RdL Revista de Libros

Sobre la reforma constitucional (II). Lo que no procede incluir en la reforma constitucional

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón
11 mayo, 2016

* *Texto de las conferencias impartidas en la Cátedra "la Caixa" Economía y Sociedad los días 25, 26 y 27 de abril.*

En la conferencia de ayer puse de relieve que la reforma constitucional, sin duda posible, requiere ciertas formalidades y un contexto político adecuado. Señalé cómo, precisamente por su dificultad y eventual peligrosidad, la práctica comparada ha decantado formas «silentes» de revisión constitucional que permiten adecuar los viejos textos a las nuevas necesidades políticas y sociales, sin acudir a una revisión formal y explícita de la Constitución. Y señalé también que ambas vías de revisión constitucional, la reforma y la mutación, tienen sus condiciones y sus limitaciones.

No cabe duda de que el funcionamiento de muchas de nuestras instituciones políticas y administrativas da muestras de un prematuro envejecimiento. Los expertos en economía institucional

han puesto de manifiesto los efectos disfuncionales que ello tiene en el crecimiento económico, en la erradicación de la pobreza y en la promoción de la igualdad. Sirva de ejemplo el reciente y sugestivo libro de Carlos Sebastián, *España estancada*, subtitulado *Por qué somos poco eficientes* (Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2016). Y a los malos efectos económicos habría que añadir algo más grave: el corroedor malestar ético y estético que caracteriza nuestra vida pública y, por ósmosis, aun la privada.

Ahora bien, si no parece discutible que ciertos extremos de nuestro sistema político son más que perfectibles y la reforma constitucional no resulta fácil, es lógico, precisamente para obviar dificultades, acotar el campo a que debe ceñirse la reforma. Primero, porque, en efecto, no todas las reformas institucionales convenientes, e incluso necesarias, han de ser reformas de la Constitución. Segundo, porque un mínimo de prudencia política aconseja que muchas de las modificaciones propugnadas deban acometerse paso a paso, por vía de ensayo y error, mientras que las reformas formales del texto constitucional, tal como en la anterior conferencia las calificamos, han de tener vocación de permanencia. Tercero, porque no todas las modificaciones de relieve constitucional caben en el mismo momento político y, por tanto, no deben, si han de llegar a buen término, plantearse al mismo tiempo.

De ahí que de la reforma constitucional que pretende acometerse ya deberían excluirse: 1) Aquellas reiteradamente propuestas y cuyo análisis riguroso demuestra su improcedencia e, incluso, inconveniencia; 2) Aquellas otras que pueden llevarse a cabo a través de leyes y convenciones sin necesidad de tocar el texto constitucional; 3) las que, en fin, pudieran ser convenientes pero no están todavía maduras para acometerse con éxito. Ello permitiría acotar, cuanto más mejor, el objeto de las reformas que debieran llevarse a cabo en la legislatura que ahora tendría que haber empezado, o en la que parece inminente, y cuáles serían las vías a seguir para ello.

Con respecto a 1), dos son los extremos a considerar como reformas innecesarias e inconvenientes: la de la parte dogmática y la de la sucesión de la Corona. En la primera han insistido los programas electorales de varios partidos; la segunda fue planteada en la consulta que el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero hizo al Consejo de Estado en el año 2005, que dio lugar a un voluminoso estudio del Alto Cuerpo en 2006.

A mi juicio, es preciso excluir de un programa sensato de revisión constitucional aquellas reformas que pretenden entregarse a lo que en la anterior conferencia denominé magia constitucional. Esto es, la errónea e ingenua creencia en que la formulación, cuanto más enfática mejor, de un enunciado constitucional produce, por sí solo, efectos en la realidad. Un ejemplo caricaturesco de ello lo dio aquella república bananera que, a fin de incrementar la productividad de sus territorios fríos, muy inferior a la de los territorios cálidos, declaró, en la Constitución, cálido a todo el territorio nacional. Pero no le andan a la zaga quienes pretenden crear empleo mediante la enfatización del derecho constitucional al trabajo, ya declarado en el artículo 35 CE, o incrementar el nivel de la sanidad haciendo otro tanto con el derecho a la salud, ya proclamado en el artículo 43 CE. Para dar aparente rigor a la propuesta se reclama blindar tales derechos sociales, equiparándolos a los denominados derechos fundamentales. Exorcizar tal disparate requiere ciertas precisiones.

La parte dogmática fue la más difícil a la hora de redactar el texto de 1978, y ello es natural. Era preciso buscar un equilibrio entre valores asimétricos, expresados en términos de suyo polémicos y cargados de afectos, y aun de pasiones. El trance fue duro, pero el resultado no ha sido malo y ello solo bastaría para pensarse dos veces su reforma. Pero, además, militan contra ella argumentos de fondo. En la historia de los derechos fundamentales, a la que mi amigo y camarada de ponencia constitucional Gregorio Peces Barba dedicó muchos y meritorios esfuerzos, cabe distinguir varias generaciones. Veámoslas.

Una primera, propia del constitucionalismo liberal, que comprende los clásicos derechos límite, primero frente a los poderes públicos, después *inter privatos*, como son, por ejemplo, la libertad de conciencia, la inviolabilidad del domicilio y la libertad de movimiento; los derechos oposición, como la libertad de expresión o de reunión; y, en fin, los derechos de participación. Una segunda generación de derechos sociales, esencia del Estado social proclamado en el artículo 1.1 CE, que son otros tantos créditos a satisfacer por los poderes públicos mediante las consiguientes prestaciones sociales. Y una tercera, e incluso cuarta, generación de derechos a cuya realización no basta una prestación pública, sino toda una serie de políticas públicas. Piénsese, por ejemplo en el derecho al medio ambiente.

Los constituyentes de 1978 comprendimos que no cabe garantizar de igual modo la inmunidad personal que el acceso universal a la cultura. Para lo primero basta una técnica simple de protección al titular del derecho lesionado. Lo segundo requiere la puesta en práctica de un haz de políticas públicas, tanto de fomento como de servicio público, presupuestariamente cuantificadas y dotadas, algo que no cabe hacer en una Constitución. La experiencia comparada demuestra que colocar al mismo nivel todos estos derechos no lleva a elevar la garantía de todos ellos al superior nivel, sino a convertir todos en meras declaraciones de intenciones. Equiparar el derecho a la vivienda con la libertad de conciencia no beneficia al primero, que seguirá pendiendo de opciones técnico-políticas y económicas muy diferentes y de recursos siempre limitados, pero debilita las garantías del segundo, que sólo requiere, si acaso, medidas de policía. La comparación de la suerte de la ambiciosa Carta Social Europea de 1961, frente a la de la más austera Convención Europea de 1950, partes ambas de nuestro ordenamiento, debe bastar para ilustrar lo dicho.

No puede ignorarse que novísimas tendencias doctrinales propugnan la igualación de las garantías de los derechos sociales con las libertades públicas y que algunas Constituciones iberoamericanas, como la de Colombia, y la jurisprudencia de algunos países del área han seguido tales criterios, sin que la realidad de su Estado social haya alcanzado las cotas de que goza el nuestro.

Por ello, siguiendo los más acreditados precedentes del constitucionalismo contemporáneo, los autores de la Constitución de 1978 distinguimos entre derechos fundamentales y libertades públicas, de una parte, y principios rectores, de otra. Ambos vinculantes para todos los poderes públicos, pero solamente los primeros tutelables directamente por los tribunales, y exigibles los segundos únicamente de acuerdo con las leyes que los desarrollen (artículo 53 CE).

La ignara demagogia, dominante en gran parte de la opinión pública, lleva años recreándose, al alimón con los sectores más reaccionarios e involucionistas de la escena política, en negar la eficacia normativa de la Constitución, señalando la inanidad de los principios rectores para cambiar la realidad

socioeconómica en tiempos de crisis. Y la no menos ignara demagogia política ha llevado a la propaganda electoral la propuesta de blindar los hoy principios rectores como derechos fundamentales. Una expresión sin sentido, porque si se trata de un blindaje jurídico, los derechos fundamentales ya lo están en cuanto a su contenido esencial y desarrollo legal (artículo 53 CE), sin que, por ejemplo, toda protección paisajística (artículo 45 CE) debiera hacerse mediante Ley Orgánica y pueda precisarse con carácter general cuál es el contenido esencial del derecho al paisaje.

Y, si se trata de un blindaje económico, ello dependería de los presupuestos y estos, a su vez, de los recursos disponibles y de las prioridades del momento, algo que la Constitución no puede ni precisar ni prever. Se generan así ilusiones llamadas a convertirse en decepciones que erosionarán el prestigio de las instituciones constitucionales y el sentimiento constitucional.

En consecuencia, a mi juicio, la parte dogmática de la Constitución, tan laboriosamente gestada, tan ampliamente interpretada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, y completada por la normativa internacional a que se remite en su artículo 10 la propia Constitución, no debe ser reformada. El incremento de su eficacia no depende de su más enfática reformulación, ni de su «blindaje», sino de determinadas políticas a implementar a medio y largo plazo, cuya concreción depende de factores múltiples, principalmente técnico-sanitarios, demográficos y económicos, y de los recursos disponibles. La Constitución puede señalar tales metas y, en consecuencia, orientar tales políticas; pero concretarlas y ponerlas en práctica corresponde al legislador y al Gobierno determinado por la mayoría democrática de cada momento.

Pero no quiero dejar pasar la ocasión de dar mi opinión sobre lo que la mayoría democrática de cada momento debe, en todo caso, hacer. El Estado social es el Estado en que los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 9.2 de la Constitución, asumen la tarea de hacer efectivas la libertad y la igualdad ciudadanas removiendo los obstáculos que dificulten su realización. Los poderes públicos han de asumir lo que la doctrina, especialmente la alemana, denominó «procura existencial», esto es, proporcionar a quienes carecen de un ámbito vital de dominio que les permita hacer realidad los derechos fundamentales el ámbito vital efectivo indispensable para ello.

Sin el Estado social, un Estado social que quizá no pueda ser opulento y que en ningún caso debe ser dilapidador, sino austero, y que siempre debe ser justo, es imposible mantener a la altura de nuestro tiempo un Estado democrático de Derecho. Sin derechos sociales no hay a medio plazo ni libertades públicas ni alternancia democrática, porque eso sólo es posible dentro de una comunidad solidaria, y cuando ésta se escinde en dos, los que tienen y los que no tienen, perece la democracia. Todo ello requiere una fiscalidad que no inhiba el desarrollo de la economía y un sector público cuya eficacia sea motor de la misma.

En cuanto a la reforma del artículo 57, relativo a la sucesión de la Corona para eliminar la cláusula de varonía, esto es, la prevalencia de la sucesión masculina, una reforma justa y que, sin duda se hará en el futuro, me parece, hoy, innecesaria e inoportuna. Me explico. La igualdad de género es una meta que, afortunadamente, comparten todas las fuerzas políticas y sociales españolas; se trata de un imperativo de nuestro Derecho positivo sobre la base del artículo 14 CE y su promoción es una exigencia del Derecho internacional, integrado ya en nuestro ordenamiento. Si aún queda mucho por

hacer, especialmente en el campo de la educación, para que la igualdad, más allá de la retórica y las formulas tópicas, sea real y espontánea, es evidente que, gracias a la apasionada presión feminista, se ha avanzado sensiblemente en este campo y la situación española no se aleja de la media europea. La eliminación de la cláusula de varonía en el artículo 57 será un paso más de un alto valor simbólico en la buena dirección. Pero nada más que simbólico y, por valiosos que sean los símbolos, sería lamentable que el símbolo contribuyera a ocultar la realidad. En efecto, en un país donde, a más de notables desigualdades de oportunidad por razón de género, se asesina por violencia machista más de una mujer a la semana (cincuenta y siete en 2015; cincuenta y cuatro en 2014; según las estadísticas más prudentes, mas de quince en lo que va de año), no parece muy lógico hacer de la igualdad de derechos sucesorios a la Corona el desiderátum de una política de género. Una política a la que, insisto, no puede renunciarse a la altura de nuestro tiempo, pero que sería grave frivolizar. Máxime cuando el supuesto sucesorio parece felizmente muy lejano y, más que probablemente, asegurado en favor de un mujer.

La reforma no es, por tanto, urgente. Pero su coste es desproporcionadamente alto. Porque el artículo 57 se encuentra situado en el Título II de la Constitución, cuya reforma, como expliqué en la primera de estas conferencias, exige el procedimiento reforzado del artículo 168: una mayoría de dos tercios en el Congreso y en el Senado, disolución de las Cámaras, repetición de la mayoría reforzada en las nuevas Cámaras y referéndum nacional. ¡Un procedimiento harto complejo y costoso para una reforma que no apasiona a la opinión pública! Pero que, precisamente por eso, daría pie en las Cámaras y en la calle, ante las elecciones y el referéndum, y en el seno de los propios partidos políticos con una noble tradición republicana felizmente sacrificada en aras del consenso constitucional, a poner en tela de juicio la monarquía parlamentaria como forma de Estado. No creo que el resultado fuera bueno ni para las fuerzas políticas, ni para las instituciones constitucionales, ni para la estabilidad política de nuestro país. Quien no lo vea así, debe de estar ciego y sabido es que los dioses ciegan a quienes quieren perder. Pero lo peor es que la perdición es mas difusiva que contagiosa la ceguera.

Que el Gobierno, en su ya citada consulta de 2005, señalara esta reforma como prioritaria fue un error; que el Consejo de Estado no subrayara su inoportunidad, otro. Sería conveniente no insistir en el tercero.

No menos innecesaria y, por tanto, perjudicial sería la por muchos reclamada Ley Orgánica de la Corona, que racionalice su actividad político-constitucional, esto es, que detalle jurídicamente su forma de actuar y los contenidos de su actuación. En efecto, hay cláusulas generales relativas a la Corona, como las dos famosas de «arbitrar» y «moderar» del artículo 56 CE, conceptos jurídicos indeterminados, categoría bien conocida por los juristas, cuya falta de explicitación remite a la práctica, y es que solamente la práctica, en cada situación concreta, puede darles contenido. Cuando un clásico de la materia, como el Libro Blanco belga de 1949 sobre las competencias regias abordó la cuestión, se remitió a la práctica.

En este punto, la práctica española ha sido prudente y silente como es debido, pero efectiva. El protagonismo internacional de don Juan Carlos I fue evidente y dio contenido a una expresión tan genérica como «la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales,

especialmente con las naciones de la Comunidad Hispánica» (artículo 56.1 CE) y la ejemplar intervención regia de don Felipe VI en la promoción de una mayoría parlamentaria para un Gobierno estable revela cuánto contenido puede llegar a tener el término «arbitrar».

El gran teórico y apóstol de la racionalización constitucional de la política en los años veinte y treinta del pasado siglo, Boris Mirkine-Guetzévitch, denunció, al final de su vida, los peligrosos excesos a que había llegado la racionalización en el constitucionalismo de la segunda posguerra. No caigamos los españoles en la tentación de estar, un vez más, a la penúltima moda, a la moda que ya pasó.

Por lo que respecta a 2), el segundo grupo atrás enunciado, esto es, el de aquellas reformas e innovaciones institucionales que no requieren una revisión constitucional, es el más numeroso. Tal es el caso del sistema electoral, de la administración de justicia o de la democratización y moralización de los partidos.

En cuanto al primero, hay que comenzar reconociendo las virtudes del sistema establecido por el Real Decreto-ley de marzo de 1977, prácticamente reiterado por la vigente Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985. Permitió pasar de la miríada de formaciones políticas, con razón denominada «sopa de letras», a unos pocos, grandes y sólidos partidos, homólogos a los existentes en las democracias de nuestro entorno. Garantizó, por primera vez en nuestra historia política, unas elecciones limpias de resultados no discutidos. Y aseguró una representación plural a través de todo el territorio español. La opción de la provincia como circunscripción electoral, la representación proporcional y la judicialización de la administración y del contencioso electoral fueron los resortes que sirvieron para obtener tal resultado, históricamente feliz, aunque su concreción hoy resulte anacrónica y tales fueron las bases del sistema, constitucionalizadas en el artículo 68 CE.

Sin duda, dichas bases pueden ser modificadas por el procedimiento sencillo del artículo 167 CE, pero las alternativas no son fáciles. La sustitución de la provincia por la Comunidad Autónoma como circunscripción electoral favorecerá a las fuerzas políticas nacionalistas y regionalistas, e incluso fomentará su constitución allí donde no existen en perjuicio de las formaciones políticas estatales, y no es esa la meta que la experiencia española y comparada parece hacer más deseable. Y la opción por circunscripciones más pequeñas, por ejemplo, los distritos uninominales, plantea grandes dificultades técnicas y sugiere la amenaza del peligroso diseño de circunscripciones a medida de la mayoría política deseada por el diseñador, siempre sometido a sospecha. Por último, la sustitución del sistema proporcional por el mayoritario, pese a lo que se aprende con un lectura superficial de las obras de Maurice Duverger, no favorece una representación más plural, como demuestra la experiencia comparada. Baste pensar en el Reino Unido.

Ahora bien, respetando tales bases –circunscripción provincial, sistema proporcional y control judicial–, es posible y deseable –subrayo ambos términos– optar por fórmulas electorales distintas. Digo deseable, porque lo que en 1977 era imprescindible, esto es, simplificar las ofertas políticas en un sistema de pocos, grandes y sólidos partidos, y conducir hacia ellos las opciones del electorado, hoy se ha trasformado en el sometimiento del electorado a las decisiones de los gerifaltes partidistas mediante el régimen de listas completas, cerradas y bloqueadas. Hace años, Alfonso Guerra, a quien

no seré yo quien reste méritos en el proceso de la Transición, declaró incompatible el cinematógrafo con el buen funcionamiento del partido con la admonitoria frase «el que se mueva no sale en la foto» y, llevado de su conocido estro poético, el presidente José María Aznar dijo: «Soy el único gallo del corral». Lo que fue bueno en su origen, al petrificarse se putrefactó o, en el mejor de los casos, se hizo fósil: litopedion, como le ocurre al feto que tarda demasiado en ver la luz.

Y digo posible porque, respetando las bases constitucionales del sistema, atrás señaladas, las listas de candidatura pueden desbloquearse y abrirse, incluso combinarse mediante un sistema de «mixtión»: la ley d'Hont puede sustituirse por otro sistema y, aun manteniéndola, cambiar el mayor resto por el menor a la hora de atribuir el último escaño en disputa; se puede, si se prefiere, otorgar un plus de escaños a la candidatura más votada para asegurar un resultado que facilite la gobernabilidad, o introducir una segunda vuelta entre las dos candidaturas más votadas. Puede hacerse más proporcional el escaño con el número de votos en las diferentes circunscripciones. E incluso un sistema inspirado en el alemán de doble voto a partidos y candidatos, como ha propuesto alguno de los partidos emergentes en la última campaña electoral, no exigiría cambiar el artículo 68 CE.

Por último, es preciso corregir, sin modificar la Constitución, los artículos 163 y 180 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que arrastran de la primera Ley 39/1978 de Elecciones Locales, el disparate de proyectar el sistema electoral diseñado para la formación del Congreso de los Diputados en las elecciones municipales, incluidas las de los pequeños municipios. Para todo ello basta con reformar la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General. Se requiere, jurídicamente, la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados (artículo 81.1 CE) y, políticamente, un amplísimo consenso, como el que presidió la elaboración de la citada ley. Sin tal consenso, la alteración del sistema electoral equivale, de hecho, a la ruptura del pacto constitucional.

Pero, por el contrario, no creo que una reforma de la Ley Electoral baste para aumentar los supuestos de inelegibilidad o la limitación de los mandatos parlamentarios. Si el artículo 70.1 CE establece determinados supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad, lo hace con carácter abierto y se remite a la ley para otros supuestos. Pero el artículo 68.5 declara electores y elegibles a todos los ciudadanos en la plenitud de sus derechos políticos y limitar el número de mandatos equivaldría a vaciar tal precepto y afectaría al artículo 23.1. Tal reforma, que por extraña en el panorama comparado deberá ser detenidamente meditada, exigiría, a mi juicio, una revisión formal de la Constitución por la vía rígida del artículo 168.

En cuanto a la administración de justicia, es ingenuo pensar que sus indudables defectos dependen del texto constitucional y pueden remediarse mediante su revisión. La hipotética politización de los jueces debe combatirse mediante la norma legal a que se remite el artículo 127.2 CE. Esto es, en su caso, una norma legal, no una reforma constitucional. Y su exasperante lentitud, por cierto no mayor que la que padece la justicia en las democracias de nuestro entorno, debería encontrar remedio en normas procesales más ágiles y en una inspección de tribunales más efectiva.

Todo ello depende del legislador ordinario, no de la reforma constitucional. Pero no basta con las normas constitucionales o legales. Es preciso cumplirlas y hacerlas cumplir. Incluso, por poner un

ejemplo, por los funcionarios judiciales con acceso a los sumarios declarados secretos y los medios de información que los divulgan.

Mención aparte merece una institución que no goza de buena prensa, con el consiguiente eco negativo en la opinión pública: el Consejo General del Poder Judicial. De ahí que durante la reciente campaña electoral se haya insistido en su reforma, e incluso en su supresión, y ello plantea el problema de cómo organizar el gobierno de la judicatura y cómo garantizar su independencia. Esto es, el poder judicial como organización. Lo que nuestro Tribunal Constitucional ha llamado «la administración de la Administración de Justicia».

El Derecho y la práctica comparada ofrecen al respecto una pluralidad de fórmulas reducibles a cuatro grandes modelos. A saber:

1. El clásico tradicional de integración y consiguiente dependencia orgánica de la administración de justicia en el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, sistema establecido en Francia desde 1810 y que se difunde por toda la Europa continental. Así, en España, desde 1838, se afirma el carácter administrativo-funcionarial de los jueces, magistrados y fiscales que se mantiene en la Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870, en vigor hasta 1985. Esta dependencia orgánica respecto del Gobierno se flexibiliza paulatinamente en el Continente mediante un rígido sistema de selección, promoción, inspección y evaluación de los jueces, que asegura su independencia y responsabilidad, afirmada en los textos constitucionales. Así, en España, desde 1915, los jueces son plenamente inamovibles.

2. El modelo «americano» de la plena separación de poderes que, según la tipología de Luis López Guerra, ofrece una doble variante: la estadounidense y la latinoamericana. La primera, la de los Estados Unidos, determinada por su estructura federal, y según la cual el Tribunal Supremo de cada Estado tiene no sólo funciones jurisdiccionales, sino también una competencia de dirección y gestión de la respectiva organización jurisdiccional. La justicia federal es gestionada por una Conferencia judicial compuesta por los presidentes de los Tribunales Federales de distrito más doce jueces federales y presidida, muy activamente, por el presidente de la Corte Suprema, cuyo órgano ejecutivo es una Comisión Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos. La misma organización se reproduce en el nivel de los diferentes circuitos.

La segunda, claramente influida por el modelo estadounidense, se caracteriza por que el gobierno judicial se encomienda en cada país a la Corte Suprema, cuyos miembros son, a su vez, designados por instancias políticas, tanto gubernamentales como legislativas. Paulatinamente, van apareciendo y difundiéndose consejos de composición estrictamente judicial, competentes para la presentación de propuestas sobre nombramientos y ascensos a la decisión de la respectiva Corte Suprema. La evolución de este modelo, en sus dos versiones, muestra una tendencia hacia el autogobierno judicial y las instancias colegiadas.

3. El de neutralización política de esa área, muy desarrollado en el constitucionalismo filobritánico, desde las constituciones coloniales hasta la independencia y aun después, que pone total o parcialmente la gestión de la administración de la justicia en manos de una comisión políticamente

neutralizada o equilibrada por la participación en ella, *ex officio*, de altos funcionarios y de los líderes del Gobierno y de la oposición.

4. El del gobierno mediante Consejos de la Magistratura, hoy vigente en España.

Son numerosas, a su vez, las mixtiones y modulaciones entre estos cuatro tipos. Así, por ejemplo, el nombramiento de los más altos magistrados en Bélgica se realiza por el Ejecutivo previa presentación de una doble lista de candidatos por el Senado y los tribunales inferiores, y en Austria son los tribunales los que asesoran las opciones del ministro de Justicia.

A mi juicio, la opción en pro del autogobierno judicial a través del Consejo no fue el mayor acierto del constituyente de 1978, que siguió los ejemplos de Francia e Italia, donde el sistema ya había mostrado sus riesgos de politización e ineficiencia, y de esta opinión dejé testimonio durante los trámites de ponencia. Sin embargo, ya asentado el sistema e incluso comprobados sus defectos, no es fácil optar por una fórmula alternativa.

Ninguno de los cuatro modelos descritos evita el peligro alternativo del corporativismo judicial o el de su politización, peligros ya evidentes cuando se modificó en 1985 la forma de elección de los miembros del Consejo. Un gran procesalista de nuestro tiempo, que durante muchos años fue mi jefe en el Consejo de Estado, Jaime Guasp, decía que la tiranía del escalafón y el consiguiente automatismo de los ascensos y destinos era la más eficaz garantía de la objetividad e independencia judicial. Pero las amenazas a la objetividad e independencia solamente pueden evitarse con mayor autorestricción de los políticos y más exigente ética judicial. Es evidente que eso no depende de la letra de la Constitución, sino de la correspondiente ley orgánica y, sobre todo, de la rectitud de jueces y políticos. Esta sería la hora de gestar, entre los partidos políticos, convenciones que excluyeran el reparto del Consejo por cuotas ideológicas, la tentación de hacer de sus miembros correas de transmisión del respectivo partido y, por supuesto, de cumplir lo así acordado a raja tabla. Una vez más, como decíamos desde el primer día, la letra tal vez baste para impedir los abusos, pero solamente una decidida voluntad política de los sujetos y actores del proceso puede erradicar lo que es más grave: los malos usos.

Lo que sí podría hacerse por la vía del artículo 167 es limitar el excesivo número de miembros del Consejo, modificando el artículo 122. 3 CE. Ello facilitaría la objetivación de los criterios de selección y contribuiría a erradicar la corruptela de las cuotas partidistas. Por la misma vía del artículo 167 deberían eliminarse los aforamientos del artículo 71.3 CE. Los demás son materia de ley.

Una tercera y muy fundada crítica que se dirige a nuestro sistema político se centra en los partidos políticos. Unos partidos, se dice, que están en crisis, pero que son indispensables en una democracia de masas como la que corresponde a la altura de nuestro tiempo. Son los únicos instrumentos hoy existentes para simplificar y hacer inteligibles y factibles las ofertas políticas y las opciones ciudadanas. Son los auténticos organizadores de la democracia y, por ello, los sistemas autoritarios, cualquiera que sea su signo, desde la Unión Soviética al Tercer Reich, comienzan siempre por suprimir la pluralidad de partidos políticos. Pero como ocurre con todo lo bueno –y, en ese caso, más que bueno, indispensable–, su corrupción es pésima. Como el hígado, órgano vital como pocos y cuya

patológica dilatación puede ser letal. Y eso sucede en nuestros partidos políticos, que de cauces de la representación y participación democrática se han convertido en verdaderos cuellos de botella que dificultan dicha participación y corrompen la representación, transformándola en colonización de las instituciones políticas y aun sociales. Surge así la democracia clientelar.

Pero su remedio no se encuentra en reformar el artículo 6 CE, incluido acertadamente en el texto para señalar el carácter fundamental de los partidos en un sistema auténticamente democrático, sino en desarrollarlo bien en las correspondientes leyes a través de una serie de medidas que desbordan el carácter necesariamente general de la Constitución.

A mi juicio, tales medidas son de tres tipos, según se refieran a su estructura, a su financiación y a su control. Las primeras han de garantizar la apertura de los partidos a la sociedad. Deberán ponderarse las ventajas del sistema de primarias a la luz tanto de la conveniencia de quebrar las tendencias oligárquicas de los partidos –la ley de bronce que denunciara Robert Michels– como de la mala experiencia de sus ensayos en nuestro país. Debería meditarse la apertura y desbloqueo de las listas electorales y la fórmula que haya de sustituirlas, teniendo en cuenta la ambivalente experiencia comparada. A la vez, es preciso limitar, por ley, el control partidista de las instituciones sociales. Y, por supuesto, es necesario poner freno a la burocratización de los partidos, que se proyecta en dos direcciones: por un lado, convierte a sus parlamentarios y concejales en las Cortes, las asambleas autonómicas y los ayuntamientos de representantes de los ciudadanos en mandatarios de la propia organización partidista, dóciles interinos a sueldo, que repiten la vieja caricatura de «Juan empleado, de profesión temblador». Y otro tanto puede predicarse de sus aparatos, un estamento privilegiado reproducido por cooptación y depurado sobre el criterio de la docilidad –«Prefiero los serviles ineptos a los ilustrados independientes» es frase de un ilustre dirigente– que ofrece una atractiva alternativa a los jóvenes reacios a buscar un empleo productivo al abrirles una carrera desde las juventudes del partido hasta las mas altas responsabilidades del gobierno, sin haber jamás abandonado el oficio de político convertido en beneficio. Ejemplos abundantes de ello hay a la vista de todos. Y no olvidemos que cuando los partidos, coreados por comentaristas mal informados, insisten en agravar las incompatibilidades, mas allá del conflicto de intereses, entre el ejercicio de profesiones privadas y la política, lo que pretenden, consciente o inconscientemente, es intensificar la distancia entre los partidos y la sociedad civil, y asegurar la dependencia de un séquito.

Sería bueno sustituir progresivamente la financiación pública de los partidos por la financiación directa de los candidatos, sobre todo en especie: piénsese en transportes y espacios públicos, que supondría una saludable dieta a la economía de los partidos.

Cuando el oficio político deje de llevar aparejado un beneficio, especialmente atractivo para quienes la política es la única alternativa al desempleo, la desenfrenada tendencia a la patrimonialización del oficio será mucho menor.

Y, por último, además de las múltiples medidas procesales y sustantivas últimamente elaboradas para garantizar la transparencia y prevenir y perseguir la corrupción, cuya eficacia todos deseamos, atribuir al Tribunal Constitucional, mediante un procedimiento ágil, el control de la democracia interna de los partidos y hacer de la fiscalización de los mismos, que ya corresponde al Tribunal de Cuentas,

un trámite rápido y no, como es hoy, tardígrado y, en consecuencia, ineficaz. Las directivas de los partidos debieran ser solidariamente responsables de las sanciones que, en su caso, procedieran.

Llegamos ya a las reformas incluidas al comienzo bajo el epígrafe 3). He dejado para el final un ejemplo de esas reformas propuestas y que me parecen no estar maduras: la constitucionalización de la pertenencia de España a la Unión Europea y la consiguiente revisión de la cláusula de integración del actual artículo 93 CE que el Gobierno planteó ante el Consejo de Estado en su citada consulta de 2005 y que desde diversos partidos se ha resucitado durante la última campaña electoral.

Las fórmulas que, con mayor o menor precisión, han venido dándose a tal iniciativa abundan en los siguientes tres puntos: la afirmación del compromiso español con la integración europea; la primacía no sólo de todo el Derecho europeo, sino de las recomendaciones técnicas de instituciones más o menos formales de la Unión sobre el ordenamiento nacional, incluido el constitucional; y la consiguiente conversión de la cláusula de integración en una cláusula de revisión constitucional. Esta es la tesis que se deduce de la doctrina jurisprudencial del Tratado de la Unión Europea y, más aún, de la interpretación que de tal primacía hace la burocracia española y que se ha visto negada por la mayoría de los Tribunales Constitucionales de los países miembros de la Unión.

La reforma no parece, hoy por hoy, necesaria, puesto que la cláusula del artículo 93 ha sido más que suficiente para la adhesión de España en 1986 y la ratificación de los subsiguiente tratados que han trasformado la Comunidad Europea en la actual Unión Europea. Pero, además de innecesaria, la revisión propuesta es inoportuna y, en consecuencia, no exenta de riesgos.

En España, la opción por la integración europea se ha vinculado a la opción por la transición a la democracia, y por ello nunca se ha debatido a fondo, sino que ha sido siempre un valor entendido sin que se hayan ponderado sus costes y beneficios y cuáles pudieran y debieran ser la meta y los límites de tal proceso. El creciente euroescepticismo de la opinión española es una de las consecuencias de ese inicial euroentusiasmo acrítico, y ello bastaría para no replantear por ahora la cuestión. Por ello, es discutible que tal decisión, si se planteara ahora y se entendiera con claridad su alcance, obtuviera el consenso nacional deseable para una reforma constitucional y redundara en pro del compromiso europeo.

Pero si es más que dudoso que la opinión española esté madura para la constitucionalización de nuestro compromiso con la Unión Europea, lo que no resulta dudoso es la inmadurez actual de la Unión Europea para llevar a cabo tal compromiso. Nadie puede predecir cuáles son los límites geográficos de la Unión, ni lo que su ciudadanía supone, ni la formula de integración a la que se dirige lo que sus propios defensores califican de Objeto Político no Identificado, sobre el que lanzan sus sombras cuestiones tan actuales como las pretensiones británicas, o las actuales restricciones a la libertad interior de movimientos de personas, o las crecientes discrepancias nacionales frente a la presión migratoria. En tal situación, España, a cuyos intereses nacionales afectan directamente tales cuestiones y que, por razones geográficas evidentes, es un miembro marginal de la Unión con un peso político y económico relativo, no puede ser el motor de una más rápida y mayor integración. En semejante situación, la constitucionalización del compromiso europeo sería, en el mejor de los casos,

un «brindis al sol», más propio de un europeísmo ingenuo que del rigor al que debe aspirar la Constitución.

Pero si pasamos de las declaraciones retóricas a las fórmulas técnicas, la apertura automática del ordenamiento español, incluida la Constitución, a la normativa europea resulta de todo punto inadecuada. Cuando en la doctrina, la jurisprudencia y la práctica de los principales miembros de la Unión se pone cada vez más en tela de juicio la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional, especialmente el constitucional; cuando se urge en Alemania, Francia, Suecia e Italia la formulación de contralímites al proceso de integración y a la correspondiente atribución de competencias a las instancias de la Unión; cuando la propia Unión inicia la tarea de asumir en sus normas y su jurisprudencia la idea del «contralímite»; cuando se reivindica por doquier, y principalmente en Alemania, el control nacional del derecho de la Unión *ultra vires*, no tiene el menor sentido constitucionalizar la tendencia contraria, y probablemente tampoco es oportuno abordar el diseño constitucional de los contralímites a la integración.

Los frutos sazonados no deben ser ni tempranos ni tardíos, pero en España tienden a ser ucrónicos. En el europeísmo, también.

* *La conferencia III se publicará el viernes 20 de mayo.*

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón es Consejero Permanente del Consejo de Estado, Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y ponente de la Constitución de 1978.