

Derecho naturalizado

En Epistemology Naturalized (1969), Willard Van Orman Quine (1908-2000), acaso uno de los dos o tres más grandes filósofos del siglo XX, redujo la epistemología a la psicología. El intento pasó a la historia de la filosofía y quedó como un hito de su mejor e inacabable camino.

No me corresponde glosar a Quine ni a sus críticos, pero quizás es día, hoy 25 de enero de 2017, para rendir cuentas de un programa de investigación que ya concluye, pero que durante 45 años, ha tratado tozudamente de pensar el derecho y la ciencia jurídica (dogmática, *doctrinal analysis*, *Rechtswissenschaft*) como constructos integrados en el conjunto de los conocimientos, científicos, tecnológicos y comunes. Así, el mejor derecho y la mejor ciencia del derecho son, respectivamente, el producto de conductas razonables y fundadas cognitivamente y compatibles con el resto de los saberes. También los históricos y humanísticos, por cierto, pues necesitamos de los historiadores para hacernos cargo que por qué Quine floreció en los Estados Unidos del siglo XX, pero lo habría tenido imposible en la Alemania de su primera madurez.

La anterior es una concepción naturalista del derecho, la idea de que no hay mejor juez del derecho y de su aplicación que el informado científicamente. Es polémica, lo sé, pero esto es un editorial, no la página de una enciclopedia. Y en todo caso, la noción de que hay que pensar las cosas del derecho como entidades alineadas con las que conocemos gracias a los científicos me resulta más tranquilizadora que todas las demás: prefiero las predicciones –científicamente fundadas- a las profecías.

Un poco por esta razón, InDret ha convocado para este primer número de 2017 a tres privatistas de reconocida competencia (Jesús Alfaro, Sergio Cámara y Francisco Pertíñez) a quienes se les ha encomendado la tarea de analizar la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (Gran Sala, TJCE\2016\309), según la cual la negación de eficacia restitutoria integral y retroactiva a millares de supuestos de nulidad de cláusulas contenidas en contratos celebrados por un profesional con consumidores, por su carácter abusivo, “podría poner en cuestión el efecto disuasorio” del art. 6.1 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Traducido al derecho civil español, esto quiere decir que nadie había derogado el art. 1303 del Código Civil de 1889, según el cual *quod nullum est nullum habet effectum*. Luego el que el derecho privado bien construido no suele sancionar, pero siempre previene, disuade, es algo que algunos llevamos décadas escribiendo en sonora minoría. Al fin queda claro.

No lo habían visto así dos Sentencias del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, la 241/2013, de 9 de mayo (ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos), ni la 139/2015, de 25 de marzo (ponente, Eduardo Baena Ruiz): refiero al lector a los prestigiosos juristas que comentan los tres casos en las páginas de este número, pero, en lo esencial, la cuestión legal era que, una vez declarada la nulidad por falta de transparencia de cláusulas que fijaban un suelo fijo a los

intereses variables de los créditos hipotecarios, había que determinar si la nulidad era o no retroactiva.

El Tribunal europeo responde ahora que sí, donde el Tribunal español había dicho que no. Y el coste económico de la decisión se calcula entre los tres y cuatro mil millones de euros. ¿Para quién? A esta pregunta responde mejor la economía que el derecho: las entidades financieras llevarán las consecuencias de la Sentencia a sus cuentas de resultados, en detrimento de sus beneficios si los obtuvieron, pero, además, la inseguridad jurídica se paga de otro modo: si la demanda de créditos hipotecarios y otros servicios bancarios es muy insensible, muy rígida, al incremento de costes derivados de la incertezza del derecho, entonces las entidades financieras podrán repercutir en sus clientes buena parte del exceso de costes; pero si la demanda es muy sensible, muy elástica, entonces la repercusión será menor, acaso mucho menor y las entidades van a tener problemas con sus balances -y tras ellas, todos nosotros-. En todo caso, parte del sobrecoste recaerá sobre los deudores del futuro, pues no es lo mismo afrontar un posible crédito por un coste siete que por otro de nueve: la demanda no es absolutamente rígida. Así tendrá lugar una transferencia de riqueza entre los deudores del futuro, quienes pagarán más, y los deudores presentes, favorecidos por la Sentencia europea, los cuales recuperarán parte de lo que han venido pagando. Nada nuevo bajo las estrellas, dirán el economista y el jurista imbricado en los rudimentos de la ciencia lúgubre. De hecho, esto mismo puede (volver a) ocurrir si, como algunos piden, se congelan las rentas o se prorroga la duración de los arrendamientos de vivienda.

Un derecho naturalizado aborda estas cuestiones sin sobresaltos, las debate con lucidez y conocimiento (precisamente). Pero un derecho construido y aplicado al margen la ciencia, en este caso, económica, da, en el mejor de los casos, palos de ciego y, en el peor, es un ejercicio de autoengaño colectivo, de negación de la realidad.

Por supuesto, no sostengo que el derecho deba ceder ante la economía: esta se detiene ante el texto claro de la ley, o ante su sentido desentrañado gracias a la aplicación de convenciones interpretativas razonables y comúnmente aceptadas. Pero la economía –como la psicología o la biología, solo por ejemplo– arrojan luz sobre el derecho que se está haciendo y, a veces tarde, sobre el que se hizo sin contar con ellas, es decir, sobre el que se hizo mal.

Idealmente, si todos nos ponemos a hacer derecho de acuerdo con el mejor y más leal saber y entender científico y tecnológico, los estropicios serán cada vez menores.

Esta no es ninguna apología de la tecnocracia: hoy nadie ignora que la política manda mucho a la hora de decidir qué vamos a intentar investigar y, por tanto, tratar de descubrir; todos sabemos que hemos mejorado nuestra capacidad de evaluar la mayor o menor justificación de las teorías; y nadie debería prescindir de que muchas, muchísimas cuestiones éticas condicionan la aplicabilidad de la ciencia o la aplicación de las tecnologías. Pero, créanme, es mejor el derecho integrado en el continuum de la ciencia, la tecnología y el conocimiento común, que aquel que se presenta como algo distinto y a su margen, justificado solo porque lo ha decidido la mayoría o lo ha interpretado un colegio de jueces.

Pablo Salvador Coderch