

En definitiva, el texto de Posner es una de las mejores y más lúcidas introducciones al derecho de la competencia, la que combina el desarrollo teórico de la ciencia económica con los avances del derecho en esta materia y cuya lectura aparece necesaria en momentos como los actuales donde el diseño institucional en materia de libre competencia esta cambiando como en el caso de Chile. Con esta reforma –y especialmente con la incorporación del nuevo Tribunal de Defensa de la Competencia– es posible esperar que aumente la rapidez y calidad de los pronunciamientos en materias de competencia, cuestión fundamental para el funcionamiento de la economía, donde los avances teóricos y la complejidad creciente de las relaciones comerciales irán planteando nuevos desafíos a los organismos encargados de defender la competencia. Es por ello, entonces, que leer a Posner pueda ayudarnos a avanzar en nuestro diseño institucional y contribuir a definir con claridad y precisión técnica los principios sobre los cuales se sustenta el derecho de la competencia chilena.

Como afirma Posner, “el derecho de la competencia está aquí para quedarse”,

“y la pregunta práctica es cómo administrar mejor el sistema de libre competencia más racional, más precisamente, de modo más expedito, más eficientemente”.

Ésta es la invitación que hace Richard Posner, invitación que la formula con un estilo claro, brillante, preciso y agudo, toda vez que su lectura,

más allá de ilustrarnos en una forma magnífica y directa, ausente de falsa densidad, acerca de las cuestiones técnicas y complejas que envuelve el derecho de la competencia, nos permite gozar de la pluma de un gran escritor.

Javier Barrientos Grandon, *Curso de historia del derecho*, Santiago, Lexisnexis, 2003.

En uno de sus ensayos, Montaigne – uno de los primeros escritores con conciencia absoluta de su individualidad y, por tanto, uno de los primeros escritores modernos– sostiene que, entre todos los libros, prefiere los de historia. El hombre y la mujer, cuyo conocimiento persigo, dice Montaigne, aparecen en los libros de historia más reales y más enteros que en ningún otro género, en ellos se exhibe la diversidad y la verdad de sus cualidades internas, la variedad de sus medios y los accidentes que les amenazan. Casi cien años después, en los inicios del siglo XVIII, Vico sugirió que en la historia podía ser alcanzada la verdad porque la historia, a fin de cuentas, la hacemos quienes la narramos.

¿De dónde proviene esa fascinación casi hipnótica por la historia, esa tendencia, casi perversa, a asistir una vez más a lo que, para bien o para mal, ya ha ocurrido de manera irremediable? ¿Por qué, como lo hace el profesor Javier Barrientos, cuyo libro comentamos, nos preocupamos, por ejemplo, por la historia del derecho, por descubrir los íntimos meandros de la evolución institucional?

Lo que ocurre es que la historia no consiste, como solemos creer, en una fascinación por el pasado, en una obsesión, a fin de cuentas inútil, por lo que fue, sino que, cosa distinta, la historia consiste en una fascinación por el presente, por lo que somos, por lo que hemos llegado a ser. De ahí proviene, quizá, esa extraña necesidad que nos asiste a los hombres y las mujeres de contar o de narrar lo que nos ha pasado. Al contar, al intentar explicarlo a otro, logramos finalmente comprenderlo, integrarlo a nuestro conjunto de significaciones; después de eso, claro está, ya no somos los mismos de antes: cuando contamos lo que nos ha ocurrido, cuando narramos lo que vivimos, cuando hemos logrado interpretarlo, logramos, finalmente, incorporarlo sin violencia a lo que somos y después de eso somos distintos. La historia, al igual que una confianza, es, pues, una forma de terapia, una especie de cura por la palabra que nos permite incorporar a nuestro conjunto de significaciones aquello que, en un principio, carecía de todo sentido y parecía, en cambio, una ruptura. Lo que pasó –y que mediante la palabra y la memoria intentamos recuperar– nunca vuelve de la forma en que originalmente lo vivimos: el recuerdo está, a fin de cuentas, infectado por lo que somos hoy día y, por eso, no es posible recordar los hechos con la distancia absurda de quien cree, simplemente, reconstruirlos; la verdad es, en cambio, que al recordarlos los construimos, los hacemos de nuevo, y, por esa vía, alcanzamos, incluso tímidamente, una nueva identidad. Por eso la historia tiene algo de esa revista que Buñuel le daba a leer a su madre

desmemoriada: siempre nos sorprende como si la leyéramos por primera vez.

De todos los aspectos que posee la historia, entonces, sin duda el más sorprendente es su contemporaneidad. Al contrario de lo que nos gusta creer, la historia no se refiere, en verdad, a lo que ya pasó y que hemos dejado atrás definitivamente, sino, por el contrario, la historia se refiere a lo que está ocurriendo y que nos acompaña como si fuera una sombra. Esto es lo que Habermas, en un ensayo reciente, ha denominado la relación entre la autocomprensión política, por una parte, y la conciencia histórica, por la otra, la relación entre el modo en que nos concebimos hoy día como comunidad y el modo en que comprendemos nuestro pasado: a fin de cuentas, sugiere Habermas, lo que somos hoy día, el modo o manera en que nos concebimos como comunidad política, determina, hasta cierto punto, nuestra conciencia histórica, motivo por el cual, sugiere el propio Habermas, la historia hoy día tiene un auditorio doble, dos tipos de interlocutores, a saber: el gremio de los historiadores, que juzgarán cuán adecuadas al sistema de fuentes son nuestras averiguaciones, y el público general, que juzgará, por su parte, cuánta justicia hace nuestra reconstrucción del pasado a los actuales ideales, a la comprensión que tenemos hoy día de nosotros mismos.

Sobre todo, y en especial en lo que respecta al derecho y a su historia, se trata de la actual comprensión que tenemos de nosotros mismos; porque, como lo sugiere en esta obra el profesor Javier Barrientos, siguiendo alguna idea de Bourdieu, el derecho equi-

vale a un campo de creación cultural que es indiscernible de la creación de universos simbólicos que nos sitúan en el mundo y que distribuyen a los seres humanos en la escala invisible del prestigio y del poder y que, en vez de considerar a la realidad humana como un dato preexistente que persiste incólume a las instituciones, crea esa misma realidad, la modela y la erige para que nos acompañe como si fuera una sombra. No hay nada, entonces, de anacrónico en la historia y la imagen del historiador como un sujeto enamorado de telarañas, vuelto hacia el pasado, buscando obsolescencias, es una imagen que a algunos historiadores les gusta cultivar, es cierto; pero se trata de una imagen a fin de cuentas falsa, y el observador que, por descuido o inadvertencia, se la toma en serio, incurre en una simple ignorancia que confunde, por decirlo así, las obsesiones del anticuario o las del coleccionista de rarezas, con las preocupaciones intelectuales del historiador.

Confundir las obsesiones del anticuario con las preocupaciones intelectuales del historiador, no tendría, claro está, nada de malo si se tratara, simplemente, de una ignorancia más, una de esas formas del error a las que debiéramos estar ya acostumbrados. Pero cuando, haciendo pie en esa ignorancia, se pretende que la historia, y en particular la historia del derecho, es una disciplina prescindible, una preocupación secundaria en la formación del abogado, que debiera dejar libre el campo a otras disciplinas que se suponen más urgentes y más vinculadas, como suele decirse hoy día, al perfil de la profesión, se está in-

curriendo en un exceso que podría causar daño a la enseñanza del derecho en Chile. Porque saber derecho como cosa distinta, desde luego, de conocer norma y de ser capaz de hacer malabarismo con ellas supone estar provisto de la capacidad de comprender la íntima continuidad que existe entre las actuales reglas vigentes en el ordenamiento y un conjunto de instituciones que, poco a poco, evolucionaron en el tiempo, acomodándose a la circunstancia y a las demandas de hombres y mujeres. Si hay un fondo de verdad en el conservadurismo, sin duda debe ser éste: que las instituciones que se han modelado lentamente con el transcurso de los años y del tiempo, son portadoras de un lento aprendizaje de ensayos y de errores que ninguna voluntad deliberada podría, con ventaja, sustituir.

Pero la historia del derecho no sólo tiene la función, nada despreciable, a decir verdad, de revelarnos las verdades intelectuales del conservadurismo (contribuyendo así, de paso, a una visión más ajustada de nuestra propia comunidad política) sino que, todavía, y cuando se trata de eso que se ha llamado la Escuela Chilena de Historia del Derecho y de la cual el profesor Javier Barrientos es uno de los más notables y brillantes expositores -tiene todavía la virtud de despejar un conjunto de opiniones que, con la porfía del lugar común, se han instalado en la cultura jurídica chilena impidiéndole comprenderse a sí misma. La más generalizada de esas opiniones es la de que en el origen del derecho nacional existe una ruptura, más que una continuidad con el pasado indiano.

Seguramente como un resultado de una orientación más libresca y ensayística que genuinamente historiográfica, una orientación que se deja hechizar unilateralmente por los actuales ideales de la comunidad política, una parte de quienes enseñan, o han enseñado, historia del derecho en Chile, han sugerido que el derecho chileno, tanto en el ámbito público como privado, se erige desde una ruptura radical con el pasado, como si la revolución de la independencia fuera una revolución política en el sentido de Hanna Arendt, es decir, como si fuera un intento de comenzar *ex nihilo* las bases de un nuevo orden social. El acento en los ideales de la codificación, por ejemplo, es una muestra de ello, como cuando se trata a Andrés Bello como si fuera un reformador social que confiaba ciegamente en la voluntad centralizada del Estado, y no, como fue, y como sugirió Góngora alguna vez, un intelectual más bien ideológico, consciente que ninguna institución jurídica o social podía erigirse desde la mera voluntad. Ver al derecho, en suma, como inevitablemente atado al ideal republicano, en vez de apreciar en él a una institución antiquísima, evolutiva, que debajo de los cambios de poder y de los regímenes políticos sigue evolucionando con una continuidad que abrumba y a la que es imprescindible ponerle atención, puede halagar nuestra actual conciencia política, pero puede, al mismo tiempo, hacernos cometer errores de envergadura. Porque sólo si le ponemos atención advertiremos, me parece a mí, que en nuestra cultura judicial, por ejemplo, hay más continuidad con el Estado prorrepblicano, con

eso que se llama derecho indiano, que con los ideales que inflamaron la imaginación de las elites independentistas del diecinueve y si comprendemos eso, creo yo, podremos dar todavía un paso más, consistente en apreciar alguna de las virtudes de que esas antiguas instituciones, junto con sus defectos, es cierto, son también portadoras.

El profesor Javier Barrientos con el libro que ahora comento –pero también en otros que le han precedido y que, sin duda, le seguirán– ha hecho aportes imprescindibles para una mejor comprensión histórica de nuestras instituciones en la línea que vengo señalando, contribuyendo tanto a despejar la idea que la historia del derecho es un anacronismo relativamente inútil, como la idea que la historia del derecho es un relato sin fin de los ideales republicanos. A vuelo de pájaro recuerdo aquí sus estudios sobre cultura jurídica chilena y latinoamericana, que nos permiten asomarnos a las ideas y a los libros que, poco a poco, fueron forjando esa trama de ideas y prejuicios que configuraron la conciencia jurídica de las elites de los siglos XVIII y XIX e, indirectamente, nuestra actual cultura legal; sus estudios sobre la relación entre el derecho común y el derecho propio, que permiten asistir con conciencia culta a la formación de las ideas jurídicas que acompañaron más tarde al surgimiento de los estados nacionales; sus monografías sobre fuentes del *Código Civil*; o sus análisis sobre algunas instituciones del derecho civil, como el enriquecimiento injusto o el pago de lo no debido, todos los cuales son una muestra –que, estoy seguro, en pocos años más será pequeña– del trabajo

intelectual del profesor Barrientos. En medio de ese trabajo intelectual, este curso de historia del derecho objeto de esta recensión es una muestra equilibrada de amor a la docencia y, a la vez, de vocación historiográfica, uno de esos gestos intelectuales tan propios de quien reúne en sí, de manera simultánea, la vocación de investigar y de aprender y la compulsión por enseñar y por guiar

a las nueva generaciones; la vocación de asomarse al pasado no para mezclarse con el polvo y la pátina de lo viejo, sino la vocación de asomarse al pasado para así, diría yo, contribuir a que quienes se harán cargo del futuro, es decir, los alumnos, lo hagan con una conciencia más lúcida y más ajustada de lo que inevitablemente son.

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ