

LA LEY, EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN

GUSTAVO ZAGREBELSKY (1)

1. Todo el acontecer histórico y conceptual de la ley en el transcurso de los veinticinco siglos de los que somos herederos no es otra cosa que su relación cambiante con el Derecho: *Lex* y *Ius*. Sería necesaria una doble definición. Pero, quizás, lo que siga la hará superflua.

2. *Pollà ta deinà* (v. 332) da inicio al conocidísimo primer coro de *Antígona*, en el que Martin Heidegger veía la síntesis profética y premonitoria del nacimiento y declive de la civilización occidental. Muchas cosas *admirables* y, al mismo tiempo, *horribles* son los seres humanos y sus obras, cuando se proponen dominar con artificios la naturaleza de las cosas —por ejemplo, surcar el mar durante la tempestad— o trabajar la tierra, flagelándola con el arado y depredando su energía. Cada transformación, cada innovación, comporta divisiones y separaciones y éstas, a su vez, violencia y dolor. Resuena la mismísima sabiduría del Eclesiastés (7,20): «En verdad no hay hombre justo en la tierra que haga sólo el bien y no peque». El *Angelus Novus* de Paul Klee, que Walter Benjamin llevaba en su equipaje, es sostenido por un viento incesante e irresistible que extiende sus alas. Es el viento del progreso, de la modernización y de lo nuevo. El Ángel se vuelve y se queda espantado y aterrorizado por las cosas que ve, todas a la vez: Así se restituye la imagen del *deinòs* sofocleo y, al mismo tiempo, se le da una traducción fiel en un lenguaje universal.

3. El texto fundador de nuestra civilización jurídica —*Antígona*, precisamente— es una reflexión sobre la ley como *deinòs* (el «Ungeheuer» —el maravilloso y horrible de la traducción de Friedrich Hölderlin—). Sólo así enten-

(1) Traducción del italiano de Carlos Ortega Santiago, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

dido se comprende el significado del canto coral sobre el hombre y sus conquistas, situado al comienzo de la acción trágica y destinado a lanzar sobre la ley misma una luz de atemorizante ambigüedad.

4. Conocemos bastante de la Atenas del siglo v a.C. como para comprender que, detrás de la contraposición entre el derecho de Antígona y la ley de Creonte, existía un conflicto entre resistencias arcaizantes y tensiones modernizadoras en el gobierno de la ciudad. La jovencita de fe incontaminada en la sacralidad de los vínculos de sangre, que viola el bando de Creonte, el rey, para rendir los honores fúnebres al hermano, a pesar de haber caído como traidor alzando las armas contra su propia patria, no es precisamente la heroína de la justicia, de la coherencia moral absoluta y de la rebelión frente al abuso de los poderosos, como todos nosotros la veíamos, en el tiempo, libre de compromisos, de nuestra juventud.

5. No se trata de una polémica abstracta entre norma moral y ley del poder. La lucha mortal de Antígona y Creonte colocaba a los ciudadanos de Atenas, reunidos en la representación teatral, frente a la disputa política no resuelta que, en aquel tiempo, dividía a los ánimos y a los bandos.

6. Por una parte, las raíces tradicionales de la ciudad, el *ius* «no escrito y no mudable, que no es de ayer ni de hoy, sino de siempre, del que se desconoce la revelación» (v. 756 y sigs.); el *ius* válido para las comunidades humanas vinculadas por lazos de sangre con la familia como centro, que remite por ello a la estructura gentilicia originaria de la *polis*, está enraizado en los vínculos vitales y, por lo tanto, en el culto a los difuntos, y está cimentado en el sentido del honor y de la lealtad privada, de lo cual es depositario el elemento femenino de la sociedad.

7. Por otra parte, la fuerza innovadora de una sociedad-estado encaminada a convertirse en una potencia hegemónica del mundo griego, fundada sobre *leyes* proclamadas victoriosamente a la luz del sol («rayo de sol, luz, la más bella que apareció en esta Tebas de las siete puertas»: v. 102 y sigs.) para valer universalmente; *leyes* que exigen obediencia uniforme e incondicionada, rompen la unidad de los vínculos interpersonales y familiares, pasan por encima de *eros*, amor conyugal, sentimiento paterno, fraterno y filial, conocen sólo a ciudadanos indiferenciados, ignorando la consanguinidad, y están garantizadas por el elemento masculino de la sociedad: el rey, único y supremo legislador.

8. Esta tragedia sobre la realidad dividida y doliente —a juicio de Hegel, «una de las obras de arte más excelsas y desde todo punto de vista más perfectas de todos los tiempos»— se alza así como símbolo del funesto resultado generado por el recíproco desconocimiento de *ius* y *lex*, del derecho profundo y estable de los vínculos sociales, personificado en Antígona, y de la artificial y mudable ley pública del Estado, personificada en Creonte: resultado radical de

muerte física para Antígona y de muerte espiritual —nosotros diríamos «deslegitimación» total— para Creonte, rechazado por sus conciudadanos y repudiado incluso en su propia casa, de quien al final «nada queda» (v. 1325). Si nos acercamos, hoy incluso, a este texto fundador, no es por algún rancio artificio retórico o porque se ha convertido en moda introducir los discursos sobre el presente con una cita literaria. Al contrario, es porque, efectivamente, repito: efectivamente, habla también para nosotros y a nosotros, sacando a la luz cuestiones e indicando perspectivas profundas y determinantes, que la mayoría de las veces quedan ocultas en la rutina cotidiana.

9. *Antígona* representa un comienzo. La ley apenas mostraba sus intenciones y su legitimidad era ya fuertemente contestada. El poeta trágico, en los pasajes confiados al coro de los ancianos, habla para la ciudad en uno de sus lugares sagrados —el teatro—. Insiste sobre la locura y sobre el absurdo de la sagrada intransigencia de Antígona, rebelde frente a la ley (por ejemplo, vv. 68, 92, 96 y, sobre todo, 470), y la alude suavemente incluso, con una sentencia de desencantado desprecio por la inutilidad de su rebelión. Pero, al final, el coro es atraído de forma patente a decantarse por la jovencita rebelde. Así también —puede suponerse— sus conciudadanos, partícipes de la acción trágica, acababan por decantarse por ella. Existe como un apego sentimental a las raíces que, dolorosamente, se percibe que deben dejar el sitio a lo nuevo, impuesto racionalmente.

10. Hoy la parábola parece concluida con la inversión total de los puntos de partida. Conocemos ya sólo leyes escritas y mudables, que son de ayer, de hoy y ciertamente ya no de mañana; sabemos quién y cuándo las ha proclamado, en qué circunstancias, por qué intereses y con qué propósitos. La silenciosa sacralidad del derecho ha sido suplantada por la prolija exterioridad de la ley. El Estado es desde hace tiempo una *machina legislatoria*. Sólo de esta fragua se espera que salga el derecho, sin saber cómo podrá ser, puesto que eso depende de quien consiga, en cada momento, asumir el mando, removiendo al maquinista precedente.

11. La legislación ha invadido todos los ámbitos de la existencia humana, incluso los más privados y durante largo tiempo refractarios a las normas exteriores, como los de las relaciones afectivas entre las personas: la familia, la convivencia, el trato entre padres e hijos. El incremento extraordinario e incesante de las aplicaciones de la tecnología a manifestaciones de la existencia, confiadas tiempo atrás a las reglas de la naturaleza y de las ciencias naturales —la procreación, la lucha contra las enfermedades, la utilización de los tejidos y de los órganos humanos, la resistencia a las fuerzas del envejecimiento, la muerte— abre nuevos y desmesurados campos a la intervención legislativa, contribuyendo a la multiplicación de las leyes; así, igualmente, las nuevas téc-

nicas de la comunicación a distancia, de la recogida y del tratamiento de datos, plantean el problema de la protección de los derechos personales que requieren leyes siempre nuevas para adecuarse a las innovaciones. La misma madre tierra, hasta hace no muchos decenios considerada criatura autosuficiente, base segura de la vida de los seres animados, necesita ahora de redes jurídicas de protección de sus equilibrios, seriamente amenazados por el aumento destructivo de la actividad de sus hijos. Por lo que puede decirse que no existe dimensión de la existencia que no sea objeto de atención por parte del derecho, en la forma de ley positiva. E incluso para satisfacer la exigencia, particularmente sentida hoy, de restituir a la autonomía de las decisiones y de las responsabilidades individuales y sociales sectores de la experiencia humana anteriormente sometidos a normas jurídicas, como los de la iniciativa económica, paradójicamente es preciso multiplicar, no reducir, el número de las leyes. La economía abierta de mercado es una institución no menos artificial que cualquier forma de economía dirigida y, para ser construida y defendida, incluso contra ese derecho «privado» constituido por los acuerdos de negocios estipulados en los estudios legales de las grandes empresas comerciales y de las financieras internacionales, necesita también de un castillo de normas imponente. La desde hace tiempo invocada y nunca realizada, en Italia y en otros países, política de la reducción y simplificación legislativa, se contradice en todos los campos por los incrementos legislativos exactamente opuestos.

12. Si fuera necesario en algún momento una confirmación concreta de lo que significa la metáfora de la «máquina legislativa», en relación con lo que ocurre en mi país, pero quizás no sólo en el mío, bastaría con lanzar una mirada a la más consultada entre las recopilaciones de legislación, *Le leggi d'Italia*. La primera edición de 1963 estaba constituida por treinta y tres poderosos volúmenes que recogían todas las leyes vigentes entonces; ahora, a cuarenta años de distancia, ha crecido a setenta y ocho volúmenes. Actualizaciones mensuales contenidas en hojas oportunamente definidas como «móviles», dan cuerpo a la imagen de una tempestad legislativa que jamás permanece: leyes nuevas; modificaciones de las viejas, *pro futuro* y retroactivas; leyes temporales, transitorias, de *validación*, experimentales, de «interpretación» auténtica y de corrección de errores; textos únicos de naturaleza de lo más variada; sentencias constitucionales con alcance normativo; todo ello, multiplicado por las muchas autoridades normativas, centrales, regionales, locales y supranacionales, que actúan con la intención de que nada escape a la regulación jurídica más minuciosa y penetrante.

13. El mundo del derecho está saturado de leyes. La *legalidad*, como correspondencia de la ley, se ha mantenido como la única unidad de medida jurídica y ha desbancado a la *legitimidad*, como correspondencia del derecho. Me-

por, se ha adueñado de la misma, como había anticipado al comienzo del siglo pasado Max Weber, cuando había hablado de *legalidad como la forma exclusiva de la legitimidad* en la época moderna, una época de comportamientos políticos, económicos y sociales tendentes a la racionalización, a la estandarización, a la planificación, a la homologación, respecto de los cuales el Estado, por su parte, asume cada vez más los caracteres de una empresa tecnificada, funcionalizada, funcionarizada y burocratizada, para la que la ley es el equivalente del flujo de energía en un organismo vivo, de otra forma inerte. El lenguaje común, también aquí síntoma infalible de una condición espiritual, ha registrado esta trayectoria en cuyo final la ley ha fagocitado al derecho; la legalidad, a la legitimidad. Para decir que tengo razón según la ley, definiré como legítima, no como legal, mi pretensión, traicionando con ello la nostalgia por una dimensión jurídica perdida —la legitimidad del derecho, precisamente— y rindiéndola inconscientemente homenaje. Y eso sucede también en el lenguaje especializado: con la expresión Estado de Derecho, del siglo XIX en adelante, se designa en realidad un estado de leyes, un estado meramente legal.

14. Esta condición nuestra de individuos legalizados nos parece perfectamente natural y no pensamos ni siquiera que durante épocas enteras ha sido diferente. Lamentamos la inflación legislativa, la legalización progresiva de todos los ámbitos de la vida, pero no sabemos imaginar nada diferente. Preferimos ignorar que la condición originaria no es para nada ésta y no se nos ocurre la duda de que quizás, ni siquiera ahora, pensándolo bien, sea y pueda ser efectivamente así. Cuando el sistema legislativo renquea —lo que significa que no mantiene el paso con las demandas sociales— conociéndose únicamente leyes, no se puede hacer otra cosa que seguir legislando. Y, de esta forma, se acaba por querer hacer frente a la debilidad de la ley con otras leyes. No es solamente un círculo vicioso que, a la postre, deja las cosas como estaban; es una espiral que conduce hacia abajo, al desgaste de la ley, a la erosión progresiva del sentido de legalidad. Se explica con una proporción perversa: cuantas más leyes, más ilegalidad.

15. Los siglos que nos separan de Antígona han sido una confrontación en fases alternas entre el derecho y la ley. El dominio de la ley sobre el derecho, mejor, la absorción monopolista del segundo por obra de la primera, son el producto de poderes políticos abstractos, de grandes dimensiones incluso espaciales, que se han desarrollado primero al lado y después en contra de las concretas estructuras sociales tradicionales de pequeñas dimensiones, a través de una administración burocrática del derecho. El derecho romano republicano, por ejemplo, no era todavía así. Aunque comprendía leyes, es decir, decisiones del pueblo reunido en asamblea, dirigidas a todos los ciudadanos, no era un derecho legislativo. Era un conjunto, fundido en una unidad a través de

las *responsa* de los juristas no encuadrados en la burocracia, de *mores* arcaicos, de interpretaciones sacras de las XII Tablas, de programas jurisprudenciales fijados en el edicto pretorio. De ahí que se haya hablado de un dualismo latente —percibible todavía hoy a través de las fuentes que nos han llegado en la forma de la codificación justiniana— entre *ius* civil, custodiado y desarrollado por expertos juristas rodeados de prestigio social, y *lex* reguladora de lo que llamaríamos la dimensión pública de la vida; un dualismo no teorizado por los romanos y vivido sin embargo como un dato característico de su propia experiencia jurídica y política. Y también después, cuando los juristas fueron llamados a cooperar con la *potestas* imperial convirtiéndose en sus funcionarios, los más conscientes de aquéllos representaron no únicamente el dominio del príncipe a través de la forma legal (las *constituciones* imperiales), sino también, a través de la continuidad de la tradición, la legitimidad del poder.

16. Lo que ha sido la experiencia jurídica de la Edad Media no se presta a ser captado en una fórmula simplificadora. A partir de la caída de la autoridad política central, la sociedad medieval dejada a su propia suerte vino poco a poco a expresar su propio sistema jurídico, en el que situaciones y tradiciones locales y los privilegios de *status* —y, por lo tanto, el particularismo— venían a fundirse en el marco del *ius commune*. En el *ius commune* confluían el derecho canónico, con su inimitable flexibilidad, apropiado para acoger en su seno esta compleja realidad, y el *Corpus iuris* romano, redescubierto al final del siglo XI y revitalizado en esa nueva situación por obra de las escuelas de los *glosadores*. Esta somera descripción no hace justicia a la existencia de otras dimensiones del derecho de ningún modo pluralistas: el derecho natural cristiano que teorizaba el primado político de la Iglesia, en cuyo nombre Europa se encendió con las hogueras de la Santa Inquisición; la obra de los *legistas* que trabajaban en el derecho romano imperial, promotores de la razón de estado. En cualquier caso, la incidencia de la ley, ya fuera eclesiástica o civil, era rara, marginal, inorgánica.

17. La situación espiritual, que acompañaba a la política, comenzó a cambiar totalmente a favor de la ley entre los siglos XVI y XVII, cuando aparecieron las primeras *teorías exclusivistas* del derecho, coesenciales al absolutismo político. Hoy nos vemos compelidos, quizás, a dar un peso decisivo, en la formación del espíritu jurídico de la época, a las doctrinas del Estado absoluto, a la *República* de Jean Bodin y al *Leviatán* de Thomas Hobbes. Estas doctrinas de la política venían acompañadas por concepciones naturalistas del derecho, modeladas por ejemplo por las ciencias teóricas, como las matemáticas o la geometría. Éstas ya no existen como tales, pero su influencia sobre la formación, la mayor parte de las veces inconsciente, de la mentalidad «científica» de nuestra jurisprudencia sigue siendo hoy decisiva. ¿Cuántos ju-

ristas y, sobre todo, no-juristas, creen aún que el derecho es como una red de reglas válidas en sí misma y por sí misma, en una esfera propia de existencia objetiva: reglas que sólo pueden revelarse por lo que son o bien, en el otro caso, traicionarse por lo que no son, siendo de cualquier forma independientes de los casos de la vida que regulan? Según Gottfried W. Leibniz, por ejemplo, el derecho habría debido consistir en definiciones establecidas racionalmente, derivadas las unas de las otras, como en el razonamiento matemático, produciendo proposiciones válidas y verdaderas en sí mismas, igual que la ley objetiva de los números está por encima de todos (Dios incluido: dos más dos son cuatro también para Él), y es válida independientemente de la circunstancia concreta de que haya alguien que cuenta y de que haya algo que contar. De igual forma el derecho, que contiene su verdad y su valor independientemente del hecho de que haya o no haya, algo o alguien, a qué o a quién juzgar.

18. El absolutismo monárquico de los siglos XVII y XVIII se alimentó de estas y otras teorías naturalistas similares que, obviamente, llevaban consigo la idea, o la ideología, del valor absoluto de la ley. Pero todavía en la época de la revolución de 1789, la lucha del soberano por imponer el dominio de su ley en todo el reino estaba lejos de estar concluida. El conflicto que opuso hasta el último momento al rey y a los Parlamentos (los parlamentos de entonces) era el residuo de la vieja y tenaz oposición entre leyes nuevas del rey y antiguas estructuras feudales francesas. Los Parlamentos del Antiguo Régimen, órganos político-judiciales, eran una especie de justicia constitucional de control sobre los actos generales del rey, en nombre de la tradición. Por su parte, la *noblesse de robe* intentó en diversas circunstancias imponer una especie de despotismo oligárquico, dirigido hacia el pasado, frente al despotismo legal del rey, dirigido hacia el futuro. Su política, a menudo corrupta, de miope obstrucción a las innovaciones y de beata defensa de los privilegios, fue objeto de feroz crítica por parte de los *philosophes* (el *Tratado sobre la tolerancia* de Voltaire trae causa de la condena capital del mercader hugonote Jean Calas, pronunciada por el Parlamento de Toulouse) y fue uno de los motivos, no de los últimos, desencadenantes de los sucesos de 1789. *Trois sont les fléaux de la Provence: Le Mistral, le Parlement et la Durance*, decía un proverbio, popular en Aix-en-Provence.

19. La revolución en Francia cierra el ciclo, abierto con la derrota inicial de Antígona. El derecho se ha convertido sólo en ley y la ley sólo en poder. Poder justificado racionalmente, alguna vez; pero siempre poder, ante el cual sólo hay súbditos. Un poder, incluso, tanto más absoluto cuanto más (se pretende) racional. Con la ideología rousseauiana de la ley como voluntad general, Creonte, y con él el absolutismo en el derecho, han vencido su batalla. La revolución ha alcanzado efectivamente el resultado que estaba en el proyecto

monárquico, no realizado totalmente aún en tres siglos de batallas contra los particularismos. Es lo que escribía secretamente Mirabeau a Luis XVI, un año después de los primeros hechos revolucionarios, para animarlo a no presentar obstáculos: «Comparad el nuevo estado de las cosas con el antiguo régimen; de esta comparación nacen el consuelo y la esperanza. Una parte de los actos de la Asamblea Nacional, y es la mayor parte, es claramente favorable a un gobierno monárquico. ¿Os parece poca cosa estar sin Parlamentos, sin cuerpos separados, sin los órdenes del clero, de la nobleza, de los privilegiados? La idea de formar una sola clase de ciudadanos habría gustado a Richelieu: esta superficie toda igual facilita el ejercicio del poder. Un buen número de períodos de gobierno absoluto no habrían hecho tanto para la autoridad regia como este único año de revolución». La historia tomó un camino diferente, a favor no del rey sino del pueblo y de sus agitadores. Pero, en cuanto a la ley, la intuición de Mirabeau fue exacta: la revolución no había roto con el absolutismo regio, sino que lo había llevado a su compleción.

20. Y esa compleción fue la divinización de la ley. En su *Noventa y tres* (libro III, párrafos 2 y 3), Víctor Hugo describe así la sala de sesiones de la Convención en las Tullerías, donde tomaban asiento los legisladores que se ocupaban de colocar en la línea recta de la ley la moral universal: «Sobre un lado de la tribuna, enmarcado en madera negra, estaba sujeto a una pared un letrero de nueve pies de alto que, sobre dos recuadros separados por una especie de cetro, contenía la Declaración de los derechos del hombre; sobre el lado opuesto, un espacio vacío que más tarde fue ocupado por un letrero similar, conteniendo la Constitución del año II, y cuyos dos recuadros se encontraban separados por una espada. Sobre la tribuna, por encima del orador, se desplegaron al viento, saliendo de un profundo palco de dos plantas rebosante de espectadores, tres inmensas banderas tricolores dispuestas casi horizontalmente, apoyadas sobre un altar en el que se leía: LA LEY. Detrás del altar se alzaba, como el centinela de la libertad de palabra, un enorme haz romano, alto como una columna. Colosales estatuas erguidas apoyadas contra la pared estaban de frente a los representantes. A la derecha del presidente, Licurgo, a su izquierda, Solón; por encima de la Montaña, Platón». «Debajo, la primera planta, ocupada por la Asamblea», pero, ¡atención!, «toda la planta baja del palacio constituía una especie de largo cuerpo de guardia repleto de haces de fusiles y camisas de campaña de las tropas de todos los cuerpos que velaban en torno a la Convención».

21. Desde entonces, la ley y su fuerza (armada) son instrumentos para todas las aventuras del poder, cualquiera que sea éste, democrático o antidemocrático, liberal o totalitario. La «fuerza de ley» ha estado al servicio, según el caso, de la razón revolucionaria de los jacobinos; del compromiso moderado

entre el monarca y la burguesía liberal contra el socialismo; del autoritarismo liberal de finales del siglo XIX; de las reformas democráticas de principios del siglo XX, y de las dictaduras de derecha y de izquierda que las han seguido. La ley era la ley, benéfica o maléfica, por moderada o cruel que fuera, y no se le podía oponer ningún otro derecho. El estado que actuaba según las leyes era, sólo por ello, legal y legítimo. El fascismo y el nazismo se adornaban incluso con el título «científico» de estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de ley, de por sí, no distingue derecho de delito. Especuladores, aventureros, ideólogos, fanáticos e incluso movimientos criminales, organizados con técnicas eficaces para la conquista sin prejuicios del poder, han pretendido legitimidad para sus acciones al amparo de leyes hechas por ellos mismos, por medio del control total sobre las condiciones de la producción legislativa que habían alcanzado: consenso social, opinión pública, hacedores técnicos parlamentarios y gubernativos. Con la consecuencia de que los poderes que se atribuían podían denominarse ciertamente como legítimos en el sentido de legales, siendo calificables al mismo tiempo como usurpaciones, esto es, poderes auto-proclamados y autoconferidos. Con lo que se llegó al colmo: La legalidad convertida en modo de ser no sólo de los hombres del poder-por-el-poder, sino de propios y auténticos gánsteres, según la vibrante denuncia de Bertolt Brecht e incluso de uno que en verdad entendía del asunto por experiencia directa, Carl Schmitt.

22. Sin embargo, esto no nos induce de ningún modo a una demolición crítica de la ley en cuanto tal y, como reacción, a una exaltación acrítica del derecho. No es lícita una apología incondicionada del derecho frente a la ley. Como no es lícito tampoco lo contrario.

23. El 30 de junio de 1934, día fatídico para el nazismo, unidades especiales de las SS y de la *Görling-Polizei*, con la participación directa de Hitler, habían procedido a la eliminación del comandante y de los cuadros de las SA, las *Sturmabteilungen* de Ernst Röhm, que se habían convertido en un concurren-te peligroso en la conducción de la «revolución nacionalsocialista». Fue una masacre atroz, una propia y auténtica carnicería, y Hitler reivindicó para sí el mérito ante un Reichstag agradecido y conmovido, el 13 de julio, autoproclamándose juez supremo (*oberster Gerichtsherr*) del pueblo alemán: «Si alguno me recrimina y me pregunta por qué no he recurrido a los tribunales regulares, sólo puedo decir esto: en aquella hora era responsable del destino del pueblo alemán y era por tanto su juez supremo». Por su parte, el Gabinete del Reich, el 3 de julio, con un decreto de una sola frase había eliminado de la acción cualquier carácter ilegal, confundiendo derecho y ley, legitimidad y legalidad: «Las medidas adoptadas el 30 de junio [...] con el fin de truncar los asaltos de los traidores, son acciones legítimas de autodefensa del Estado». Aquí

vemos un caso de paroxismo legislativo que transforma el delito en derecho supremo.

24. Pero es más interesante la disgustosa adulación que leemos en un texto, escrito por Carl Schmitt, en aquella época presidente de la asociación de los juristas alemanes, por la necesidad inmediata de poner la ciencia jurídica alemana al lado del Führer. El texto en cuestión, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934* (en *Deutsche Juristen-Zeitung*, FET 15, 1. August 1934, 1 y sigs.), que no es solamente una traición de ocasión de toda la tradición europea del derecho, como numerosas lecturas aceleradas actuales inducen a creer, sino que es un esbozo de doctrina jurídica basada en la desvaloración de la ley del parlamento y en la absolutización del *ius* del pueblo alemán, comienza con una cita: «Durante el encuentro anual de los juristas alemanes celebrado en Lipsia el 3 de octubre de 1933, el Führer ha puesto en evidencia la contraposición entre un derecho sustancial (el *ius*, precisamente), empapado de moralidad y justicia, y una legalidad vacía impregnada de falsa neutralidad, y ha mostrado la íntima contradicción del sistema weimariano, que ha encontrado su ocaso en esa legalidad carente de contenido y que se ha entregado así a sus enemigos. Y ha concluido: “Que esto nos sirva de advertencia”». Continúa así: «Es demostrativo del ciego modo de pensar del legislador liberal el hecho de que se haya intentado hacer del derecho penal el deja-pasar, la Carta Magna del criminal. El derecho constitucional se ha transformado, en consecuencia, en la Carta Magna de los traidores a la patria. La Justicia se transforma así en una cuestión contable, de cuyo funcionamiento regular y previsible puede el criminal derivar un sacrosanto derecho subjetivo. El Estado, al igual que el pueblo, son sin embargo prisioneros de una legalidad sin respiro. En los casos de extrema necesidad les son concedidas vías de salida, que algunos juristas liberales reconocen como practicables en determinadas condiciones, mientras que otros se las niegan en el nombre del estado de derecho considerándolas «jurídicamente inexistentes». Esas concepciones pueden concebir la acción conducida por el Führer exclusivamente como una disposición adoptada en estado de necesidad, que precisa de ser legalizada *ex post*. Un principio de importancia fundamental de nuestro derecho constitucional actual, es decir, la prevalencia política de la *Führung*, es transformada de este modo en una frase sin importancia, y el agradecimiento que ha tributado el Parlamento al Führer en nombre del pueblo alemán se despacha como un resarcimiento, si no como una absolución». Y concluye: «En realidad la acción del Führer ha sido expresión del *derecho en estado puro*. No está sujeta a los Tribunales porque ha sido ella misma *justicia máxima*. No se ha tratado de la acción de un dictador republicano cualquiera que —aprovechando un espacio vacío en un sistema jurídico (que quizás ha cerrado los ojos por un instante)— ha realizado

una determinada conducta, para dejar el puesto después, cumplido el hecho, a la ficción de una *legalidad exasperada*. La jurisdicción del Führer emana de la misma fuente del derecho de la que deriva todo el *derecho* de cualquier pueblo. En los casos de extrema necesidad se pone a prueba el *derecho sumo* y se realiza la máxima expresión jurídico-punitiva de dicho derecho. Todo el derecho deriva del *derecho a la existencia* (el *Lebensrecht*) del pueblo. *Toda ley del estado, toda sentencia, contienen derecho sólo en la medida en que son acordes con dicha fuente. Todo lo demás no es derecho, sino un conjunto positivizado de leyes que contienen vínculos que hacen el juego al delincuente».*

25. Si en el decreto del 3 de julio se podía ver el paroxismo de la voluntad y del poder de un legislador que legaliza el delito, en estas justificaciones se ve mucho más. Se ve el paroxismo del derecho que arrasa con todo valor de la ley. A su vez, se ve la aberración a la que puede llegar el poder que se alimenta de un derecho perverso y que se expresa en la ley del más fuerte.

26. Por lo tanto, no sólo la pura fuerza legisladora es capaz de crímenes, sino también el derecho. Los juristas (legisladores, jueces, ciencia del derecho) deben saber de qué explosiva y ambivalente materia está hecho su objeto. La ley, en su carácter absoluto, puede ser el mandato arbitrario que construye y refuerza sistemas de dominio incontrolado y que priva de los derechos elementales (incluso el derecho a la vida) a los individuos y a los grupos, pero puede ser instrumento de liberación, defensa y difusión de los derechos, igualdad entre los seres humanos. El *ius*, por su parte, en su ciega existencialidad, puede servir para activar fuerzas brutales en nombre de valores irracionales y puramente emotivos; pero, por el contrario, remitiéndose a patrimonios de principios civiles interiorizados en el curso de la historia de un pueblo, puede ser factor de estabilización de la ley y garantía frente a sus abusos. Se precisa prudencia. Toda apelación a la indiscutibilidad de la *lex* y a la sacralidad del *ius* debe ponernos siempre en alerta. Entre Antígona y Creonte no deberíamos elegir nunca *a priori*. Deberíamos mantener la autonomía de nuestro juicio y suspenderlo hasta que no se haya visto qué es lo que contienen sus preceptos.

27. Caídos los regímenes totalitarios del siglo pasado, se había demostrado suficientemente el *deinòs* ínsito a la ley. En efecto, la memoria de aquellas experiencias lacerantes y humillantes, ha hecho a las siguientes generaciones prudentes y desconfiadas, incluso respecto de la ley votada regularmente en el Parlamento o decidida directamente por el pueblo en referéndum. Pero, para poner límites y organizar cautelas, cualquier otro instrumento diferente a la ley había andado perdido desde hacía un siglo y medio. El derecho antiguo de los pequeños círculos sociales estaba destruido desde hacía mucho tiempo. La sociedad había cambiado irremediabilmente. El *ius* al que habían apelado los regímenes fascistas (el instinto vital del pueblo alemán, su sangre y su tie-

rra; la *romanidad* del pueblo italiano, su nacionalismo, por ejemplo) se había revelado como un mito perverso, de efectos funestos. Ya no había manera de producir legitimidad si no, justamente, a través de los procedimientos de la legislación. La previsión de Max Weber: *la legalidad como única forma de la legitimidad*, se había realizado plenamente. El único instrumento disponible para intentar limitar y estabilizar la legislación era, en consecuencia, solamente una ley, pero dotada de valor y «fuerza» mayores que los de la ley ordinaria, el valor y la fuerza de ley constitucional. A las constituciones se les confió esta misión, incorporándolas catálogos de derechos inviolables y principios de justicia inderogables y previendo en las mismas mecanismos y órganos de garantía: procedimientos especiales para cambiarlas, jefes de estado «garantes de la Constitución», como son los presidentes de la República previstos por muchas Constituciones, y los jueces constitucionales, como vuestro Tribunal y nuestra Corte constitucional.

28. Evidentemente, no había otra cosa que hacer. El positivismo jurídico, es decir, la reducción del derecho sólo a ley positiva, impedía cualquier otra solución diferente de la de colocar otra ley, la ley más alta. ¿Pero era verdaderamente la solución? La semilla de la duda se encontraba ya en una pequeña, profética frase dicha por Joseph De Maistre, el crítico del 89: «¿Cómo puede decirse que la Constitución vincula a *todos*, si *alguien* la ha hecho?». ¿Cómo puede impedirse que ese alguien —individuo o pueblo oportunamente evocado por su pasividad— igual que ha impuesto la Constitución, del mismo modo la suspenda, la eluda, la viole, o la modifique, al margen de las garantías que la propia Constitución ha puesto para defenderse del poder? Las Cartas constitucionales son, sí, una garantía, pero no la última, sólo la penúltima. Por lo demás, incluso De Maistre, con el pensamiento dirigido a los sucesos del poder en Francia, había advertido: una constitución escrita es un concurso siempre abierto para ver quien escribirá una mejor.

29. Ésta es la paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: éste es su problema máximo: antes de los contenidos, los fundamentos de la Constitución. Si la Constitución, de la que muchos hablan y, entre ellos, no pocos balbucean, es algo bien diferente de un engaño pálido y burlón del poder; la razón, nuevamente, está en lo que la sostiene, no en la fuerza que la impone. Y aquí Antígona regresa para hacer oír su voz. Las leyes, y entre ellas la Constitución, pueden mucho pero no todo. Éstas forman una especie de gran construcción, pero no más sólida que un castillo de naipes, siempre que su fundamento se sitúe solamente en ellas mismas: es decir, en último término, en el poder. Antígona nos advierte aún: sin *ius*, la *lex* se convierte en arbitraria y, al mismo tiempo, en tiránica. El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*;

fuera de formalismos, en la capacidad de salir del área del poder y de las frías palabras de un texto escrito para dejarse atraer a la esfera vital de las convicciones y de las ideas queridas, sin las cuales no se puede vivir y a las que se adhiere con calor.

30. Para utilizar de nuevo nuestras categorías, la Constitución, en su sentido profundo, puede decirse que es un intento de restaurar la legitimidad del derecho, junto a su legalidad. Quizás sea cierto, como se ha dicho, que la legitimidad restaurada no es más que un paraíso artificial: pero el primer deber de quien actúa por la Constitución es, precisamente, el de trascender el artificio del que nace ésta para transformarla en fuerza cultural, viviente con espontánea inmediatez en la sociedad; el de trasladar progresivamente a la Constitución desde el área de la decisión política, que divide, crea enemistades y conflictos, al área del consenso de la cultura política difusa que recompone fracturas, absorbe el *deinòs* sofocleo. Desde esta perspectiva, nosotros, como juristas y particularmente como constitucionalistas condicionados por la ideología jurídica positivista, debemos, por la parte que nos compete, reconocer con franqueza y humildad nuestra culpa por no haber cumplido hasta el fondo nuestro deber. Movidos quizás por las mejores intenciones —hacerla vivir en la mecánica del ordenamiento jurídico y aplicar también en su favor los mecanismos de garantía del positivismo de la ley— hemos aislado a la Constitución en el mundo exclusivo de las leyes positivas, descuidando igualmente la tarea, si no más esencial, de hacerla valer como fuerza constitutiva de un *idem sentire* político, difundido en todos los estratos sociales. La hemos colocado en el vértice de una construcción jurídica, como la ley más alta, en el lugar —el vértice— donde no se excluye que pueda concentrarse una medida de poder suficiente como para hacer befa de la misma, en vez de obrar para difundirla en los fundamentos de la vida social como el derecho fundamental, es decir, literalmente, como el derecho que sirve de fundamento.

31. Hemos pensado que la Constitución podría estar allá arriba, glorificada en las esferas del poder al que deslumbra, es decir de la parte de Creonte; en vez de pensar que debiera estar (también y) antes de todo en las relaciones interpersonales de los pequeños círculos sociales y en las relaciones entre los grupos sociales y, después, hacia arriba, hasta ese círculo más amplio que coincide con la colectividad nacional, y después más allá aún, a fin de que los principios de valor universal que contiene la misma puedan expandirse, junto con los contenidos en las otras Constituciones, para construir contextos constitucionales supranacionales. Es decir, hemos descuidado a Antígona, no habiendo pensado que la Constitución debe ser sobre todo norma de ella, no de Creonte; y con ello hemos seguido aplicando las categorías mentales y jurídicas que provienen de un pasado esencialmente autoritario que suponía, in-

cluso con el uso de la fuerza, una sociedad pasiva sobre la que se dejaba caer el derecho desde arriba, desde el soberano del Antiguo Régimen o desde el Estado soberano, sujetos igual de absolutos en su pretensión monopolista de disponer de todo el derecho por medio de las leyes.

32. Así, al final, hemos descuidado precisamente la defensa más importante y hemos expuesto a la Constitución inerte ante los riesgos que, esperamos que no ocurra nunca, puedan provenir de una voluntad política cualquiera, enquistada en el vértice del poder, que quisiera proceder contra la misma con la fuerza de la ley.