadecuada.

La obra del profesor Bullard, en fin, constituye una valiosa contribución (tanto por su calidad como por las materias que aborda) a la difusión del análisis económico del Derecho en sistemas como el nuestro, algo reacios al cambio y con tendencias a perpetuar instituciones obsoletas. Esta obsolescencia, que no pasaría de ser algo anecdótico sino implicara regular en forma ineficiente —y a menudo dolorosa— ⁽²⁶⁾ la conducta de varios millones de personas y la generación sistemática (y evitable) de externalidades negativas producto de su aplicación, hace de nuestro Derecho, un mecanismo cuyo funcionamiento es deficiente y su rumbo, por lo tanto, errático. No es exagerado afirmar lo anterior, si consideramos que, teleológicamente, la creación de un ordenamiento jurídico se orienta a la consecución del bienestar de las personas.

El análisis económico, sin duda, no constituye la panacea, sin embargo, puede constituir una valiosa ayuda. Como indica el profesor Bullard en el prólogo de su libro: “... el fin último del Análisis Económico es maximizar el bienestar de los seres humanos”.

Iñigo de la Maza Gazmuri

25. Basta pensar en los costos de transacción que tendrían las compras al menudeo para los supermercados y el tiempo y recursos invertidos en negociar cada contrato.

26. Nuevamente el sistema penal es pródigo en ejemplos.