

¿Constitucionalismo útil *<i>versus</i>* Constitución inútil?

Javier Corcuera Atienza

MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

El valor de la Constitución

Crítica, Barcelona 496 págs. 29 €

Miguel Herrero de Miñón ha publicado recientemente *El valor de la Constitución*, colección ordenada de veinticinco trabajos jurídico-constitucionales. En su casi totalidad, se trata de estudios aparecidos en diversas publicaciones especializadas: únicamente dos de los capítulos, además de la introducción, son inéditos. El conjunto tiene el interés que siempre posee una colección de artículos realizada por un buen jurista, de gran cultura no sólo en el campo del Derecho, cuyas opiniones en algunas materias lo han convertido en punto de referencia obligado en cuestiones actuales de enorme interés político y jurídico, y que aborda temas de interés no sólo para los constitucionalistas. Sus tesis sobre la potencialidad de la cláusula constitucional que ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales hacen de él el más firme defensor de la posibilidad de utilizar dicha vía para redefinir la autonomía de las nacionalidades históricas, y lo han situado como el constitucionalista más citado a la hora de argumentar, a favor o en contra, cualquier propuesta de redefinición del sistema autonómico en estos tiempos de propuestas de federalismo asimétrico y de planes como el del *lehendakari* Ibarretxe.

No puedo, en esta reseña, comentar todas las cuestiones que se plantean en el libro, y tendré que constreñirme a las que me suscitan más preguntas. Comienzo con su idea de la Constitución, cuya concepción es coherente con una idea del Estado que, en buena medida, nos acerca al mundo constitucional censitario del siglo XIX, tanto en su visión de los derechos constitucionales, como en la significación y funciones del monarca, la valoración del papel y estructura de los partidos, la configuración del Senado y, por qué no, en la organización territorial del Estado, más inspirada en el Imperio que en Weimar. Veámoslo.

LA CONSTITUCIÓN

La Constitución, norma fundamental del Estado, nace del consenso, y «en ese consenso permanente y no en el mero principio electivo radica la esencia de la democracia» (pág. XII). Es «un pacto cuyas cláusulas de apertura estructural son una permanente oferta de integración» (pág. 75), y tal carácter la convierte en una Constitución abierta, capaz de remover los obstáculos que para la convivencia pudieran provenir incluso de su propia redacción, para conseguir que el constitucionalismo sea lo que tiene que ser, un «constitucionalismo útil. Un derecho constitucional al servicio de una meta política valiosa» (pág. 369).

El pacto constituyente no nace de la nada. Existen realidades previas que el constituyente no puede ignorar, porque «preexisten a la Constitución y se insertan en ella sin derivar su existencia de la Constitución, sino que antes bien son su fundamento o raíces vitales» (pág. 38). Tres son, en el caso español, esos elementos básicos: las libertades, la Monarquía y las nacionalidades históricas. Los tres son aspectos centrales de la constitución sustancial y núcleo irreformable del texto constitucional. Comentaré aquí la visión de Herrero sobre la Corona y los territorios históricos, reduciendo a un breve apunte el comentario sobre los derechos, cuestión en que sorprende el carácter subordinado con que contempla su regulación constitucional.

Tempranamente partidario de seguir el modelo de la Constitución francesa, que carece de declaración de derechos, Herrero lamenta el exceso de axiología presente en nuestra Constitución, que achaca a su carácter reactivo de afirmación antifranquista. Considera que los valores, regulaciones y afirmaciones que en ella se incluyen están demasiado ligados a un momento concreto y, por lo tanto, pronto se han convertido en anacrónicos. Eso confirma su opinión de que el actual Título Primero debiera haber quedado fuera de la Constitución, sustituyéndose la regulación de los derechos y deberes fundamentales por una genérica remisión a la Declaración Europea de los Derechos del Hombre.

No parece necesario subrayar demasiado el sustrato ideológico desde el que se realizan tales valoraciones, particularmente escépticas en los artículos relativos a la llamada Constitución económica. Más extraño es que un jurista que tanto enfatiza la importancia de los elementos de integración democrática del Estado minusvalore la trascendencia como elemento de integración de la declaración constitucional de derechos y libertades, y la importancia de ésta como medio para que los ciudadanos conozcan y puedan defender unos y otras.

EL MONARCA. LA AÑORANZA DEL PRINCIPIO MONÁRQUICO

Frente a la opinión mayoritaria entre los constitucionalistas españoles, Herrero de Miñón está empeñado en subrayar la trascendencia de la Corona, a la que considera «elemento clave de lo que, con razón, puede llamarse nuestra constitución sustancial» (pág. 234). En las *Memorias de estío* ya había hablado de sus esfuerzos en la constituyente para conseguir diseñar una Monarquía con efectivas competencias moderadoras y arbitrales, entre las que incluía la posibilidad de que el monarca remitiera una ley al Tribunal Constitucional antes de su sanción (*ME*, pág. 135). Tal planteamiento no contó ni siquiera con el apoyo de su grupo de Unión de Centro Democrático, lo que llevó a una regulación constitucional de la Monarquía parlamentaria que Herrero consideró insatisfactoria. La insatisfacción parece haber desaparecido en este libro, donde da a entender que el constituyente y la práctica constitucional han definido una situación muy cercana a los postulados defendidos por el autor en su día: dado que el artículo 56.1 CE señala que el Rey «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones», y dado que la eficacia de dicho precepto no puede ser meramente política, el artículo referido ha de querer decir algo más sustancial, so pena de negar carácter normativo a la Constitución.

El recurso al carácter normativo de la Constitución tiene en esta materia, como lo tendrá particularmente en el tema de los derechos históricos de los territorios forales,

el riesgo de negar normatividad a otras disposiciones constitucionales. Es verdad que si la Constitución hubiera querido reconocer al Rey la función de arbitraje y de moderación no habría podido utilizar ninguna otra fórmula distinta a la del 56.1 CE, pero otra cosa es que haya querido darle, realmente, el contenido que le atribuye Herrero de Miñón. Las funciones del Rey no pueden entenderse al margen del 56.3 CE, que señala que «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad» y que «sus actos estarán siempre refrendados, careciendo de validez sin dicho refrendo», siendo responsables de dichos actos las personas que los refrenden. Si no hay responsabilidad, en un Estado democrático de Derecho no puede haber poder, es decir, no cabe la posibilidad de tomar decisiones. Esta interpretación no suprime el carácter normativo de «arbitra y modera», sino que lo mantiene, aunque ubicándolo en el terreno de la trascendencia simbólica que tiene la figura de la Jefatura de Estado, particularmente en el caso de la Monarquía.

Sin embargo, para Herrero, el Rey tiene competencias propias. Ello se deduce, por una parte, de la especialísima posición que en nuestro sistema constitucional tiene una Monarquía que «preexistía a la Constitución y se insertó en ella, pero no derivó nunca de ella» (pág. 239) y, por otra, del carácter del Rey como símbolo de la unidad y permanencia del Estado: «la sustantividad de esta función simbólica de la Corona se manifiesta en su exceso de significado respecto de la Jefatura del Estado, cuyo significativo simbólico es un lugar común en el derecho constitucional comparado» (pág. 244).

De la posición de quienes, al menos desde Kelsen y particularmente desde Kimminich, consideran que la jefatura del Estado carece de funciones y ha perdido su sentido en el Estado constitucional democrático, Herrero deduce, paradójicamente, que nuestro monarca tiene competencias derivadas de una función simbólica que excede la que tienen los demás jefes de Estado. En la justificación de la figura de un rey que, además de *ser*, puede *hacer*, se recurre a muy diversas fuentes cuya aplicabilidad a nuestro caso no siempre parece apropiada. Bagehot, y sus valoraciones de la Constitución de la Inglaterra victoriana, no pueden ser punto de referencia para entender las funciones del Rey en la España de hoy, ni vale invocar la literatura constitucional inglesa de los años sesenta del pasado siglo para decir que corresponde al Rey la «*dirección constitucional*», frente a la dirección política que corresponde al Gobierno» (págs. 247-248). No creo que tales palabras sean aplicables hoy a la Corona británica y, en todo caso, valga recordar a Pérez Serrano (precisamente en un artículo de 1933 dedicado al tema «Función presidencial y poder moderador»), para quien las circunstancias peculiarísimas que se dan en Inglaterra hacen que el parlamentarismo, «este régimen tan de matiz de claroscuro y medias tintas», tenga en ella un vigor y unas características que no tiene en ninguna otra parte. (Y menos oportuno parece recurrir a trabajos de Duverger, Crisafulli o Esposito, dedicados a la jefatura del Estado en la V República francesa o en la República italiana para deducir nada de nuestra jefatura de Estado monárquica.) V

eamos, ahora, las competencias que, vinculadas con las funciones constitucionales de arbitraje y moderación, atribuye Herrero al Monarca español. En lo tocante al Congreso, considera que el Rey tiene capacidad para proponer candidato a la presidencia del Gobierno si no existe un partido o coalición con mayoría absoluta. En tal situación «le corresponde sólo a él, con el refrendo del presidente del Congreso,

acreditativo de la mera observancia de los trámites procedimentales, proponer sucesivos candidatos hasta obtener una investidura parlamentaria. Es decir, corresponde al arbitraje regio celebrar las consultas y elegir las personas capaces de construir una mayoría gobernante» (pág. 241). En lo que respecta al Ejecutivo, se limitan igualmente las competencias constitucionales del presidente del Gobierno, cuya potestad de disolver las Cámaras está sometida al control de oportunidad del Monarca, pues «al arbitrio real hay que encomendar [...] si la propuesta de disolución ha de ser inmediatamente atendida o pueden explorarse las vías tendentes a una mayoría gobernante alternativa» (pág. 242). En lo relativo al Poder Judicial, corresponde al Rey «la tutela de la independencia judicial, mediante una serie de actos reglados hasta el extremo, pero que por culminar un procedimiento sólo son debidos si el procedimiento es correcto» (pág. 240). Finalmente, todo el ámbito de las actuaciones del monarca incorpora un activismo efectivo o potencial, pues se considera que el refrendo de sus actos es un acto complejo, y no un mero acto de procedimiento, lo que permite «comprender el refrendo sin caer en la simpleza del acto debido» (pág. 239).

No es fácil encontrar el anclaje constitucional de tales afirmaciones, pero aun menos explicable parece ese reiterado intento de recuperar la figura de un monarca que intervenga en política, tenga activo protagonismo en el nombramiento de presidente de Gobierno, pueda rechazar la propuesta de éste de disolver las Cámaras, controle la corrección formal del procedimiento en actos que afecten a la tutela de la independencia judicial, o disponga de la «realidad del mando militar configurado [...] como específica competencia jurídica», con los efectos que comentaremos en lo tocante a los estados de excepcionalidad constitucional.

Herrero considera que «el Jefe del Estado es competente para regir al Estado en aquellos supuestos en los que las propias previsiones constitucionales para las situaciones de excepción son insuficientes». Dado que «en un régimen parlamentario, al jefe del Estado corresponde la titularidad de declarar o dar forma a la voluntad suprema y decisiva del Estado, haciéndola obligatoria para la comunidad», el Rey puede y debe adoptar medidas cuando una fuerza mayor impida culminar aquellos actos. Por eso, «en tales casos, corresponde al jefe del Estado el sustituir al Parlamento y proveer mediante un Gobierno basado en su confianza, y no en la inexistente confianza parlamentaria, el remedio a la situación. Se trata de lagunas constitucionales que han de ser colmadas por la acción del único órgano competente para ello, el propio Rey, en virtud, no de los meros hechos, sino de un principio jurídico superior expresado en el artículo 56.1» (pág. 249).

No tiene sentido tal afirmación, ni siquiera a la luz de los sucesos del 23 de febrero de 1981. En primer lugar, la situación de excepción es, por definición, indefinible, y en ella se espera que todos y cada uno de los poderes públicos y ciudadanos se comporten como mejor crean que ayudan a la recuperación del orden constitucional. No puede considerarse laguna constitucional la falta de previsión que comenta, ni era posible ni deseable que la Constitución hubiera previsto las salidas al pronunciamiento de Tejero. Las menciones a autores que atribuyen al jefe de Estado la posibilidad de tener especial intervención en tales situaciones de emergencia, tienen su lógica en las repúblicas, pero no en monarquías parlamentarias como la nuestra, y las citas de Crisafulli y Esposito sirven para defender que un jefe de Estado como el presidente de la República italiana dispone de competencias de crisis, pero no permiten trasladar la

lógica de la jefatura de Estado republicana a la monárquica. Pese a todo, Herrero afirma que la titularidad del mando supremo de las Fuerzas Armadas habilita al monarca para muy diversas funciones, gracias, entre otros supuestos argumentos, a que «la defensa política de la Constitución corresponde en último término al Ejército, por mandato expreso de la Constitución. La dictadura constitucional del artículo 16 de la vigente Constitución francesa, que los constituyentes estimaron peligrosa, se ha sustituido, nada menos, que por la "invocación al guerrero". Para bien de la coherencia institucional, el jefe del Estado es quien ejerce el mando de las Fuerzas Armadas y, en consecuencia, en caso de crisis es el primero de los guerreros invocados por la propia Constitución».

No puede sostenerse que la defensa política de la constitución corresponde en último término al Ejército por mandato expreso de la Constitución, ni señalar que la garantía frente al ejército es, no su dirección por el Gobierno salido de las Cortes, sino el jefe del Estado. Una cosa es que las circunstancias políticas de la transición expliquen la importancia que se da al Ejército en el título preliminar, y otra olvidar los artículos 8.2 y 97 CE, que subordinan su actuación a la ley y a la dirección del Gobierno. Concluir que «la defensa política de la Constitución [...] encuentra su máximo instrumento en las Fuerzas Armadas mandadas por el Rey» (pág. 251) no tiene sentido aunque se diga que ese instrumento no debe entrar en acción sino en supuestos extremos. Eso no está en la Constitución y ni sirve para protegerla ni es el mejor camino para defender una Monarquía a la que nadie ataca.

PARTIDOS DE NOTABLES

Partiendo de la definición que Weber hace de los estamentos privilegiados del Antiguo Régimen europeo, considera Herrero de Miñón que los partidos, como aquéllos, se caracterizan por su hermetismo, por la tendencia a apropiarse de unas funciones y los consiguientes poderes, y por la conversión de las funciones en privilegio. El comentario de cada uno de estos tres aspectos inspira una visión crítica que sorteas como puede los riesgos que, desde Ostrogorski, han tenido las censuras a los partidos políticos.

Algo de añoranza por la excelencia del individuo frente a la masa se encuentra en su peculiar afirmación de que los partidos se crean de arriba abajo y que, de modo más obvio en los partidos españoles, «nacen o renacen en torno a una figura carismática (Suárez, González, Fraga, Carrillo, Pujol, Arzalluz...)». Tal figura carismática parece ajena, dicho sea de paso, a la perversa lógica de unos partidos que «compiten por el poder sin otra explicación que su propia voluntad de poder y lo demás, si se da, se dará de añadidura» (pág. 113). Con frecuencia roza ese riesgo de caer en lo que tan frecuentemente caen los críticos de la partidocracia, que es negar de hecho la lógica liberal-democrática. Ello sucede, por ejemplo, cuando relaciona la vinculación existente entre el elector y el partido con «fórmulas, no ya estamentales, sino propias del Estado autoritario», lo que le permite decir, con no poca exageración, que la lógica del sistema de Bonaparte «no era muy diferente a la del hoy vigente: desde la autoridad de los gobernantes, en el partido, se confecciona una lista que se ofrece a la confianza de los gobernados» (págs. 120-121).

Las propuestas para superar los problemas adolecen, posiblemente, de las limitaciones de unos remedios necesariamente insuficientes para atajar los más complejos

problemas de una sociedad cuyo ámbito de decisión democrática hace tiempo que ha dejado de poder afectar a las grandes cuestiones. Después de ver fracasar aquel intento de racionalización del constitucionalismo, con que pensó que el Derecho Constitucional podía disciplinar la vida político-institucional, Mirkine-Guetzevitch ponía de manifiesto, en un artículo de 1954 significativamente llamado «L'Échec du parlementarisme rationalisé», la importancia que para el sistema parlamentario tienen no tanto las construcciones jurídicas, sino la existencia de partidos fuertes y disciplinados. Pero nuevamente hay que ser conscientes de que el derecho, aunque siempre puede ser un recurso útil, no puede por sí solo conseguir la fortaleza y disciplina de los partidos, más vinculada con cultura política y ética social que con otros instrumentos.

Cinco son las medidas que propone Miguel Herrero, que algo tienen de imposible vuelta a un pasado semicensitario o de copia de modelos cuya singularidad histórica dificulta su exportación (valga recordar su admiración por el Partido Conservador inglés, con una dirección parlamentaria y no burocrática). La primera es redefinir la posición de los grupos parlamentarios, acabando con el monopolio de sus portavoces en las asambleas, y aumentando el papel de los parlamentarios individuales. Le siguen la eliminación de la disciplina de voto y de las candidaturas cerradas y bloqueadas, la eliminación o reducción de las incompatibilidades de los parlamentarios, permitiendo que puedan mantener su trabajo profesional para que dispongan de más independencia y, finalmente, reducir la financiación pública directa, manteniendo la indirecta (por elecciones), que debería de ir a los candidatos y no al partido, para obligar a reducir gastos y a dar mayor importancia a las cuotas de los afiliados. La financiación privada «debe ser tan limitada y diáfana como cualquier contribución generosa a una entidad con fines de utilidad pública» (pág. 132).

Es cierto que el parlamentario individual tiene en nuestro sistema un protagonismo mínimo, pero no menos cierto es que la lógica del sistema electoral proporcional definido en nuestra Constitución no se compadece con la mayoría de las propuestas de Herrero. Cuando los electores votan a partidos y no a candidatos individuales, y cuando el transfuguismo aparece como manifiesta burla de la voluntad del electorado, algún papel ha de tener la disciplina de voto. El debate sobre la utilidad o peligros de las candidaturas cerradas y bloqueadas permite saber que su eliminación no tiene carácter taumatúrgico, y no pueden olvidarse los excesos que llevaron, en Italia, a eliminar un sistema en que los candidatos peor situados en las listas hacen campaña contra sus compañeros mejor colocados, lo que fomenta la búsqueda de financiaciones particulares frecuentemente mafiosas (problema que se incrementaría con el sistema de financiación propuesto).

Los partidos tienen problemas, y los ciudadanos tenemos problemas con los partidos que tenemos, pero ninguno de ellos se soluciona diluyendo los partidos a favor de los parlamentarios individuales. El objetivo de Mirkine de conseguir unos partidos fuertes y disciplinados no es incompatible con la existencia de una numerosa afiliación que tenga una activa participación en la política partidaria, sino que sólo puede darse si ésta existe. Pero, en todo caso, no es fácil que se recupere esa dinámica participativa. La desaparición de los partidos de masas y la emergencia de los partidos «atrapados» no se ha producido por cambios en los reglamentos parlamentarios, sino que es el resultado de causas cuya complejidad hace ilusorias las soluciones simples.

POR UN SENADO DE CALIDAD

En España, el debate sobre el Senado suele ser discusión sobre su carácter de cámara de representación territorial. Como es sabido, nuestro sistema autonómico tiene un manifiesto componente asimétrico, que permite que las Comunidades con gobiernos nacionalistas, Euskadi y Cataluña, planteen y resuelvan sus problemas en un marco de relaciones bilaterales con el Gobierno de la nación. Ello convierte en ficticio el perpetuo, pero sólo aparente, debate sobre la reforma del Senado, porque las citadas comunidades no parecen dispuestas a aceptar la existencia de una cámara en que la representación autonómica fuera igual o dependiera de parámetros objetivos como población o extensión. Y si la asimetría que se pretende implicara reconocer a algunas comunidades un derecho de veto, poco sentido tendría tal Senado para las demás. Supuesto el problema, y supuesta la visión que del Estado Autonómico tiene Miguel Herrero de Miñón, que luego tendremos ocasión de desarrollar, no extrañará que su planteamiento sobre el Senado salga del terreno de la autonomía y se sitúe en un campo que vuelve, en parte, a tener como referencia la lógica censitaria. Para él, el mejor modo de participación de las CCAA no es a través del legislativo: las fórmulas idóneas son las de participación intergubernamental y sectorial (conferencias), porque «el bilateralismo del que adolece el Estado de las Autonomías» responde a una «realidad de base», la heterogeneidad de las CCAA. Una cámara que intensificara el tratamiento «homogéneo y homogeneizador» de las CCAA «convertirá al nuevo Senado en lecho de Procusto para torturar el cuerpo, no sólo plural, sino diverso, de la España Grande» (pág. 264). Un Senado autonómico plantearía múltiples problemas: en lo relativo al número de los representantes («un Senado federal español en el que Euskadi tuviera igual o menor representación que Madrid, o Cataluña que Andalucía, no respondería a la realidad que pretende representar» (pág. 265), en materia de competencias (la pretensión de reservar al Senado las materias de interés autonómico es imposible, pues hay competencias estatales, como los Presupuestos, que tienen enorme importancia para las CCAA) y, finalmente, por dificultar las relaciones intercomunitarias («el complicadísimo intento de reconocer en el Senado los hechos diferenciales podría, de salir adelante, provocar peligrosas formaciones reactivas») (pág. 264).

No sirve, pues, un Senado autonómico, lo que no implica que no haga falta un Senado. Éste habrá de ser una cámara «de calidad», lo que obliga a que sea independiente de los partidos. El nuevo Senado habría de «encuadrar a quienes no tienen ni quieren tener el poder pero, por una y otra razón, poseen la capacidad para reflexionar y el prestigio que da la autoridad de la reflexión» (pág. 269). Deberían formar parte de él una serie de miembros natos (los ex presidentes del Gobierno, de las Cámaras, de los altos tribunales y de los Consejos y del Banco de España), a los que considera una representación de legitimación democrática. Junto a ellos incluye a otros, designados por «el poder moderador del Rey» entre «personas que prestasen o hubieran prestado señeros servicios al Estado y a la sociedad», propuestos, bien por cooptación de los demás senadores, bien a propuesta vinculante de una comisión independiente. Para el primero de los supuestos, la cita de autoridad es ahora el Siéyès inspirador del constitucionalismo napoleónico, y no tanto el de *¿Qué es el tercer Estado?* En todo caso, habría que evitar la designación por el gobierno o por los partidos: los nuevos senadores no realizarían su función en representación de nadie, «sino en el solo

nombre propio, como los Lores ingleses. [...] Se trataría, así, de paliar alguno de los principales defectos de la moderna democracia de partidos: el empobrecimiento de la clase política merced a su profesionalización y burocratización, a la vez que su separación de la sociedad civil» (pág. 270).

Si los partidos eran como los estamentos privilegiados, y por ello los diputados habían de recuperar su plena independencia, ahora la segunda Cámara ha de convertirse en una especie de Cámara de los Lores. Se mantiene la lógica censitaria, aunque a costa de vaciarla del papel estrictamente legislativo. Sus tareas serán las de garantizar la neutralidad propia del Estado mediante «competencias de *reflexión, control y designación*», destinadas las tres a superar dos tendencias harto peligrosas de las modernas democracias: la demagogia y la disolución de lo general» (pág. 271). Este Senado, dotado de capacidad técnica y legitimidad democrática, poseería *auctoritas* capaz de orientar sobre las grandes cuestiones del Estado a Gobierno, Congreso y a las Administraciones independientes, y su actuación permitiría apartar de la lucha partidista parcelas especialmente sensibles de la actividad pública. Sería él quien designara a los directivos de aquellas Administraciones independientes y de las instituciones (Tribunal de Cuentas, CGPJ, Defensor del Pueblo) «respecto de las cuales la experiencia enseña que la intervención de los partidos políticos y el consiguiente sistema de cuotas es tan indeseable como inevitable». No se trata, pues, de una cámara colegisladora, ni de una administración consultiva, sino de una institución ajena a la administración, que realiza una reflexión política y no jurídica, más de *lege ferenda* que de *lege data*: «Esta es la *nobilitas naturalis* que Röpcke propugnara para la democracia como ingrediente insustituible de todo sistema político con pretensiones de durabilidad» (págs. 278-280).

LA NOBILITAS TERRITORIAL: NACIONALIDADES Y REGIONES

Cree Herrero que, aunque todas las nacionalidades y regiones tienen derecho a la autonomía, no todas lo tienen a la misma autonomía. En un caso, su razón de ser está en el reconocimiento del hecho diferencial; en el otro, en el derecho individual basado en la idea de que la cercanía del poder a los ciudadanos es más democrática. A su entender, el proceso de igualación entre ambos tipos de comunidades contradice la inicial diferencia sustancial y, sobre todo, impide la integración de todas las fuerzas políticas. Es, pues, necesario alcanzar «el encaje constitucional» de la plurinacionalidad. No sirve para ello el artículo 2 de la Constitución, que está «desnaturalizado por su generalización», y es preciso «buscar un encaje alternativo que puede encontrarse en una disposición más concreta y específica, cuya generalización es imposible: la adicional primera. Los derechos históricos que allí se reconocen y amparan serían el correlato constitucional de la plurinacionalidad política» (pág. 71). La plurinacionalidad requiere, pues, no tanto que las comunidades «nacionales» alcancen unos determinados niveles de autogobierno, cuanto que tengan una autonomía distinta a la de las otras, para lo que se precisa una «utilización sistemática de la Adicional Primera de la Constitución».

Pese a que el propio Herrero de Miñón tenía claro en la constituyente que tal foralidad se refería a la de Navarra y Provincias Vascongadas, ahora afirma que también Cataluña y Galicia aparecen como titulares de tales derechos. Las razones aducidas son la disposición transitoria segunda, que permite a los territorios que en el pasado

hubieran plebiscitado un estatuto de autonomía acceder directamente a la autonomía plena sin necesidad de referéndum de iniciativa, y el 149.1.8 CE, en cuya virtud conservan sus derechos civiles forales las comunidades autónomas que los tenían. El argumento es realmente frágil, pero le posibilita afirmar la existencia, junto a la Constitución, de «cuerpos políticos nacionales, dotados de derechos originarios que son su propia Constitución histórica».

Es verdad, objeta el propio Herrero, que tal afirmación parece chocar con algunos preceptos constitucionales, particularmente con el 1.2 CE, que afirma la unidad de la soberanía nacional, pero existen formas de salvar tales escollos. Dando un estupendo salto en el vacío, propone, para que la adicional primera tenga «verdadero sentido», convertirla «en una plena exención de la Constitución, de manera que, al margen de la norma fundamental, aunque conectada con ella, la actualización de los Derechos Históricos supusiera una Constitución propia de los titulares, cuerpos políticos al margen de la Nación española respecto de los cuales no se predicase la unidad de la soberanía del artículo 1.2». En consecuencia, «la Nación española, cuerpo político enterizo, sin mengua de su articulación en nacionalidades y regiones (art. 2 CE), se da una Constitución en ejercicio de su insoluble e indivisible soberanía [...] y, en una Adicional a esa misma Constitución [...] reconoce la existencia de otros cuerpos políticos, titulares de sus respectivos derechos y dotados de una propia Constitución histórica» (pág. 72).

Para que tal reconocimiento no tenga un carácter ficticio, será necesario considerar que la actualización del régimen foral, que el párrafo segundo de la disposición adicional primera CE señala que habrá de realizarse «en el marco de la Constitución», «debe interpretarse como remisión a una Constitución sustancial o principal, y no a la totalidad de los diez títulos de la norma fundamental, lo cual haría reiterativa y vacía a la propia Disposición Adicional Primera». Otra vez hay que vaciar de contenido a la Constitución para dar sentido (y no ciertamente el único posible) a uno de sus preceptos.

Cree Herrero que su interpretación ha sido confirmada por la Ley Orgánica de Reforma y Amejoramiento del Fuero de Navarra (LORAFNA), que reconoce expresamente que los derechos históricos son originarios y actualizables por vía de pacto. Lo originario «no depende de la Constitución y, por lo tanto, es inmune, no ya al legislador ordinario, [...] sino al mismo poder de revisión de la Constitución» y, por ser pactados, «la interpretación de lo pactado no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, ni siquiera de los órganos jurisdiccionales exclusivos de una de ellas, y exige un procedimiento para acordar y revisar lo acordado, el principio de negociación, lo cual implica, a su vez, el principio de buena fe y mutua lealtad». Por ello, el Estado no puede hacer lo que quiera, y «si [...] soberanía es la competencia de la propia competencia, quien no tiene la plenitud de ésta no es soberano y quien co-decide sobre la propia competencia de manera que, sin su intervención, no cabe establecer ni alterar ésta, es co-soberano». Por tanto, «la interpretación plurinacional de la Constitución española [...] obliga [...] a una noción paccionada de la soberanía».

En resumidas cuentas, Euskadi, Navarra, Cataluña y Galicia, son *corpora politica* separados, «fragmentos de Estado», «personalidades que, sin perjuicio de su vinculación con el Estado, no se disuelven en el Estado sino que se le yuxtaponen». Por

eso son cosoberanos. De todo ello se deduce que la resolución de los problemas que puedan plantear los nacionalistas gobernantes en las nacionalidades históricas se sitúa en un terreno radicalmente nuevo, pues la actualización de sus derechos históricos les permite renegociar indefinidamente su posición en el Estado, siendo el único límite de la negociación el del núcleo esencial de la Constitución (que nadie ha aventurado definir). Obviamente, la excepcionalidad de esta posición corresponde a las nacionalidades históricas: «si se pretendiese general a todas las CCAA, no sólo sería inviable, sino que carecería de eficacia política al perder su carácter de reconocimiento de la singularidad vasca» (pág. 380).

OTRA VEZ LA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. FINAL

Como profesor de Derecho Constitucional he utilizado muy frecuentemente la tipología de los conceptos de Constitución que realizó García Pelayo. Distinguía el que fuera primer presidente de nuestro Tribunal Constitucional entre un concepto racional-normativo, uno histórico-tradicional y un tercero sociológico. El primero, propio del primer liberalismo, cree que la Constitución es un complejo normativo establecido de una vez y que regula de forma total y sistemática el funcionamiento del Estado. El segundo nace como reacción frente al anterior y expresa el deseo contrarrevolucionario de considerar el pasado como un orden inmutable o el planteamiento conservador de afirmar la Historia frente a la Razón: la Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la Razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica. El concepto sociológico subraya el hecho de que no es la norma constitucional la que establece la estructura de poder de un Estado, y por ello la Constitución es una forma de ser, no de deber ser: la sociedad tiene su propia estructura de poder y su propia legalidad.

Si la mayoría de los constitucionalistas nos movemos, sobre todo, en torno a teorías de la Constitución vinculadas básicamente con el primero de los conceptos, Herrero lo hace en el ámbito del segundo, manteniendo tesis que recuperan ideas propias de la escuela histórica y afirman la existencia de pueblos dotados de un peculiar espíritu del pueblo y una personalidad definida que evolucionan en la historia. Por eso entiende que el constituyente no es libre a la hora de crear la Constitución, y que ésta es una norma en la que podemos distinguir un núcleo esencial de lo que es «meramente» Constitución escrita. Ello le permite afirmar que la Corona no es una creación de la Constitución y que su «potencia política excede a la racionalización jurídica» (pág. 234), o señalar que, para «ajustar la estructura autonómica a la realidad diferencial española» es necesario «renunciar al legado del iusnaturalismo racionalista» e ir a las cosas mismas, a esas «realidades históricas» (pág. 320). Estos planteamientos, nacidos en la primera mitad del siglo XIX, implicaron negar el carácter normativo de la Constitución, y tal consecuencia sigue derivándose de las tesis de Herrero. Paradójicamente, vacía de contenido a la Constitución en nombre de la necesidad de que tenga carácter normativo alguno de sus artículos. Así, para dar sentido a la disposición adicional primera, habrá que realizar una interpretación constitucional que permita cambiar la aplicación del texto, incluso contradiciéndolo, sin necesidad de reformarlo. Todo es posible si hay pacto, dice, y eso es cierto pero, si existe acuerdo, mejor sería reflejarlo en la propia Constitución, reformándola.

Las tesis de Herrero pretenden ayudar a solucionar el llamado problema vasco (quizá

habría que decir el problema suscitado por los nacionalistas vascos, a los que Herrero convierte en el pueblo vasco). La plena actualización de los derechos históricos sería «la vía para integrar satisfactoriamente el pueblo vasco como cuerpo político singular y distinto con el Estado constitucional» (pág. 368). «Eso es lo que llamo constitucionalismo útil. Un derecho constitucional al servicio de una meta política valiosa. En este caso, la paz y la integración» (pág. 369). Pero es más que probable que su construcción teórica, además de inconstitucional, sea inútil para el fin propuesto. Es obvio que el progresivo incremento de la capacidad de autogobierno de la comunidad autónoma del País Vasco, y el creciente grado de diferencialidad con respecto a las demás no ha servido para sosegar los ánimos o para disminuir el llamado «problema» sino, más bien, para enervarlos más (pero entrar en esto sale de los márgenes de esta reseña).

En estas páginas he recurrido más de lo normalmente aceptado a las citas textuales, para que el lector pueda sacar sus conclusiones sobre los planteamientos de Herrero. Particularmente, confieso que me dan miedo esas construcciones que apelan a la esencia de lo real y abandonan el legado de la modernidad para recuperar la premodernidad, pero ese es mi problema. En todo caso, sería mejor plantear esas propuestas en nombre de ellas mismas, porque se considera un objetivo deseable volver a la Monarquía Constitucional, o a la articulación territorial de la España de los Austrias, y no decir que todo ello cabe en la Constitución sin necesidad de cambiarla. En el prólogo de su edición de los *Fragmentos de Estado*, de Jellinek, reivindicaba Herrero «el valor hermenéutico de toda arqueología y, muy especialmente, el significado e importancia de los cuentos de hadas». Soy sincero cuando digo que yo también lo reivindico, pero habría que saber cómo y dónde utilizar esa hermenéutica.