Sobre la reforma constitucional (y III). Lo que, en su caso, puede y debe reformarse

Posted on 11 de mayo de 2016 by Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

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

Al comienzo de esta tercera y última conferencia hagamos un balance de lo expuesto y analizado en las dos anteriores. En la primera de ellas, vimos que nuestra Constitución de 1978, como otras tantas Constituciones contemporáneas, podía reformarse por dos vías: la revisión formal y la mutación, incluso la mutación convencional, esto es, el acuerdo de los actores del proceso político. La primera de estas vías es formal e incluso políticamente complicada y, sin embargo, en ciertos extremos imprescindible. La segunda, la reforma silente, es, sin duda, más práctica, pero en ciertos extremos insuficiente.

Además, señalamos que nuestra Constitución se caracteriza por lo que Luigi Rossi denominaba la «elasticidad», es decir, estar abierta a una pluralidad de interpretaciones y desarrollos, todos ellos formalmente correctos, aunque muy dispares materialmente. Y ello facilita la vía de la mutación y de la mutación convencional mediante la interpretación jurisprudencial y el desarrollo legislativo pactado. Pero no es menos cierto que la Constitución no es papel mojado. Por grande que sea su elasticidad, no cabe en ella cualquier cosa. Por mucho que se fuerce su flexibilidad, contiene extremos protegidos por cláusulas de rigidez, y –sobre todo– su carácter consensuado o, lo que es lo mismo, pactado excluye reformas unilaterales. Este es el tácito y más patente factor de rigidez. La Constitución –dijimos– es la versión jurídica del proceso de integración estatal y, en consecuencia, sería materialmente inconstitucional una reforma, una mutación, una convención que frustre dicha integración, y la integración democrática se obtiene por el acuerdo, no por la imposición.

Más allá de las formas, la revisión y la mutación no pueden pretender tales cambios que rompan el pacto que subyace a toda Constitución, también a la española de 1978: eso no es revisar, es destruir la Constitución.

Por eso, en la segunda conferencia insistí en la conveniencia de acotar el campo de la reforma constitucional. Primero, porque muchas de las reformas institucionales hoy día

propuestas pueden conseguirse sin modificar formalmente la Constitución, sino mediante simples reformas legales. Tal era el caso de la reforma electoral, tan reclamada; de la revisión de nuestro Poder Judicial para asegurar su mayor independencia y agilidad; de la depuración de nuestro sistema de partidos y la corrupción que los corroe. Nada de esto se consigue mediante la nueva redacción de unos preceptos constitucionales que no pueden ir más allá que marcar los epígrafes de diversos sectores del ordenamiento. Serán las correspondientes leyes orgánicas, y aun ordinarias, también consensuadas, porque son el desarrollo de la Constitución, las que diseñen el nuevo sistema electoral, como despolitizar, si es que está politizado, el Poder Judicial y agilizar su funcionamiento, y como hacer realidad las exigencias de los artículos 6 y 7 respecto de partidos, sindicatos y organizaciones empresariales.

Segundo, la conveniencia de ser prudentes y renunciar a reformar o, al menos, aplazar la revisión de lo que es formalmente complicado, políticamente arriesgado, carente de fórmulas suficientemente maduras o prácticamente inútil. Tal es el caso del artículo 57, relativo a la sucesión en la Corona, y de la cláusula de integración del artículo 93. Todo ello nos permitía concluir que la regeneración de nuestro sistema representativo y judicial requería mínimas revisiones constitucionales, bastantes reformas legislativas y, mucho más importante y que escapa al poder de reforma constitucional, un cambio de actitud de los sujetos y actores del proceso político, en el sentido de primar el servicio sobre el conflicto, el pacto sobre el enfrentamiento, y la lealtad y la buena fe sobre el oportunismo.

La consecuencia de lo así dicho es que la mayor parte de las reformas institucionales que se han puesto sobre la mesa pueden hacerse, no al margen, sino dentro de la Constitución, sin requerir su reforma y ni siquiera su mutación: basta su desarrollo. Sin duda, no he abordado en esta ocasión por falta de tiempo una serie de pequeñas reformas propuestas que sí afectarían al texto constitucional y que podrían acometerse por la vía del artículo 167, esto es, la menos rígida de las contempladas en el Título X de la Constitución. Pero quede claro que tales reformas, en el mejor de los casos, no van a tener excesiva trascendencia en nuestra vida política.

Hay en la Constitución defectos técnicos y residuos de situaciones superadas por la evolución de las instituciones que podrían eliminarse; pero me parece imprudente en extremo abrir un proceso de revisión tan solo por razones estéticas. Más valdría dedicar tan encomiable celo a mejorar la cada vez peor técnica legislativa ordinaria. Incrementar el número de diputados para aumentar la proporcionalidad entre votos y escaños, limitar a dos mandatos consecutivos el del presidente del Gobierno (algo inusual en un régimen parlamentario y que no aconseja la experiencia comparada), reducir de quinientas mil a doscientas cincuenta mil el número de firmas exigibles para la iniciativa legislativa popular, pueden ser medidas útiles

a la hora de satisfacer la ilusión de los nuevos políticos de ser constituyentes, pero poco más. Otras, como aumentar las incompatibilidades de los parlamentarios y cortar en seco su reincorporación profesional a la vida civil, simplemente deterioran aún más la calidad de nuestra clase política, como en su momento y sobre las mimas cuestiones afirmó el Tribunal Constitucional alemán. Ni aquéllas –las inocuas– ni estas últimas –las potencialmente dañinas– sirven para suplir los buenos usos que cabe exigir en la vida pública.

Y una vez desbrozado el camino, llega el momento, en esta tercera y última conferencia, de abordar lo que sí conviene revisar a fondo y cómo hacerlo. Me limitaré a tres extremos: la reforma del Tribunal Constitucional; el futuro del Senado; y la organización territorial. Temas graves sí los hay y que durante meses han estado sobre la mesa de la actualidad política y que, curiosamente, sólo de soslayo se abordan en las propuestas preelectorales sin que se expongan fórmulas concretas. Por ello les ruego me disculpen que ahora sí me atreva a sugerir no ya vías de revisión, sino propuestas de reforma.

Se tilda al Tribunal Constitucional de politizado, y la única manera de hacer plenamente independientes a sus magistrados consiste en exigir, cualesquiera que sean quienes hayan de elegirlos, un amplio consenso para su designación entre relevantes juristas carentes de filiación partidista, declararlos vitalicios o, al menos, inamovibles hasta edad avanzada y garantizarles de por vida un adecuado estatus formal y económico de eméritos. La experiencia de los Estados Unidos debiera para ello servir de guía.

Se lo critica también, y con razón, por su excesiva lentitud. Y, aparte de que el Tribunal revise sus procedimientos de trabajo –y ejemplos a seguir hay para ello–, la clave está en suprimir el recurso de amparo, convertido prácticamente en una tercera instancia, cuya cantidad, pese a los filtros que, acertadamente, se han introducido para su admisión, colapsa los trabajos del Tribunal. En la última memoria del Tribunal que ha llegado a mis manos, la correspondiente a 2014, se cuentan 166 sentencias relativas a recursos de amparo y quedaron pendientes 116, con 6.662 providencias de inadmisión. En torno al 80% de tales recursos tienen como base la supuesta violación del artículo 24 de la Constitución, relativo a la tutela judicial efectiva. Todo ello supone un importante número de personal, especialmente letrados, dedicados a examinar dichos recursos para concluir su inadmisibilidad, una situación que debe superarse. Más aún, que la mayoría de los amparos no prosperen por carencia de contenido constitucional no redunda en pro del prestigio de la institución.

El amparo ha cumplido ya su función pedagógica de la judicatura y la administración sobre el carácter normativo de la Constitución, especialmente de su Título I. Y por haber cumplido su función con éxito, resulta ya superfluo. Al menos debiera eliminarse de los derechos

protegidos por el recurso de amparo la tutela judicial efectiva consagrada en el citado artículo 24 y que es un trámite procesal más, porque su lesión se provoca solamente en el curso de un proceso y, como tal, debiera ser remediado por la jurisdicción ordinaria. Pero si, en todo caso, quiere mantenerse una forma de amparo, debería descargarse de semejante tarea al Tribunal y residenciar dicho recurso en una sala especial del Tribunal Supremo. Todo ello requiere la reforma del Título IX por la vía del artículo 167 de la Constitución y la revisión de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Respecto del Senado, la opinión general es favorable a la reforma de su composición y funciones. A lo largo de nuestro constitucionalismo histórico no se ha alcanzado sobre la cuestión ninguna fórmula satisfactoria. Ni el unicameralismo de 1812 y 1931 ha dado buenos resultados, ni los Senados electos de 1837 y 1869, ni los aristocráticos de 1834, 1845 y 1876 han sido satisfactorios, ni cuajaron los intentos regeneracionistas de reformar este último. Personalmente, durante la Transición, me pronuncié en pro del unicameralismo, sin mucha convicción y con ningún eco, y otro tanto había hecho Landelino Lavilla cuando en el Ministerio de Justicia reelaboró el borrador de Ley *de* Reforma Política hasta convertirlo en el proyecto de Ley *para* la Reforma Política.

La fórmula que finalmente se incluyó en el texto de 1978 es un ejemplo de lo que Carl Schmitt llamaba «compromiso apócrifo»: Cámara de representación territorial (artículo 69), cuando no estaba claro cuáles iban a ser los territorios a representar. En realidad, es, en el mejor de los casos, una cámara de revisión legislativa que, como toda institución de este tipo, pasa de ser segunda cámara a ser cámara secundaria. Hay quien dice, no sin cierta razón, que la función principal del actual Senado es la imputación de rentas en el seno de los partidos. De ahí su resistencia al cambio.

El encomiable celo de los senadores de varias legislaturas, que es de justicia reconocer, y las modificaciones reglamentarias han mostrado su insuficiencia, porque no bastan para esclarecer qué es lo que nuestro Senado pretende representar: ¿el pluralismo social e institucional? ¿La politerritorialidad de España? ¿Duplicar o compensar las mayorías del Congreso? Esta última no es una justificación suficiente, aunque coyunturalmente pueda resultar, si no satisfactoria, sí consoladora.

La añorada representación del pluralismo social ofrece, hoy más que nunca, el peligro de abrir la puerta a una politización de las propias instituciones sociales ya amenazadas por la voracidad de los partidos, lanzados a controlar esta nueva representación senatorial. Y su alternativa, la conversión del Senado en Cámara de representación territorial, tropieza con el grave obstáculo de la imprecisión de qué territorios han de ser representados. La mixtión de Comunidades Autónomas y Provincias que propuso en su ya citado informe de 2006 el

Consejo de Estado es un ejemplo de indeseable confusión.

Las opiniones mayoritarias al uso parecen inclinarse en pro de una Cámara de representación autonómica, por no decir federal, la más coherente con su definición como Cámara de representación territorial, pero su articulación presenta graves dificultades. ¿Todas las Comunidades Autónomas deberían tener igual representación al margen de su extensión, demografía e identidad? En este caso, Madrid, Cataluña y La Rioja obtendrían igual representación. Si, por el contrario, se atendiera a su extensión, Andalucía y Castilla y León pesarían más que cualquier otra. Si primara la demografía, serían Madrid, Cataluña y Andalucía las de mayor representación, y si se atendiera a los caracteres identitarios, tales como la lengua, el Derecho público y privado, las instituciones forales, que son precisamente las que justifican la autonomía, Euskadi, Navarra, Cataluña, Galicia y, eventualmente, Valencia, serían con mucho las dominantes. Ni que decir tiene que la ponderación de todos estos criterios no resultaría pacífica.

Tampoco resulta pacifico el criterio sobre cómo debieran ser designados los representantes autonómicos ¿Por los cuerpos electorales de cada autonomía, como hoy ocurre en los Estados Unidos y Australia? ¿Por las respectivas asambleas legislativas autonómicas, de acuerdo con el ejemplo indio? ¿Por los gobiernos autonómicos, siguiendo el modelo alemán? ¿Cabe imaginar fórmulas nuevas o mixtas? Todas estas cuestiones se han debatido ya reiteradamente y si algo está, hoy por hoy, claro, es que la tan ponderada federalización del Senado está lejos de concretarse en una fórmula susceptible de consenso.

Por otra parte, un Senado autonómico encargado de la revisión legislativa reiteraría la tensión entre los partidos representados en el Congreso y que controlasen unas u otras autonomías. Así lo demuestra la práctica de la evolución de las segundas cámaras federales más señeras, desde el Senado de los Estados Unidos al Bundesrat alemán. Y un Senado exclusivamente destinado a tratar los problemas autonómicos no haría más que complicarlos. La evidente asimetría de las autonomías españolas no permite colectivizar cuestiones esencialmente bilaterales, y es evidente que las tensiones entre Madrid y Barcelona o Vitoria son bilaterales y no colectivas.

Sería, por el contrario, y a mi juicio, extremadamente útil un Senado, al margen de las Cortes unicamerales, destinado no a la revisión de la obra del Congreso o a la articulación autonómica, para lo que son más idóneas las conferencias presidenciales y sectoriales, sino a la reflexión política y el control extrapartidista. Debería, para ello, estar formado por personalidades de indiscutible prestigio por su experiencia y trayectoria y ya fuera de la polémica política. El más criticable de los expresidentes del Gobierno, del Congreso de los Diputados o del Tribunal Constitucional, y el Gobernador más cuestionado del Banco de

España, por ejemplo, tiene una experiencia que no debe ser amortizada y que, apartado de toda contienda y militancia partidista, pueden ser de suma utilidad al Estado. Su lugar no es el Consejo de Estado, órgano eminentemente técnico-jurídico, sino un Senado tan apartidista como político. La automática colación de las senadurías *ex post officio* y, en casos excepcionales, por cooptación consensuada, eliminaría la discrecionalidad en la elección.

Tales senadores deberían optar entre una remuneración honorable, acompañada de una severa incompatibilidad, o, como era propio de los antiguos *honoratiores*, la cuasigratuidad de sus servicios, sin otra incompatibilidad que la procedente de un conflicto de intereses. A un Senado así compuesto de expersonalidades públicas deberían corresponder tres misiones de la mayor importancia.

Una, ofrecer a las instituciones una reflexión apartidista sobre objetivos y estrategias políticas de Estado a largo plazo, algo de lo que hoy estamos rigurosamente ayunos. Opiniones reposadas y experimentadas compensarían así el torrente de información frívola y demoscopia fútil que hoy fundamenta la permanente y variante improvisación que caracteriza las decisiones políticas. Por poner un ejemplo, las opiniones de Felipe González, que nadie, esté o no de acuerdo con ellas, puede menospreciar, serían más útiles al Estado expuestas en ese Senado que en ocasionales comparecencias en los medios de comunicación.

Dos, elegir a los miembros de las altas instituciones de control, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, hoy designados por los partidos cuya gestión directa o indirecta han de controlar. La exclusión de los grupos parlamentarios del proceso de selección permitiría acabar con el denostado sistema de cuotas.

Tres, controlar a las denominadas Administraciones Independientes, como el Banco de España, la Junta de Energía Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, etc. Si, en pro de la objetividad necesaria para tratar tan grandes problemas, tales instituciones han de apartarse de la contienda política y de la presión inherente a unas elecciones periódicas, no debe concluirse que han de estar exentas de todo control, un control que el tipo de Senado propuesto puede ejercer con criterios objetivos.

Si se analiza el espíritu de la práctica comparada, desde los senadores vitalicios canadienses, los de designación presidencial previstos en la Constitución india, los senadores vitalicios italianos (cuyo ejemplo ha cundido en Constituciones recientes, pese a estar cuestionados en la propia Italia), hasta los más elaborados proyectos de reforma de la Cámara alta británica, se encontrarán avales a esta fórmula. Pero me temo que una reforma semejante está hoy imposibilitada por dos falsos dogmas muy activos en el imaginario colectivo de nuestros

políticos: el supersticioso respeto al bicameralismo clásico y la creencia en el necesario origen popular de todas las instituciones. ¡Salvo, claro está, cuando se trata de cosas tan serías como la autoridad monetaria! «Con las cosas de comer no se juega» (*sic*), se ha dicho por voz autorizada. Todo ello requiere una profunda revisión del Título III de la Constitución por la vía del artículo 167.

En cuanto a la reforma territorial, es preciso distinguir dos niveles: el local y el autonómico. Veámoslos sucesivamente.

La Constitución otorgó una garantía institucional a Provincias y Municipios, a Ayuntamientos y Diputaciones (artículos 140 y 141 CE) y si estos preceptos pueden ser revisados por la vía del artículo 167 CE, yo juzgo peligroso que la reforma de la Constitución se inicie eliminando garantías institucionales. Se crea así un peligroso precedente que puede poner en tela de juicio instituciones señeras –desde los Colegios Profesionales (artículo 36) al Patrimonio Nacional (artículo 132.3), pasando por el sistema de fe pública (artículo 149.1.8º) e, incluso, derechos tenidos hasta ahora por fundamentales y que gran parte de la doctrina y cierta jurisprudencia interpreta como garantías institucionales, verbigracia la propiedad privada (artículo 33).

Las corporaciones locales, especialmente los municipios y sus Ayuntamientos, no han sido, como pretendían nuestros ingenuos regeneracionistas, escuela de ciudadanía, sino, digámoslo claramente, semillero de corrupción, como demuestran tantos escándalos urbanísticos. Su reforma comprende diferentes cuestiones. Desde el número de entidades locales, la fusión de servicios como alternativa a su supresión, el control de su gestión, la aclaración de sus competencias, su financiación y tantas más. Todo ello materia de ley.

Creo preferible revisar, por la vía del artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la construcción jurisprudencial, tal vez excesivamente amplia, que el Tribunal ha hecho de la autonomía municipal y utilizar los instrumentos de control, ya previstos en las leyes, para que los Ayuntamientos no sean otras tantas ciudadelas inmunes a la política general acordada en las Cortes y de la que el Gobierno parlamentario es responsable, en temas tales como los símbolos políticos, las declaraciones políticas, las finanzas y la transparencia. No es la función de los Ayuntamientos ser instrumento de oposición al Gobierno del Estado ni pueden autoatribuirse una nueva forma del derecho de resistencia ante lo que se estime injusto.

Las provincias deben ser respetadas. Hay que tener en cuenta que bajo su denominación genérica laten cuatro realidades sociopolíticas diferentes. Las provincias cuyas instituciones y competencias se han subsumido en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (Principado

de Asturias, Navarra, Cantabria. La Rioja y Murcia); las archipielágicas de Baleares y Canarias; las tres provincias vascas (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya), garantizadas como Territorios Forales en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y que por su estructura institucional, régimen jurídico y competencias, no son verdaderas provincias, sino efectivos «fragmentos de Estado»; las cuatro provincias catalanas y el resto de las provincias que, además de Valencia, cubren las dos mesetas y Andalucía.

No parece que esté en cuestión la estructura actual de las tres primeras categorías. La división provincial de Cataluña se hizo, sin duda, con la sana intención de «descuartizar» su entidad política, pero ¿verían hoy día sus habitantes con agrado la desaparición de sus instituciones provinciales? Probablemente allí y, desde luego, en el resto del territorio español, la división provincial de 1833 que partió de antecedentes seculares ha arraigado profundamente en la sociedad. A lo largo de cerca de dos siglos, nuestra organización territorial se ha provincializado y la provincia es, así, la principal y más viva de nuestras instituciones locales.

En cuanto a las Diputaciones Provinciales de régimen común, cuya supresión se ha propuesto para simplificar nuestra administración, ¿por qué no mantenerlas como están en la Constitución, revisando su composición y funciones y aligerando, en todo caso, la frondosa y clientelar burocracia que en ellas se ha creado? En vez del vigente procedimiento de elección previsto en la Ley General Electoral ya citada de 1985, paradigma de oscuridad y complejidad, formen la Diputación Provincial los diputados autonómicos elegidos por cada provincia. Su carga de trabajo no sería, desde luego, agobiante, se ahorrarían gastos y energías, se acercarían los diputados autonómicos a la realidad de la vida local, se implicaría más la administración provincial en la autonómica y se facilitaría un segundo paso: hacer de las Diputaciones la administración periférica de las Autonomías como, sin éxito, recomendó un ya olvidado *Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías* de 1981.

Las Diputaciones son útiles para el funcionamiento de los pequeños y aun medianos municipios, y su supresión, inevitablemente seguida de la erosión de aquellos, podrá significar un ahorro, pero a costa de vaciar gran parte del territorio ya amenazado de desertización y generar un neocentralismo a favor de la capital de la Comunidad Autónoma. Si la economía, por política, ha de ser humana, no ha de llevar la austeridad hasta la sustitución de los lugares, raíz de identidad, por el mero espacio tan caro a los planificadores de abstracciones. La mejor ordenación del espacio debe atender al *genius loci* y, como dijo su más brillante defensor en cuanto a la ordenación del territorio, la *res extensa*, para no ser *inanis res*, debe ser *res sensibilis*.

En cuanto a la estructura autonómica del Estado, siempre desconfié –y testimonio abundante

he dejado de ello– de la generalización de las Autonomías bajo lema tan sublime como «café para todos», pero no me parece acertado poner hoy en cuestión su resultado, sino tratar de corregir sus mayores defectos. ¿Cómo? Lo primero a esclarecer son las propuestas de federalización y, concretamente, el significado del término, que se utiliza en el debate político sin parar mientes en su alcance técnico.

Hoy, la palabra «federal» cubre una gran cantidad de fórmulas constitucionales que la doctrina no acaba de inventariar. El federalismo puede ser, por su origen, de concentración, como es el caso de los Estados Unidos, o de dispersión, como en México, sin que falten situaciones cuya evolución pone tal clasificación en tela de juicio, por ejemplo en la República Federal Alemana; simétrico, como en Austria, o asimétrico, como en Canadá; los poderes residuales pueden corresponder a la federación, como en Austria, o a sus miembros, como en Suiza; estos pueden revestir muy diversas denominaciones (cantones en Suiza, provincias en Argentina y Canadá, países en Alemania, Estados en los Estados Unidos, Australia o la Unión India, etc.), sin que ello determine sus mayores o menores competencias. Hay federalismos más identitarios que fiscales, como el de Malasia, y viceversa, y federalismos de sola ejecución, etc. Quienes proponen marchar por la senda de la federalización deben precisar cuál es, de entre todos estos modelos y otros muchos más posibles, el modelo federal al que tienden, sin confundirlo, por cierto, con el blindaje de los derechos sociales, que nada tiene que ver con ello. Y no olvidemos que si el Título VIII de la Constitución está obsoleto es porque, en su mayor parte, fue una vía hacia la autonomía más que una sustantiva regulación de la misma. Si ahora se trata de reformar la Constitución, no abramos otro proceso, no iniciemos otra vía: regulemos una estructura con pretensiones de estabilidad.

Pero precisemos. La esencia del fenómeno federal consiste en la dualidad de estructuras, la distribución de competencias entre ambas y la participación de las unidades federadas en la estructura federal. En España, el vigente Estado de las Autonomías ha supuesto la dualidad de estructuras institucionales de acuerdo con un principio mimético que lleva a reproducir el Estado a escala autonómica. La federalización supone el mantenimiento de esta duplicidad. Ahora bien, si algo va quedando claro es que tal duplicidad resulta innecesaria y costosa en exceso.

Los órganos de relieve constitucional, como el Tribunal de Cuentas, Consejo Consultivo, Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social, Agencia de Protección de Datos, etc., si son útiles a nivel estatal, resultan superfluos multiplicados a través de diecisiete Autonomías, algunas de las cuales, por su tamaño, carecen de suficiente peso demográfico, económico y de personal cualificado para dirigirlos y ocuparlas. Sería más económico y funcional que las correspondientes instituciones estatales asumieron sus funciones, no ciertamente su personal, y así lo propuso el famoso Informe CORA. El indispensable incremento de sus

dotaciones sería mucho menor que el coste de mantener sus réplicas autonómicas. Pero esa reforma pende solamente de las respectivas normativas autonómicas, como ya han demostrado los ejemplos de Madrid y Extremadura, y nada tiene que ver con la revisión de la Constitución.

En cuanto a la distribución de competencias, es todo menos clara y si ello fue así en un principio, las diversas transferencias singulares y los Acuerdos Autonómicos que han sumado competencias en un nivel sin simplificarlas en otro han aumentado dicha confusión, llegando al caso de que una competencia es ejercida por una pluralidad de instituciones entre estatales, autonómicas y locales. Urge una clara distribución de competencias en la Constitución y eso sí que requiere una meditada y profunda reforma constitucional, la fijación de un techo infranqueable y la eliminación de lo que hoy es el artículo 150.2, que permite, nada menos, que el paulatino vaciamiento del Estado.

Por último, la participación no puede conseguirse a través de un Senado autonómico por las razones atrás apuntadas: fundamentalmente, la asimetría de las Autonomías españolas. Las conferencias de presidentes y las sectoriales de consejeros son mucho más sencillas y eficaces. Así se demuestra en campos tan sensibles como son el sanitario y el fiscal.

Pero la reordenación del sistema autonómico, esto es, la reelaboración del Título VIII de la Constitución y una nueva Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, que aborde un nuevo régimen de financiación, ni puede llevarse adelante en tanto no se resuelva el tema catalán, ni dicha solución puede aplazarse a la reordenación territorial de toda España. Huyamos del error orteguiano de 1927 en *La redención de las provincias*, reiterado en 1932 y arrastrado en 1978: crear un alvéolo autonómico general que dé cabida a la excepción catalana. Esta no cabe en aquél, y aquél es desnaturalizado por ésta.

Nuestra constitución territorial, tanto la autonómica como la local, tiene, sin duda, unos elementos de Derecho estricto, tanto constitucionales como legales. Pero es, ante todo, un Estado autonómico jurisdiccional, merced a la doctrina gestada por el Tribunal Constitucional, y convencional, en virtud de los Acuerdos Autonómicos de 1981 y 1992 y sus consecuencias normativas. Utilícense los mismos instrumentos para adecuarla a nuestra realidad presente. La doctrina del Tribunal Constitucional puede autoreformarse a través del artículo 13 de la propia Ley Orgánica de dicho Tribunal y, en cuanto a los Acuerdos Autonómicos, me remito a lo señalado en la primera de estas conferencias.

La mutación convencional es una categoría generada en la práctica político-constitucional anglosajona y hoy también aplicada en el constitucionalismo alemán y austríaco. Consiste en la modificación del sentido normativo de la Constitución al margen de su texto mediante

actos no normativos realizados por los sujetos y los actores del proceso público en el que se inserta la práctica constitucional con el fin de ordenar las relaciones institucionales previstas en la Constitución. La convención puede considerarse así como una forma de mutación constitucional: la mutación convencional.

Los agentes de la convención pueden ser tanto las propias instituciones constitucionales como las fuerzas políticas no constitucionalmente formalizadas, esto es, los partidos: es decir, tanto sujetos como actores del proceso político, capaces de influirlo e, incluso, determinarlo. Sin duda, el proceso político puede decantar determinadas opciones normativas, pero no son éstas las que realizan la mutación, sino que es la mutación la que las hace posibles. Así, la convención gestada en los segundos Acuerdos Autonómicos dio lugar la Ley Orgánica 9/1992.

Por otra parte, la norma convencional puede alcanzar tal consistencia en la conciencia social que termina convirtiéndose en norma de Derecho estricto, especialmente para evitar su olvido. Tal fue la génesis de la XII Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, introducida en 1951, prohibiendo el tercer mandato presidencial consecutivo, práctica seguida desde la fundación de la República y rota por Roosevelt en 1941.

Ahora bien, si, por hipótesis, fuera preciso reordenar la vigente constitución territorial para un mejor acomodo de Cataluña, sin daño para la integridad española, podrían y deberían ponderarse las ventajas de una mutación convencional por consenso que culminase en una Disposición Adicional a la vigente Constitución como la más prudente y efectiva de las vías a seguir. Pero antes de entrar en cómo se hace tal cosa, permítanseme dos palabras sobre lo que, a mi juicio, late detrás del problema.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, fruto de la Constitución de 1978, votada por el pueblo catalán en proporción más alta al resto de los españoles, fue un verdadero pacto de Estado. Quien no vea en dicho Estatuto más que una Ley Orgánica como otras tantas, como por ejemplo la del Defensor del Pueblo, está totalmente ciego e inhabilitado para comprender la realidad política. Así ocurrió con los fautores del primer atentado contra dicho pacto, la felizmente frustrada Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, que, aun rechazada por el Tribunal Constitucional en sentencia 76/1983, generó, a través de la subsiguiente política neorecentralizadora y la propia doctrina del mismo Tribunal, una progresiva administrativización de la autonomía política de Cataluña que provocó el error catalanista del Estatuto de 2006 y el no menor de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2010. Tal es la raíz de la creciente desafección catalana hacia el Estado, lúcidamente denunciada en su día por el presidente José Montilla, que, cultivada mediante las equivocaciones acumuladas a los dos lados del Ebro, ha culminado en el inaceptable desafío

independentista del Gobierno de la Generalitat.

Ahora bien, ese desafío que, sin ambages, califico de inaceptable, no se supera con dictámenes del Consejo de Estado y recursos de la Abogacía del Estado, por brillantes que resulten aquéllos y diligentes y laboriosos que sean éstos. La prueba es que la hiriente retórica independentista que hace cuatro años contaba con un 15% de apoyo electoral ha llegado a alcanzar el 47%. No basta con reafirmar enfáticamente la soberanía nacional. Son precisas opciones políticas que, cuanto antes se hubieran tomado, más eficaces hubieran sido. Opciones políticas, digo, al servicio de la gran meta constitucional: la integración de España toda.

La primera de estas medidas es dar a luz una fórmula para el reconocimiento constitucional de la identidad catalana con vistas no a su secesión, sino a reafirmar su voluntaria integración dentro de un proceso secular de autodeterminación histórica. La autodeterminación tiene un límite en la propia identidad que legitima la autodeterminación. ¿Podría acaso el pueblo catalán renunciar a su lengua propia en un referéndum? El plebiscito que fragua la nación es, a la vez, cotidiano (la voluntad de vivir juntos sin dejar de ser distintos) y secular (porque la historia es constituyente). Es esa historia constituyente el marco de una secular y cotidiana autodeterminación hispánica de Cataluña.

Ello es problema suficientemente complicado y de difícil tratamiento como para enredarlo más, abordándolo a través de una reforma de la Constitución y de una reforma global como la que desde algunos pagos políticos y académicos se ha propuesto. Antes al contrario, el problema catalán, aunque afecte a España entera, debe ser aislado y tratado singularmente y de forma cuanto más sencilla, mejor. Si se inserta en una reforma global, la opción catalana tenderá a generalizarse y perderá la capacidad singularizadora que el reconocimiento de una realidad tan singular como es Cataluña requiere. Por eso, creo que hay que sublimar la pasión por la reforma constitucional y, aplazando otras cuestiones, sin duda importantes, centrarse en lo que, además de importante, es urgente: Cataluña. Me explico.

En lugar de abordar una reforma de la Constitución, política y técnicamente preñada de riesgos, intentemos una mutación constitucional: la alteración de la Constitución sin modificar su texto. Esto es, una mutación convencional, de la que fueron ejemplo los Acuerdos Autonómicos de 1981 y de 1992. Lo hecho en tales ocasiones por vía de pacto, esto es, la generalización y homogeneización de las Autonomías, ¿no puede invertirse por vía de pacto y singularizar una o varias Comunidades Autónomas e incluso, pasando de la mutación a una prudente revisión, formalizarlo en una Disposición Adicional?

Si existiera la voluntad política para pactar, no sería difícil añadir por la vía del artículo 167

una nueva Disposición Adicional, como no lo fue la reforma del artículo 135 en 2011. El Consejo de Estado consideró aplicable a Cataluña la vigente Disposición Adicional Primera, proyectando en lo público la previsión constitucional del artículo 149.1. 8º para el Derecho privado. El vigente artículo 5 del Estatuto Catalán de 2006, que el Tribunal Constitucional no anuló en su Sentencia de 2010, invocó los derechos históricos como fundamento de su autonomía. Y no le faltan a Cataluña otros derechos históricos constitucionalmente reconocidos, como el haber plebiscitado un Estatuto de Autonomía y tenerlo en vigor desde 1932 hasta 1936. Así se reconoce ya en una Disposición Transitoria Segunda que podría recalificarse como nueva Adicional.

Páctese, pues, entre todas las fuerzas políticas una nueva Disposición Adicional para Cataluña sobre el modelo de la ya existente, con expresa referencia a su identidad, y garantícense en ella las precisas competencias estratégicas, tales como la organización de las propias instituciones, las educativas, lingüísticas y culturales. Una vez incorporada a la Constitución por la vía del artículo 167, podría, previa pedagogía de los grandes partidos estatales a través de toda España, elaborarse sobre ella un instrumento de gobierno negociado y formalmente pactado con el Estado y coherente con la nueva Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas: ¿acaso no está pactado el Amejoramiento del Fuero de Navarra de 1983? Y, como tal, inmodificable unilateralmente, incluso por vía de hecho, de normativa básica o de jurisprudencia. Esto debería ser lo que se sometiera al referéndum del pueblo catalán de acuerdo con el artículo 152.2.

¿Satisfaría esto al soberanismo independentista? Creo que no. Pero sí creo que hay una gran mayoría catalanista que sólo llegará al independentismo si no se le da otra vía para reconocer su identidad nacional y blindar el correspondiente autogobierno. ¿Por qué no intentar integrarla mediante una convención constitucional y un referéndum previsto por la misma Constitución? Esto sería, de verdad, tanto integrar como decidir. En integrar consiste el verdadero españolismo; en decidir, la voluntad de muchos catalanes y, para que ambos coincidan, sirve la mutación convencional. A esto llamo yo constitucionalismo útil: al que pretende resolver problemas. No negarlos y enquistarlos o complicarlos y dificultar su ya difícil solución.

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.