

EL OJO CRÍTICO



José
Lois
Estévez

Derecho subjetivo. *Por José Lois Estévez*

En tiempos en que Kelsen publicaba sus principales obras, prevalecía la convicción de que el Derecho era la voluntad estatal. Él llegó a sostener que el legislador era capaz de convertir en Derecho todo cuanto tocaran sus manos. Hitler redujo al absurdo tesis, tal en cuanto el Parlamento aprobó su Ley de Plenos Poderes.

No era novedad, sino en sus últimas consecuencias. Cuando Bodin sentó las bases teóricas de la soberanía política, atribuyéndole las notas de unidad, indivisibilidad, perpetuidad y absolutidad, sembraba ya el germen que había de fructificar en la inmoderada extensión del concepto. Verdad es que el gran jurista francés seguía teniendo muy presentes los límites iusnaturalistas y religiosos, que circunscribían el uso legítimo del poder. Pero la fuerza de los hechos es tal que anula el intento de fijar fronteras mientras el Derecho siga dominado por la ambigüedad. La certera prevención de Juvenal persiste indestructible: ‘¿Quid custodet ipsos custodes?’ ¿Cómo conseguir que leyes imprecisas sirvan de contención a quienes ejercen cualquier manifestación del poder público?

Si queremos esa utopía que la CE ofrece como un hecho, hay que atar en corto a los servidores públicos

Evoquemos un principio que condense la libertad. ¿Cuándo será válido? ¿Cuándo sea de aplicación universal y no resulte privativo para nadie! Formulémoslo: “‘Toda conducta se supone lícita si a nadie despoja de lo que uno postula para sí’”. Démoslo por verdad y veamos sus efectos. Como es obvio, cada persona puede, o no, cumplirlo, precisamente porque es libre. Luego la sociedad tiene que prever las diversas hipótesis de incumplimiento y el modo de proceder en cada una. Eso requerirá dar potestad a una o varias personas para que se encarguen de la efectividad del precepto. Pero, claro, él (o ellos) también son libres y pueden desmandarse. ¿Cómo evitarlo? En esta tentativa, no podemos admitir idealismos. Al enfrentarnos aquí con la ley de los grandes números, habremos de reconocer los abusos y no lo contrario, como hace el art. 103 de la CE, cuando dice, con muy escasa reflexión, que: “‘La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales..., con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho’”. Tal aserción implicaría un montón de cosas imposibles: Que los políticos conocieran infaliblemente cuáles son de verdad los intereses generales, qué significa realmente cada ley y cuál es, en su intencionalidad auténtica, el Derecho del país.

Cuando uno sabe que la Administración Pública es una abstracción inexistente y que su referente único son los funcionarios, con todas las limitaciones de que adolecemos los hombres, como filias y fobias, amor propio y corruptibilidad; si queremos tender a esa utopía que la CE ofrece como un hecho, no nos queda otra salida que atar tan corto a los servidores públicos que su albedrío se acerque asintóticamente al cero. ¿Qué hace falta para esto? Que los derechos

subjetivos de cada uno hayan sido certeramente definidos, no con fórmulas evanescentes, que no logren cabal concreción. Recordemos las definiciones más clásicas, desde nuestro De Lugo, hasta Savigny e Ihering. Cuando se hablaba de una 'prelación moral', un 'poder o facultad' o un 'interés', aunque siempre se suponga tras su género próximo la 'protección jurídica', como última diferencia, ¿estaremos ante significados determinables?

Personalmente, la idea de preferencia o prelación adjudicativa me pareció seductora, de suerte que una de las primeras definiciones que propuse para el Derecho era: "orden de prelación de títulos para la paz social". Luego me advertí de que semejante fórmula no permitía concretar al titular de los derechos, cuya determinación era esencial en cada pleito.