

LOS DESAFÍOS ACTUALES DEL PARADIGMA DEL DERECHO CIVIL*

Carlos Peña González

El propósito de este artículo es describir los desafíos que el conocimiento acumulado, el mercado y, en suma, la evolución del mundo moderno dirigen a las rutinas teóricas y argumentativas del paradigma actual del derecho civil. A juicio del autor, el excesivo acento que este paradigma clásico pone en las “reglas” (es decir, en el “input” o *input* de los sistemas jurídicos), obedece a sus orígenes históricos (el surgimiento del Estado moderno y de la noción de soberanía), así como a sus ideales subyacentes de cientificidad, asociados al constructivismo racionalista de la Ilustración. A esta dogmática basada en las reglas el autor opone una dogmática orientada a las decisiones (esto es, al *output* de los sistemas jurídicos), un ejemplo de lo cual sería el análisis económico del derecho.

Entre el paradigma clásico del derecho civil y uno orientado por el análisis económico, se señala, existen diferencias radicales en términos de racionalidad subyacente y modo de concebir la idea de derecho subjetivo y de contrato. A la racionalidad holística y paramétrica del derecho civil, el análisis económico opondría una racionalidad

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ. Abogado, Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho en la Universidad Diego Portales y de Derecho Civil en la Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

* Texto de la conferencia dictada el 26 de octubre de 1995 en el marco del Ciclo de Derecho organizado por el Centro de Estudios Públicos.

atomista y estratégica; a la idea de derecho subjetivo, la idea de títulos de propiedad; en fin, allí donde el paradigma del derecho civil sitúa al contrato, el análisis económico subrayaría la noción de costos de transacción. Todo ello conduce, sostiene el autor, a revalorizar en el ámbito de la dogmática las directrices políticas (como las provenientes, por ejemplo, de la economía del bienestar). Con todo, la noción de derechos morales subyacente a la jurisprudencia constitucional impone límites a esa tarea. En consecuencia, la dogmática civil se vería en la necesidad de equilibrar reglas y consecuencias sin transgredir principios.

En las palabras que siguen, y tal como lo sugiere el título de esta comunicación, me propongo identificar primero y dilucidar luego lo que a mi parecer son algunos de los desafíos que, dado el desarrollo de los sistemas jurídicos, encara actualmente el paradigma del derecho civil. Lo que ensayé diré, en consecuencia, carece de un contenido estrictamente dogmático, si por ello se entiende el análisis y la sistematización de conceptos normativos; pero posee, en cambio, relevancia para la dogmática en la medida que atinge a los problemas que esa actividad está, a mi entender, en curso de afrontar. La hipótesis que subyace a lo que expondré consta de dos ideas gruesas que me interesa explicitar: la primera idea es que, en mi opinión, la disciplina del derecho civil se configuró originariamente al amparo de un conjunto de fenómenos ideológicos y políticos que contribuyeron a dibujar la fisonomía que ella, incluso hoy, reviste mayoritariamente. Esos fenómenos, según creo, son el surgimiento del Estado moderno, la noción de soberanía y los ideales ilustrados que se vinculan al constructivismo racionalista y a la planificación política. La segunda idea que quiero explicitar es que esos fenómenos subyacentes al paradigma dogmático están en vías de cambiar, por lo cual ese paradigma enfrenta hoy problemas o desafíos que le exigen modificar algunas de sus técnicas conceptuales. En suma, deseo sugerir la hipótesis de que las disciplinas dogmáticas, y en particular la relativa al derecho civil, se encuentran en curso de experimentar importantes cambios, hallándose, desde luego, en medio de lo que podemos denominar, siguiendo a Kuhn, una “tensión esencial” entre tradición e innovación.¹ Esa tensión esencial entre tradición e innovación que presenta hoy el paradigma dogmático, puede ser presentada,

¹ Thomas Khun, *La tensión esencial. Estudios selectos sobre la tradición y el cambio en el ámbito de la ciencia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1987), pp. 248 y siguientes.

en mi opinión, al modo de un contraste entre una dogmática orientada a las reglas y una dogmática orientada a las decisiones, muestra de la cual sería el análisis económico del derecho.

Para desenvolver la hipótesis precedente de una manera suficientemente clara, voy a comenzar, en primer lugar, a examinar un problema que hallándose distante de las preocupaciones más inmediatas de los civilistas atinge directamente a su actividad, a saber: la función que, al interior del sistema jurídico, cumple o satisface la dogmática jurídica. Posteriormente analizaré los aspectos centrales del análisis económico del derecho a fin de poner de manifiesto de qué forma este paradigma se orienta a las consecuencias. En fin, y en tercer lugar, intentaré examinar de qué manera la orientación a las consecuencias que subyace en el análisis económico del derecho resulta contrapuesta, a veces, con los principios últimos del sistema jurídico que subyacen en las reglas constitucionales. Mi propósito, por tanto, es el de dibujar el conjunto de desafíos que hoy encara la disciplina del derecho civil.

I

Como es sabido, ha solido verse en la dogmática —y particularmente en la dogmática civil— una actividad argumentativa que se caracterizaría por asumir acríticamente su objeto, esto es, las normas.² Según esta descripción —que ha ganado fama, asociada a ciertos ideales de la descripción científica—, la dogmática es una actividad predominantemente descriptiva y no prescriptiva, es decir, la dogmática tendría como función, ante todo, la de registrar las normas dotadas de validez y, luego, la de sistematizarlas con arreglo a los ideales de la neutralidad científica. Esta descripción —cuya versión más abstracta y sofisticada se puede hallar en el positivismo kelseniano— puede ser asociada, según lo han mostrado autores como Wieacker, a la consolidación de los ideales del positivismo científico y al triunfo definitivo, con el movimiento codificador del constructivismo, sobre la tradición.³ Las técnicas conceptuales y sistematizadoras del derecho civil, así concebido, habrían sido forjadas por la obra madura, y según algunos tardía, de Savigny, en particular *El sistema de derecho romano actual*, y por la

² Para lo que sigue, véase Carlos Peña, “¿Qué hacen los civilistas?”, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1993.

³ F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la edad moderna* (Madrid: Aguilar, 1957), n. 407.

obra temprana de Ihering, antes de su rebelión antiformalista.⁴ Al constituirse el paradigma dogmático en la forma que he venido explicando, acaece una desvinculación —que ha sido motivo de abundante literatura— entre los ideales éticos y culturales que originaron el movimiento codificador y la propia labor de la dogmática. Los ideales asociados al *iusnaturalismo* racionalista y las ideas de racionalidad práctica de la Ilustración, que solieron conferir a los juristas una función de ingeniería social, pasan ahora a ser sustituidos por una labor descriptiva y acítica que ve en la legislación un orden clausurado de racionalidad. La dogmática se constituye así, originariamente, como una técnica de argumentación que obtiene de los sistemas normativos el conjunto de consecuencias que en ellos subyacen, sin que la dogmática posea, en modo alguno, funciones de creación normativa.

Es manifiesto, sin embargo, que esa manera de concebir la función y las características principales de la dogmática no se aviene con la realidad de los sistemas normativos. Los sistemas normativos, es obvio, carecen de las características de completitud y consistencia que les fueron atribuidos por la ideología que subyace a la codificación y que, según se acaba de ver, contribuyó a forjar el paradigma dogmático. Los sistemas normativos —según lo han mostrado los desarrollos de la llamada “jurisprudencia analítica” y en los cuales han insistido, con algún exceso, el llamado realismo jurídico, o autores como Esser, y, en nuestros días, pensadores de tanta relevancia como Dworkin— han puesto de manifiesto de qué manera el conjunto de las reglas resultan escasas e insuficientes para proveer de solución a todos los casos posibles. La textura abierta que poseen los lenguajes naturales, la inevitable ambigüedad de las reglas, los defectos lógicos de los sistemas normativos y la inadecuación de los sistemas legales frente a los ideales de moralidad política o social fácticamente vigentes, contribuyen a revelar permanentes inadecuaciones y defectos de los sistemas normativos, mostrando hasta qué punto la mera descripción de reglas resulta socialmente insuficiente.

La dogmática se encuentra, así, constituida en medio de un conflicto entre, por una parte, el modo en qué concibe los sistemas normativos que opera y aquello que esos sistemas normativos efectivamente son. Mientras constituye casi un lugar común de la dogmática afirmar que la masa de reglas propias del derecho privado semejan la razón escrita —motivo por el

⁴ E. Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1981), pp. 59 y siguientes; Cfr. E. Zuleta Puceiro, *Teoría del derecho. Una introducción crítica* (Buenos Aires: Depalma, 1987), pp. 117 y siguientes.

cual, el dogmático no es más que un lector acucioso de las reglas—; los análisis de los sistemas normativos muestran que los sistemas legales están plagados de insuficiencias, de inadecuaciones axiológicas y, a veces, de ineficiencias, motivo por el cual el dogmático sería ineluctablemente un creador de reglas encubierto y tímido que se resiste a revelar lo que inevitablemente y con frecuencia es.

Ahora bien, la precedente y contradictoria situación puede ser descrita de dos maneras distintas que, en mi opinión, resulta útil revisar.

Niklas Luhmann —un autor difícil, pero agudo, que ha hecho de la dogmática uno de los motivos principales de su trabajo intelectual— ha llamado la atención acerca del hecho que la dogmática no consiste en apearse a los textos dotados de validez o autoridad, sino que, justamente, en lo opuesto, a saber, en desapearse de esos textos, en alejarse de ellos, sin que esa operación se traduzca —y he aquí lo peculiar de la dogmática— en negarles a esos textos validez o autoridad. Las normas, sostiene Luhmann, aparecerían socialmente como axiomas innegables y la función de la dogmática sería, precisamente, aumentar la libertad en el trato de estos axiomas, sin por ello tener que ponerlos en cuestión. La dogmática, así, mediante la elaboración conceptual, permitiría distanciarse de los textos y controlar, de esa manera, la casuística. La distinción de argumentos de *lege lata* y de *lege ferenda*, carecería, pues, de sentido al interior de la dogmática, puesto que, insiste este autor, la dogmática ni se sujeta al texto, ni lo abandona, sino que, cosa distinta, y en sus palabras, se desapega de él permitiendo, así, tratar con una casuística que de otra manera sería inmanejable.⁵

A su turno, otro autor, me refiero a Carlos Nino,⁶ ha sostenido una tesis que, aunque desprovista del aparato conceptual de Luhmann, se acerca a él en sus conclusiones respecto de la situación de la dogmática. Según este autor, la dogmática se encuentra desde sus inicios expuesta a expectativas inconsistentes o incongruentes, puesto que, por una parte, se espera de ella una mera descripción de las normas jurídicas dotadas de validez y, por la otra, la realidad reclama una reformulación de esas mismas normas que permita salvar el conjunto de sus imperfecciones; o, si se prefiere, la actividad del jurista dogmático parece hallarse sometida a dos directivas o reglas del juego, *prima facie* incompatibles: de un lado, la directiva según

⁵ Niklas Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), véase, en especial, II, 2, pp. 29 y siguientes.

⁶ Carlos Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974), pp. 85 y siguientes; Cfr. Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires: Astrea, 1980), pp. 9 y siguientes.

la cual ha de ceñirse al derecho positivo en términos “dogmáticos” y, de otro lado, la función que esa actividad posee de adecuar esas mismas normas a ciertas valoraciones o ideales dotados de prestigio. La primera directiva provendría de su deseo de someterse a los cánones de cientificidad socialmente vigentes (que le impedirían tomar posición ante una praxis, por principio, irracional); la segunda directiva provendría, a su vez, de la función que le compete en el marco de la división social del trabajo de obtener decisiones pertinentes y oportunas para una realidad social que, tal cual ocurre en el Estado moderno, presenta un alto grado de complejidad y diferenciación social.

Como se ve, los autores precedentemente citados coinciden en diagnosticar una cierta inadecuación entre la imagen que de sí misma tiene la dogmática —la que, como se examinó ya, se relaciona con las condiciones históricas de su constitución— y la función que en los hechos e inevitablemente está llamada a cumplir.

Ahora bien, ¿cómo explicar de una manera que resulte útil para el ejercicio de nuestra disciplina esa evidente inconsistencia entre las bases del paradigma que profesamos y los requerimientos de los sistemas legales atingentes, en particular, al derecho privado?

Dos explicaciones son, por lo pronto, posibles, y la segunda de ellas me parece a mí la más fructífera.

En primer lugar, puede afirmarse que la dogmática constituye en los hechos un proceso de optimización del ordenamiento jurídico y que, por lo mismo, los juristas no ejecutarían una mera labor de descripción de reglas sino, cosa distinta, una labor de creación de normas. Con todo, los juristas no estarían dispuestos a reconocer esa función de creación que inevitablemente poseerían y, de esa manera, construirían un conjunto de técnicas argumentativas que tendrían por objeto atribuir al legislador las soluciones planeadas por los juristas. La dogmática sería, así, el reino de la impostura y, en un sentido sartriano, de la mala conciencia, puesto que consistiría en elaborar técnicas argumentativas para presentar como parte del derecho positivo las prescripciones normativas elaboradas por los juristas. Las técnicas, habituales en la práctica del derecho civil, de los principios generales del derecho o las técnicas hermenéuticas que se auxilian en la idea de un legislador dotado de racionalidad, tendrían por objeto, según esta probable explicación, presentar las prescripciones de los juristas como descripciones de lo que el legislador dispuso. Esta es la explicación que es posible hallar en autores pertenecientes a la tradición analítica.

Distinta es la respuesta de autores como Luhmann y ella, me parece a mí, resulta especialmente fructífera para comprender la situación actual de

Luhmann, desde la teoría de sistemas,⁷ afirma que el conjunto del derecho, en cuanto sistema que es, posee una inevitable orientación temporal. En las sociedades modernas o en curso de modernización, observa este autor, los sistemas legales, en particular en lo que atingen al derecho privado, se encuentran expuestos a dos exigencias para las cuales no parecen estar suficientemente equipados, a saber, la necesidad de adaptarse a un medio que se hace crecientemente diversificado y complejo, por una parte, y, por otra, la necesidad de adecuarse al cambio de orientación que experimentan las sociedades contemporáneas desde el énfasis en el pasado al énfasis en el futuro. En un sistema legal orientado al pasado, sugiere Luhmann, prevalece la función de asegurar las expectativas y, por lo mismo, una dogmática que responde a esa orientación es una dogmática centrada, por sobre todo, en el análisis, conceptualización y categorización del *input*, esto es, centrada en las normas de los sistemas legales. Un sistema legal, en cambio, orientado al futuro —y eso serían los sistemas legales de las sociedades que se modernizan, observa Luhmann— requiere poner el énfasis en el *output*, esto es, en la decisión o producto del sistema legal y, por sobre todo, requiere poner el énfasis en el análisis de las consecuencias de las decisiones. Lo que ocurriría con la dogmática privada es que sería deficiente en su orientación al futuro, puesto que se hallaría volcada en demasía hacia el pasado, es decir, hacia el análisis del *input* del sistema legal. Ello explicaría que la dogmática civil acentúe, por sobre todo, el análisis conceptual y posea una estructura deductiva regida por reglas que casi coinciden con el análisis lingüístico.

Así, pues, el principal desafío de la dogmática jurídica es encarar la orientación al futuro, lo cual quiere decir hacer frente al análisis de las consecuencias de las decisiones más que a la conceptualización casi lingüística de las reglas. Este desafío que poseería hoy la dogmática requiere, con todo, instrumentos de análisis que le permitan pensar y calcular las decisiones y las consecuencias o externalidades que se siguen de esas mismas decisiones. En los momentos en que la dogmática se consolidaba, algunos autores, algunos incluso que proveyeron a la dogmática de sus instrumentos más preciosos, intentaron sentar las bases de una dogmática atenta a las consecuencias. La jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia sociológica, por ejemplo, son muestras de cómo hace ya casi cien años se intentó, a parejas con la consolidación del modelo de trabajo hoy vigente, preparar esa orientación al futuro que reclaman, según hemos visto, los procesos de modernización.

⁷ Véase N. Luhmann, *op. cit.*; Cfr. N. Luhmann, *Sociedad y sistema: La ambición de la teoría* (Barcelona: Paidós, 1990), pp. 108 y siguientes.

Ahora bien, me parece a mí que la situación actual de la dogmática muestra hasta qué punto ese cambio de orientación desde el paradigma originario a uno nuevo está insensiblemente acaeciendo. De los varios fenómenos teóricos y conceptuales que trasuntan ese proceso, a veces de un modo tímido, el más relevante me parece a mí es el llamado análisis económico del derecho. Creo ver en el análisis económico del derecho un paradigma cuya particularidad y cuya justificación consiste en equilibrar lo que más arriba, y con arreglo a la obra de Luhmann, denominé la orientación temporal de la dogmática. El análisis económico del derecho, al ser confrontado con la arquitectura conceptual del antiguo paradigma, muestra a las claras de qué manera es posible una dogmática atenta a la decisión y a las consecuencias y no sólo a las reglas. Este nuevo paradigma aparece así no sólo como una simple moda, producto de un economicismo casi molesto, sino, en cambio, como una respuesta del análisis jurídico a las exigencias funcionales de las sociedades en curso de modernización.

Una somera revisión de los aspectos centrales de ese análisis permite advertir de qué manera él reformula los conceptos habituales del lenguaje de los civilistas. Ello es, según anuncié al comenzar estas palabras, lo que me propongo hacer ahora.⁸

⁸ El análisis económico del derecho, a mi juicio, queda bien descrito como una aplicación de ciertos conceptos relativos a la racionalidad humana, y provenientes de la economía neoclásica (North, 1992; Sen, 1989), a las reglas e instituciones jurídicas. La racionalidad, desde el punto de vista económico, pero, incluso también desde el punto de vista social o político, según lo han sugerido autores como Weber, Parsons, Tullock o Buchanan, puede ser concebida como la capacidad de comportarse estratégicamente en un entorno de incentivos, o sea, como la capacidad de sustentar un cierto orden de preferencias personales e intentar maximizarlas en la interacción social. Ahora bien, a partir de ese supuesto de racionalidad —que ha sido discutido en sus detalles analíticos pero que, en lo fundamental, y para nuestro objetivo, podemos tener por suficiente— se abren dos cuestiones. Se trata, por una parte, de la teoría del bienestar y de la elección social —que subyace, según veremos, en análisis como los de Calabresi—, y, por otra parte, del famoso teorema de Coase, el que ha sido aplicado a importantes problemas de responsabilidad civil.

La racionalidad individual —es decir, el supuesto principal del análisis económico— consiste, como digo, en la capacidad de adoptar un comportamiento estratégico provisto de un sistema ordinal de preferencias, o sea, provisto de un conjunto de elecciones anticipadas ordenadas en una escala de intensidad. De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades bien establecido. Una colectividad o unidad social cualquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados, sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien, dos problemas quedan planteados a partir del concepto de racionalidad social, a saber, cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema este del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y, luego, el proble-

II

El análisis económico del derecho —este nuevo paradigma que posee, en mi opinión, la virtud de cambiar la orientación temporal de la dogmática— atinge a tres conceptos centrales que subyacen al paradigma del derecho civil, a saber, la idea de racionalidad, la de derecho subjetivo y, en fin, la idea o concepto de contrato. En ese orden deseo examinarlas someramente en lo que sigue. Mi ánimo, como lo adelanté ya, es poner de manifiesto las diferencias entre este paradigma y el clásico, a fin de examinar las posibilidades y límites que, en medio de esa disputa, posee la actividad que realizamos.

La idea de una vinculación estrecha entre el derecho entendido como sistema normativo y la economía es en verdad antigua y no pertenece, por cierto, a lo que hoy día denominamos análisis económico del derecho. La idea de esa vinculación subyace desde temprano en orientaciones teóricas como la conocida jurisprudencia de intereses o, incluso, en las diversas versiones del llamado realismo jurídico. Con todo, la principal vinculación entre derecho y economía, aunque lejana a la del análisis económico del derecho, puede verificarse en dos autores que aún teniendo mala prensa hoy resultan ejemplares en punto a esta vinculación. Me refiero a la obra de

ma de establecer mediante qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como es sabido, la teoría de la elección social —a saber, insisto, del problema de cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales, en primer lugar, y de cómo es posible, luego, coordinar las acciones para alcanzar ese sistema de preferencias—.

El primer problema que acabo de enunciar —esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales— intenta ser resuelto por el conocido criterio del óptimo de Pareto (que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls).

El segundo problema es uno habitual en los análisis sociales e institucionales y suele ser expuesto en la teoría de juegos recurriendo al conocido ejemplo —que yo, por cierto, no voy a reiterar en sus detalles— del dilema del prisionero. En la situación del dilema del prisionero hay dos sujetos cuya racionalidad individual los conduce a un resultado ineficiente, es decir, a un resultado que, conocidos todos los detalles, no podría concitar unanimidad. El análisis de las condiciones bajo las cuales se verifica el dilema permite llevar a cabo importantes indagaciones en torno a los problemas de elección y, en particular, ayuda a esclarecer las condiciones bajo las cuales la cooperación alcanza niveles de eficiencia. En derredor de un problema como ese discurre el famoso teorema de Coase. Éste postula que mientras los costos de transacción tiendan a cero, siempre se producirá una reasignación de los derechos (o, lo que es lo mismo, de los recursos) hacia los agentes económicos que más valor les atribuyen (cumpliéndose, de esa manera, el criterio de eficiencia, por ejemplo, de Kaldor-Hicks). O sea, con costos inexistentes —lo que implica un sistema de precios perfecto— siempre se producirá una solución económica eficiente, con absoluta independencia de la adjudicación por vía de autoridad —legal o judicial— que se haya hecho de ese derecho.

Marx y a la obra de Rudloff Stammler. En la obra del primero, y como es suficientemente sabido, la vinculación entre economía y derecho viene presentada conceptualmente, y subsumida discursivamente, por tanto, en la vinculación más general entre infraestructura y superestructura. Marx argumenta una dependencia del sistema legal, y de la propia dogmática, respecto del sistema económico y del proceso de producción de mercancías.⁹ Esa vinculación que pudiéramos denominar sociológica, en el caso de Marx, es presentada en la obra de Stammler —que se titula precisamente *Economía y derecho*¹⁰—, desde los supuestos epistemológicos del neokantismo, como una vinculación entre materia y forma. Es fácil observar que tanto Marx como Stammler, por citar nada más a estos dos autores, efectúan vinculaciones que están muy lejos de aquellas que provoca el llamado análisis económico del derecho. En efecto, mientras Marx efectúa una vinculación por así decirlo genealógica entre economía y derecho, en la medida que remite a este último a los avatares del primero; el segundo, es decir Stammler, efectúa una analogía epistemológica entre economía y derecho en la medida en que el derecho cumpliría respecto del sistema económico una función análoga a aquella que según Kant cumple el entendimiento frente a la sensibilidad. Ahora bien, la orientación teórica del análisis económico del derecho es muy distinta a aquella que insinúan Marx y Stammler, puesto que mientras estos últimos intentan una caracterización, por así decirlo, externa del sistema jurídico en su conjunto, afirmando el primero una vinculación genealógica entre el sistema jurídico y la economía y el segundo intentando trazar una analogía epistemológica entre economía y derecho, el análisis económico del derecho, como su nombre por lo demás lo pone de manifiesto, constituye un intento de generalizar la metodología de análisis del paradigma económico, en su versión neoclásica, hacia la práctica jurídica en su conjunto. Siguiendo la sugerencia terminológica de un autor norteamericano (me refiero a Richard Rorty), puede afirmarse que el análisis económico del derecho y el análisis económico a secas constituyen una forma de relatar y de comprender las acciones humanas a partir de una cierta idea de racionalidad que subyace a la economía neoclásica. Lo que espero mostrar en lo que sigue es de qué manera a partir de esta concepción de la racionalidad, a través de la cual es posible comprender la totalidad de las acciones humanas, el análisis económico del derecho reformula y tema-

⁹ Karl Marx, *El capital. Crítica de la economía política* (México: Fondo de Cultura Económica, 1973), tomo I, libro primero, sección segunda, capítulo IV, pp. 103 y siguientes.

¹⁰ R. Stammler, *Economía y derecho, según la concepción materialista de la historia. Una investigación-filosófico social* (Madrid: Reus, 1929), libro III, capítulo II, sección segunda, pp. 233 y siguientes.

tiza los conceptos tradicionales de la dogmática hasta proveernos, a mi juicio, de una reformulación del paradigma dogmático que suple con ventaja el paradigma tradicional que, en opinión de Luhmann, como vimos, aparece excesivamente orientado hacia las reglas más que hacia las consecuencias. Es fácil advertir las diferencias entre el paradigma dogmático tradicional y el análisis económico del derecho si nos detenemos un momento a examinar las ideas de racionalidad subyacentes en uno y otro paradigma.

Como es sabido, y como lo sugerí al iniciar estas palabras, el paradigma dogmático surge asociado a ciertas ideas provenientes del *iusnaturalismo* racional, por una lado, y también a ciertas ideas provenientes del positivismo científico, por otro lado. Ambos poseen una idea de racionalidad que estando relacionada con lo que constituye el modelo de razón propio de la modernidad, presenta, ante todo, la característica de ser un tipo de racionalidad, por así decirlo, holística. Deseo explicar qué quiero decir con esto. Hablar de racionalidad holística supone predicar la noción de racionalidad o de razón no propiamente de sujetos individuales sino que, más bien, de procesos supraindividuales. En la obra de Puffendorf por ejemplo —una obra clave en la constitución del paradigma que estamos examinando—,¹¹ la racionalidad es vista como una característica ínsita, intrínseca al conjunto de las cosas y al orden de la naturaleza, pero también, y éste es el intento teórico de autores como Puffendorf, al conjunto del orden social. La función del teórico, entonces, desde este punto de vista, es, justamente, descubrir, develar ese orden, esa racionalidad subyacente al orden natural y, como digo, al orden social. Esa noción de racionalidad como una característica inmanente al orden natural y al orden social, asociada a fenómenos políticos como el surgimiento del Estado moderno con su noción de soberanía, es lo que explica que la codificación surja, según lo ha mostrado Wiaecker, como un fenómeno estrechamente asociado al constructivismo político y al rechazo de la tradición. Hasta qué punto éste es un aspecto clave en el surgimiento de la codificación y en la configuración del paradigma dogmático, lo muestra el debate habido a propósito de la codificación en Alemania entre Savigny y Thibaut. Mientras Savigny, como es bien sabido, defiende las virtudes de la evolución más o menos espontánea del orden social, Thibaut, en cambio, defiende la idea del constructivismo

¹¹ Cfr. J. Brufau, *La actitud metódica de Puffendorf y la configuración de la disciplina juris naturalis* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968), pp. 77 y siguientes.

racionalista por la vía de los códigos.¹² Con el momento de la codificación, sin embargo, este impulso ético o sustantivo del positivismo científico, por así decirlo, cede paso a la idea del positivismo legalista, o sea a la idea de que la racionalidad immanente al orden social ha sido explicitada en los códigos, motivo por el cual la función del jurista ya no es hacer inteligible la racionalidad immanente a los procesos sociales, sino que simplemente leer la racionalidad que ha sido explicitada por el soberano en el texto legal. Dicho de otra manera, en aquello que Wiaecker denomina el paso del positivismo científico al positivismo legalista del siglo XIX, se opera, en el trabajo dogmático, un giro radical, puesto que la función del jurista ya no es, insisto, hacer explícita una racionalidad socialmente immanente sino que, nada más, sistematizar o aplicar una racionalidad que se supone se ha hecho explícita y se ha escrito y se ha vuelto literal en el sistema de los códigos. No es difícil observar cómo esta idea de racionalidad que subyacería en los códigos opera en el trabajo dogmático como un importante auxilio en la tarea de la argumentación práctica. Por cierto, buena parte de las reglas de interpretación se justifican apelando al principio de lo que ha sido denominado el modelo del legislador racional. A partir del supuesto de que el legislador es racional y está dotado en consecuencia de características de omnisciencia, de consistencia y de ciertas reglas básicas de justicia, la tarea interpretativa consiste en adecuar las deficiencias que en los hechos adolecen los sistemas normativos, presentando esa adecuación como si hubiese sido realizada por un legislador que satisface ese conjunto de características. Es ésta una técnica habitual en el paradigma dogmático, cuyo fin es cumplir la función de optimizar el ordenamiento jurídico presentando esa labor de optimización, sin embargo, no como una labor de creación, sino como una mera descripción de las reglas dotadas de validez. Ello permite a los juristas crear soluciones normativas sin que se menoscabe el principio de soberanía. Así pues, puede afirmarse que la idea de racionalidad en el paradigma dogmático o tradicional es predicada, repito, del conjunto del sistema legal y, por lo mismo, puede hablarse, creo yo con acierto, de una racionalidad holística subyacente al paradigma dogmático. Es fácil, en fin, advertir la vinculación entre esta noción de racionalidad holística y el formalismo habitual en que a veces incurre la dogmática.

En esta parte, como adelanté ya, es posible observar una de las radicales diferencias o cambios de acento que a la labor dogmática introdu-

¹² Cfr. Savigny, "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho"; Thibaut, "Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania", ambos en *La codificación* (Madrid: Aguilar, 1970).

ce o está en curso de introducir el análisis económico del derecho, en la medida que este último si bien insiste también en la idea de racionalidad —la que opera como una idea directriz del conjunto de su análisis—, esa racionalidad ya no es holística sino individual; pudiéramos afirmar que se trata de una racionalidad atomista en la medida que es predicada, en particular, de individuos. De esta manera, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la racionalidad no es un tema que resulte inmanente al sistema legal, ni propia del legislador que produjo ese sistema legal, ni tampoco una cuestión inmanente al conjunto del orden natural; cosa distinta, la racionalidad es una cuestión que atinge a los individuos que producen las acciones que configuran el conjunto de la interrelación social. El acento holístico *versus* el acento más bien individual o atomista, según prefiero denominarlo, es, pues, la primera gran diferencia entre los supuestos del paradigma dogmático constituido o solidificado hacia inicios del siglo XIX y el análisis económico del derecho proveniente de la economía neoclásica y particularmente del análisis microeconómico.

A esa noción de racionalidad holística —que al suponerse ínsita en las reglas, opera, inadvertidamente, como una razón justificatoria del formalismo y de una cierta desaprensión hacia la realidad— se agrega, aún, que el paradigma dogmático asume una concepción paramétrica y no estratégica de la racionalidad. Ha sido Elster, algunas de cuyas ideas subyacen inadvertidamente en la metodología del análisis económico del derecho, quien ha formulado esa distinción de la que quiero servirme para explicitar esta diferencia que, en punto a la racionalidad, es posible advertir entre el paradigma que he denominado tradicional y aquel que sigilosamente introduce el análisis económico.

Elster ha sugerido distinguir entre dos tipos de racionalidad, a saber, la racionalidad paramétrica y la racionalidad estratégica.¹³ La racionalidad paramétrica se caracteriza porque el agente considera que el medio en el que se desenvuelve es una constante. Para un actor con racionalidad paramétrica, los otros actores y el medio en su conjunto son sólo parámetros estables de su propia decisión, en tanto que su propia conducta es la única variable por considerar. La racionalidad estratégica, en cambio, se caracteriza porque el agente integra al ambiente en el que se desenvuelve —desde el punto de vista económico, a su conjunto de oportunidad— las expectativas cambiantes de los demás. El actor estratégicamente racional se considera —según explica Elster— participante en un juego, que, en el caso ideal, es

¹³ Jon Elster, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1989).

definido como una información perfecta en el sentido que todos los jugadores tienen un conocimiento cabal de las preferencias y del conocimiento de los demás. En palabras de Elster, quien posee racionalidad estratégica “no sólo toma sus decisiones sobre la base de sus expectativas acerca del futuro, sino también sobre la base de sus expectativas acerca de las expectativas de los demás”.¹⁴ La racionalidad estratégica supone lo que ilustres sociólogos —como Luhmann o Parsons— denominan el fenómeno de la doble contingencia.

Pues bien, me parece que aquí radica otra de las diferencias entre el paradigma dogmático tradicional y el análisis económico del derecho, o, si se prefiere, entre una dogmática orientada a las reglas y una dogmática orientada a las consecuencias, puesto que la primera se diseña sobre la base de una racionalidad paramétrica, en tanto que la otra supone una racionalidad estratégica. El tradicional paradigma del derecho civil, en efecto, concibe al conjunto de los actores del sistema legal como una constante y de ahí que la arquitectura conceptual del derecho civil suela ser rígida, cuando no ensimismada y puesta de espaldas a los efectos que producen las reglas en la conducta de los sujetos sobre los que pretende imperar; el análisis económico del derecho, en cambio, no olvida que el medio en el que la legislación se desenvuelve se encuentra compuesto por actores que dirigen expectativas hacia el sistema legal y que suelen adoptar, frente a ese mismo sistema, un comportamiento estratégico. Una comparación somera de la obra de Calabressi¹⁵ relativa al coste de los accidentes, por ejemplo, con cualquiera otra de la civilística más tradicional, aunque contemporánea —digamos la obra de Tunc relativa a responsabilidad—,¹⁶ pone de manifiesto las diversas consecuencias analíticas que se siguen, ante un mismo fenómeno normativo, el de la responsabilidad en este caso, cuando se le analiza paramétricamente (como ocurre en la obra de Tunc) y estratégicamente (como ocurre en la obra de Calabressi).

Así pues, podemos concluir que una de las primeras diferencias que presenta el paradigma del derecho civil tradicional frente al análisis económico del derecho, configurando un punto de tensión entre tradición e innovación, es la idea de racionalidad que subyace a uno y a otro, puesto que,

¹⁴ Jon Elster, *op.cit.*, p. 39; en el mismo sentido, pero en una consideración más amplia, J. Habermas, “Aspectos de la racionalidad de la acción”, *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos* (Cátedra, 1994).

¹⁵ Calabressi, *El coste de los accidentes. Análisis jurídico y económico de la responsabilidad civil* (Barcelona: Ariel, 1984).

¹⁶ Tunc, *La responsabilité civile* (París: Economica, 1989).

como se dijo ya, uno suscribe una concepción holística y paramétrica de la racionalidad y el otro, en cambio, una concepción atomista y estratégica.

A ese punto de quiebre o, si se prefiere, a esa línea de tensión entre estas dos formas de argumentación práctica, se agrega, todavía, y según lo anticipé ya, el diverso modo de concebir la idea de derecho en sentido subjetivo y la idea de contrato. Como es sabido, la idea de derecho subjetivo constituye una noción típicamente moderna que se vincula a fenómenos como el nominalismo y el subjetivismo modernos. Según esa idea —que autores como Villey reconducen a disputas teológicas relativas a la pobreza de Cristo—, tener un derecho equivale a estar dotado de una cierta esfera de libertad o autonomía de la que se puede disponer, enajenándola, mediante el negocio o la promesa. El negocio o la promesa son vistos como actos mediante los cuales los sujetos ejercitan su autonomía —esto es, el poder de su voluntad—, disponiendo de la esfera de libertades que les son propias. La técnica del contrato y el negocio, en su conjunto, es dispuesta, consecuentemente, como un conjunto de directrices y reglas cuyo objeto es asegurar que el negocio sea, en efecto, una disposición genuina de la propia voluntad distribuida igualmente entre todos los sujetos. Ello explica que la técnica del negocio consista, aún hoy, como lo reclamaron en su hora Grocio y Puffendorf, en un conjunto de reglas que tiene por objeto asegurar que el contrato sea una declaración de voluntad libre y veraz. El fenómeno de la adhesión, la contratación tipo, las condiciones generales o las diversas figuras de negocios forzados, son vistos inevitablemente como coerciones en la autonomía y conceptualizadas discursivamente como figuras anómalas, como patologías de la voluntad libre y espontánea. Ante la limpia fisonomía del negocio que soñaron los *iusnaturalistas* modernos, la contratación contemporánea suele aparecer, para quienes practicamos el derecho civil, como una inmensa anomalía que urge disciplinar conceptualmente.

Ahora bien, otra muy distinta es la perspectiva que asume el análisis económico del derecho. Para este paradigma, la noción de derecho, en el sentido subjetivo que solemos manejar los civilistas, carece simplemente de sentido. En vez de ella, se erige la noción de títulos de propiedad, es decir, la idea de que los sujetos poseen títulos, más o menos exclusivos, para ejecutar ciertas acciones discrecionales. Al contrario de lo que sostiene la idea de derecho subjetivo —a la que, como se vio, subyace la idea de voluntades igualitariamente distribuidas—, el análisis económico del derecho no supone ningún patrón específico de distribución entre los títulos de propiedad. Mientras la idea clásica de derecho subjetivo suponía de principio una distribución igual de voluntad y, en consecuencia, de autonomía (lo

cual se traduce en el énfasis que esa tradición pone en el concepto de persona y en la determinación de sus atributos), la idea de títulos de propiedad no exige ninguna forma específica de distribución, siempre que exista alguna. Como es sabido, una de las tesis subyacentes al análisis económico —tematizada por Coase,¹⁷ pero perteneciente a la economía neoclásica— es la de que la distribución inicial de derechos de actuación o títulos de propiedad resulta indiferente si los sujetos pueden, sin costo alguno, negociar y contratar libremente. Si el costo de informarse acerca de las expectativas mutuas y de asegurar el cumplimiento de las promesas fuera igual a cero, entonces, argumenta Coase, no importa la asignación originaria de derechos, porque siempre los sujetos podrían, mediante el acuerdo, alcanzar los óptimos definidos por la economía del bienestar, es decir, alguna de las varias versiones de la conocida fórmula de Pareto. Obsérvese el giro radical que se produce aquí en relación al paradigma clásico del derecho civil. En éste, la idea de contrato está al servicio de la idea de derecho o, si ustedes prefieren, la técnica del contrato está diseñada y prevista siguiendo, paso a paso, la idea sustancial de derecho subjetivo. El análisis económico del derecho, en cambio, efectúa una inversión radical —y si la expresión no fuera algo exagerada y equivaliera a un lugar común, diría copernicana—, puesto que en vez de diseñar el contrato siguiendo la idea de derecho, hace justamente lo inverso, esto es, la fisonomía del derecho y su distribución resulta mediada por las condiciones en que se desenvuelve el contrato. Lo que enseña, en efecto, el famoso y archiconocido teorema de Coase es que la fisonomía y distribución de los títulos de propiedad dependen de las condiciones que, en un cierto contexto, presente la contratación. A mayores costos de transacción, es decir, mientras mayores sean los costos de información y de asegurar las expectativas surgidas del acuerdo, mayor relevancia adquieren la definición y el patrón distributivo de los derechos de actuación y, por la inversa, mientras menores sean los costos de transacción, mayor indiferencia adquiere la distribución de los derechos, siempre que exista alguna. En el extremo —esto es, supuesto un mercado sin fallas—, sugiere el teorema, la distribución de derechos resulta indiferente. La idea de derecho queda así desprovista de cualquier referencia sustantiva y expuesta como una pura técnica contingente cuya configuración depende de condiciones institucionales.

Fuera de esa inversión metodológica entre la idea de derecho y la de contrato, que se acaba de revisar en sus rasgos más gruesos, el análisis

¹⁷ Ronald H. Coase, “El problema del costo social”, *Estudios Públicos*, 45 (verano 1992) [publicado originalmente en *The Journal of Law and Economics*, octubre 1960].

económico del derecho enfatiza también la función o papel que, desde el punto de vista social, ha de cumplir el contrato. En la larga tradición en que se inscribe el concepto dogmático de contrato —vinculada a los desarrollos kantianos y a la idea de promesa del *iusnaturalismo* racional—, el contrato posee, ante todo, una relevancia moral, puesto que, a través suyo, se ejercita la voluntad y el potencial de autonomía de que están provistos los sujetos y de los cuales son expresión, primero, los denominados atributos de la personalidad y, después, los derechos de la personalidad. El análisis económico del derecho, en cambio, visualiza al contrato como un instrumento para el logro de los óptimos definidos por la economía del bienestar. Toda la justificación del contrato radicaría, en esta perspectiva, en ser un instrumento para la comunicación y el logro de las preferencias individuales, y, por eso, cuando el óptimo se ha alcanzado el contrato resulta un artefacto prescindible, puesto que el óptimo en su definición paretiana es, por definición, una situación que no admite cambio sin ineficiencia.

La relación entre economía y derecho —buscada desde antiguo por la jurisprudencia de intereses, por ejemplo— queda así trazada claramente: la técnica de los derechos y del contrato no depende de una racionalidad inmanente al orden de las cosas que se encontraría explicitada en los códigos; cosa distinta, la técnica de los derechos y del contrato depende de las condiciones institucionales de la economía y de la política, en la medida que estas dos, la economía y la política, establecen el ámbito en el que los individuos ponen en juego su sistema de preferencias. El tema de la distribución de derechos enfatizada por el paradigma del derecho civil —y que se vincula tan intensamente a las ideologías constructivistas todavía vigentes en nuestros países— queda sustituido por la noción de costos de transacción, la cual, en último análisis, alude a la calidad que en un sistema jurídico determinado poseen la economía y la política, es decir, la calidad que poseen aquellas que Rawls denomina instituciones sociales básicas. Mientras la política y la economía posean mala calidad, esto es, carezcan de las condiciones de rutinización, estandarización y represión de la subjetividad que exhiben en las sociedades más desarrolladas, los problemas de distribución de derechos básicos se hacen más urgentes, se delegan en el poder político y las condiciones de ineficiencia —medidas por los óptimos de la economía del bienestar— se incrementan.¹⁸ Como lo muestra Douglass C. North en sus estudios sobre historia económica, el tema de los derechos de propiedad ineficientes suele ser producto del corporativismo

¹⁸ Véase Douglass C. North, *Instituciones, cambio social y desempeño económico* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).

que amenaza siempre a las estructuras políticas con democracias deficitarias, o bien resulta de los altos costos de transacción que introducen sistemas políticos inestables.¹⁹ Por eso, y como lo sugirió en su momento Tocqueville, los países no se diferencian tanto en su forma de gobierno como en el grado de gobierno de que disponen. Desde el punto de vista del derecho privado, ello significa que los códigos no son nada si no forman parte de un sistema político y económico con altos grados de gobernabilidad. Las finas y gimnásticas disquisiciones de los juristas dogmáticos en torno a las reglas resultan impotentes en medios institucionales que, por poseer altos costos de transacción, inducen resultados inevitablemente ineficientes, y por ello semejan, a veces, un ejercicio de realismo mágico. Lo que a mi entender enseña el análisis económico del derecho es que la función de ingeniero social que compete al jurista —y que fue amagada por el positivismo legal que introdujo la codificación— se recupera si los juristas recobran la sensibilidad hacia las consecuencias y se vuelven más sensibles hacia los resultados del sistema legal que hacia el conjunto de sus reglas.

Por otro lado, esa sensibilidad hacia las consecuencias que propugna el análisis económico revalida para los civilistas un tema que ha dado origen a una larga e intensa literatura y del que hasta ahora, al menos en nuestros países, se han ocupado, cuando lo han hecho, sólo los filósofos del derecho. Se trata del problema de los componentes de un sistema normativo. En la idea de la codificación, un sistema normativo de derecho privado se compone, ante todo, de reglas, es decir, de prescripciones de conducta dotadas de validez, las cuales son portadoras, a veces, de conceptos que por la vía de la indeterminación dan lugar a la utilización de técnicas hermenéuticas flexibles, como, por ejemplo, la referencia a la buena fe y a otros estándares similares de conducta. En cambio, el análisis económico del derecho, al insistir en la idea de eficiencia, enseña que un sistema normativo de derecho privado suele ser más heterogéneo y rico desde el punto de vista de su contenido que un mero sistema de reglas. Como es manifiesto, el principio de eficiencia no es una norma, sino una directriz, es decir, y siguiendo aquí las sugerencias de Dworkin, un enunciado referido a objetivos que se estiman socialmente valiosos y a los que ha de echarse mano en los casos que ese mismo autor, a partir de la jurisprudencia norteamericana, denomina casos difíciles, esto es, situaciones para las cuales el sistema normativo no provee, *prima facie*,

¹⁹ Douglass C. North, *Estructura y cambio en la historia económica* (Madrid: Alianza, 1984).

solución alguna. La idea de directriz que sugiere el autor norteamericano —que está presente también en otros desarrollos, v. gr., en Esser— constituye una fructífera puerta de entrada en el análisis jurídico para una mayor sensibilidad del trabajo dogmático hacia las consecuencias. Lo que dispondría una directriz como la de eficiencia, es que a soluciones equivalentes desde el punto de vista de las normas, o frente a casos difíciles para los cuales el sistema normativo no cuenta, *prima facie*, con solución alguna, ha de preferirse aquella solución que maximice el objetivo de política pública señalado por la directriz. Por ejemplo, la cláusula *nemo auditur* o la conocida doctrina de los actos propios son directrices típicas de derecho privado, en la medida que establecen criterios prudenciales de eficiencia de funcionamiento del sistema legal. Así, a las normas y los conceptos de textura abierta que suelen esgrimir los civilistas para su razonamiento, el análisis económico del derecho agrega las directrices políticas, en particular, la de eficiencia, y ello no sólo para el diseño legislativo, sino también para el trabajo práctico de adoptar decisiones particulares ante aquellos casos que, siguiendo a Dworkin, podemos denominar difíciles. La directriz de eficiencia —que tiene pleno sentido al interior de un sistema normativo— es la que subyace, v. gr., a la regla de subasta de Posner o al principio de la buena bolsa de Calabressi o a la valoración de las condiciones generales que efectúa el análisis económico. En la esfera civil habría, por tanto, normas, directrices y principios. Mientras las primeras pertenecen a la tranquila evolución de los sistemas legales y contribuyen así a los bienes de la certeza y la seguridad —bienes que, por cierto, no han de descuidarse y que se encuentran a la base de la codificación—, los segundos abren paso, en equilibrio con aquellos bienes, a la consideración de las consecuencias y permiten, para usar aquí las palabras de Luhmann, introducir en la dogmática una orientación temporal hacia el futuro y hacia el *output* de los sistemas legales. Restan, nada más, los principios. Si las reglas enfatizadas por la dogmática civil predominante tienen, no hay duda, un claro lugar, y si las directrices, según lo acabamos de ver, tienen también el suyo, cabe preguntarse ahora qué lugar cabe asignar a los principios en un sistema de derecho privado. El análisis de esta cuestión nos conduce a la tercera y última parte de esta ya demasiado extensa exposición.

III

Según he intentado señalar en lo que antecede —propósito que espero haber logrado al menos en parte—, existe hoy, debido a las condiciones de diferenciación y de complejidad social que inducen los procesos de

modernización, una cierta tensión esencial al interior del paradigma dogmático entre reglas y consecuencias o, si se prefiere, entre una orientación temporal hacia el pasado, por una parte, y una orientación hacia el futuro, por otra parte, que queda de manifiesto al contraponer el paradigma civil clásico constituido al amparo de la codificación y el positivismo legalista y el análisis económico erigido a la sombra de la economía neoclásica y los procesos de desarrollo económico. No se trata, como digo, de una alternativa, esto es, de una disyuntiva a resultados de la cual sea necesario optar por uno de los extremos desentendiéndose del otro, sino de una tensión, o sea, de una situación crítica, con situaciones irresueltas, en medio de la cual se encuentra el trabajo de los juristas. Ahora bien, el tema de los principios y la determinación de su lugar al interior de los sistemas normativos —que es el tema que acabo de anunciar— introduce un tercer factor en esa situación crítica y, hasta ahora, irresuelta.

A diferencia de las directrices, los principios no constituyen enunciados referidos a objetivos sociales que se estiman dignos de alcanzar —como la eficiencia medida como aumento del valor social, por ejemplo—, sino que se trata de enunciados que aluden a derechos. Los derechos a que se alude en el caso de los principios, sin embargo, no son ni los derechos habituales del paradigma dogmático, esto es, no son los derechos susceptibles de tráfico o de negocio, ni tampoco los derechos concebidos al modo del análisis económico, como derechos de actuación exclusiva, sino que se trata de derechos en un sentido más fuerte o más intenso que esos dos, puesto que se trata de lo que Dworkin en el ámbito de la filosofía del derecho denomina derechos morales en un sentido fuerte, esto es, se trata de aquello que, a nivel de los sistemas normativos internacionales, se denominan derechos humanos. Si bien la técnica de los derechos humanos —como lo ha mostrado el propio Villey o García de Enterría—²⁰ guarda un estrechísimo parentesco con el concepto de derecho subjetivo acuñado en la tradición del derecho privado, lo cierto es que hoy no se identifica del todo con esa tradición. Los derechos humanos, tal cual se les concibe hoy en la práctica jurisprudencial internacional o en las argumentaciones de la justicia constitucional, parecen inscribirse más bien en la tradición del liberalismo político y, por lo mismo, constituyen, más que un concepto con connotaciones metafísicas, una técnica de limitación del poder. Hablar de derechos humanos significa aludir a límites impuestos al poder político y, como lo ha sugerido el tantas veces citado Dworkin, significa aludir

²⁰ García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa* (Madrid: Alianza, 1994).

a límites definitivos frente a cualesquiera otras consideraciones, incluidas, claro está, las consideraciones de eficiencia enfatizadas por el análisis económico o las consideraciones que, relativas a la autonomía, propugna la tradición del derecho civil. Donde existe la técnica de los derechos humanos, existen, en otras palabras, vallas infranqueables que ninguna consideración de eficiencia y ninguna consideración relativa a la autonomía negocial podrían sobrepasar.

Ahora bien, en los sistemas legales contemporáneos esa técnica de vallas infranqueables posee una organización institucional precisa cuya manifestación más cercana es la justicia constitucional. Como lo muestra la experiencia comparada —desde luego, la experiencia comparada latinoamericana—, estamos asistiendo a una progresiva constitucionalización del derecho, lo cual quiere decir que el derecho común —es decir, básicamente el derecho civil— se encuentra ahora limitado por esta técnica de derechos fuertes. La forma más notoria en el derecho comparado que trasunta el proceso a que aludo, y que viene a transformar los habituales límites de los institutos de derecho privado, es lo que, a partir de una famosa sentencia del tribunal constitucional alemán, se conoce como la *Drittwirkung*, o sea, lo que se conoce como la eficacia directa de las reglas constitucionales sobre el tráfico privado. A la famosa *judicial review* —proclamada por Hamilton en *El Federalista* y en base a la cual la Constitución se esgrime en contra de las creaciones normativas de los poderes públicos—, la *Drittwirkung* proclama, por vía hermenéutica y por vía procedimental, la entrada de la Constitución y los derechos fuertes en el ámbito del tráfico privado, erigiéndose así en un límite al ejercicio de la autonomía y al cálculo de ineficiencias. Tanto el jurista dogmático asentado en el paradigma tradicional como el analista económico del derecho se encuentran, por tanto, en medio de una situación hasta hace un par de decenios inédita, puesto que sus respectivos análisis y decisiones se ven hoy sometidos a un control de fondo proveniente de los derechos contenidos en las reglas constitucionales. La limpia arquitectura conceptual del derecho civil se ve así desafiada por los principios que declaran derechos, obligando a un esfuerzo hermenéutico mayor que hace necesario someter la exégesis de las reglas de derecho privado al conjunto de los bienes que gozan de supremacía constitucional. El desafiante y casi irrefutable razonamiento que ejecuta el analista económico del derecho, a su turno, se encuentra de pronto con que la prosecución del óptimo paretiano se ve desafiado por la necesidad de abandonar ese raciocinio cuando él acaba transgrediendo los bienes intangibles, pero evidentes, de que son portadores los derechos humanos básicos. A la arquitectura de conceptos fuertemente asentada en los códigos y al análisis estratégico de

incentivos, se suma ahora la hermenéutica en base a bienes que introduce la nueva posición que adquieren las reglas constitucionales.

El proceso precedente, claro está, no escapa ni a quienes ejercitan la dogmática, ni tampoco a quienes analizan económicamente el derecho. Unos y otros intentan dar lugar a ese nuevo fenómeno sin transgredir las ideas básicas de su respectivo paradigma. El análisis económico del derecho encuentra en la teoría de la elección pública un intento, hasta ahora incompleto, de trasladar la teoría económica a ámbitos —en este caso el ámbito político— ajenos al mercado. Comprender y analizar los procesos políticos desde la teoría económica es el intento de la teoría de la elección pública y puede ser visto como una inteligente reacción frente al fenómeno descrito.²¹ El paradigma típicamente dogmático, a su turno, se ha servido de los conceptos de textura abierta que abundan en los códigos, para conceptualizar la entrada de los derechos fundamentales. Ello explica el recurso al análisis de los principios como parte inseparable del análisis dogmático. La civilística francesa —hasta ahora un núcleo de resistencia al análisis económico— muestra cómo es posible hacer el intento de compatibilizar estos nuevos fenómenos sin transgredir las antiguas concepciones.²²

Con todo, ni las formulaciones de la escuela de elección pública ni las reformulaciones de la fina civilística francesa han logrado reconstruir un sistema analítico que, guardando atención por igual a las reglas y a las consecuencias, permita acoger plenamente la entrada en el tráfico privado de los derechos fundamentales. Así, el paradigma del derecho civil se encuentra en medio de un desafío compuesto de tres variables, a saber, la de seguridad, centrada en las reglas; la de eficiencia, centrada en las consecuencias; y la de valores, centrada en la *Drittwirkung*. En la resolución de ese dilema radica, a mi juicio, el futuro y al mismo tiempo el esplendor del derecho civil y de los civilistas. □

²¹ Cfr. D. C. Mueller, *Elección pública* (Madrid: Alianza, 1984); Cfr. A. Sen, *Elección colectiva y bienestar social* (Madrid: Alianza, 1976); Buchanan y Tullock, *El cálculo del consenso* (Madrid: Espasa Calpe, 1980).

²² Véase, por ejemplo, J. Ghestin, *Traité de droit civil* (París: LGDJ, 1993), especialmente pp. 176 y siguientes.