

EL OJO CRÍTICO



José
Lois
Estévez

¿Cómo se formó el Derecho?. *Por José Lois Estévez*

El Derecho no se ha concebido siempre de la misma manera. Los juristas hemos venido estudiando sus fuentes y, pese a todos nuestros esfuerzos, no nos ha sido posible elaborar una teoría que pudiera darnos satisfacción. El título preliminar de nuestro Código Civil pretende dar una respuesta vinculante diciéndonos: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”.

Ante semejante afirmación, una pregunta resulta obligada: ¿Estamos ante un mandato de quien tiene poder para emitirlos o se trata de una pretensión vana porque su realización requeriría que se cumplieran condiciones inasequibles, como entender de igual manera expresiones multívocas. En la obra de mayor autoridad en la época, publicada en 1945, Federico de Castro, definía la norma jurídica en los siguientes términos: “Mandato jurídico, con eficacia social organizadora”.

Concebidas las normas como mandatos eficaces, claro está que habría que suponer que la soberanía política determinaría su efectividad social. Pero en cuanto nos percatáramos de la lucha por el poder, comprenderíamos que la obediencia no podría ser única hipótesis. Algunos juristas consideramos necesario anteponer a la confabulada explicación de los preceptos legales lo que realmente quedaba evidenciado en la práctica: si el poder era un fenómeno social cambiante. Las fuentes del Derecho no podrían mantenerse inmutables. Tampoco podrían persistir como constantes las preeminencias votadas alguna vez como principios constitucionales. ¿Qué sentido tendría entonces empeñarse en perpetuar en una Constitución momentáneos poderes fluctuantes, como si fueran fuente inamovible de legitimidad plebiscitaria, inmune a mutaciones?

La idea del mandato como definidor de las normas tenía que resultar anacrónica. Y perdería todo crédito. Si lo único que contaba en la realidad política eran los hechos, ¿por qué no investigarlos sin prejuicios, ateniéndose a los mismos, según son? En un mundo, dominado por la Ciencia, ¿cabría otra actitud que no fuera rigurosamente empirista?

Quiero llamar la atención sobre un fenómeno histórico harto simple: que las ciencias particulares no progresan todas a la misma velocidad. Así, cuando los civilistas habían desechado ya el concepto de mandato, los constitucionalistas seguían aún fieles a él. Las constituciones eran aún lo que quería De Castro: mandatos eficaces. La sociedad, dócil cera en manos de sus políticos. Pero, lo que ya había caído en la obsolescencia, seguía aplicándose como una moda, sin parar mientes en su tendencia utópica.

Cuando ya nos consta que las leyes no son concebibles como mandatos, ¿tiene sentido seguir imaginando las constituciones, en su ser lógico, como si fueran susceptibles de verdad-falsedad? ¿Y si no les cabe recibir trato de proposiciones, por no contener enunciados, con qué base racional se las somete a tratamiento plebiscitario? Si las leyes no son ya mandatos unívocos, sino que se hace inevitable ver en ellas el más probable resultado estadístico, ¿pueden dejarse al margen de la investigación los datos empíricos que la estadística recopila?

Si la Constitución europea representase realmente alguna aportación histórica memorable, podrían ofrecernos hoy mejor panegírico propagandístico sus partidarios que un catálogo de las innovaciones que aportan, gracias a las cuales las pugnas por los derechos fundamentales podrán pasar de controversias baldías a cómputos estadísticos, concretables en porcentajes pronosticables de probabilidad. Y si hoy no cabe asignar, como desenlace más favorable de un recurso de amparo una probabilidad de un 5% a partir de las invenciones introducidas por la nueva Constitución en la defensa del Derecho contra las insidias del poder ofrecerá a los recursos de amparo probabilidades pronosticables diez veces mayores. Dejemos a un lado las monsergas retóricas, tan usuales en los comicios democráticos, y limitémonos a preguntarnos ¿qué huella dejará en la ciencia jurídica la Constitución europea? ¿Descubrirá, como aportación inmarcesible, principios nuevos, que harán verdad ciertas relaciones preferenciales derivadas de su mayor proximidad física y dependencia con las cosas?