Artes del ensayo
Revista internacional sobre el ensayo hispánico

Núm. 4 (2022), pp. 99-118. ISSN: 2462-5035
http://www.raco.cat/index.php/artesdelensayo
DOI: 10.31009/ae.i22.05

LA TRANSICIÓN PROYECTADA: PRINCIPIO MONÁRQUICO, FRAGMENTOS DE ESTADO Y PLURINACIONALIDAD EN HERRERO DE MIÑÓN

David Soto
(Universidad de Murcia)

Introducción: el derecho como fuerza creadora

El proceso de Transición española ha sido considerado como un modelo ejemplar dentro de los procesos históricos de cambio hacia regímenes democráticos. Sin embargo, como toda coyuntura conflictiva no estuvo libre de incertidumbre y riesgos. De hecho, investigaciones recientes, han dedicado cientos de páginas a revelar el carácter violento del proceso [Sánchez Soler, 2010; Casals, 2016; Baby, 2018]. Sin embargo, pese a las fluctuaciones propias, como consecuencia de la larga duración de la dictadura franquista y la muerte en la cama del dictador, el proceso gozó del tiempo suficiente para ser planificado. Indudablemente, es absurdo encontrar una cartografía precisa o una propuesta teórica que fuera capaz de predecir con acierto cada una de las etapas que se sucedieron desde la muerte de Franco, el 20 de noviembre de 1975 o la proclamación del rey Juan Carlos I dos días más tarde como Jefe de Estado hasta la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 el 29 de diciembre. Tampoco cabe duda que, como todo proceso de transición, está determinado por las peculiaridades históricas, políticas y sociales del régimen político que le antecede, por las crisis que pueden conducir a la quiebra de los regímenes no democráticos, los factores internaciones y, por supuesto, las estrategias seguidas en el proceso de cambio por las élites de poder, las instituciones, los movimientos sociales y la ciudadanía, etc.

Una mirada serena y precisa no puede obviar que del franquismo quedó mucho. 40 años de régimen dictatorial y personalista no solo modificaron las estructuras sociales y económicas

del país, sino que transformaron de manera constante y meticulosa la subjetividad del pueblo español [Cayuela, 2014]. Los cambios económicos cimentaron una mentalidad moderna en la sociedad española, si bien atenazada por el terror, disponía de un carácter imponderable de negociación sosegada y de deseo cambio democrático, que la convirtió en un observador atento más que en un actor compulsivo. Pese a la agudeza característica de Morán, no es verdad, que la Transición «consiguió hacer de la inmensa mayoría de los ciudadanos unos infantes, ingenuos creyentes en la inteligente madurez de los líderes» [2015: 78]. Aunque sí es verdad que el franquismo dejó una ausencia de cultura política propia de una ciudadanía de alta intensidad.

Por su parte, los distintos grupos de las élites franquistas intentaron dirigir el proceso. Sin embargo, aunque pudieron contar con la fuerza, la transformación acaecida en la sociedad española le restaba de la legitimidad básica para implantar las reformas que aquellos actores más reaccionarios hubieran deseado. Uno de los actores que interpretó con mayor lucidez la evolución acaecida en la mentalidad de la sociedad española fue el jurista Miguel Herrero de Miñón, futuro «padre de la Constitución». Herrero advirtió con habilidad que la gestión política del proceso de transición pasaba por su control jurídico. Solo la transición de la ley a ley haría posible que el proceso no saltara por los aires. Los actores más conservadores debían percibir que el espíritu del franquismo y las distintas relaciones de poder establecidas perdurarían, mientras que la sociedad española debía divisar un horizonte de cambio y de democracia. El proyecto de Herrero pasaba por alcanzar la tierra firme de una democracia liberal de mercado mediante una constitución que se asentaba en el carácter supraconstitucional y existencial de la corona como garante de la unidad de España y que reconocerá los derechos históricos de las distintas nacionalidades que la integraban. Para ello, Herrero publicó un breve, pero fundamental, ensayo en 1972 titulado *El Principio monárquico* que con «la finalidad de consolidar un Estado de Derecho» en España confiaba en el rey el timón de la Transición española. Al mismo tiempo que llevaba a cabo, mediante la traducción y difusión de la teoría de los *Fragmentos de Estado* del pensador alemán Georg Jellinek, la tarea de reclamar y consolidar constitucionalmente la plurinacionalidad de España. De aquella lectura, Herrero obtuvo la certeza, a su entender, de que el derecho tiene una fuerza formativa y transformadora de la sociedad y que la evolución político-histórico de una comunidad política presta concretamente el contenido para que el derecho pueda tener esa fuerza creadora. Los contenidos existenciales del Estado español

eran, para el consejero de Estado, la monarquía y los Derechos Históricos. El desarrollo de la Transición española discurrió casi de manera exacta por los trazos de la cartografía proyectada por Herrero.

De la ley a la ley: el principio monárquico

En su voluminosa *Historia del poder político en España*, José Luis Villacañas ha señalado que Miguel Herrero de Miñón tuvo muy claro en todo momento cómo debía afrontarse el proceso de transición por el que España debía avanzar hacia un régimen democrático [2014: 570]. Estimó que la opción más adecuada para iniciar el proceso de lo que podía suceder tras la muerte de Franco, pasaba indudablemente por reclamar el conjunto de sus Leyes Fundamentales. La adhesión a las Leyes ofrecía la posibilidad de articular de cara a los sectores del régimen el continuismo con los valores y el proyecto del franquismo, pero al mismo tiempo, le permitía gestionar el proceso de manera previsible. Si el proceso transitaba de la ley a ley, la transición hacia la democracia afirmaba su legitimidad en base al entramado legal desarrollado por el franquismo, lo que aseguraba, para Herrero, cierta dosis de control sin levantar mucho revuelo en los distintos sectores de la dictadura. El jurista consideró entonces que la transición no podía hacerse en base a la estructura de poder arbitraria y carismática propio del franquismo. Por ello, manifestó que: «el régimen no era cambiable y que resultaba tan imposible como inconveniente derribarlo, creí que era preciso contribuir a forzarlo a favor del Rey» [1993: 50].

En verdad, Herrero, que conocía bien el franquismo desde dentro, se percató de que, si bien, Franco podía reclamar para sí un carácter redentor y providencial sobre la base de la teoría del caudillaje desarrollado por Francisco Javier García Conde, que legitimaba su jefatura del Estado [Reig Tapia, 1990; Sevillano, 2010]; su sucesor no podía obtener del mismo modo su legitimidad futura del gesto carismático emanado del caudillo. Esta circunstancia hubiera sometido a la figura del rey a la inestabilidad propia de una ausencia de carisma que a la altura de aquel momento el príncipe Juan Carlos no disponía. La transición de la ley a la ley substraía a la monarquía del debate constituyente. De puertas adentro, no solo eliminaba los fantasmas rupturistas, sino que exorcizaba los temores del ejército de manera presumible al «garantizar el orden del y en el cambio» [Herrero, 1993: 61]. Por ello, para poder justificar la legitimidad del rey –el actor clave del proceso para el jurista–, y para convertirlo en el timón del proceso ideado, no dudó en reconocer el carácter constitucional de las Leyes Fundamentales. Herrero

argumentó, en base a la teoría del caudillaje, que las instituciones políticas del franquismo no eran más que «adornos» inocuos del omnímodo poder personal del dictador. De modo que en la medida en que Franco reunía todos los poderes del Estado, la «hipotética virtualidad» de las instituciones y de leyes por él creadas no eran siquiera una Constitución autoritaria, sino un recipiente vacío. Sin embargo, Herrero, que había estudiado bien el proceso de reforma constitucional en Jellinek [1906], comprendió que según iba acercándose la muerte de Franco, las oligarquías establecidas durante la dictadura iban reclamando poder y espacio para dirigir la sucesión en su propio beneficio y que aquellas Leyes hueras fueron ganando poco a poco legitimidad[1]. De modo que la cuestión para Herrero consistió en reconocer que las Leyes Fundamentales antecedían a cualquier proceso de transición e incluso a la figura del propio rey. Este movimiento permitió al jurista, asegurar la base de legitimidad futura del rey sin mengua de la legalidad vigente. En este sentido, en *Memorias de estío*, Herrero repasó el proceso de reflexión sobre la legitimidad del futuro jefe de Estado, no sin cierta dosis de confusión conceptual, bajo los tipos ideales de Weber. Allí, al plantear el proyecto de reconocimiento y competencias de la Corona, aseveró que el rey no disponía de la legitimidad carismática de Franco porque por definición el carisma no era rutinizable, por lo que el sucesor propuesto no lo podía heredar. También subrayó que la legitimidad tradicional tampoco se podía invocar en dicha circunstancia porque esta había prescrito en 1931. Menos si cabe, podía reclamarse la legitimidad racional, porque la propia de esta vía era, para Herrero, la racionalidad democrática y el propio régimen cerraba cualquier intento de recorrer este camino. Aquella reflexión le obligó a plantear como posible y como única vía de legitimidad la que emanaba de la misma legalidad del régimen:

> La propia lógica de las instituciones llevaría al Rey a buscar una nueva legitimidad, transformando el sistema, poniéndose a la cabeza del régimen democrático y recibiendo con ello la doble legitimidad de la razón democrática y del propio carisma del democratizador [Herrero, 1993: 53].

1 Herrero se percató de que la doctrina constitucional germánica de la época Guillermina había reflexionado sobre la reforma constitucional tácita, es decir sobre aquellas alteraciones de la constitución que no se incorporaban al texto, como eran los casos de las enmiendas a la constitución americana y a las constituciones alemanas de 1871 y 1919. Las enmiendas se añadían de manera supletoria al texto original en cada momento. De manera que la constitución seguía vigente a pesar del conjunto de derogaciones y sustituciones formales [Herrero, 1975].

Para ello, Herrero publicó en 1972 un breve pero agudo ensayo de ingeniería jurídica y política titulado *El principio monárquico* en la editorial Cuadernos para el Diálogo[2]. Se trataba como remarcaba el subtítulo del libro de «un estudio sobre las competencias del Rey en las Leyes Fundamentales» para cuyo desarrollo el jurista se inspiró en la dogmática constitucional alemana anterior a Weimar[3]. A través de un análisis técnico-jurídico, Herrero planteó la articulación de poderes y competencias de las instituciones a las que estaban coordinados, así como el contenido del principio monárquico y la capacitación del futuro monarca, prevista en las Leyes Fundamentales [Ollero, 1973: 5; Palacio Atard, 1988: 27]. Su planteamiento general, de cara a la transición, se basaba en que, en última instancia, de acuerdo a las Leyes Fundamentales el rey debía ser el soberano jurídico. Cuando en *Memorias de estío*, defienda su proyecto, Herrero hará constar que su voluntad no era la defender un soberano político absoluto. Como órgano del Estado, sostendrá, el rey tendría delimitados sus poderes y estarán sometidos a control:

> No se trataba, por supuesto, de un rey absoluto, pero sí de un monarca limitado que, como sus homólogos centroeuropeos del pasado siglo, unía, a la supremacía de la posición, una incuestionable supremacía de mando al ser el único órgano de expresión de la voluntad estatal. Si bien dicha voluntad se formaba en determinadas condiciones y con la colaboración de otros órganos subordinados [1993: 51].

A su modo de ver, el principio es la atribución del rey del poder indivisible del Estado en su totalidad, en virtud del cual Herrero dedujo la posibilidad de plantear un principio más interpretación más favorable de las competencias del rey en tanto este personalizaba la soberanía nacional en su indivisibilidad y al mismo tiempo expandía sus poderes a todo aquello que no le era atribuido por las Leyes Fundamentales a otro órgano o expresamente le prohibía. Bajo esta perspectiva, en el capítulo I se presentaba al rey, de acuerdo a las Leyes Fundamentales, como único órgano de soberanía del Estado, como único órgano de expresión de la voluntad estatal. En el capítulo II se establecía que el Gobierno era solo responsable ante el monarca, porque en

2 Sobre el proyecto editorial y político de Cuadernos para el Diálogo, pero también como lugar de sociabilidad de las distintas generaciones y elites que contribuyeron a la desligitimización del régimen dictatorial desde socialistas a democristianos, entre otros, puede consultarse: Muñoz Soro, 2006.

3 Sobre los orígenes teóricos alemanes y franceses del principio monárquico debe consultarse: VV.AA 2016:353. Concretamente, Jellinek, un autor que Herrero trabajó prolijamente define el "principio monárquico" como aquel en el que el derecho de expresar la voluntad del Estado, de ejercer el poder público, pertenece exclusiva y únicamente al rey. De modo que el órgano jurídico supremo del Estado es el rey [Jellinek, 1999: 697].

última instancia era el responsable de ejecución de su política. Y, por último, en el capítulo III, se exponía la competencia del rey de referéndum como recurso director de acceso al pueblo.

El proyecto de Herrero atribuía al rey una suma de poderes y la facultad de ejercerlos con gran libertad. Evidentemente este planteamiento provocó importantes críticas de quienes desde los estamentos del régimen consideraron que se cedía al rey demasiado y que se amparaba un proceso aperturista, pero también por aquellos que, bajo la misma interpretación, consideraron que las competencias que el rey encarnaba podían consagrar una monarquía fuerte y poco pródiga a la democratización [Palacio Atard, 1988: 30; Fernández Sarasola, 2002: 132]. Así, por ejemplo, en 1973 Jorge de Esteban negó que el rey dispusiera de la potestad suprema y consideró que el principio monárquico expuesto por Herrero de Miñón era una vuelta al absolutismo. En su opinión, llegar a una democratización a través de una interpretación absolutista de las Leyes Fundamentales, podía resultar «una peligrosa aventura» [p. 30]. Mientras, que para autores como Fernández Carvajal [1969], que reconocía la pluralidad en la interpretación de los textos constitucionales y su reforma de acuerdo a las circunstancias historias, las Leyes Fundamentales eran irreformables.

Más allá de las polémicas jurídicas, la clave fundamental, para el proceso de Transición española, que es lo que aquí nos interesa, y que planteaba el ensayo de Herrero, era que una vez nombrado como monarca era el único que representaba la soberanía nacional y, en base a dicho principio, gozada del principio activo de unidad de la nación, de *imperium*. Entonces, Herrero sacó a relucir toda su artillería de estudio del constitucionalismo alemán, para reclamar la representación soberana del monarca:

> La característica esencial del monarca no es otra que poseer en el Estado la potestad suprema, esto es, aquel poder que conserva a éste y le pone en movimiento; visto más de cerca, consiste en una esfera libre, limitada por las leyes, pero no en cuanto a su contenido, y propia para dar una dirección a las acciones del Estado [1972: 21].

Por lo tanto, concluyó Herrero, no había otro órgano de soberanía más que el monarca. De esta forma, Herrero ponía de manifiesto que las Cortes y los Consejos del franquismo no representaba

la soberanía nacional[4]. En la medida en que la nación no se las había dado así mismas, no le correspondería soberanía nacional alguna. Esta representación era exclusiva del rey. Como ha puesto de relieve José Luis Villacañas [2014: 572], la clave fundamental en el razonamiento de Herrero era que ni las Cortes, ni Franco en última instancia eran la nación española. Eran, en todo caso, de acuerdo a las legitimidades comentadas, su representante pero bajo ningún concepto su soberano. De este modo, Herrero ponía de relieve que las Cortes no poseían la legitimidad real para bloquear la voluntad del monarca. Citando una vez más a Jellinek con fidelidad sostendrá que «las Cortes no participan en el *imperium* que sirve de manifestación a la soberanía» [1973: 36]. Las Leyes Fundamentales y la ley sobre Referéndum nacional se habían encargado de dejar claro que la soberanía residía exclusivamente en la nación española. Ahora, el principio monárquico recuperado por Herrero, hacía recaer la personificación de la soberanía en el monarca. De modo que, como el jurista preveía, solo el rey podía convocar a la nación española. Solo él representaba la unidad de la nación. Solo él podía utilizar el recurso al pueblo mediante referéndum como paso para facilitar la reforma. Con este planteamiento, Herrero lo que pretendía era asegurarse que nadie bloquearía la transición pero al mismo tiempo que esta tuviera la legalidad garantizada. Se trataba de transitar de la ley a la ley. Si el rey convocaba a la nación, las Cortes no tenían más remedio que acatar su palabra[5]. Bajo esta perspectiva, el rey conectaba con la constitución material del país de manera directa. La cuestión clave aquí, venía de la obra Schmitt [1958], Herrero esgrimió que la Corona podía acometer la reforma constitucional siempre que la decisión existencial sobre la política de la comunidad mantuviera estable el orden material de valores. De acuerdo a la tesis de Herrero, el rey disponía, «como representante supremo de la nación» de acuerdo a los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica del Estado, de la posibilidad de someter a referéndum cada paso de la reforma ante la posible resistencia de las instituciones franquista a la democratización. Este gesto de convocar al pueblo, a la nación española a decidir, aseguraba la legitimidad de las decisiones y al mismo tiempo

4 Con el paso del tiempo, en una línea similar, sostendrá que: «Las Cortes y los Consejos del ellas surgidos no se representan más que a sí mismos; cómo el Movimiento no significa nada y sus famosos principios fundamentales era afirmaciones sin alcance práctico alguno; cómo los presidentes del Gobierno designados por Franco no eran sino sus meros vicarios… cómo, en fin, el Consejo de Regencia era un caudillo colegial cuyas peligrosas competencias, si no se podía cercenar, era preciso limitar en el tiempo, acelerando al máximo la proclamación del sucesor como rey» [1993: 63].

5 «Es difícil imaginar unas Cortes que nieguen su "acuerdo" a un proyecto de reforma constitucional presentado por el Rey y al que el pueblo ha dado solemnemente su conformidad» [Herrero, 1975].

legitimaba la actuación del rey de cara al futuro democrático. Así, el principio monárquico, teorizado por Herrero, permitía salvar las críticas internas más reaccionarias de acusación de traición por parte del rey a la continuidad con el espíritu del Régimen, abría la posibilidad de apertura y aseguraba al rey la tutela sobre todo el proceso. Indudablemente, Herrero sabía que habían riesgos. No era fácil forzar la legalidad de un régimen que se había mantenido durante 40 años, sin romperla. Y, en cierta manera, en eso consistió la Reforma Política: progresar desde la estructura del Estado hacia un modelo democrático, modulando los movimientos de acuerdo a la correlación de fuerzas existente entre las élites franquistas y la sociedad, pero sin salirse nunca de la ley[6]. En gran medida, todo el ensayo prospectivo de Herrero, quedó recogido en su artículo primero: «La democracia, en el Estado español, se basa en la supremacía de la Ley, expresión de la voluntad soberana». Con él, se admitía como efectiva la propuesta del jurista. Por un lado, que la ley era la voluntad soberana de la nación. Pero, por otro, como había pronosticado Herrero, al tratarse de una Ley Fundamental, se aceptaba la existencia de una constitución previa, que igual que las demás, debía ser refrendada por el pueblo. Es decir, se otorgaba la soberanía al pueblo español, se avalaban las Cortes, salidas del resultado de elecciones democráticas, como única institución capacitada para elaborar y aprobar leyes y se considera la opción del referéndum popular vinculante como forma de ratificar cuestiones de interés nacional. Aquel artículo 5 fue el triunfo de Herrero:

> El Rey podrá someter directamente al pueblo una opción política de interés nacional, sea o no de carácter constitucional, para que decida mediante referéndum, cuyos resultados se impondrán a todos los órganos del Estado.
>
> Si el objeto de la consulta se refiriera a materia de competencia de las Cortes y éstas no tomaran la decisión correspondiente de acuerdo con el resultado del referéndum, quedarán disueltas, procediéndose a la convocatoria de nuevas elecciones.

Justo por ello, la ley albergaba dentro de sí su propia reforma y, bajo esa perspectiva, se podía asumir que la democracia no era incompatible con aquella constitución vigente previa. Solo se

6 El mismo Herrero fue consciente en todo momento que «el establecimiento, existencia y modificación de la constitución es resultado de fuerzas políticas diversas […] pero la cláusula de revisión constitucional prevé la conversión de dichas en instituciones revestidas de competencias» [Herrero, 1975].

trataba de que el pueblo la actualizase. Y para ello el Rey, solo tenía que convocarla. En este sentido, el proceso dio la razón a Herrero, que apostó por la figura del Rey como figura promotora de la transición hacia la democracia. Cuando en 1993 recuerde el momento reformista, no dudará en reconocerse el mérito propio de haber leído bien el momento histórico:

> En síntesis los intentos del régimen de sucederse a sí mismo, el discurso del Rey ante el Consejo del Reino en marzo de 1976, invocando tanto el principio monárquico como su capacidad de recurso directo al pueblo, y en fin, la designación en junio de 1976 de un Gobierno-instrumento para la reforma, que culmina su tarea en las elecciones de 1977, son los principales hitos donde se concreta este proceso. Si yo acerté a enunciarlo con cierta anticipación se debió en gran medida al análisis de la evolución de otros sistemas y al manejo de categorías doctrinales poco al uso entre los actores y críticos de aquellas tablas. Las de Weber y Bertrand de Jouvenel, principalmente [1993: 62].

La Ley para la Reforma Política se aprobó el 18 de noviembre de 1976 por las Cortes franquistas. Como indicó José Antonio Girón de Velasco, uno de los viejos resortes de la dictadura: «Ese día se suicidó aquel régimen, le sirvió la pistola en bandeja de plata Adolfo Suárez» [1993: 16]. El harakiri se había consumado [Prieto et al., 1996; Moradiellos, 2001; Sánchez-Cuenca, 2014]. La Ley recibió el apoyo del 425 de los 531 procuradores en Cortes, el 81% de los votos. Fue sometida a referéndum el 15 de diciembre, en donde participó el 77% de la población española llamada al voto. El sí obtuvo el 94,17% de los votos[7]. Fue la última de las Leyes Fundamentales del franquismo.

Fragmentos de Estado: la segunda enseñanza de Jellinek

Como hemos intentado exponer, Herrero pretendió con su intrépido ensayo hacer frente a la rigidez constitutiva de las Leyes Fundamentales. Bajo su perspectiva, la carencia de flexibilidad de las Leyes no excluía la reforma constitucional pero sí limitaba que las fuerzas ajenas a los espacios de poder del franquismo, aunque socialmente dominantes, pudieran afectar a los elementos capitales que la dictadura había instituido. No obstante, como también había señalado

7 Conviene, no obstante, subrayar que la Ley para la Reforma Política no planteaba la celebración de elecciones que permitieran la expresión libre de la voluntad popular. En este sentido, la Ley para la Reforma tampoco aseguraba que pudieran concurrir todas las fuerzas políticas [Molinero y Ysàs, 2018].

Jellinek, en su famosa conferencia de Viena de 1906, la necesidad política tarde o temprano terminaba trasformando las constituciones. Desde esta premisa, Herrero entendió que el camino a transitar era el de la mutación constitucional. La cuestión principal era a la sazón mantener la legalidad del procedimiento de transición. Para ello, de acuerdo a las posibilidades que ofrecía las Leyes Fundamentales, según Herrero, el Rey tenía que tutelar el proceso. De este modo, si bien, el consejero de Estado reconocía la existencia de límites para el proceso de reforma que emanaban de los ordenamientos temporales, espaciales y formales para su revisión, el Rey en tanto en cuanto de acuerdo a dichos ordenamientos ejercía la representación soberana, poseía las competencias precisas para iniciarlo. Como el propio proceso puso de relieve, Herrero tenía razón cuando advirtió que era muy difícil de imaginar que las Cortes franquistas negarán un acuerdo de proyecto de reforma constitucional presentado por el rey al que el pueblo habría dado su conformidad en un referéndum.

Con este propósito en ciernes, según relata Herrero en sus memorias, lo primero que llevó a cabo, apenas tomó posesión de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia en1976, fue una conversación con el ministro de Justicia, Landelino Lavilla en donde le concretó las ideas sustanciales de *El principio monárquico*. Poco después, se iniciaría el proceso que acabaría en la Ley de Reforma Política que capitanearía Torcuato Fernández Miranda, cuyo resultado hemos reseñado, y que consistía, a su modo de ver, en la transición del principio monárquico al principio democrático.

Precisamente, Herrero con audacia auguraba el éxito del proceso de transición al hacerlo depender del hacer regio. Y, al mismo tiempo, unía la suerte de la corona al desarrollo del proceso en la medida en que consideraba que la Corona recibiría la legitimidad de ser estimada como principal motor del cambio político. Sin embargo, cuando acometa la tarea constituyente, el jurista también tomó conciencia con rapidez de que la suerte del proceso vendría determinadaigualmente por el necesario reconocimiento de las comunidades e identidades históricas[8]. Si la primera clave consistía en identificar al rey como timonel del proceso, la segunda implicaba asumir en su plenitud los «fenómenos diferenciales» como el catalán y el vasco dentro de la nueva constitución. Con este propósito Herrero rescató y prologó en 1978 un

8 «Los constituyentes teníamos tres objetivos comunes e ineludibles. En primer término, transformar la Monarquía autoritaria configurada por la legislación franquista en una Monarquía parlamentaria. En segundo lugar, establecer los límites del poder propios de un Estado de Derecho. En fin, garantizar las autonomías exigidas por los hechos diferenciales, sin mengua de la unidad española» [1993: 122].

pequeño texto de Georg Jellinek titulado Über Staatsfragmente (*Fragmentos de Estado)* [2016]. Se trataba de una conferencia que Jellinek había expuesto en la Universidad de Heidelberg para festejar el setenta aniversario del Gran Duque Federico de Baden publicado en el año 1896. Allí, el jurista alemán al analizar el ejemplo de la autonomía croata dentro del Imperio austrohúngaro concretó el «tipo empírico»[9] de «fragmento de Estado» que pretendía dar cuenta a aquellas comunidades políticas autónomas que dentro de la definición esencial de Estado no cuentan con todos los elementos propios de la estatalidad. Se trata de formaciones políticas que están sometidas al poder del Estado, pero no se disuelven totalmente en el Estado. No son Estados del todo pero tampoco, sostiene Jellinek, «meras circunscripciones estatales administrativas o entidades locales sometidas al Estado» [2016: 58]. En consecuencia, la atribución de poder público en los fragmentos, deriva siempre del mismo Estado. Es decir, el Estado les concede ciertas competencias de Gobierno, y su poder no le es propio. Tienen sus límites fijados en el derecho de la comunidad superior a él [Jellinek 1999: 487]. Si Jellinek llamó País (*Land*) a los fragmentos que pueden existir dentro del Estado, Herrero los denominará en el prólogo «autonomías con nombres» y las identificará con las «nacionalidades». A su modo de ver, esta categoría permitía racionalizar los procesos de «individualidad histórica». En otras palabras, la recuperación del concepto de Jellinek desbloqueaba, en opinión de Herrero, la consolidación de las autonomías dentro de la Constitución, que, a su vez podía ser aceptada por catalanes y vascos en la medida en que permitía el reconocimiento de estos fragmentos de Estado. En 1993, cuando vuelva al período constituyente, Herrero mantendrá su antigua posición sobre la base de la exposición de motivos que hizo en el prólogo al texto de Jellinek para incorporar a la Constitución el concepto de «nacionalidades»:

> Como historicista siempre he comprendido que si el Estado y su organización han de ser epidermis y no prótesis, la voluntad de vivir juntos que lo subyace exige, ante todo, que quienes son diferentes puedan ser reconocidos como tal y antes que querer estar juntos puedan sentirse cómodos. A eso se le llama integrar de verdad [1993: 99].

9 Bajo la estela de Weber, argumentaba el jurista de Leipzig que para alcanzar el «conocimiento jurídico estatal» era necesario encontrar «normas jurídicas para la realidad de la existencia estatal, que solamente pueden ser descubiertas considerando siempre las condiciones políticas dadas» [2016: 54].

Jellinek le ofreció a Herrero la posibilidad de integrar a la identidades históricas en el proceso constituyente. Herrero que era sensible al «hecho diferencial» vasco y catalán, tuvo muy claro que el futuro de la Constitución pasaba justamente por su reconocimiento. Precisamente por ello, tuvo también claro que sin la incorporación de vascos y catalanes al proceso, la constitucionaliza nacería muerta. De hecho, Herrero intentó dar un paso más, al pretender que la Monarquía asumiera la reivindicación de manera simbólica jurando los fueros y reconociendo la ikurriña. Tomando como ejemplo, el caso de Austria, pretendió la unidad territorial a través de la figura del monarca. El rey debía asegurar la unidad de nación. Restaba como un poder arbitrario y moderador. Sin embargo, a nuestro modo de ver, no tenemos claro que Herrero se percatase de lo que implicaba en toda su intensidad la hipótesis de Jellinek. Al reducir los fragmentos de Estado solo a los hechos diferenciales de Cataluña y País Vasco, Herrero reducía la nacionalidad política a la nación cultural [1982: 306; 1988; 1998: 179].

De los Derechos Históricos a la plurinacionalidad

No cabe duda que aquella reflexión sobre Jellinek fue fundamental para la concreción del Título VIII de la Constitución, pero no, quizá, como Herrero hubiera deseado. En aquel debate se entrecruzaron dos procesos que deberían haber tenido desarrollos distantes en el tiempo: el de la constitución territorial del Estado español y el de ordenación administrativa del país. La Constitución vigente de 1978 introdujo una importante novedad. A tenor de su reflexión, Herrero admitía el acierto de la Disposición Adicional Primera «reconoce y ampara los Derechos Históricos de los territorios forales». No obstante, no aceptó bien la posibilidad de acceso a la autonomía por medio de la vía ordinaria que la propia Constitución propiciaba. Si bien, el consejero de Estado constataba que «España era plural» [1993: 15] y que debía integrar «actitudes varias» de los «diversos pueblos» si el proceso de transición hacia la democracia quería tener éxito; también expresa con firmeza que solo existían dos o tres elementos que podían contar con existencia autónoma como fragmentos de Estado dentro de España: Cataluña y País Vasco. A su modo de ver, el acceso a la autonomía, solo podría hacerse por vía del reconocimiento de los Derechos Históricos. La Constitución debía reconocer la autonomía de estas «nacionalidades» no en base a un fundamento singular o étnico, sino jurídico. Entendiendo Herrero por jurídico, lo histórico.

La dificultad de encajar a Cataluña y Euskadi en una fórmula autonómica general fue evidente en el seno de la Ponencia que habría de redactar el anteproyecto de la Constitución. Como Herrero relató con detalles, las posiciones no eran ni teórica ni políticamente próximas. Herrero optó porque solo se reconocieran las autonomía para que consagrase «los hechos diferenciales» [1999: 153]. Fraga y un sector de la UCD abogaba «por meter en el mismo saco» las comunidades y a los municipios y las provincias; mientras que Peces-Barba y Solé Tura plantearon la necesidad de avanzar hacia una estructura federal. Como resultado del debate, el Presidente de la Ponencia estimó, y así lo recoge la minuta de la Ponencia de Constitución en su reunión del día 25 de octubre de 1977, que existía el consenso sobre «la constitucionalización de un "Estado regionalizado"». Las consecuencias son, por todos conocidas, la Constitución abrió la doble vía de la autonomía. Herrero que no estuvo de acuerdo reaccionó enviado un informe a Suárez, Abril, Alvilla y Sánchez Teherán, que más tarde, con el apoyo de Fraga y de Roca, llegaría a la ponencia constitucional el 6 de marzo de 1978, en donde se subrayaba la necesidad de solo abrir la puerta de las autonomías a las comunidades históricas: Cataluña, Navarra, Galicia y Euskadi, y que esta aparecieran nombradas en la Constitución como tal. No tuvo éxito [1993: 156]. Peces-Barba se retiró de la ponencia alegando que se había roto el consenso sobre la introducción de las nacionalidades en la Constitución [Peces-Barba, 1988: 155-130]. La salida del jurista del PSOE pilló a contrapié a la minoría catalana, que temía quedar descolgada, al grupo comunista y al grupo de ponentes en su conjunto. El hábil gesto político de Peces-Barba puso en evidencia a las fuerzas catalanas pero también hacía patente que el proceso ya no se podría hacer sin el acuerdo con el Partido Socialista, que, a partir de aquel momento, iba a hegemonizar políticamente el relato autonómico y a determinar el proceso de construcción de la organización territorial del Estado, en pos de los posteriores comicios electorales. Al día siguiente, Roca, por su parte, insistió que «en ningún caso» se diera un tratamiento privilegiado a Cataluña y Euskadi, pues podría suponer un riesgo para la autonomía de estas nacionalidades. Bajo esta perspectiva, la Disposición Adicional Primera iba a suponer una actualización de los Derechos Históricos en el marco de la Constitución mediante los Estatutos de Autonomía [Lucas Verdú, 1988: 293-314]. Pero la vía ordinaría también permitiría el acceso al Estatuto de Autonomía a otras regiones y nacionalidades. Suárez lo tuvo claro, cuando reconoció la legitimidad de Tarradellas, lo que en consecuencia significaba la asunción de la estructura de legitimad propia y originaria de la Generalitat a través del concepto de nacionalidad, pero también el reconocimiento de los fragmentos de soberanía en el conjunto del Estado.

Este desarrollo no convenció nunca del todo a Herrero [Coello Martín, 2000]. En su opinión, el fundamento del consenso constitucional debía basarse en lo que el jurista de UCD, entendía que era la Constitución Histórica de España. Bajo su punto de vista, los Derechos Históricos eran la expresión jurídica de una realidad existencial, porque, en última instancia son la personalidad jurídica de un pueblo. Esto significaba que la nueva Constitución debía reconocer derechos ya existentes. Su tarea es actualizarlos y formalizarlos de nuevo. Dice Herrero, «no remiten al autogobierno de lo que fue o pudo ser». Remiten, apunta, a la historicidad de los hechos. Es decir, a la existencia de un cuerpo político singular e «infungible» anterior al mismo pacto [2007: 37; 2015: 434]. Por ello, en el prólogo al librito de Jellinek habló en contra del «Estado regional». La regionalización suponía el «uniformismo» y la recentralización [2016: 40]. Consistía, bajo una interpretación schmittiana, en una «voluntad puramente normativista y, por ello, pseudo-racional» [1991: 120]. De igual modo, Herrero atacó la propuesta federal, en la medida en que se trataba de una fórmula de soberanía que obviaba las realidades existenciales previas. Aquí, Herrero hacia coincidir los planteamientos de Jellinek con los de Schmitt. En términos políticos, los Derechos Históricos implican la decisión última sobre el propio ser y estar del cuerpo político sobre su identidad. Por eso, el consejero de Estado pudo asegurar, que transcendían las formalidades propias de la Disposición Adicional Primera. Sus competencias nacen del pacto sobre las propias competencias entre sujetos políticos autónomos.

> La autodeterminación histórica, pues no es sino la reafirmación permanente que nunca puede agotarse ni de una u otra forma, traicionar a la propia identidad y lo que de ella, en ocasiones, es correlato dialéctico, el pacto integrado. No se es como se quiere y con quien se quiere. Sino como la propia identidad exige. Y el derecho histórico es capaz de expresa todo eso y hacerlo dinámicamente [1991: 135].

En este sentido, la necesidad de pacto proporciona a los Derechos Históricos su capacidad integradora en el Estado, de manera que el texto constitucional excede su puro formalismo jurídico al integrar una visión existencial. En última instancia, lo que Herrero venía a proponer era la necesidad de que durante el proceso transicional las nacionalidades, los cuerpos políticos anteriores al pacto, alcanzaran a ser fragmentos de Estado, es decir, estar en posibilidad de acordar con el Estado la competencia sobre las propias competencias. Esto consiste, según Herrero, en decidir, por el necesario acuerdo, sobre el otro la compartición de soberanía: un régimen de cosoberanía.

Los titulares de los Derechos Históricos, según Herrero, eran, por un lado, Navarra, Euskadi y sus Territorios Históricos y, de otra, mediante una interpretación sistemática de la Adicional Primera, conjuntamente con el art. 148,1,8ª y la Transitoria 2ª de la propia Constitución, Cataluña y Galicia. Como ya hemos señalado, las convicciones monárquicas de Herrero, le llevaron a afirmar que la Corona como símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56,1 CE) debía ser el referente de dicho pacto. Del mismo modo que los Derechos Históricos, la monarquía tenía para Herrero, un fundamento, como vimos, supraconstitucional, existencial.

Sin embargo, la Constitución acabó proporcionando a los entes preautonómicos dos caminos para convertirse en autonomías. De esta manera, el problema de la forma de organizar el Estado quedó disuelto en una forma administrativa de ordenarlo que no convencía a Herrero. Bajo su criterio la generalización suponía «una formula excesivamente holgada para las necesidades de España». La pluralidad de realidades existenciales quedaba así disuelta en una realidad existencial, la nación española [2014: 596]. El consejero de Estado fue más tajante en un texto de 1981 titulado «De la práctica a la realidad constitucional»:

> En España, el Estado puede coexistir con dos o tres «fragmentos de Estado», justificados por hechos diferenciales que les sirven de base. No puede diluirse en una fragmentación innecesaria del Estado, cuya única razón es la mímesis, primero, y la inercia después [1982: 306].

En síntesis, Herrero, tomando como ejemplo la vieja Hungría, mediada por el conciso texto de Jellinek, planteó la necesidad de que la Constitución reconociera los Derechos Históricos que expresaban la plurinacionalidad española [1999: 44]. Consciente de que la viabilidad del proceso pasaba por la integración dentro del Estado de su diversidad existencial, logró introducir el término «nacionalidades» en la Constitución. España se revelaba por tanto como una «nación de naciones» [1993: 98] que albergaba en su seno un plurinacionalidad heterogénea que los Derechos Históricos determinaban y que, a su vez, diferenciaban del resto del territorio estatal. Lo que exigía, a su entender, el reconocimiento de una dosis de asimetría política. Sin embargo, a su modo de ver, el Título VIII vino a suponer la sustitución del «uniformismo provincial» por un «neouniformismo autonómico», sin matriz existencial alguna. Por ello, intentó, aunque sin éxito que el mapa territorial quedara cerrado en la Constitución. En otras palabras, si la plurinacionalidad era la forma de la cosa que persevera en su ser, el derecho debía responder

a esa forma [Herrero, 2010: 38]. Lo que para Herrero significaba que, en último término, la Constitución no era fiel a ese espíritu. En realidad, era ambigua, como todo proceso constituyente lo es tras la salida de una dictadura. Finalmente, el texto constitucional se inclinó por un diseño federal casi homogéneo que el jurista había intentado evitar por todos los medios. Las nuevas élites políticas de UCD y del PSOE ganaron la partida en su deseo de organizar y canalizar los intereses y poderes provinciales en el nuevo tiempo histórico, que era, en el fondo, el gran temor de Herrero[10].

Una nota conclusiva: la vuelta a Ortega

El bicentenario de la Constitución de Cádiz promulgada el 19 de marzo de 1812, sirvió a Herrero [2013] para ajustar cuentas nuevamente con la Constitución española de 1978. Para el consejero de Estado, la constitución gaditana no ofrece un espejo donde mirarse. No puede ser proyectada sobre el presente. Fue disfuncional como consecuencia de que careció de consenso en su momento constituyente. A diferencia de aquella constitución, en la de 1978, sostiene, «el consenso fue un a priori material del proceso constituyente si bien existieron diferentes estrategias para alcanzarlo y diversas formas de instrumentarlo» [2013: 192]. Por tanto, la gran diferencia, estaba en que, a su criterio, la Constitución de 1978 a diferencia del texto de 1812 no se había concebido sobre una voluntad unilateral. La forma política del Estado español de monarquía parlamentaria, además, confirmaban al rey en su papel de símbolo de la unidad de España y permanencia del Estado. Además, la Constitución vigente se separó de la de 1812, en lo relativo a la configuración territorial del Estado. La Constitución de 1978 dejó, según Herrero, de lado el centralismo de la constitución gaditana para configurar el Estado organizado territorialmente en Comunidades Autónomas. Pero, como resumimos en su momento, el jurista denunció de nuevo que los Pactos Autonómicos de 1981 y el proyecto de la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) aprobada por las Cortes el 30 de julio de 1982, aunque anulada en gran parte esta última en 1983, generalizaron el sistema autonómico imponiendo «un paradigma uniformista» [2013: 219]. Las consecuencias del «café para todos», según Herrero

10 «Se eliminarán así los cuerpos más vivos de nuestro régimen local –la provincia– sustituyéndose por municipios y comunidades, ambos de mucho menor calado, especialmente las segundas, y que ¡para colmo! están llamadas a ser controladas por la izquierda, al menos en gran parte» [1982: 305].

han provocado una reacción centralista, y como efecto directo, sostendrá el aumento de «las reivindicaciones de quienes por sentirse diferentes quieren que se les reconozca como tales y tienen capacidad efectiva para ello» [2013: 233]. Para resolver, esta situación Herrero no dudó en proponer:

> restablecer el principio de asimetría reconociendo la singularidad institucional y competencial de las diferentes identidades nacionales. Identidad que no depende de una autocalificación estatutaria sino de una historia constituyente expresada en instituciones jurídicas públicas y privadas, lengua propia y conciencia de la respectiva singularidad. La relación del Estado con ellas debe ser paccionada como ya ocurre con Navarra, de manera que su modificación no pueda ser unilateralmente decidida por una u otra de las partes con la consiguiente seguridad para ambas [2013: 254].

Llegado el momento, Herrero invocó a Ortega y su dicotomía entre ensimismamiento y alteración, para sostener que el retorno sobre sí, conduce a la reclusión y la alteración a la extroversión del sujeto para alertar, pese a conocer de la dificultad para ponerles en práctica, de la necesidad de acometer con reserva los cambios constitucionales. En el fondo, la vuelta a Ortega significaba el retorno a una España sobre la base de las provincias. En verdad, a un país que poco o nada tiene que ver con el del presente. De la mano del filósofo madrileño, recordó que lo adecuado era volver al momento existencial previo para entender el reconocimiento de las diferencias pero solo de las identidades nacionales históricas. Con ello, Herrero se olvidó a propósito de su querido Jellinek, que en *Reforma y mutación de la Constitución* [1906] había precisado aquellos cambios constitucionales que no eran contemplados por el constituye porque no eran previsibles al inicio, pero que son sobrevenidas por el tiempo histórico y le dan un nuevo sentido a la Constitución. Pero también, negaba, lo que significa la fragmentación de soberanía y por tanto la cosoberanía. En verdad, la Constitución española no ha sido fiel a su espíritu que permitía el reconocimiento de esto fragmentos de soberanía. Pero no por una cuestión de paradigma uniformista de ordenación territorial, sino porque el Estado ha tenido suficiente poder como para imponer una homogeneidad en contra del espíritu emanado de la Constitución española. Sin embargo, en la actualidad la propuesta del jurista conservador, ha discurrido por un vuelta al patriotismo constitucional del 78 [Núñez Seixas]. Por ello, las

palabras recogidas en su memoria sobre la UCD revelan con toda su intensidad el objetivo reformista de su proyecto: «que cambiara el Estado y permitiera el cambio social sin cambiar de sociedad ni de Estado»[1993: 123].

Bibliografía

AA. VV. (2016): *Derecho político español. Según la Constitución de 1978. I. Constitución y fuentes del Derecho*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, UNED.

Baby, Sophie (2018): *El mito de la transición pacífica. Violencia y política en España (1975-1982)*, Madrid, Akal Editorial.

Casals, Xavier (2016): *La Transición española. El voto ignorado de las armas*, Barcelona, Pasado y presente.

Cayuela, Salvador (2014): *Por la grandeza de la patria. La biopolítica en la España de Franco*, México, FCE.

Coello Martín, Carlos (2000): «Consideraciones sobre la obra de Miguel Herrero de Miñón en torno a los *Derechos Históricos*», *Teoría y Realidad Constitucional*, 1, pp. 399-436.

De Esteban, Jorge (1973): *Desarrollo político y Constitución española*, Barcelona, Ariel.

Fernández Carvajal, Rodrigo (1969): *La Constitución española*, Madrid, Editora Nacional.

Fernández Sarasola, Ignacio (2002): *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*, Oviedo, Universidad de Oviedo.

Girón De Velasco, José Antonio (1993): *Si la memoria no me falla*, Barcelona, Planeta.

Herrero de Miñón, Miguel (1972): *El principio monárquico. (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Madrid, Cuadernos para el diálogo.

——— (1975): «La revisión de las Leyes Fundamentales», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, marzo, pp. 249-275.

——— (1982): *Ideas para moderados*, Madrid, Unidad Editorial.

——— (1988): «Los territorios históricos como fragmentos del Estado», *Los derechos históricos vascos* (II Congreso Mundial Vasco), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 263-280.

——— (1993): *Memorias de estío*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy.

——— (1998): *Derechos Históricos y Constitución*, Madrid, Taurus.

——— (1999): «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos», *Rev. Int. Estud. vascos*, 44, 2, pp. 309-322.

——— (2007): «Los Derechos Históricos y el principio pacticio», *Ivs Fvgit*, 15 (2007-2008), pp. 35-54.

——— (2010): «El derecho constitucional a la plurinacionalidad», *Iura Vasconaia*, 7, pp. 31-51.

——— (2013): *Cádiz a contrapelo. 1812-1978: dos constituciones en entredicho*, Barcelona, Galaxia Gutenberg.

——— (2015): «La singularidad vasca en la actualidad», *Iura Vasconaia*, 7, pp. 425-437.

Jellinek, Georg (1991): *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. Christian Förster,

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

——— (1999): *Teoría General del Estado*, Granada, Comares.

——— (2016): *Fragmentos de Estado,* Madrid, Editorial Civitas.

Lucas Verdú, Pablo (1988): «Los Derechos Históricos como Constitución substancial del Pueblo Vasco», *Los derechos históricos vascos*. (II Congreso Mundial Vasco), Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, pp. 293-314.

Molinero, Carme; Ysàs, Pere (2018): *La Transición. Historia y relatos*, Madrid, Siglo XXI Editores.

Moradiellos García, Enrique (2001): «La transición política española: el desmantelamiento de una dictadura», *Sistema*, 160, pp. 55-74.

Morán, Gregorio (2015): *El precio de la Transición*, Madrid, Akal.

Muñoz Soro, Javier (2006): *Cuadernos para el Diálogo* (1963-1976), Madrid, Marcial Pons.

Núñez Seixas, Xosé Manuel (2005): «From National-Catholic nostalgia to constitutional patriotism: conservative Spanish nationalism since the early 1990s», *The Politics of Contemporary Spain*, ed. Sebastian Balfour, Londres, Nueva York, Routledge, pp. 121-155.

Ollero, Carlos (1973): «Desarrollo político y Constitución española», *Boletín Informativo de Ciencia Política*, 13-14, pp. 5-26.

Palacio Artad, Vicente (1988): *Juan Carlos I y el advenimiento de la democracia*, Madrid, Real Academia de Historia.

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1988): *La Elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Prieto, Joaquín, Juliá, Santos y Pradera, Javier, coord. (1996): *Memoria de la transición*, Madrid, Taurus.

Reig Tapia, Alberto (1990): «Aproximación a la teoría del Caudillaje en Francisco Javier Conde», *Revista de Estudios Políticos*, 69, pp. 61-81.

Sánchez Soler, Mariano (2010): *La transición sangrienta. Una historia violenta del proceso democrático en España (1975-1983)*, Barcelona, Península.

Sánchez-Cuenca, Ignacio (2014): *Atado y mal atado. El suicidio institucional del franquismo y el surgimiento de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial.

Schmitt, Carl (1958): *Verfassungslehre*, Berlín (Madrid, Alianza Editorial, 1982).

Sevillano, Francisco (2010): *Franco. Caudillo por la gracia de Dios*, Madrid, Alianza Editorial.

Villacañas Berlanga, José Luis (2014): *Historia del poder político en España*, Madrid, RBA.