

## UNA CONTRIBUCION CAPITAL PARA «APREHENDER» EL SIGNIFICADO DE LA DISPOSICION ADICIONAL PRIMERA DE LA CONSTITUCION (\*)

Por PABLO LUCAS VERDU

### SUMARIO

I. UN ASUNTO DIFÍCIL, IMPORTANTE E «IRRITANTE».—II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DEL ESTUDIO.—III. LOS DERECHOS HISTÓRICOS COMO CATEGORÍA DOCTRINAL.—IV. CONCLUSIÓN.

#### I. UN ASUNTO DIFÍCIL, IMPORTANTE E «IRRITANTE»

He leído con el interés que merecen siempre las aportaciones de Miguel Herrero de Miñón al Derecho constitucional. En este caso estudia la idea de los derechos históricos sobre los que versa la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de nuestra Ley Fundamental.

Escuché atentamente el discurso del autor con motivo de su reciente ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. En su lectura resumió su posición ante tema tan significativo en nuestro ordenamiento constitucional.

Ahora, en el sosiego veraniego, lo he analizado cuidadosamente, de modo que voy a exponer algunas reflexiones al hilo de la lectura de este libro.

Parece superfluo indicar que se trata de un asunto *difícil*: ¿Cómo enten-

---

(\*) *Idea de los derechos históricos*, Col. Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

der y explicar el contenido significativo de la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de nuestra Constitución de modo satisfactorio? Empresa dificultosa porque implica el conocimiento de su carga histórica, que llega a nuestros días; el diálogo con las posiciones técnico-jurídicas unilaterales por su exceso de formalismo normativista, señalando, no obstante, sus apreciaciones aprovechables y desechando las que conducen a una vía muerta. En este orden de cosas, el autor examina, con implacable análisis, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, en alguna ocasión, según Herrero, conduce al «... cierre de la normatividad a la historicidad» (pág. 26), sin tener presente que la fórmula de la Disposición, «... en sí misma, es exponente, y no único, de una apertura de la normatividad a la historicidad, que permite renovar muchas categorías de la Teoría de la Constitución» (pág. 27).

Sin duda, estas afirmaciones, que suscribo, suponen una auténtica *Auseinandersetzung* con la doctrina dominante entre nosotros.

La dificultad estriba, pues, en demostrar una tesis que, por lo general, no es compartida; por lo menos no se ha contemplado, o si así ha sido, se rechaza con desdén, con argumentaciones poco convincentes. A mi entender, el autor lo ha conseguido con brillantez.

El tema que aborda Herrero de Miñón es, además, *capital*. Lo es porque desde su enfoque de la mencionada Disposición cabe contemplar un amplio panorama de la Teoría de la Constitución: concepto de Constitución (página 36); Constitución sustancial (págs. 36, 81 y 85; aquí remite a mis consideraciones sobre la misma); poder constituyente (pág. 39); normatividad e historicidad (pág. 35); garantías institucionales (págs. 78 y sigs.); principios de la Constitución (págs. 88 y sigs.); aplicación de la tesis de la *Vereinbarung* de Triepel para explicar el carácter pactista de los Estatutos acordados por la vía del artículo 151 de la Constitución (págs. 112 y sigs.); interpretación constitucional (págs. 30 y sigs.). Es obvio que el discurso del autor sobre todos estos problemas tiene importante alcance práctico.

La *penetración historicista* que se manifiesta en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de nuestro ordenamiento fundamental es clara. Si bien es cierto que todo instrumento constitucional, por muy formalizado técnicamente que sea, no escapa a su correspondiente condicionamiento histórico, pasado, presente o futuro, en el caso español presenta una notabilísima peculiaridad si la comparamos con la gran mayoría de los ordenamientos españoles precedentes y muchos foráneos. Hay que salvar el caso de Hungría hasta su entrada, después de la Segunda Guerra Mundial, en la órbita soviética.

Cuando afirmo que desde la citada Disposición es posible contemplar todo el edificio constitucional español, no se me arguya con el argumento básico de la interpretación sistemática (art. 3.1 del Código Civil) de modo que esto

se predica de todas las normas constitucionales. Lo que subrayo es la *peculiaridad* del citado precepto, en virtud de sus orígenes históricos, de su significado y de sus consecuencias políticas. La derogación de las normas abolicionarias de los fueros corroboran lo que digo.

Aunque el alcance político de la Disposición Adicional es claro, también se da en todos los preceptos constitucionales. Advierte Herrero de Miñón que es absurdo que ese carácter político se esgrima para desvalorizarla, puesto que, por ejemplo, los artículos 6, 7, 8 y 66, relativos a los partidos políticos, a los sindicatos, a las Fuerzas Armadas y a las Cortes, respectivamente, contienen innegables elementos políticos. Se pregunta el autor: «La representatividad democrática (de las Cortes), ¿no es, a la vez, un concepto político y una categoría jurídica?» (pág. 29).

Recordemos que un sector doctrinal importante en la República de Weimar, al referirse al famoso artículo 48, que contemplaba los poderes extraordinarios del presidente del *Reich*, afirmó, con ironía, que la Constitución de 1919 sólo contenía un artículo: el 48, dado el reiterado uso del mismo, combinado con el 25, sobre la disolución del *Reichstag*. En circunstancias graves, como entonces, determinados preceptos adquieren relevancia extraordinaria e incluso sirven para construcciones sugestivas, aunque peligrosas, como las que Schmitt mantuvo sobre el defensor de la Constitución.

Por último, las cuestiones que plantea la Disposición Adicional que nos ocupa, interpretadas según el estilo y método del autor, son *irritantes*. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que todo su discurso, a mi juicio, profundamente desarrollado, molesta particularmente a quienes sostienen que la Constitución es un *texto* y nada más, de suerte que hay que entenderlo con arreglo a las categorías formalistas-normativistas, sin recurrir jamás a argumentaciones históricas, políticas o estimativas, como hace Herrero de Miñón. Las exposiciones históricas son interesantes para comprender el origen y vicisitudes de las normas e instituciones, pero carecen de alcance normativo; se ignora así lo que establece el artículo 3.1 del Código Civil sobre la aplicación e interpretación de las normas. En cuanto a los elementos políticos, interesan a la ciencia política, y los valorativos, a la filosofía del Derecho.

Es sobradamente conocido que las construcciones positivistas, desde Laband, pasando por Jellinek, aunque conviene aquilatarlo como hice en otro lugar, y llegando a Kelsen, descansa en un subsuelo liberal, abierto, en el último, a la socialdemocracia, de modo que la crítica ha desvelado los contenidos ideológicos latentes en sus consideraciones. No son, pues, consecuentes con sus presupuestos metodológicos.

De modo algo perverso podría pensarse que la personalidad del autor, el desarrollo incisivo de su argumentación, su lógica aplastante, así como el do-

minio de la dogmática y del método técnico-jurídico, liberado de estrechos formalismos legalistas, moleste a quienes consideran como exclusiva actitud metodológica la que corresponde a una estrecha mentalidad o talante del *jurista*. Ahora bien: dicho talante jurídico, entendido como interpretación y aplicación de un texto fundamental, prescindiendo de los elementos que le inspiran, sostienen y modulan es inaceptable en el campo constitucional. Veo muy difícil que se pueda reprochar al autor, dado su *curriculum* académico y sus obras, el carácter de talante jurídico considerado en su complejo significado. Por otro lado, sería deshonesto examinar la importante aportación científica de Herrero de Miñón albergando, en el fondo, la sensación de que se trata de un *outsider* en la disciplina por no pertenecer, oficialmente, al gremio profesional. Esta motivación es insostenible, mezquina e injusta. Podría extenderme con otros datos y consideraciones para aclarar tan oculto pero sutil reproche, pero no es ésta la ocasión.

## II. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DEL ESTUDIO

Herrero de Miñón se basa en unos presupuestos metodológicos presentes en toda su variada y extensa obra de constitucionalista. Conviene subrayarlo en contraste con escritos de otros autores que, partiendo de afirmaciones hace tiempo mantenidas por conocidos representantes del positivismo, matizado en algunos de sus puntos, llega a nuestros días. El predominio de esta corriente, mantenida entre nosotros por algunos ilustres maestros, se ha seguido, con escasas innovaciones, por sus epígonos, de manera que, con alguna exageración, podría decirse que, examinados los primeros, podría ahorrarse la lectura de algunos seguidores en la medida que apenas innovan teórica y conceptualmente, debido, en parte, a su horror a las teorías clásicas y al desprecio de fuentes tan ricas en observaciones e ignorando las interesantes controversias que los grandes maestros sostuvieron sobre cuestiones capitales del Derecho constitucional. Más adelante ampliaremos esta cuestión.

Parafraseando a Fichte, podríamos decir que el concepto del Derecho constitucional depende en parte del tipo de hombre que se ocupa de esta materia.

Según lo anterior, hubo autores que, maravillados por las construcciones de la jurisprudencia conceptual, que tanto ha influido en el Derecho civil, apenas resistieron transportar al Derecho constitucional sus categorías. Contra esta tentación, V. E. Orlando, en su célebre discurso de inauguración del curso académico de la Universidad de Módena, a finales del siglo pasado, y en otros escritos complementarios, advirtió sobre sus riesgos.

El institucionalismo de Hauriou, en menor medida el de Romano, debido a que continuó vinculado al método técnico-jurídico concebido con criterios positivistas matizados, resaltó el fundamento social de las normas jurídicas, y el maestro francés, su inspiración valorativa.

En Kelsen, con su normativismo lógico-trascendental, basado en la pureza metódica, se percibe la huida de la realidad presente (Weimar) y la conversión del Derecho en una lógica geométrica.

La ofensiva antipositivista en Alemania (Schmitt, decisionismo; Heller, conexión normatividad-normalidad, interrelación ser-deber ser; Smend, con su integracionismo) supondrá el rechazo radical del positivismo jurídico en la República de Weimar.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en Alemania, debido al trauma del nacionalsocialismo, se abrirá camino en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional la función de la axiología desarrollando ideas mantenidas por Rudolf Smend. Es cierto que un decenio después se criticará por algunos (Goerlitz) esta fundamentación valorativa.

A cada una de estas posiciones cabe atribuir un tipo antropológico característico. En efecto, el primer positivismo legalista —en parte positivista— corresponde al tipo de *homo oeconomicus*, el individualismo, la tendencia a aplicar la dogmática jurídica civilista al Derecho constitucional, porque el Código napoleónico, como es sabido, es un monumento jurídico individualista.

El institucionalismo de Hauriou se abre al concepto cristiano y solidario del hombre. Solidarismo, es cierto, presente como *leit motiv* en el positivismo sociológico de Léon Duguit, sin olvidar su crítica del iusnaturalismo individualista de la Revolución francesa. En Duguit encontramos a un escéptico; sin embargo, realista en la medida que subraya el fenómeno sindicalista. La Teoría pura del Derecho evidencia el tipo humano de talante liberal-social-demócrata.

Las tendencias antipositivistas en la Alemania de Weimar manifiestan el decisionismo autoritario contrario al Estado liberal de Derecho de C. Schmitt, revisado por él mismo con su pensamiento de los órdenes concretos que caracterizaban, según él, al *III Reich*.

En Hermann Heller encontramos a una socialdemócrata que se acerca a la perspectiva estimativa.

En Rudolf Smend, al piadoso protestante que permaneció firme en sus convicciones durante el período hitleriano. Su preocupación integracionista del Estado advertía un espíritu restauracionista ante la crisis weimariana.

El talante de Herrero de Miñón es característico de un conservador-liberal versado en amplios conocimientos históricos, con dominio de la dogmática

jurídica: Escuela histórica del Derecho, jurisprudencia de intereses del segundo Ihering. Su adhesión al integracionismo de Smend trasluce en sus escritos. No estamos ante una personalidad ecléctica ni ante un hombre que yuxtaponga aquellos influjos. Antes bien, es un autor integrador que, sin inscribirse unilateralmente en alguna de esas tendencias, asume lo que le parece más adecuado de cada una de ellas, incorporándolo a su sistema.

Así, pues, el autor es contrario al positivismo en cualquiera de sus formas, pero no rechaza la dogmática jurídica. Admira a Carl Schmitt sin sucumbir a su magnetismo. Lo utiliza cuando le conviene para atacar al formalismo. Sin que me conste, su plena adhesión al institucionismo le merece estima. Utiliza la crítica de Loewenstein frente a veleidades decisionistas y sus consecuencias totalitarias. Admite los valores en el ámbito constitucional y se encuentra cómodo dentro de la teoría de la integración.

Es, pues, un conservador-liberal inteligente porque no se cierra a posibilidades que armonicen con la dignidad humana. Por eso no es integrista en sentido fundamentalista, sino integrador en sentido del humanismo cristiano. Sus críticas, muchas veces implacables, pero no ácidas, de los principios contrarios, no rehúsan apoyarse en autores clásicos —Gierke, Jellinek, Binding, Triepel— cuando comprueba cómo coinciden con sus tesis o puede extraer de sus doctrinas consecuencias útiles.

Sin ser positivista, domina el derecho positivo y la jurisprudencia correspondiente. Conoce el Derecho constitucional comparado y su historia, materiales imprescindibles para fundamentar la Teoría de la Constitución. Ese conocimiento no le lleva a su empleo como acarreo de datos que corroboren sus consideraciones porque me parece que contempla la Teoría de la Constitución como doctrina correspondiente a la cultura político-constitucional euroatlántica.

Sus dotes dialécticas, como buen parlamentario, le ayudan para polemizar con corrientes pasadas y presentes, respetando —aunque no las comparta— esas posiciones. Esto se percibe en varias notas a pie de página, que indican su discrepancia.

Había hablado de las controversias jurídicas. Es obvio que suelen ser enriquecedoras, y aún más en el campo constitucional. Recordemos las polémicas Laband-Haenel, Laband-Gierke, Jellinek-Boutmy, Kelsen-Smend, Kelsen-Schmitt, y las discusiones, a veces apasionadas, mantenidas por los profesores de lengua alemana en la Asociación de Profesores Germanos de Derecho Político durante la República de Weimar, que agrupaba a profesores austríacos, suizos y checos.

La ciencia del Derecho constitucional, como cualquier otra actividad, se

basa en el contraste de opiniones y criterios acerca de los puntos de arranque epistemológicos y metodológicos, de las cuestiones básicas que hay que abordar, de los criterios y métodos interpretativos, etc.

Algunas tesis que fueron rechazadas por las corrientes doctrinales, predominantes a veces, se replantean con fruto en circunstancias distintas y posteriores.

Figuras conceptuales empleadas hace tiempo se aplican en la actualidad. Por ejemplo, la teoría de Triepel sobre la *Vereinbarung* le sirve al autor para explicar el pacto y novación de los derechos históricos (págs. 112-113), así como la categoría del acto complejo elaborada por la doctrina italiana, inspirada en la alemana. En España, Gumersindo Trujillo, como es sabido, se apoya en esta categoría. Es lamentable que esta posición del profesor canario no haya encontrado el suficiente eco que merece en especialistas de nuestra disciplina.

Herero de Miñón utiliza la metodología de la Escuela histórica a lo largo de este importante estudio. Lo hace acudiendo directamente a las fuentes y no a exposiciones de manual, cuya lectura precipitada depara una visión estereotipada de Savigny y sus epígonos. De este modo, el autor desentraña el fondo profundo del Derecho, su raigambre popular: *ubi societas ibi ius*, base para, desde ahí, enfocar el derecho positivo.

De las dos ramas que surgen del historicismo savigniano, el romanismo y el germanismo, Herrero de Miñón me parece que se inclina más hacia la última y, en particular, al egregio Otto von Gierke, contrapunto del formalismo labandiano. Es significativo que coloque como lema de su escrito un texto del autor del monumental tratado sobre el Derecho alemán de las corporaciones. Conviene señalar que, a mi juicio, en Gierke encontramos un precursor del integracionismo de Rudolf Smend.

De la Escuela histórica dimana la jurisprudencia conceptual, que enmendará en su segunda fase Ihering con su jurisprudencia de intereses.

El autor del célebre *El espíritu del Derecho romano* criticó, a veces de manera satírica, las construcciones artificiosas del conceptualismo jurídico.

Parece claro que la referencia a intereses articulada por los seguidores de Ihering (Heck y otros) implicaba también una fuerte relativización del conceptualismo en la medida que le llenaba de contenidos materiales.

No es menester insistir en el influjo sobre Herrero de Miñón de la Teoría de la integración del Estado de Smend, señalada por aquél en varios escritos; es obvio que con estos ingredientes, convenientemente armonizados, nuestro autor no sólo se desenvuelve con soltura frente a las posiciones anteriores y actuales que desdeñan la *penetración historicista*, como hace tiempo señalé, en nuestro Derecho constitucional. Y no sólo en España, sino en otras lati-

tudes. Así, Herrero de Miñón describe con síntesis minuciosa las Constituciones históricas centroeuropeas (págs. 55 y sigs.) como ejemplo relevante. Aquí me interesa señalar una omisión que no empaña el valor de *La idea de los derechos históricos*. Es ésta: el autor no se refiere al interesante trabajo del insigne constitucionalista italiano Luigi Rossi sobre la *Sacra Corona Hungariae*. No pretendo con esta observación sugerir que la exposición sobre las Constituciones históricas centroeuropeas sea incompleta, porque Herrero de Miñón ha consultado escritos bastantes de ellos desconocidos por quien escribe. Tan sólo quiero decir que en el estudio de Rossi hay reflexiones interesantísimas y sobre todo que se deben a un autor que se ajusta al estricto método técnico-jurídico predominante en Italia. Esto creo que es significativo.

Otra cuestión, de índole metodológica, estriba en las interrelaciones Derecho-política. Este es el *punctum dolens* en la constante controversia entre quienes mantienen posiciones estrictamente «jurídicas» (entendiendo el Derecho como normas textuales y las Constituciones como *super-textos* diferenciados de los ordinarios) y quienes, como el autor que comentamos y quien escribe estas líneas, recurrimos a elementos materiales, históricos, socioeconómicos y estimativos.

En Laband; en Kelsen, con su Teoría pura del Derecho, y en sus seguidores, en muchos autores contemporáneos los elementos materiales, sean históricos, sociales, políticos, económicos y estimativos, o son rechazados, o bien se consideran, a lo sumo, como complementarios, siempre evitando la sociologización, politización, historicización o iusnaturalización del Derecho constitucional. Esos elementos deberán estudiarlos los sociólogos, los politólogos, los teólogos y moralistas... Al jurista sólo le interesan las normas e instituciones (concebidas éstas como resultantes de la convergencia de normas en una relación o situación jurídica concreta. El jurista posee un talante específico, una mentalidad específica, que le lleva a ocuparse inmediatamente con el derecho positivo (normas, articulados, instituciones normativizadas, jurisprudencia que nunca entra en el mérito y/o oportunidad de aquél). Sobre esto cabe un largo discurso, que no voy ahora a desarrollar.

Ya Jellinek, en su sugestivo ensayo sobre las mutaciones constitucionales, conocido y manejado por Herrero de Miñón, decía que siempre sostuvo la *separación metodológica* y la *unión científica* entre el Derecho constitucional y la política.

No quiero reiterar mi opinión sobre esta tesis. Remito a mi estudio preliminar a la obra del profesor de Heidelberg (*Estudio preliminar a «Reforma y mutación de la Constitución»*, de PABLO LUCAS VERDÚ; trad. de Christian Förster, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991). Creo que es una posición acertada para entender el Derecho constitucional como sector

del tradicional *Derecho político* en España y a la Teoría de la Constitución como ciencia cultural. Pero leamos a Herrero de Miñón.

En el Prólogo de su trabajo (pág. 11) nos dice: «Intento hacer en él, con toda la modestia que su autoría exige, *cultura* rigurosa sobre un producto *cultural* como lo es el Derecho, como yo he entendido siempre que es la *política*» (subrayado por P. L. V.).

Es «... preciso obviar la falsa oposición entre política y Derecho, que sirve tanto para abrir la primera a la sinrazón como para vaciar al segundo de significado», y añade: «Como ya señalara Triepel, el Derecho es un sistema de resolución de conflictos de intereses, y el Derecho político, por resolver conflictos de poderes, tiene por objeto la política. Por eso, cuando el Derecho político o constitucional renuncia a ocuparse de resolver problemas políticos, se reduce a un cascarón vacío» (pág. 28).

La recepción y la codificación, «... aunque materialmente se refieran al campo del Derecho privado, son fenómenos eminentemente políticos, determinados por una empresa del poder» (pág. 36). Para comprender los Derechos históricos hay que partir de «... la *elaboración conceptual* de éstos como categoría jurídico-política» (pág. 39). Bastan estos textos, muy expresivos, para identificar la postura metodológica del autor que comentamos.

Aunque no se refiere directamente al método de *aprehensión* (*Verstehen*), inaugurado por Dilthey y aplicado por Smend, considero que está en el autor latente, dado el influjo del teórico de la integración sobre él. En efecto, profundiza, en coherencia con su confesión inicial, que intenta hacer «... *cultura rigurosa sobre un producto cultural*» (pág. 11, ya citada), en el contenido y significado de los derechos históricos. Así es esclarecedor que al autor le interesa captar la *idea* de estos derechos: «Porque no se trata de analizar cuánto a los derechos históricos reconocidos en la Constitución española se refiere, sino para poder algún día abordar esta tarea, determinar ahora su *idea*. Una idea de la cual los supuestos contemplados en la Constitución son sólo casos particulares tanto en su génesis como en su estructura y función» (páginas 39-40. En la página 62 habla de la *aprensión* de los derechos históricos).

Los derechos históricos, sin duda, tienen antecedentes y paralelos a los que había que «... recurrir cuando se trata de reconstruir la génesis y estructura de una idea. Es al 'ser en forma', a las más altas manifestaciones de una cosa cualquiera donde el fenomenólogo debe atender para establecer la idea de ella» (págs. 41-43).

No hay que olvidar su referencia a la *vida*, categoría orteguiana que se aplicará desde Recasens Siches en sus escritos. La realidad —escribe Herrero

de Miñón— «... no es sólo la letra de la ley y aún menos el manual, capaz, incluso, de ocultarla. Si el Derecho, objeto del quehacer jurídico, no es otra cosa sino la vida humana contemplada desde una concreta perspectiva, el jurista, antes o, mejor, para depurar e incluso crear sus conceptos, ha de nutrirse de la vida: de lo que hay antes y detrás del Derecho; de aquello que lo justifica y lo condiciona» (pág. 13). Derecho y vida: raciovitalismo en la línea de Ortega.

Por último, no hay que olvidar que nuestro autor subraya la dimensión axiológica del Derecho constitucional. Así escribe en la página 20: «¿Cómo olvidar la estimativa constitucional en toda su amplitud, incluyendo aquellos aspectos que la propia Constitución reconoce como valiosos?»

La idea se apoya en una concepción jurídica que, si no yerro, se podría sintetizar como *raciovitalismo histórico y políticamente integrado, inspirado en valores ético-culturales que versan sobre intereses y derechos reconocidos y protegidos por el ordenamiento constitucional*.

Esta cosmovisión evidencia la coherencia interna, brillantemente expresada, de los ingredientes metodológicos y de los influjos doctrinales antes reseñados. Con escasos matices, de los cuales hablaré al final, coincide con mi enfoque del Derecho constitucional.

### III. LOS DERECHOS HISTORICOS COMO CATEGORIA DOCTRINAL

Ante todo, para Herrero de Miñón, el derecho histórico «... resalta como "a priori" material de la Constitución» (subrayado del autor) (pág. 64). Este carácter previo, esta historicidad anterior a la norma, no impide que se dé una *penetración de la historicidad* en la Constitución, frase acuñada por quien escribe. A este elemento añade el autor los valores superiores del Título Preliminar, instituciones como la Iglesia católica, la Corona, «... realidades todas ellas cuya existencia, ni histórica ni lógicamente, dependen de una decisión del constituyente ni de una disposición constitucional. Tales instituciones no extraen de la Constitución su existencia, puesto que la Corona era anterior a la Constitución, hasta el punto que hizo a ésta posible. Ni siquiera su validez, puesto que es claro que los derechos humanos tienen una vigencia anterior y ajena a la Constitución, que incluso puede venirle impuesta por órdenes distintos. Pero sí obtienen de ella la garantía de su ejercicio» (páginas 64-65). Esto sucede igual con los derechos históricos, «... puesto que no se 'respeta ni ampara' lo que no existe previamente» (pág. 65).

Los derechos históricos tienen *carácter jurídico-político* (pág. 39); apa-

recen como realidades sociopolíticas previas, que luego obtienen de la Constitución la garantía de su vigencia, ejercicio y aplicación. Y «por ello es preciso un proceso de actualización que no puede significar otra cosa sino una novación en el sentido técnico que, desde el Derecho romano, tiene esta expresión» (pág. 65).

Tales derechos muestran tres dimensiones propias de la historicidad: 1) *Facticidad infungible*: «... existencia de individualidades de hecho, como tal infinitas y distintas, justificadas por su propio existir, cuyo *analogon* fundamental es la corporalidad del hombre, ser histórico, pero que pueden ser tanto individuos como colectividades» (pág. 61); 2) Su *evolución* como forma de decantación de tales individualidades, que, en virtud de su propia finitud, ni están aisladas ni son originarias ni eternas. Antes bien, concebibles como miembros de un todo superior no sólo simultáneo, sino también sucesivo, cuya aparición supone considerarse viviendo con los demás bajo las varias influencias del pasado y del presente y destinados a desaparecer en un futuro que, sin embargo, entre todos podemos construir y en el que, como sedimento, podemos permanecer; 3) Su *efectividad*, «... puesto que las individualidades que la historia decanta y articula no son magnitudes extensas, sino intensas, esto es, en términos kantianos, aquellas que resultan de aplicar a las intuiciones de tiempo y espacio las categorías no de cantidad, sino de calidad» (pág. 52).

En estas tres dimensiones me parece que se trasluce el raciovitalismo del autor, pues las notas de evolución y afectividad, que algunos considerarían propias del romanticismo jurídico de la Escuela histórica, se concilian con la terminología kantiana. También creo que estas dimensiones de los derechos históricos ofrecen, acaso, un flanco susceptible de críticas por quienes sostienen una concepción estricta del racionalismo jurídico: Ilustración *versus* romanticismo.

Por otro lado, Herrero de Miñón, cuando habla de *aprensión* de las individualidades, decantadas por su evolución, emplea un término típico del método del *Verstehen*, al que antes nos referimos. Esto último nos lleva, recordando a Smend, al *carácter integrador* de los Derechos históricos.

En efecto, en la página 127 escribe: «La fenomenología de la integración política es rica en estas formas de expresión, y a ellas pertenecen los derechos históricos, como la aprehensión [término que corrobora la adscripción del autor al método de las ciencias del espíritu de Smend], de efectos seculares y colectivos, que si se pretendieran expresar por otro cauce serían necesariamente deformados, cuando no traicionados».

Así comprendida, la integración, si se aplica a la cuestión que nos ocupa, muestra dos momentos de una misma síntesis dialéctica: «la afirmación de

identidades y su inserción en un conjunto, sin menoscabo de la respectiva personalidad».

En coherencia con lo anterior, añade: «Los derechos históricos de los que dichas comunidades son titulares, al reconocer una identidad como tales cuerpos políticos mediante símbolos y denominaciones simbólicas, al suponer unas instituciones de autogobierno, proporcionan los cauces adecuados para una integración material y funcional» (*ibidem*).

Herrero de Miñón defiende vigorosamente que los derechos históricos exigen el *pacto*. Así, señala como «esencia de la foralidad»: la peculiaridad del hecho diferencial, la autonomía y el pacto. Su historicidad, es decir, facticidad, la magnitud intensiva de las Comunidades histórico-políticas, está investida de «la fuerza normativa de los hechos» que trascienden a la norma.

La *peculiaridad* requiere la salvedad que posibilite la *autonomía* y exige el *pacto* «como forma de coordinación porque su misma existencia excluye la simple subordinación».

Observemos que el autor recurre a la tesis de Jellinek sobre la fuerza normativa de los hechos. Esta posición manifiesta el influjo de la psicología y de la sociología en el profesor de Heidelberg. He precisado, contra los críticos que acusan a Jellinek de defensor de la fuerza bruta, que leyendo cuidadosamente su obra capital no encontramos nada que confirme tal reproche (cfr. mi *Escrito preliminar a «Reforma y mutación de la Constitución»*, cit., págs. xxix y sigs.).

Por otro lado, el objeto de los derechos históricos no se reduce a un «complejo competencial» ni a una «forma institucional» porque es una identidad de la que tanto aquél como ésta pueden desviarse, aunque no deja de trascenderles. «Es más un 'ser' que un 'haber', y sólo el primero justifica al segundo.»

Más adelante (pág. 127 y sigs.), Herrero de Miñón desarrolla esta afirmación. Expone (pág. 57) cómo, hasta ahora, la doctrina y la práctica política, con contadas excepciones, concretan el objeto de los derechos históricos en un acervo competencial y han intentado resolver su actualización mediante un proceso de transformación y con el regateo de competencias en lugar de profundizar en el reconocimiento de las respectivas identidades (págs. 127 y sigs.).

Para nuestro autor, los derechos históricos afirman la *identidad* y no la *competencia*, «... y sólo mediante la integración que la primera proporciona cobra sentido la segunda. Es la identidad la que justifica las transferencias competenciales» (pág. 128).

También Herrero de Miñón rechaza la subsunción de los derechos históricos en la figura, introducida por Carl Schmitt, de las *garantías institucionales*.

No voy a reiterar mi posición ante esa categoría, pues lo que aquí procede es exponer la opinión de nuestro autor.

A mi juicio, Herrero de Miñón acierta plenamente en su argumentación sobre este asunto. Por eso la suscribo:

«Lo que la garantía institucional protege existe dentro del Estado y por gracia de él, y no se refiere a esfera alguna que al Estado y su Constitución anteceda. Ahora bien: si lo propio de los derechos históricos es su pre- y para-constitucionalidad, como es el caso de los diversos hechos fundamentales de la propia Constitución, la nación o los derechos fundamentales, es claro que su protección por la vía de las garantías institucionales es descentralizadora y tiene efectos debilitantes y reductores. La práctica utilización de la garantía institucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional avala esta interpretación» (pág. 80).

«Ni jurídica ni políticamente interesa concebir la Adicional 1.<sup>a</sup> de la CE como una "garantía institucional", sino que es preciso garantizar los derechos históricos frente a todo intento de reducirlos a mera ley de la Constitución, susceptible, en consecuencia, de ser modificada e incluso suprimida» (pág. 81).

Me parece que en la posición de quienes conciben los derechos históricos como garantía constitucional late, en el subconsciente, el recelo típico del neopositivismo actual. Como no quieren renunciar a sus postulados legalistas (el *texto constitucional*) echan mano a una categoría reelaborada por Schmitt, autor, por otro lado, acusado por alguno de ellos de no-jurista, sino politólogo, categoría que no se adapta a la peculiaridad preconstitucional propia de los derechos históricos y de su penetración en nuestro ordenamiento fundamental.

En conexión con la argumentación de nuestro autor: «... al no derivar de la Constitución los derechos históricos por ella amparados y reconocidos, son inmunes ante la revisión constitucional». Herrero de Miñón sostiene: «... creo muy formalmente que los derechos históricos y los Estatutos de Autonomía que los actualizan, según prevé la Adicional 1.<sup>a</sup> CE, no pueden ser afectados por la revisión de la Constitución porque no traen de ella su existencia» (págs. 80-81).

Aunque el *texto constitucional* no protege con especial rigidez la Adicional 1.<sup>a</sup>, de modo que no faltarán quienes infieran de aquello la paraconstitucionalidad, su carácter de anejo al cuerpo fundamental, lo que importa subrayar es que «... deducir de la carencia de una especial rigidez en la reforma

de la Adicional 1.<sup>a</sup> CE la posibilidad de afectarla, por cualquiera de las vías previstas en el Título X, es ignorar la imposibilidad de revisar la Constitución sustancial sin llegar a la destrucción de la Constitución» (pág. 81).

Es así —continúa Herrero de Miñón— porque la «... Adicional 1.<sup>a</sup> CE no es una ley de la Constitución, como, por ejemplo, aquellas que establecen instituciones de relieve constitucional, sino la expresión de un pacto fundamental, de una opción política, fuera de la cual pueden darse muchos y muy diversos procesos históricos, pero no un poder constituido de revisión de la propia Constitución» (pág. 81).

No voy a detenerme en otras cuestiones importantes, que el autor examina emitiendo juicios bien fundados y sugerentes. Así, lo que dice sobre la *actualización de los derechos históricos* (págs. 82 y sigs.); el problema del *marco constitucional y autonómico* en el que dicha actualización ha de hacerse (pág. 83), así como acerca de la cuestión candente de la *autodeterminación* (págs. 130 y sigs.). Prefiero que el lector extraiga, por sí mismo, sus consecuencias.

#### IV. CONCLUSION

Para terminar este escrito me interesa añadir algunas observaciones:

1) A mi entender, el documentado trabajo de Herrero de Miñón, aparte de su valor intrínseco, supone la elección de un tema que le permite examinar sintéticamente. Expresándolo, con terminología militar, de modo *estratégico* y *táctico* un panorama muy amplio de la Teoría de la Constitución concebida como ciencia cultural. Ello no supone, de ningún modo, el desprecio de la dogmática constitucional. Al contrario, implica su rehabilitación. En este orden de cosas, la *estrategia herreriana* se encamina a un replanteamiento general de la dogmática para aproximarla y armonizarla con la realidad constitucional.

Para ello emplea una *táctica eficaz*: extrae de autores clásicos un arsenal de conocimientos, técnicas y procedimientos, aplicados con cierta contundencia, que no llega nunca a la falta de respeto, para eliminar las objeciones que pudieran hacerle. A veces, su referencia a posiciones que considera equivocadas, de autores y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sorprenden por el modo elíptico empleado.

En resumen, es notable comprobar cómo un volumen pequeño puede contener caudal tan copioso y sugestivo sobre gran parte de los tópicos —sin connotación peyorativa— del Derecho constitucional. Si algunos necesitarían escribir un tratado o un manual amplios para lograrlo, Herrero de Miñón lo consigue sintéticamente sin pérdida de los contenidos.

2) ¿Suscitará controversia esta obra? ¿Registrará más adhesiones o, por el contrario, rechazos? ¿Tal vez se recibirá con indiferencia?

Respecto a la primera pregunta, me parece que no muchas. ¿Por qué? Por la sencilla razón que el positivismo legalista está asentado, con bastante firmeza debido a la formación adquirida en la Universidad y luego a la imposición de la llamada, desde Orlando, *mentalidad jurídica*, propia de los denominados operadores jurídicos. Abogados, magistrados. El profesor Alejandro Nieto ha escrito sobre esto páginas muy instructivas.

A mayor abundamiento, es rasgo de todas las corrientes cerradas su espíritu de *monolítica ortodoxia*. Si el Derecho son *textos normativos*; si el Derecho se identifica con la ley, ignorando la diferencia entre *ius y lex, loi et droit* (Bodino), y lo que dice el artículo 103 CE, *in fine*, se alza un edificio imponente, inexpugnable, a cualquier intento *metajurídico, extrajurídico* o *impuro* por yuxtaposición de elementos históricos, filosóficos, sociológicos, políticos y éticos. Parejo al fundamentalismo religioso *extra Ecclesiam nulla Salus!*, la ortodoxia positivista mantiene que *una est salus*. Sólo hay ortodoxia jurídica dentro de los cauces positivistas; todo lo demás es *heterodoxia*.

Según esto, Herrero de Miñón es un heterodoxo y además *irritante* porque domina la dogmática y técnica jurídicas y señala sus diferencias buscando, con éxito, salidas transitables ocluidas por la interpretación positivista de los tratadistas y del máximo intérprete de nuestra Constitución.

En cambio, para quienes, como yo, leemos y seguimos las tesis herrerianas, lejos de irritarnos nos confortamos con ellas. Podrán llamarnos heterodoxos, pero ¿quién es y cómo decide, en el cuerpo doctrinal, el *Pontifex Maximus* del neopositivismo hispano? Establecer qué es la ortodoxia jurídica y en qué consiste lo contrario es asunto comprometido, comprometido por convicciones de todo tipo (religiosas, de concepción del mundo y de la vida, políticas, etc.). Aun suponiendo que los guardianes de la ortodoxia jurídica tuvieran toda la razón, también aquí *oportet esse haereses* sea para que en bastantes ocasiones los positivistas ortodoxos se convenzan y abandonen postulados significativos como hace tiempo la plenitud del ordenamiento jurídico, sea para que los maticen. La heterodoxia de antaño puede convertirse en lo contrario con el tiempo y la ortodoxia posterior en heterodoxia.

3) Algún lector de este escrito pudiera pensar que viene a ser una especie de retrato de mis posiciones. Esto, si así ocurre, puede interpretarse de dos modos:

— De modo positivo, en la medida que llego a identificarme con el autor que comento. Me congratulo, dado el valor de la *Idea de los derechos históricos*. Como ahora se dice: es un libro que me gustaría haber escrito.

— De modo negativo, objetando que me sirvo de la obra de Herrero de

Miñón para acreditar mis teorías. Esto no es cierto. No lo es porque Herrero se apoya algunas veces en mis tesis.

Además, los libros, como las leyes, una vez publicados adquieren vida propia; proceden, sí, de autores con sus convicciones, con su itinerario intelectual, con las fuentes en que se inspira y los datos que maneja. Incluso obras cuya autoría corresponde a mentalidades distintas a veces llegan a conclusiones semejantes.

Coinciden en los resultados, pero si se les pregunta cómo ocurre esto podrían contestar como Maritain, cuando se le interrogó, por interlocutores sorprendidos, de cuál fue el motivo de la coincidencia en el texto de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10-XII-1948, y dijo: «Sí, estamos todos de acuerdo con tal que no se nos pregunte por qué.»

4) Estas consideraciones no pretenden ser un panegírico ni mucho menos una apología que no necesita. Por tanto, voy a exponer breves observaciones, no críticas y tal vez un poco subjetivas. Veamos:

Late en la *Idea de los derechos históricos* «cierta dosis de romanticismo político». Esto se debe al talante conservador de su autor, aunque no olvidemos su connotación de *liberal*. Más patente es el influjo de la Escuela histórica y de su máximo representante, Savigny, al que profesa admiración intelectual, y, por supuesto, al integracionismo «restauracionista» de Rudolf Smend.

No pretendo que Herrero de Miñón suprima o atenúe tales influjos. Cada autor es muy libre de configurar sus obras inspirándose en doctrinas o autores que le plazcan si —como éste es el caso— le lleva a resultados aprovechables.

No obstante, ahí acecha el riesgo de magnificar la historia como exaltación de lo irracional, de lo subjetivo y simbólico y del pasado, que en cuanto tal es mejor como en la concepción jurídica medieval. Es cierto que el autor se cuida, acertadamente, de armonizar historicismo y dogmática jurídica, historicismo y racionalismo mediante su cosmosivión raciovitalista. También yo, en mi monografía *El sentimiento constitucional*, seguí camino semejante. Los críticos positivistas actuales encuentran el flanco que creen débil de estas posiciones.

Ahora bien: el recurso a estos ingredientes, como hizo Smend, son el contrapunto necesario para contrarrestar el excesivo racionalismo formalista que desustancializa el Derecho. Hay que armonizar, sintetizar sin desustancializar. Así dice Herrero de Miñón: «... el jurista ha de obtener la síntesis entre constitucionalismo y foralidad porque la Constitución respeta y garantiza aquello. Ya no es lícito oponer en la doctrina, y menos en la jurisprudencia, la normatividad a la historicidad, porque la primera se abre a la segunda» (pág. 35).

Recordemos que el autor abre su libro con un tema extraído de Otto von Gierke, insigne jurista, y se refiere a él en alguna otra ocasión. Creo que podría haber obtenido del maestro alemán aún más provecho, sobre todo analizando su disputa con Laband. Claro que cada uno es también libre de fundamentarse, en esta o aquella doctrina, según convenga para desarrollar su discurso.

En el mismo sentido me hubiera gustado que subrayase el aspecto institucional de la cuestión, basándose en Hauriou, actualizado. Por ejemplo, insistiendo en el concepto de *fundación* del Estado. Aquí también la réplica es la misma que en la observación anterior.

En conclusión, por las razones indicadas, recomiendo la lectura de este estudio, que sin duda tendrá amplia difusión. Lamentaría que los mantenedores de la doctrina predominante en España, aun tomando buena nota de sus reflexiones, las silenciaran movidos por la autocomplacencia en la ortodoxia que consideran incommovible, soslayando su discusión.