

Sub lege, libertas y otros aforismos jurídicos: a propósito de la STC de 17 de octubre de 2017 y las actuaciones del Parlamento catalán los días 6 y 7 de septiembre de 2017

Marcos M. FERNANDO PABLO

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Salamanca

macfer@usal.es

1. INTRODUCCIÓN

Prescindiendo del papel que ocupen en la argumentación jurídica, las «máximas», los «bocardos» y los aforismos de larga tradición jurídica, estos lugares comunes, pueden aportar una mínima luz a la hora de formar una idea general sobre un tema. A continuación, desplegando la estricta técnica jurídica, será posible desarrollar una argumentación y formular una conclusión jurídica. No es esto último lo que aquí se pretende, sino contraponer la actuación de un poder público (el Parlamento Catalán) con el común sentido jurídico-público del occidente europeo, en la medida en que pueda adivinarse en tales máximas o aforismos.

No se argumenta lo que resulta evidente y palmario (la grosera inconstitucionalidad del resultado de las actuaciones del Parlamento Catalán los días 6 —aprobación de la Ley 19/2017, del *referéndum de autodeterminación*, DOGC de 6 del 9 2017— y 7 de septiembre de 2017 —aprobación de la Ley 20/2017 de *Transitoriedad jurídica y Fundacional de la República*, DOGC de 8-9-2017—), sino que se quiere destacar por qué tales actuaciones nos resultan inexplicables y por qué los presupuestos en los que se basan pueden ser descritos (con los calificativos quizá más elocuentes del derecho público contemporáneo) de *tiránicos y arbitrarios*.

2. SUB LEGE LIBERTAS

El lema del escudo de la República de Portugal, en su bella síntesis, es la mejor declaración de independencia: *Sub lege, libertas*. Es la libertad de los demás la que debe salvaguardarse y el parámetro de defensa es la Ley, que puede invocarse contra

mí, si no acepto la Ley que le protege. El aforismo mismo fue invocado en el preámbulo de la Ley 21 de octubre de 1789 de la Asamblea Nacional Francesa por la que se establecía la Ley Marcial, con el argumento de que la *libertad no existe más que por la obediencia a la Ley*¹, y representa, quizá, la idea de libertad que con más estabilidad se ha desarrollado en Occidente. Se remonta al mundo romano², al que corresponde esa visión común de compartir la libertad bajo la ley, con la finalidad de hacer posible la convivencia, sí, pero especialmente para impedir que *impere* la voluntad de una persona singular (*rex*) o para poder escudarse en la ley frente a otro: este es el sentido en que aparece en la sentencia atribuida a LOCKE: «Donde no hay ley no hay libertad, pues la libertad ha de ser estar libre de las restricciones y violencias de otros, lo cual no puede existir si no hay ley».

La ley, el derecho, no es principalmente un acto de poder, sino un escudo contra la arbitrariedad³ y, por ello, también una limitación del poder. Desde este punto de vista, antes de la afirmación del *imperio de la ley* (ahora sí transformada en un modo peculiar de derecho positivo), el privatista *patere legem quam ipse fecisti* es una primera muestra, que será sobrepasada cuando la fuente de legitimación del derecho deje de situarse trascendentalmente —*por la gracia de Dios*— y se sitúe en la *volonté générale*. La formulación anglosajona (*rule of law* frente a *rule of man*) es más radical, llama a una racionalidad objetiva y no a la «voluntad» por mayoritaria que esta quiera ser, y encuentra una expresión muy reveladora en la inscripción del frontispicio de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard: *Non sub hominen, sed sub Deo et lege*.

Posteriormente, afirmada ya la idea de la superioridad de la Constitución sobre la ley, y la condición de norma material y plenamente justiciable de la Ley misma, la determinación de quién actúa como guardián de la Constitución se decantará por el modelo kelseniano. En este sentido, nadie defiende ya en Europa nada parecido al más oscuro *Kronjurist* (que llegó a titular un célebre artículo con el epígrafe *Der Führer schützt das Recht*)⁴.

1. Vid. *Gazette de France*, mardi 27 octobre 1789 en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bp-t6k63866039/f3.image.r=loi%20martiale%201789>.

2. CICERÓN, M.: «Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus omnes legum servi sumus ut liberi esse possumus», *Oratio Pro A. Cluentio Habito*, 53, en <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/cluentio.shtml#cfivethree>.

3. Escribiendo a comienzos del siglo XIX decía DUPIN, en una pura obra de divulgación (*Lecciones elementales sobre la justicia el derecho y las leyes*. Traducción de F. Verlanga. Segovia, 1842): «No solamente son las leyes un arma en las manos del poder contra los ciudadanos que intenten quebrantarlas y sustraerse al vínculo de la obediencia legítima sino también *un escudo que protege a los ciudadanos contra los ataques de la arbitrariedad*». Más de siglo y medio después (lo que prueba lo que el aforismo forma parte de nuestra cultura jurídica occidental), el presidente de la República Italiana y exmagistrado de la *Corte Costituzionale* Sergio MATARELLA, lo recordara en su discurso de enero de 2015.

4. SCHMITT, C. 1934: «Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitler vom 13. Juli 1934». En *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1934, 945.

El irracionalismo al que condujo el *romanticismo jurídico* exacerbado y las consecuencias que, de *facto*, ocasionó (la *neutralización de valores* asumidos —derogación del principio de legalidad e irretroactividad penal, por ejemplo—; la asunción de *la comunidad del pueblo* como fuente de juridicidad) parecían absolutamente superados⁵ en Europa, hasta los días 6 y 7 de septiembre de 2017.

Constitucionalidad, legalidad, representación parlamentaria e imperio de la Ley; revisión judicial plena y prohibición de arbitrariedad: ese es el marco vigente también en España desde 1978. Nada que ver con una *Volksgemeinschaft* que pudiese concebirse por encima del Estado y para la que el Estado mismo fuese un mero instrumento.

3. DE LA ARBITRARIEDAD. LOS POPULISMOS DEL PRESENTE, COMO FORMA DE ARBITRARIEDAD

«Arbitrario» es, en castellano (*DRAE*) «lo sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la Ley o la razón». Y algo más profundamente, la *negación del derecho* (de la ley) *en su forma*, como quería RADBRUCH⁶. El derecho que oculta su razón de ser no es derecho, al menos en la concepción kantiana, para la cual las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad:

Una máxima que no puedo manifestar en alta voz, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que, de ser conocida, suscitaría contra mí una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible a priori; una máxima que tiene tales consecuencias las tiene forzosamente *porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás*.

En este sentido todo lo que sucedió en el Parlamento Catalán los días 6 y 7 de septiembre de 2017 (relatado con precisión en la STC de 17 octubre de 2017) revela una máxima de conducta, *una razón de ser*, que no es, ni mucho menos, la que declara el Preámbulo de la Ley del referéndum: Ejercer el *derecho de autodeterminación*⁷

5. Existe un pequeño opúsculo, que contiene una traducción de *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista* de H. NICOLAI, Buenos Aires: CLACSO, 2015, con un estudio inicial, muy pegado a las fuentes, de ZAFARONI que expone lo esencial de esta forma de concebir el derecho público. El estudio se pregunta *¿Por qué traducir y publicar este disparate?* Y la respuesta es satisfactoria: *Para mostrar los peligros del irracionalismo romántico en el plano jurídico*, porque, en efecto, «El actual momento del mundo es muy propicio para discursos que puedan contener *algo que guste más*».

6. RADBRUCH, G. 1944: *Filosofía del derecho*. Madrid: EDERSA. 2.^a ed. Traducción de *Rechtsphilosophie*. Leipzig, tercera edición alemana.

7. El muy flojo sustento de este pretendido derecho en el derecho internacional fue oportunamente excluido por la inmensa mayoría de los profesores de Derecho Internacional Público.

del pueblo catalán. Lo que la mayoría del Parlamento Catalán no podía reconocer ni proclamar como máxima y razón de su conducta es la liquidación, en Cataluña, del régimen constitucional español.

Un grupo preparó una «hoja de ruta» que incluía la toma de la calle, la ruptura de la normalidad, la *huelga de país* y demás ocurrencias de movilización de masas. Pero eso, si es *política*, no es derecho: no puede expresarse como fundamento de una Ley; tal máxima de conducta no puede proclamarse porque *encierra una amenaza injusta al derecho de los demás*. Esto es, ni más ni menos, lo que la STC de 17 de octubre de 2017 aprecia:

La Cámara, al obrar de este modo, se ha situado por completo al margen del derecho, ha entrado en una inaceptable vía de hecho (SSTC 103/2008, FJ 4, y 259/2015, FJ 7, así como ATC 24/2017, FJ 9)... *Y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto. Los dejan así a merced de un poder que dice no reconocer límite alguno.* Se han negado de modo radical, mediante este proclamado «régimen jurídico excepcional» (art. 3.2), exigencias insoslayables del Estado de derecho, cuya garantía y dignidad últimas se cifran en el aseguramiento de que *los gobernantes sean servidores, no señores, de las leyes, y muy en primer lugar de la Constitución y de las normas que en ella disciplinan los procedimientos para su propia e ilimitada revisión formal; exigencias sin cuyo cumplimiento no puede hablarse de libertad política y civil.*

Y, puesto que aquella Ley no es derecho, puede afirmarse también, como hace en otro lugar la citada sentencia:

Con todo ello, al renunciar... a cualquier presunción de constitucionalidad, *la asamblea autonómica no ha podido reclamar legítimamente obediencia para esta Ley. Un poder que niega expresamente el derecho, se niega a sí mismo como autoridad merecedora de acatamiento.*

Un último y no menos importante aspecto de cuanto aconteció en el Parlamento Catalán como origen al acto paralegislativo: la vulneración sistemática de todos los derechos de la minoría, el apartamiento de las garantías procedimentales establecidas. De todo cuanto aconteció aquella tarde, no debe olvidarse, para ser salvado, la intervención del Diputado Sr. COSCUBIELA:

El Consell de Garanties Estatutàries ha dit amb el seu dictamen sobre la reforma del Reglament que lleis d'aquesta transcendència, com la del referèndum, requereixen ser aprovades amb un procediment ordinari, de debat, que garanteixi dret a esmenes, debats parlamentaris... la resposta avui de la majoria és: «Com que no m'agrada el dictamen del Consell de Garanties Estatutàries, li tapo la boca al Consell de Garanties Estatutàries, com abans li tapen la boca als lletrats, com ara li vull tapar la boca a tots

Vid. *El País*, 26 de septiembre 2017. El texto del comunicado en <https://web6341.wixsite.com/independencia-cat>.

els diputats i diputades que no coincideixen amb aquesta majoria parlamentària». [...] *el que avui s'han inventat és el procediment bucanero: «Llei que no m'agrada, disparo, i l'anullo. Diputat que no m'agrada, li anul·lo els seus drets. Consell de Garanties Estatutàries, que sé el que em va dir i no m'agrada, li tapo la boca i impedeixo que puguin parlar ... El que vostès estan plantejant avui és una desobediència a tota la legalitat catalana... Els drets de la ciutadania, els drets dels parlamentaris no poden ser derogats per la majoria. Això és l'essència de la democràcia. En una democràcia el fet de tenir majoria no autoritza a suspendre els drets de les minories. Això no és democràcia, això té un altre nom!*⁸.

4. DE LA TIRANÍA. LA LIBERTAD Y LA DEMOCRACIA

Un acto arbitrario por no poder justificar su origen, un acto arbitrario en su procedimiento (que se impone por la sola voluntad de la mayoría) y un acto arbitrario por su forma. Pero aún hay más: se trata de un acto *tiránico* que recuerda, por una parte, los procedimientos de la *lit en justice* del absolutismo más descarnado, en el que el Rey Sol, para hacer valer su potestas *ab-soluta*, debía cumplir determinados ritos. La *lit de justice*, con todo su ceremonial, fue recuperada por Luis XV⁹ para imponer su voluntad a los Parlamentos, pero siempre respetando el rigor tradicional que *las apariencias* imponían. Pero, por otra parte, ¿cómo no recordar la forma en que se votó la *ley habilitante* de 1933 que liquidó la Constitución de Weimar, cambiando sobre la marcha las reglas de las mayorías exigidas?

«El acto de soberanía que comporta la aprobación de esta Ley que prevalece sobre todas las normas que puedan entrar en conflicto», dice la Ley catalana: ¿hay alguna prueba más patente de que algo inexplicable pasó por el ánimo de los parlamentarios? Ese algo ya había sido conocido en Europa de entreguerras, aunque hoy lo conozcamos como populismo nacionalista, es una versión actual de los romanticismos e irracionalismos jurídicos.

Y, mucho tiempo atrás, había sido advertido por LOCKE (*tiranía es el ejercicio del poder allende el derecho*) y por Benjamin FRANKLIN que el intento de fundar la obligatoriedad de sus postulados sobre una simple mayoría parlamentaria ponía en peligro la libertad: «La democracia es dos lobos y un cordero votando sobre qué se va a comer. La libertad es un cordero bien armado impugnando la votación».

8. *Diari de sessions del Parlament de Catalunya*, XI Sesión, Serie P n.º 80. Pleno de 6 de septiembre, 11.

9. Por ejemplo, *Proces verbal de ci que est passe au lit de justice tenu par le Roi au chateau de Versailles le samedi 21 august 1756*. Paris: Imprimerie Royale, 1756. En <https://books.google.es/books?id=xr5jdHv87tkC&printsec=frontcover&dq=lit+en+justice&hl=es&sa=X&ved=0ahUKewj8yM3SwfzWAhWGcRQKHfhcDA4Q6AEIPDAD#v=onepage&q=lit%20en%20justice&f=false>.