

**EL OJO CRÍTICO**



José  
Lois  
Estévez

**La tragedia del derecho.** Por José Lois Estévez

**EL** 27 de febrero, en la página de honor de ABC, firmaba un artículo Eduardo García de Enterría, cuyo título, no del todo transparente, ‘Derecho, política y subjetivismo’, inspiraba seria reflexión. Digamos antes que García de Enterría es (¿quién no lo sabe?) un famosísimo catedrático (y tratadista) de Derecho Administrativo. Claro que también mucho más que eso. Como gran jurista, no se deja encasillar en los angostos límites de una especialidad, más o menos importante.

Obras suyas como ‘La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional’, lo revelan como lo que se mostró desde siempre: un gran propulsor de la objetividad en el Derecho. Tampoco agota su personalidad este otro adjetivo. Pues, además, destaca como escritor singularísimo. Y ahí están varios libros suyos para acreditarlo. Uno lleva el título: ‘Montañas y Hombres’. El otro es una antología de artículos de calidad literaria excepcional.

En su estudio sobre la Constitución como norma, justifica su incursión fuera de su especialidad por el propio manejo del Derecho Administrativo, porque si el Ordenamiento ha de formar un todo unitario, precisa que la Constitución le sirva de ‘*deus ex machina*’.

¿Qué propugna en su artículo Enterría?; Quela Justicia se despolitique! Que los jueces, sin intermediarios entre ellos y la ley, se limiten a interpretarla sin concesiones a lo que “algunos juristas marxistas italianos llamaron la ‘interpretación alternativa del Derecho’, que permite a una norma, según la ideología del intérprete, decir lo que convenga a su interés político”.

Y seguía el sabio jurista: “La objetividad del Derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la Ley y hacerla posible es, justamente, la primera de las funciones de la Ciencia jurídica”.

Muy bien. Esto no puede negarlo quien ya en 1965 publicaba un libro titulado ‘La lucha por la objetivación del Derecho’. Por desgracia, tenía que hablar de objetivación, porque no creía posible encontrar entonces en el mundo la necesaria objetividad. En el prólogo declaraba la pretensión de “introducirla en aquellas espinosas regiones en que los juristas tienen que soportar hasta el momento la constante ‘*inmissio*’ de los políticos”. Y el primer capítulo de aquel libro se titulaba: ‘Ciencia contra política en la pugna por un Derecho justo’, donde reclamaba “un método de investigación capaz de evidenciar en cualquier momento cuando una norma jurídica se propasa a la arbitrariedad y cuando es hija legítima del raciocinio”.

Las leyes no podían todas tratarse por igual, porque se hacía de muchos “instrumentos de dominación que plegaban la Sociedad al Poder”, cuando en vez de ser “fruto maduro de la razón, eran irreflexiva prole del albedrío”. “En el mañana que se avecina” (continuaba), “la Política del Derecho logrará presentarse como Ciencia... Y entonces la tarea legislativa se hará impersonal. No la desempeñarán, porque sí, los políticos, sino los investigadores del Derecho, con la serena imparcialidad de los hombres de Ciencia”.

Resumían estas palabras la idea central del estudio, que culminaba en una definición heterodoxa

de la norma jurídica, a la que se exigía que pudiera ser, demostrablemente, verdadera o falsa. Con ello, las leyes ya no podían concebirse como mandatos, ni contener deberes extrínsecos a la ética. En cambio, con el giro que allí se les daba, serían ya “enunciaciones probabilísticas, como cualquier enunciado científico. En cuyo caso ¿tendría mayor sentido hacer leyes a votos que revelar con semejante ordalía los principios matemáticos o físicos?

Efectivamente, una Constitución, deductivamente elaborada, excluiría del sistema jurídico cualquier antinomia. Lo malo es que cuando son, como la nuestra, el resultado del consenso entre tendencias dispares, distan de alcanzarla unidad lógica. Fallan, en primer lugar, en los valores. El art. 1º propugna como tales la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Pero ni los define, ni da una regla de jerarquización, en cuanto se presenten incompatibles. Tampoco ha explorado el alcance de cada uno para coordinarlos. Además, su orden de prioridad es erróneo. Si la libertad ejerciera efectivamente como valor supremo ¿en gracia de que otro podría limitarse? Si todas las libertades son iguales entre sí, ¿cómo establecer una regla de preferencia entre ellas?

Eso quiso remediarse tardíamente desde el Preámbulo, poniendo en primer término la justicia. Pero si se hubiera reflexionado a fondo sobre la esencia de este valor clave, todos los restantes se hubieran considerado perturbadores. ¡Porque la Justicia es simplemente la verdad jurídica y en toda Ciencia la verdad hace superfluo cualquier otro módulo de juicio! ¡Y si la verdad en algún caso no se alcanza, tiene como único sustitutivo su máxima probabilidad! Esto es matemáticamente demostrable. Tratemos de clasificar todos los modelos valorativos formulados o formulables. Forman dos clases: monistas y pluralistas. Son monistas los que recurren aun solo valor; por ejemplo, la Justicia. Son pluralistas los que creen necesaria una constelación de valores (p.e. la misma CE). Los pluralistas son, a su vez, de otras dos clases: jerárquicos y no-jerárquicos. Los no-jerárquicos permiten adoptar un criterio decisivo a gusto del intérprete, con indeseable acepción de personas y arbitrariedad como desenlace. Los jerárquicos, sin esa desventaja, se transforman en monistas si su valor supremo permite dar solución a todos los casos. Ocurre así precisamente con la justicia, que por eso repugna el recurso a cualquier otro.

Además, ¿de qué depende la libertad? Si un Derecho fuera perfecto, la arbitrariedad sería nula, y la libertad de cada uno exactamente la justa. No existiría error jurídico (lo que prueba la igualdad entre justicia y verdad). Con arbitrariedad (o error jurídico) la libertad se merma y distribuye desigualmente. ¿En qué medida? Si la arbitrariedad=0, tanto y como  $x=1$ . Y si la arbitrariedad (como siempre ocurre) no valiese 0, no podría ya reinarla Justicia ni tampoco la libertad, por mucho que se hablase de ella.

¡Sólo una Ciencia del Derecho, querido Enterría, por la que en el fondo tú suspiras, podría traernos esa verdad que es la Justicia!