

TRASLATIO IMPERII IMPERIO IURIS
El caso de la transición política española

*Comunicación del académico correspondiente Miguel Herrero de
Miñón, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 14 de junio de 2017*

*Recepción a Miguel Herrero de Miñón,
a cargo del académico de número Natalio R. Botana*

Recibimos hoy al académico de número Don Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón de la hermana Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Como verán ustedes esta ocasión es propicia para la remembranza por varios motivos. Primero, porque me une con Miguel Herrero una antigua amistad nacida hace más de medio siglo en los claustros de la Universidad de Lovaina: como diría Raymond Aron, aquellos fueron los años alegres de la década del sesenta en que dos *petits camarades* —uno en ciencias políticas; el otro en filosofía— conversaban, con más preguntas que respuestas, acerca del porvenir. No se los podía pedir mucho más a dos muchachos veinteañeros en una circunstancia en que las ideas se disparaban raudamente y Europa ponía pie en el acelerador para impulsar el ambicioso proyecto de la integración económica y política. Muy poco tiempo había transcurrido desde que, en 1957, los seis miembros fundadores -Francia, la República Federal Alemana, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo- estamparan su firma en el Tratado de Roma que dio origen la Mercado Común Europeo. En Lovaina, la de Erasmo y Lipsius, latía entonces con vigor esa conciencia europea en formación.

Desde luego, ante ese esfuerzo con ánimo de volar alto, nuestros dos países, España y Argentina -por ende también nosotros- hacían las veces de espectadores apasionados. Nos guiaban los autores *à la page* y, al menos este es mi recuerdo, a Miguel le atraía el gran proyecto “orteguiano” (por Ortega y Gasset) de que España pudiese incorporarse a un proyecto que

conjagara los ideales de la paz con los ideales de la deliberación y el consenso. España en Europa, España en la modernidad. Para Miguel Herrero era cuestión de aguardar y apostar para que el tiempo de la reconstrucción española pudiese al fin llegar.

La apuesta pudo felizmente consumarse diez años después, cuando España se internó en el período más fecundo de cuantos conoce su historia moderna y contemporánea. Tal fue el momento histórico en que se consumó esa obra del arte político que recibió el nombre de Transición española a la democracia. Tuvo razón Manuel Jiménez de Parga al afirmar que dicha transición “se llevó a cabo de forma admirable, para asombro de propios y extraños”. Tan notable fue ese asombro que el concepto de transición fue receptado con rapidez por la ciencia política y estirado por doquier para abarcar diversas experiencias de tiempo y lugar. El concepto de transición englobó así una multitud de fenómenos comprendidos en el pasaje de un régimen autoritario a un régimen democrático. Sin embargo, si tuviese que recurrir a una imagen cara a Tocqueville, el punto de partida que abrió el abanico de esa conceptualización se lo debemos a España y a todos los españoles, a los de adentro de la Península y a los de afuera que habían emprendido el camino del exilio.

En esa fragua Miguel Herrero desempeñó un papel de primerísimo nivel, tanto teórico como práctico, colaborando desde el Ministerio de Justicia en la primera ley de amnistía, en 1976, y en la posterior ley para la Reforma Política. Estos primeros pasos no sólo respondieron a la voluntad de dar vuelta la página de un pasado agónico que no careció de aspectos constructivos en los planos administrativo y económico pues la sociedad española había cambiado sustancialmente a lo largo de treinta años. También esos avances pudieron contar muy pronto con una teoría política y constitucional que diese sustento a dicho empeño reformista.

En este campo sobresalió la enjundia teórica de Miguel Herrero. En 1971 nuestro colega había publicado su libro *Nacionalismo y constitucionalismo*, originado en su tesis doctoral presentada en 1965 en la Universidad Complutense de Madrid, y un año más tarde dio a conocer una pequeña obra titulada *El*

principio monárquico que bien puede ser considerada uno de los fundamentos teóricos de la transición que despuntaría cuatro años después. La piedra de toque de su argumentación reside en aprovechar al máximo la regla de sucesión que las leyes entonces vigentes fijaban para guiar el tránsito del caudillismo a la monarquía. En la Introducción a dicho texto dice Miguel Herrero: “La autoridad hoy personalizada se transferirá a unas instituciones porque, como bien es sabido, el carisma no es susceptible de rutinización hereditaria. Al menos a corto plazo, en expresión de Max Weber, tales instituciones no tendrían otra legitimidad que su legalidad”. Este, en efecto, era el quid de la cuestión: cómo arrancar de la legalidad establecida una nueva legitimidad; cómo, en suma, alentar ese tránsito de la mano de una ética reformista en medio de las acechanzas de las pasiones encontradas de carácter revolucionario y reaccionario. En los términos de Guglielmo Ferrero —la otra figura arquetípica en lo referente a la legitimidad junto con Max Weber— se trataba de encaminar las cosas para que los principios de legitimidad monárquico y democrático pudiesen coexistir en paz en una fórmula dotada de amplio consenso.

Sabemos que terminó prevaleciendo la ética reformista. En rápido trámite, esta disposición del espíritu constructivo llegó a su punto culminante cuando se aprobó la Constitución de 1978. Miguel Herrero fue uno de los padres de ese proyecto; fue uno de los siete ponentes en nombre de la UCD que lo redactaron. Todos ellos, entre los cuales sobresalían por ser bien conocidos por nosotros, Gregorio Peces-Barba por el PSOE y Manuel Fraga Iribarne por Alianza Popular. Lo demás vendría después y con intensidad, pues había que cosechar los frutos de la participación y de la palabra. En los días de Lovaina admirábamos (lo seguimos haciendo) al inolvidable maestro Georges Vedel. En un coloquio que tuvo lugar en 1962, Vedel sostuvo que “la democracia es un conjunto de diálogos”. A esos diálogos, que no rehuyeron la aspereza de la discusión política, Miguel Herrero consagró los años que transcurrieron a partir de 1978: portavoz en el Congreso de Diputados desde los rangos primero del oficialismo y luego de la oposición, y partícipe de una opinión pública que recibió su savia en la prensa escrita, en la radio y en la televisión. No le bastó a

Miguel Herrero con corredactar una constitución. Se lanzó de inmediato al ruedo y protagonizó la trayectoria de esa ley de leyes en los primeros tramos de su existencia. Asumió esa vocación no al modo de un pretensioso guardián platónico, sino a la manera de un demócrata que encarna un destino vital. Obtuvo logros, premios y reconocimientos, y actualmente en Madrid, muy cerca de su casa, es miembro del Consejo de Estado. Añadiría algo más de carácter íntimo: por feliz circunstancia una de sus hijas ha contraído matrimonio con el hijo de mi antiguo colega en esta Academia Alberto Spota, a quien en este acto evoco con afecto.

El comportamiento ciudadano, que he reseñado escuetamente, no fue óbice para que Miguel Herrero siguiese publicando en la materia que le es propia, el derecho constitucional: *Idea de los derechos históricos* de 1991; *Derechos históricos y Constitución* de 1998, *El valor de la Constitución* de 2002. Me queda por citarles una perla que no dudo en recomendar. Me refiero a *Cádiz a contrapelo, 1812-1978: dos constituciones en entredicho*, publicado recientemente en 2013. En este libro fundamental para entender las peripecias de la Constitución fracasada de Cádiz de 1812 y los aciertos de la Constitución de 1978, nuestro colega nos señala, en los párrafos finales: “El éxito de la Transición española, difícilmente discutible, se debe a que el estado se reformó, pero no se demolió”. Una advertencia indispensable para nosotros y que, acaso, podría servir de preámbulo a las palabras que de inmediato escucharemos. Miguel Herrero de Miñón, gracias por su presencia en esta casa que es su hogar académico en Buenos Aires.

TRASLATIO IMPERII IMPERIO IURIS **El caso de la transición política española**

Por el académico correspondiente

DR. MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

Señora Presidenta de la Academia Argentina de Ciencias Morales y Políticas; Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho; señoras y señores académicos.

Ante todo, muchas y muy sinceras gracias a tan ilustres instituciones por acogerme en su seno y a sus muy distinguidos presidente por honrarme con su presencia en esta sesión conjunta. Gracias, también, por su generosa *laudatio*, al ilustre profesor y académico Natalio Botana. Gracias, en este caso cargadas de viejos afectos a mi amigo de muchas décadas, el Profesor Botana, de quien tuve el honor de ser compañero en la Universidad de Lovaina en años de formación decisivos para ambos y cuya obra bien conocida, *El Orden Conservador* me ha permitido, como después expondré, comprender mejor, aunque retrospectivamente, el

proceso histórico en el que la transición española, objeto de la presente disertación se inserta.

El título latino de mi disertación, simbólico homenaje a la educación clásica que, a mi juicio, está en la raíz, tanto de derecho como de las ciencias morales y políticas revela la especificidad de la transición política española. Hubo en efecto un tránsito de la autoritarismo a la democracia, una verdadera "traslatio imperii" desde la Jefatura del Estado que el autoritarismo había moldeado sobre la Teoría del Caudillaje, hasta el pueblo titular de la soberanía nacional según el art 1,2 de la vigente Constitución española, titularidad cuya realidad demuestran dos referendas constitucionales y periódicas y limpias elecciones generales. Y el transito se hizo sobre la base del derecho.

Ha habido en los últimos cincuenta años numerosas transiciones desde el autoritarismo a la democracia y la mayoría de ellas en la Europa mediterránea e Iberoamérica. Pero la transición española se ha caracterizado frente a las demás, por ser extremadamente legalista. Si la racionalización jurídica de la política es lo que caracteriza la modernidad, nuestro acceso a la plenitud democrática fue un proceso de modernización, porque la política, que es conflicto y decisión, se insertó en un orden concreto y se formalizó en normas.

Es claro que la transición fue, ante todo una operación política que el derecho instrumentó, y esa es su mayor virtud: la utilidad al servicio de la integración del cuerpo político. Nadie lo vio tan pronto y lo expreso tan claramente como el ilustre jurisconsulto y polígrafo argentino Juan Bautista Alberdi, para quien la Constitución fue el principal instrumento de construcción nacional.

Hace pocos días, en la Universidad de Buenos Aires, en un acto que muchos de Vds. honraron con su presencia, expuse los hitos principales de la transición política española, pero lo hice ateniéndome al hilo conductor de los hechos. Esto es, a una historia episódica y eso convenía en una colación de grados en una Universidad que, como es propio de tal institución, acrecienta el

saber mediante la investigación y lo transmite mediante la instrucción. Pero las Academias, como las aquí reunidas, son otra cosa, Al decir de Schleiermacher, su función característica es reunir en docto coloquio, a los cultivadores de la ciencia con los experimentados cualificados en sus aplicaciones prácticas –así, los microbiólogos con los clínicos, los juristas con los abogados- para su mutuo enriquecimiento porque, sabido es, que la práctica es la mejor crítica de la teoría y ello se eleva a una potencia superior cuando, como en esta ocasión, se reúnen en una misma sesión la Academia de Ciencias Morales y la de Derecho.

Por eso hoy pretendo sacar a luz en este docto recinto, no tanto los hechos de la transición política española y de su articulación jurídica, como las categorías que de tales hechos resultan y que de tales hechos dan razón.

A mi juicio, esta formulación jurídica de la transición política, tan alabada por doquier y tan difícil de imitar, fue posible por la extensión e intensidad de la conciencia de legalidad en la España de los años setenta, fruto de la consolidación de lo que Garrido Falla, ilustre jurista español bien conocido en estas latitudes, denominó el Estado Administrativo de Derecho.

En efecto, es bien sabido que el autoritarismo carecía de una verdadera constitución. Las Leyes Fundamentales, desde el Fuero del Trabajo de 1937 a la Orgánica del Estado de 1966, por su buscado arcaísmo y su fragmentariedad y heterogeneidad técnica, no eran una constitución, ni siquiera en el sentido en que lo fuera la Constitución autoritaria portuguesa de 1932. E, incluso, sus previsiones normativas eran un futurible ya que pendían del cumplimiento de las previsiones sucesorias; pues, entre tanto, seguía vigente la omnímoda potestad del Jefe del Estado, según las leyes siempre en vigor de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939.

El Estado autoritario era consciente de su precaria legitimidad en una época en que la conciencia democrática se había generalizado en el mundo al que decíamos pertenecer. Pero, preci-

samente, ese innegable déficit democrático hacía que se diera más importancia a la legalidad formal.

Durante los años cincuenta y como preparación al gran desarrollo económico de la década siguiente, vieron la luz, impulsadas por un político que también utilizó el derecho como instrumento de progreso y modernización, el Profesor López Rodó, una serie de grandes leyes, principalmente sobre Expropiación Forzosa, en 1954; Jurisdicción Contencioso-administrativa, en 1956; régimen jurídico de la Administración del Estado, en 1957; y Procedimiento Administrativo, en 1958, ninguna del todo superada, que configuraron un verdadero Estado de Derecho en cuanto al ejercicio cotidiano de las competencias administrativas y su control. La política podría seguir siendo arbitraria, pero la Administración no. Jueces y funcionarios aplicaron las leyes con ejemplar escrupulosidad; los juristas hicieron amplias y ambiciosas construcciones que la jurisprudencia y la doctrina legal del Consejo de Estado asumió, y los administrados aprendieron a defender sus derechos. La posición jurídica del administrado fue la más eficaz escuela de su ciudadanía.

La transición presidida por el legalismo y su misma culminación en una constitución normativa y cargada de valores jurídicos sólo es comprensible a partir de esa protohistoria administrativa. Baste pensar, por ejemplo, que artículos como los 9, 103 ó 106 CE, que llevan a la realidad el calificativo de Estado de Derecho del artículo 1.1 de la misma Norma Fundamental, son transcripción, a veces literal, de la doctrina consagrada por Sentencias del Tribunal Supremo, Dictámenes del Consejo de Estado y monografías de los administrativistas españoles de la época, especialmente García de Enterría. El artículo 9 de la Constitución está, de hecho, prescrito en los índices de la Revista de Administración Pública.

Ese Estado Administrativo de Derecho presidió un acelerado crecimiento económico hasta hacer de España, en vísperas de la transición la octava potencia industrial del mundo con una sociedad de clases medias. En singular paralelo con la experiencia histórica argentina, en España, lo que nuestro docto

colega y viejo amigo mío, el Doctor Natalio Botana, ha denominado “el orden conservador”, esto es la mixtión de rígido gobierno oligárquico y difusión de la libertad civil, terminó dando a luz quisieralo o no, un orden democrático. Aunque no todos los autoritarismos respondan a un proyecto liberal como fue el caso de Alberdi, la historia se impone a los que sin saberlo la hacen.

Y es a partir de esa experiencia que ha impregnado de juridicidad a gobernantes y gobernados como se planteaba la necesidad de, una vez desaparecido el gobernante autoritario, establecer un sistema democrático, sin quebrar la legalidad aunque fuera, en famosa expresión de Lukàcs, “forzándola”.

Tres fueron las fórmulas propuestas para dicha operación. Por una parte, hubo quien consideró el sistema suficientemente bueno como para durar, y abogó por un equilibrio estable en el que los oligarcas -gerontes y estatócratas- contrapesarían el poder regio e, incluso, darían lugar a un parlamentarismo de privilegiados, instrumentado a través del principio áulico. Ésta era la posición cuyo mejor exponente fue el Prof. Fernández Carvajal, en su libro *La Constitución Española* (Madrid, 1969), y a su consolidación respondieron las leyes de julio de 1972 en torno a los diferentes supuestos sucesorios.

También hubo quien consideró deseable y, en todo caso, inevitable la transición, y confió en una progresiva autodemocratización de las Cortes que paulatinamente introduciría prácticas parlamentarias en nuestro sistema, siguiendo el modelo de evolución de la Inglaterra georgiana tantas veces invocado al respecto. El mejor exponente de esta posición fue la obra dirigida por el Prof. Jorge de Esteban, *Constitución y Desarrollo Político* (Madrid, 1973); y los proyectos de reforma del primer Gobierno de la Monarquía inspirados por Fraga e instrumentados por Arias Navarro parecen apuntar en esta dirección. Si, lo que era imposible, tales proyectos hubieran prosperado, la ansiada transición se hubiera dilatado varias décadas.

Hubo, en fin, quien apostó por una efectiva ruptura democrática, amparable formalmente en la legalidad a través del

Principio Monárquico, de manera que el Rey, órgano de soberanía según las Leyes Fundamentales, desempeñara la función de *piloto del cambio*, como el Rey patriota propugnado por Bolingbroke. Tal es la tesis que defendí en mi libro *El Principio Monárquico* (Madrid, 1972).

El Rey patriota, en busca de su relegitimación, y de cuya posición prodemocratizadora hay sobrados testimonios externos e internos, invocó formalmente el Principio Monárquico -ante el Consejo del Reino, en marzo de 1976-, forzó la dimisión del Gobierno y formó otro que le sirviera de instrumento para la plenademocratización en julio de 1976. Ahora bien, bajo la autoridad regia lo cierto es que el Gobierno consiguió la colaboración de las instituciones oligárquicas del autoritarismo para la transición. Los oligarcas también fueron patriotas

Nuestra transición fue obra de juristas. De ahí la gran importancia que tuvo en su instrumentación el Ministerio de Justicia, del que yo me honré en ser Secretario General en aquellos días. Su titular, Landelino Lavilla, fue, en palabras de García de Enterría, el máximo artífice jurídico de la transición. Los juristas demostraron que, cuando se saben artesanos de una solución útil en vez de esclavos de uno u otro dogmatismo, el derecho, engranando intereses contrapuestos y ofreciendo cauce a decisiones que, por sí solas, hubieran chocado como corrientes enfrentadas, cumple ejemplarmente su función de paz.

Y los problemas políticos del más alto calado se refractaron a través de categorías jurídicas e interpretación de normas. Principio Monárquico, intangibilidad de los Principios Fundamentales, carácter decisorio o prospectivo del referéndum, orden de éste con relación a la intervención de las Cortes, alcance del dictamen preceptivo del Consejo Nacional, eran opciones dogmáticas, pero que cobijaban claras intencionalidades políticas. La lucha por y contra la democracia fue en España, en todo caso, un ejemplo de la “lucha por el derecho” para repetir el famoso título de Jhering y eso creo yo que contribuyó decisivamente a su carácter pacífico por encima de las indudables tensiones del momento.

Pero si el derecho sirvió a la transición política y en ello trabajamos lo legistas de Estado, no es menos cierto que la misma transición puede iluminar la naturaleza del derecho constitucional. Conocidaes la trilogía de Carl Schmitt sobre a conceptualización del derecho: norma, decisión y orden concreto. La transición española desde una constitución autoritaria a otra democrática, desde la ley a la ley, muestra que los tres conceptos del derecho pueden coincidir en una sola práctica.

La transición se articuló en una serie de decisiones políticas de expresión jurídica. Primero la del Rey en pro de la democracia, nombrando un gobierno fiel a tal encargo y utilizando sus competencias soberanas reconocidas en la entonces vigente Ley Orgánica del Estado, la de las instituciones autoritarias –Cortes estatocráticas y Consejo Nacional gerontocrático, para utilizar las categorías de Bertrand de Jouvenel- la de las Cortes Constituyentes elaborando una Constitución por consenso, la del pueblo español votando en referéndum, primero la Ley para la Reforma y, después, la propia Constitución.

Pero esas y otras decisiones concurrentes al mismo proceso, se expresaron en normas de rango legal, desde la amnistía de Julio de 1976 a las normas electorales e 1977 y en una constitución normativa que proclama su supremacía sobre todo el orden jurídico.

Y todo ello no se hizo en el vacío. Parafraseando la Escritura, no se hizo “en un desierto poblado de aullidos”, sino en el seno de un orden concreto preexistente, porque el derecho no es solamente un deber ser, sino un ser-ya-ahí y eso lo sabe por experiencia el funcionario, el juez y, sobre todo, aunque resulte paradójico el legislador. Un orden concreto configurado por leyes y costumbre, valores y prácticas, por creencias y hasta por vicios. Un orden concreto que da carne y sangre al ordenamiento jurídico con el que Santi Romano identifica a cada Estado real. Citando de nuevo a Jhering cabe decir que la conciencia jurídica de un pueblo es un prius a la conciencia de su identidad.

Volviendo sobre el caso español, el orden concreto en que se insertó la transición española hasta culminar en la vigente Constitución se integraba por la cultura jurídico-administrativa a la que antes me referí, por las declaraciones de derechos universal y europea, por la necesaria separación entre la Iglesia y el Estado, por la Corona, motor de la propia transición, hecho de fuerza normativa que servía de eficaz mediador entre las viejas y las nuevas legitimidades. Era impensable, por ejemplo, no constitucionalizar la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuando así se reconocía desde la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, con mayor alcance que en muchas otras democracias europeas. Era urgente, porque así lo exigía la conciencia social, redactar una amplia parte dogmática que superase las ambigüedades y las “brechas” del retórico Fuero de los Españoles de 1945, y separar la Iglesia y el Estado cuando así lo exigía insistentemente la primera desde el Concilio Vaticano II. Era preciso constitucionalizar como forma del Estado la monarquía que se identificaba con la historia de España que estábamos encargados de continuar. El orden concreto que hace fecunda la noma y evita la arbitrariedad improvisada de la decisión, que nutre el derecho de hoy y le permite adaptarse a las necesidades del mañana. El orden concreto que, en su mayor acepción, asegura la continuidad del Estado y de la vida nacional. La que hace de la norma función y no prótesis del pueblo-.

Y termino con tres conclusiones que resultan de lo expuesto: Primero, nuestra transición no fue, como a veces se quiere presentar, una gigantomaquia. Quienes, a uno u otro nivel, tuvimos responsabilidades en ella, sabemos que sólo hicimos lo que la sociedad española en su conjunto quería y sus instituciones más representativas empezando por el Rey, con razón calificado por los historiadores como “piloto del cambio” apoyaron: alcanzar pacíficamente y sin exclusiones la plenitud democrática. La norma elevó a normativo lo que era normal. Se plegó a la fuerza normativa de los hechos de nuestra historia viva (Monarquía, Nacionalidades) y nuestra conciencia social (cultura democrática).

La gran virtud del sistema proporcional fue hacer más fiel a la realidad política la representación parlamentaria.

Segundo, la cadena de la legalidad pudo soportar el tránsito, no sólo por su corrección formal, sin duda valiosa, sino porque el cambio de régimen giró en torno a un polo común, capaz de cristalizar viejas y nuevas legitimidades: la Monarquía. La Corona no fue sólo motor del cambio, sino su estrato protector. Y es la falta de ese polo lo que hace dramáticas y complejas otras transiciones en ciernes.

Por último, todo eso se hizo con el derecho en la mano, tanto por los juristas como por los no juristas, porque recurrir al derecho es utilizar las normas sabiamente, prudentemente, para que cumplan su función de justicia, paz e integración. El derecho de los buenos juristas y de los buenos ciudadanos que recurren a él no es un rígido lecho de Procusto que sirve para deformar y torturar la realidad, ni un arma arrojadiza para descalificar al adversario que, como conciudadano, nunca puede ser enemigo. Antes bien, el derecho es un instrumento de resolución de conflictos, de compensación de intereses en apariencia contrapuestos radicalmente, de unión de voluntades. La transición española vista *sub spe áe iuris* demuestra que la verdadera lucha por el derecho fue y debe seguir siendo, ante los nuevos desafíos y esperanzas que se nos plantean, la lucha por la comprensión recíproca y la común libertad, y viceversa, también.

