

EL OJO CRÍTICO



José
Lois
Estévez

Grandes errores en Derecho (2). *Por José Lois Estévez*

UNO de los errores más peligrosos de la tradición jurídica consiste en creer que cuanto haga el legislador ateniéndose a las formas constitucionales es ya, sólo por eso, Derecho. Si tal afirmación fuera cierta, cuando el emperador romano Calígula nombró cónsul a su caballo Incitato, éste adquirió ya, por imperio de la ley, los atributos necesarios para desempeñar el cargo. Naturalmente, Incitato no fue cónsul. Por falta de aptitud en el nombrado, la disposición imperial fue nula de facto: Incitato no podía asumir funciones consulares.

¿Estamos ante un caso extremo, actualmente anacrónico? ¡De ningún modo! Cabría citar muchos otros con idéntico resultado en muy diversas épocas. Por lo general, cuando las leyes responden a sentimientos que la mayoría comparte, será normal la propensión a su observancia. Cuando incomodan a muchos, el estímulo para reaccionar contra ellas crece en proporción al número de afectados. La probabilidad de su ineficacia será entonces muy grande.

TAL aconteció en el llamado “motín de Esquilache”. El 19 de abril de 1713 se ordenó que nadie fuese embozado, ni ocultase su rostro en cualquier forma. La prohibición parecía razonable, pero no se obedeció. Se reiteró después inútilmente media docena de veces. Al fin, el 10 de marzo de 1766, un bando urgía la prohibición de la capa larga y del sombrero redondo para el embozo. Medidas enérgicas para exigir el acatamiento, resultaron contraproducentes. Catorce días más tarde la exasperación popular degeneró en amotinamiento ante el Palacio Real. Intervino la guardia y disparó contra la multitud inermes, que, irritada, sólo con piedras, dio muerte a varios guardias, hirió a otros, desarmó a los demás y puso al resto en fuga. Acometiendo después los cuarteles, los insurrectos se procuraron armas y ocasionaron a las guarniciones nuevas bajas. Varios intentos de negociación fracasaron y, creciendo la rebelión, el gobierno tuvo que desdecirse.

Veamos algún ejemplo más actual. El art. 30 CE en su párrafo 1º establece, con manifiesta generalidad: “Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”.

El precepto difiere perceptiblemente del anterior y otros similares. Al igual que los arts. 12, 14, 19, 23, ha prescindido de la palabra “todos”, al parecer sin otra intención que la variación estilística. Pero, siendo evidente el exceso de generalidad, como se acreditaría con sólo preguntar si la prevención comprendería también a los “niños de teta”, su limitación resulta ya del párrafo siguiente, al disponer: “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

Como es sabido, desde la “profesionalidad del ejército”, sería muy difícil afirmar que estas dos prescripciones constitucionales conserven su vigencia. ¿Habrán sido derogadas por una ley de inferior jerarquía? Eso sería un imposible jurídico. Pero, vistos los arts. 162 y 163 CE, ¿quién ejercitaría el recurso de inconstitucionalidad? Preguntémosnos también ¿fue alguna vez realmente efectiva la prevención constitucional?

Cuando las leyes responden a sentimientos que la mayoría comparte, será normal la propensión a su observancia

No, la creencia en la omnipotencia legislativa no pasa de mito jurídico. Contra lo que pensaba Kelsen, uno de los más grandes juristas de nuestro tiempo, los legisladores carecen del tacto de Midas para convertir en Derecho todo cuanto tocan. Sólo cuando la sociedad las secunda, gozan de efectividad las normas promulgadas.

SE dice a menudo que la soberanía popular reside en las Cortes. Sin embargo, al igual que en el Senado romano, las Cortes tienen auctoritas, pero no potestas. La prueba, que no les cabe jamás imponer sus presuntos mandatos por sí mismas. Dependen de otros. Tanto en cuanto a la interpretación de su particularísima ‘voluntad’ como en la exigibilidad práctica del precepto a los súbditos. ¿Cómo entonces atribuirles soberanía? ¿Cabe llamar ‘poder’ a una pretensión de obediencia que no pasa de nominal?

La verdad es que las leyes son poca cosa en el Derecho. Aun suponiendo que los jueces las aplicaran en su propio sentido al pequeño número de casos litigiosos que se dan en un período de tiempo, el Derecho vivido en la sociedad es bien distinto. Lo hacen los particulares en sus acuerdos privados ejecutados pacíficamente.

Comparando la frecuencia de los casos litigiosos con la de pactos privados cumplidos en forma espontánea, deduciremos sin esfuerzo la gran improbabilidad de los primeros, en número casi diez millones de veces menor. ¿Es el Derecho positivo el que se cumple así? No echemos en olvido que el Derecho público es supletorio de las decisiones privadas, que son libres, si no van contra la moral, las buenas costumbres o el orden público. Y si nadie denuncia la irregularidad, sea cual sea lo acordado, no constará, y no constando, es como si no existiera.

NO deja de ser curioso que no suelen advertir los juristas que su definición del acto jurídico se refiere en realidad a su contrario. Nos dicen literalmente que el “acto jurídico es el que produce consecuencias jurídicas” y aparte del carácter tautológico de la definición (la palabra ‘jurídico’ entre dos veces en ella), lo auténticamente definido es el acto antijurídico, pues el jurídico, como irrelevante para el Derecho positivo (al ser ‘pacífico’ no se toma en cuenta), no genera consecuencias empíricas, exactamente porque se integra en el Derecho.

La Medicina sirve como ejemplo: hay que devolver la salud al organismo enfermo. Los sanos no necesitan médico.

De un modo análogo, son los actos patológico-jurídicos los que demandan la tutela judicial, mientras reine la paz no precisan intervenir los juzgados.

(*) *Catedrático Extraordinario
de Epistemología*