

LA REFORMA DEL SENADO: UNA PROPUESTA

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN*

INTRODUCCIÓN

La reforma del Senado se ha convertido en una cuestión de actualidad. Muchos son quienes la reclaman y desde muy diferentes latitudes políticas, si bien ni las razones que para ello se dan son siempre claras, ni las metas de tal reforma parecen ser comunes a todos sus partidarios. Por ello creo de interés traer ante esta Academia algunas reflexiones sobre la cuestión para contribuir a empresa, tan necesaria y poco frecuente, como es iluminar con ideas el quehacer o el qué decir de los políticos.

Y ante todo, lo primero que debe plantearse es la oportunidad o no de abordar, para modificar el Senado, una reforma constitucional que, de producirse, sería de cierta envergadura, tanto por el número de artículos de la Norma Fundamental que podrían ser afectados, como por las posibles alteraciones de toda la estructura constitucional.

Es claro que la Constitución española de 1978 puede ser modificada, que en su día debiera serlo, que en esta capacidad reside la mejor garantía de su duración y que la propia Constitución así lo prevé, al excluir toda petrificación o absoluta inmodificabilidad. Pero no es menos cierto que existen razones poderosas que aconsejan ser cautos a la hora de abordar la revisión constitucional.

En primer lugar, huir del pensamiento mágico. Sin duda, la España democrática requiere una Constitución formal, y creo que fui de los primeros y más in-

* Sesión del día 23 de mayo de 1995.

sistentes en reclamarla. Pero, es claro que la Constitución era condición necesaria y no suficiente de una vida política normal. No bastaba tener una Constitución. Era preciso un sistema de fuerzas políticas y de organizaciones sociales, una estabilidad económica y otras muchas cosas. Abordar y resolver los problemas de la cosa pública requería algo más que las fórmulas constitucionales y no fue fácil convencer a la opinión pública, después de la necesidad de la Constitución, de que ésta no equivalía a una panacea en la que todos los problemas quedaban resueltos. La racionalidad política no se compadecía ni se compadece con ninguna magia. La magia constitucional tampoco.

Hoy nos encontramos en la misma situación porque las dificultades con que España tropieza no se superarán con una simple modificación constitucional, como si en el tenor de su articulado o en el perfil de alguna de sus instituciones pudiera encontrarse la «Triaca máxima» con la que sanar todos nuestros males. Tal recurso a la revisión constitucional revela, también, una actitud mágica que la sana razón aconseja evitar.

Con ello se obvia un grave riesgo de frustración. Porque el recurso a la Constitución o a su reforma, en busca de lo que las solas instituciones y su normativa no puede aportar, lleva a provocar una desilusión que redundará en el rechazo de la propia Constitución. Y ello es contrario al sano sentimiento constitucional. Más aún, el sentimiento constitucional requiere tomar la Constitución como es y por lo que es. Respetarla tanto como no exigirla más de lo que puede dar: estabilidad en el ser —lo que hay— y en el hacer —lo que se pretende—.

De ahí que una reforma del Senado cuya finalidad fuera resolver los problemas de nuestro sistema autonómico o la postración de la vida parlamentaria, pecaría de ambiciosa, estaría abocada a la frustración y redundaría en perjuicio de las Cortes y de las instituciones constitucionales todas. Porque es claro que la heterogeneidad de las Comunidades Autónomas y las consecuencias del Estado de Partidos o del carácter mediático de la vida pública actual, no se pueden abordar ni, menos aún, resolver, reformando el Senado. Y éstas son las causas profundas de los problemas atrás enunciados.

Por otra parte, la revisión constitucional sólo debiera emprenderse mediante consenso de todas las fuerzas políticas y aun sociales, como el que presidió el período constituyente. E incluso, más sincero aún, como corresponde a la diferente altura del tiempo.

Ahora bien, este consenso hoy inexistente, requiere un clima general de concordia que tampoco se da. No es, pues, un momento propicio para la reforma constitucional del Senado. Pero sí podría serlo, planteada la cuestión, para analizar cada una de sus posibilidades, sus versiones técnicas e implicaciones políticas. Haciendo tal cosa los juristas y, entre ellos, los constitucionalistas con mayor razón, desempeñan su más alta función que, como decía Ph. Heck, no es interpretar la legislación sino preparar la obra del legislador futuro.

Con este fin, en las páginas que siguen se analizan las razones del bicameralismo y de su situación actual en general y en España (I). Y, a su luz, las posibilidades de reforma del Senado actual (II), proponiendo una muy concreta opción: un Senado que, para entendernos, llamaré «Patricio» o «de calidad» (III).

GÉNESIS Y CRISIS DEL BICAMERALISMO

En la historia de las ideas y de las formas políticas, el bicameralismo responde, originariamente, a una de estas dos causas. O bien es *un factor de integración funcional* para representar la pluralidad social, o bien es una *técnica de distribución de funciones*.

En el primer supuesto, el bicameralismo está ligado, lógica e históricamente, a una estructura diferencial cuyos elementos representa para integrar, en el sentido que al término diera Smend. Si la integración se descarta, el Senado sobra y si es innecesaria por tratarse de un cuerpo político uno y sin diferencia alguna, también es redundante la Segunda Cámara. La identidad unitaria del pueblo como totalidad homogénea niega la diferencia, excluye su representación y, por lo tanto, priva de sentido a la Segunda Cámara.

La estructura diferenciada, plural y diversa, cuya integración procura la Segunda Cámara puede tener una base personal o territorial. En el primer supuesto, se trata de una *Cámara estamental o corporativa*; en el segundo, de una *Asamblea federal o local*.

El primer caso es el históricamente anterior. El moderno bicameralismo «de clase», cuando es originario, deriva de las Asambleas representativas bicuriales, según demostrara O. Hintze¹, y cuando es derivado, procede de la recepción de una fórmula originaria de raíz bicurial.

El primero es el caso paradigmático de la Cámara de los Lores inglesa. El segundo, de la Cámara de los Pares francesa (1814), modelo difundido, a partir de la Constitución belga de 1831, en toda Europa y más allá.

La evolución tardía de ciertos sistemas tri o tetracuriales hacia el bicameralismo, como los de Suecia y Hungría, se deben a la influencia y eventual recepción del modelo británico, ya en plena época del moderno constitucionalismo.

En todos los casos mencionados, la Segunda Cámara —de los Pares, de los Magnates o Senado— siguiendo la aguda interpretación que de la Cámara de los Lores diera Montesquieu, trata de integrar en el sistema político un factor vivo de

¹ «Typologie der Ständischen Verfassungen des Abendlandes», en *Staat und Verfassung*, Gotinga, 2.^a ed., 1994.

poder. Lo que Lassalle denominara un fragmento de Constitución, entendido en sentido sociológico². Por ello, cuando los estamentos evolucionaron hacia una estructura de clases, su representación en una Cámara nobiliaria cede el paso a la representación de los propietarios en una Cámara censitaria. La reforma constitucional sueca de 1866, en vigor hasta 1910, es paradigmática al efecto³. Y tal es el sentido de los avatares del Senado en todo el constitucionalismo español desde 1834 a 1876, en el que se mezclan en proporción diferente elementos aristocráticos, elitistas y censitarios.

Después, las corporaciones locales y el sufragio indirecto a través de ellas han sido utilizados para configurar Senados representativos de estos intereses locales y, frecuentemente, mediante ellos, de notables rurales y provinciales y, a través de esta fórmula, Senados cripto aristocráticos. Tal es el caso francés de la III^a a la V^a Repúblicas⁴.

Es claro que el declinar de los estamentos y las clases privilegiadas afecta a la evolución de las Segundas Cámaras aristocráticas. Sólo la británica se mantiene, muy transformada. Y en los demás casos, no han resistido a la democratización radical de los Estados a partir de 1918. Su rápida evolución en los países descolonizados avala este criterio. Los sistemas constitucionales de estirpe británica hicieron de la Segunda Cámara tanto un órgano de participación en el poder y, a la vez, de garantía de las aristocracias tradicionales. Pero tales fórmulas, muy frecuentes en el constitucionalismo colonial, apenas han sobrevivido a la independencia y, en todo caso, su declive y desaparición es una de las tendencias de las nuevas constituciones, precisamente por la decadencia de tales estamentos ante la democratización política y social que el nacionalismo supone⁵.

En ciertos casos han sido substituidas por otras Cámaras de índole corporativa. En ellas se trata de representar, para integrarlas, las diferencias sociales, económicas y profesionales de una sociedad industrial. Tal fue el proyecto de los senados orgánicos, realizado en algunas constituciones de la primera postguerra. A ellas pueden vincularse las fórmulas de Parlamento económico que se desarrollan ya en marcos ajenos al constitucionalismo clásico. Sea el Estado Corporativo de Portugal en 1933 o Austria en 1934, sea la autogestión marxista de Yugoslavia.

² «... una nobleza influyente es también un fragmento de Constitución» (*Über Verfassungswesen*, 1862).

³ Cf. Verney, *Parliamentary Reform in Sweden: 1866-1921*, Oxford, 1957, págs. 92, 109.

⁴ Cf. Becarud, «Noblesse et représentation parlementaire: les députés nobles de 1871 a 1988», *Rev. Fr. de Sc. Pol.* XXIII, 1973, 5, p. 972 ss. Un ejemplo de senado local hasta muy recientemente, el belga. Cf. Goossens, «Le bicameralisme belge et son evolution», *Liber amicorum F. Dumon*, Amberes, 1983, págs. 799 ss.

⁵ Analicé esta evolución en «The passing of bicameralism», *American Journal of Comparative Law* XXIII, 1975, w, págs. 236 y ss.

El segundo tipo originario de bicameralismo surge al hilo del moderno federalismo en los Estados Unidos de América. En efecto, el federalismo antiguo, desde las anficionias griegas a las Provincias Unidas, yuxtaponía cuerpos políticos. El moderno federalismo, ideado en Filadelfia, superpuso a las entidades estatales federadas otra estructura estatal. El resultado estaba a medio camino entre las antiguas confederaciones y el Estado Unitario. De ahí que sus asambleas representativas fueran dos y una de ellas, el Senado, representase en pie de igualdad a todos los Estados federados⁶.

Esta es la fórmula que junto con la organización federal se ha difundido en el mundo entero hasta el punto de constituir, bajo el nombre de «participación», uno de los rasgos típicos del federalismo clásico⁷. Hoy la mayoría de las Segundas Cámaras corresponde a Estados federales, si bien la participación de los federados en la estructura federal es muy diferente, según sean designados los representantes de cada Estado —v. gr. por elección directa (USA), por elección indirecta de las asambleas legislativas particulares (India), por los gobiernos federados (Alemania)—. Así cuando, por ejemplo Bélgica, ha adoptado una forma federal, ha modificado su Senado en el sentido indicado⁸.

Cuando se ha tratado de organizar un Estado plurinacional de base étnica, religiosa o comunitaria, pero siempre personal y no territorial, también se han ideado Senados que suponen la representación, amparan la participación y, por lo tanto, realizan la integración de los diferentes elementos de esta pluralidad. Tal fue el caso de las fórmulas adoptadas en Birmania y hoy en Sudáfrica y proyectadas con mala fortuna en la Rodesia colonial, en el Líbano y Chipre⁹.

En algunos casos, el Senado sirve para representar, tanto al pluralismo social como al territorial. Así, el Senado de los Estados Unidos, prototipo de la Segunda Cámara federal, fue ideado en sus orígenes como Segunda Cámara de propietarios, y hoy día los senadores forman una aristocracia política, no sólo local sino nacional, en los Estados Unidos¹⁰. De ahí la admiración que por esta Asamblea mostraran Tocqueville y otros pensadores de su estilo.

Lo dicho permite comprobar que el bicameralismo está siempre vinculado al reconocimiento y mantenimiento de diferencias ya horizontales —estamento o

⁶ *The Federalist Papers* n.º 9 (Hamilton) y 39 (Madison).

⁷ Cf. Scelle, *Précis de Droit des Gens*, París, 1932 I, pág. 198. Por eso la mayor parte de los parlamentos bicamerales corresponden a Estados federales. *Les Parlements dans le monde*, 2.ª ed. Bruselas, 1987, I, pág. 26.

⁸ Colla, «El bicameralismo belga en 1993», en *La Reforma del Senado*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1994, pág. 425 y ss.

⁹ Cf. los datos de Smith, *The new Commonwealth and its constitutions*, Londres, 1965, pág. 121 ss.

¹⁰ Cf. Beard, *An economic interpretation of the Constitution of the United States*, Nueva York, 1913, cf. cap. VII.

clase—, ya verticales —distintos cuerpos políticos— en el seno de la comunidad estatal. Unas diferencias que en el Senado obtienen una representación que debe asegurar su participación en el poder del Estado global y que así se integran en él. El Senado aparece así, recurriendo a las categorías de R. Smend, como un factor funcional de integración.

Por ello, es lógico que la homogeneización que del cuerpo social realiza la democratización política, lleve a la decadencia primero y a la desaparición después de las Segundas Cámaras. Allí donde se ha afirmado la radical unidad de una Nación de ciudadanos iguales, el Senado no ha encontrado lugar. Así, el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz argumenta en la igualdad ciudadana la unidad de la representación nacional en una sola Cámara, compuesta de una sola clase de diputados, «pues no teniendo ya en el día, los grandes, títulos, prelados, etc. derechos ni privilegios exclusivos que los pongan fuera de la comunidad de sus conciudadanos, ni les de intereses diferentes que los del procomunal de la Nación... ha llamado a los españoles a representar a la Nación sin distinción de clases ni estados».

Muchos años después y desde una perspectiva exactamente inversa, el constituyente de 1845 había de justificar el bicameralismo con el mismo argumento: el Senado expresa la diferencia¹¹. En todo caso, la primacía o aun exclusividad del sufragio universal directo como fuente de legitimación política, allí donde se han mantenido las Segundas Cámaras, las ha marginado respecto del proceso de poder o convertido en redundantes con la Cámara Baja, al elegirse ambas por los mismos electores. En uno y otro caso, las Segundas Cámaras son secundarias.

No obsta a lo expuesto el renacimiento de los Senados, elegidos por sufragio universal directo, en algunos Estados unitarios de la Europa Oriental. En tales casos, inercias y mimetismos aparte, el Senado se restablece como factor simbólico de la recuperación de la identidad nacional tras la dominación soviética. Tal es el caso paradigmático de Polonia. Aparte de la utilidad que, como Cámara auténticamente democrática a cuya elección concurrían una pluralidad de partidos en pie de igualdad, el Senado tuvo a la hora de la transición, no hay que olvidar su importancia en la historia constitucional polaca tanto antes de la partición, como después y a la hora de recuperar la independencia.

Paralelamente, los Senados declinan allí donde el pluralismo social o, más frecuentemente, el comunitario o federal, es tan agudo e incluso polémico que una Cámara Alta y, eventualmente, secundaria, no basta para integrar los elementos de este pluralismo, porque la participación a través de ella se considera insufi-

¹¹ «Establece entre el Senado y el Congreso la diversidad que procede de su origen» (Dictamen de la Comisión sobre Reforma de la Constitución, DSC 1844-1845, n.º 23, Apéndice, texto en Sevilla, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, 1969, I, pág. 368). El texto de Cádiz, *Ib.*, pág. Cf. Jovellanos, *Obras*, BAE, Madrid, 1951, pág. 601 y ss.

ciente. En tales casos, la representación de los diferentes elementos a integrar se lleva a una Cámara Única, territorializada o federalizada. Así ha ocurrido en muchos de los Estados surgidos de la descolonización, donde la integración federal era especialmente polémica¹².

Junto con esta primera razón del bicameralismo, la representación de lo plural y diverso para integrarlo, la lógica y la historia ofrecen otra: la división del poder político para introducir en su seno frenos y contrapesos que eviten su desmesura.

En los orígenes del moderno constitucionalismo esta visión mecánica del bicameralismo aparece vinculada al policratismo más atrás descrito. Así, para Montesquieu, la Segunda Cámara nobiliaria contrapesaba a la popular, no sólo por el equilibrio entre sus competencias, sino por la fuerza social que representaba. Y todavía tesis semejantes siguen apareciendo en el pensamiento doctrinario¹³. Pero, según la teoría política se democratiza, la conveniencia de la Segunda Cámara se explica más por razones puramente mecánicas de división del poder y equilibrio de instituciones, incluso cuando oculta una representación privilegiada. Tal es la tesis expresada por los constituyentes españoles de 1837¹⁴. Consecuencia extrema de esta tesis fueron los sistemas bicamerales en los que la segunda Asamblea era una división, cuando no delegación, de la primera, como ocurrió en Islandia, Suecia y Noruega respectivamente¹⁵.

Ahora bien, también en este caso la democratización radical ha llevado a negar esta razón del bicameralismo. La división de poderes, que Montesquieu concibió como un equilibrio entre fuerzas sociales, no tiene lugar cuando todo el poder se sitúa en el sufragio de un único cuerpo electoral. Este pluralismo lo es sólo de partidos políticos y la división de poderes lo es entre mayoría y minorías, gobierno y oposición o, en el Estado de Partidos, entre los diferentes partidos políticos, sus fracciones parlamentarias y cuotas institucionales. Si las Cámaras son meros foros de debate o acuerdo interpartidario, con una, basta y posiblemente sobra, puesto que tan sólo es una junta de portavoces de partido con voto ponderado, en función de los recibidos en unas elecciones articuladas por representación proporcional.

¹² Cf. mi libro *Nacionalismo y Constitucionalismo*. Madrid, 1971, pág. 308 ss.

¹³ Cf. Díez del Corral, *El Liberalismo Doctrinario*, Madrid, 4.ª ed., 1984, pág. 362.

¹⁴ «Y aun llegado el caso de que el uno resista al movimiento del otro, no le resistirá para pararle, sino para impedir que se precipite, como con un mecanismo muy sencillo se contiene, tomando un ejemplo de cosa demasiado trivial, la violencia de una rueda...» (texto en Sevilla, *Opus Cit.*, pág. 313).

¹⁵ «Whereas in Norway they have one Chamber and pretend to have two, in Sweden they have two and pretend to have one» (Wheare, *Legislatures*, Oxford, 1963, pág. 209). Hoy Suecia tiene un Parlamento monocameral (Cf. *Rev. Droit Public*, 1972, n.º 2, pág. 395 y ss). Sobre el esquema general de la crisis del bicameralismo, Cf. Weber, *Rev. Droit Public*, 1972, n.º 2, pág. 573.

De todo lo dicho hay ejemplos en el constitucionalismo español¹⁶. El discurso preliminar de la Constitución de 1812 se pronuncia vehementemente contra el bicameralismo en función de la igualdad ciudadana de la Nación. Mientras que el Estatuto Real de 1834 introduce una Segunda Cámara, aristocrática hasta en el nombre, el Estamento de Próceres. Una opción reiterada por la Constitución de 1845, la reforma de 1857 y la Constitución de 1876, más o menos adulterada con criterios censitarios. Por el contrario, las constituciones de 1837 y 1869 y el texto non nato de 1856, establecen un bicameralismo puramente mecánico, aunque entibiado por criterios censitarios para el sufragio pasivo, a los que el texto de 1869 suma, como alternativas, cualificaciones de excelencia. El regeneracionismo de fines de siglo trata de substituir el Senado aristocrático por una Cámara de representaciones sociales, profesionales y corporativas¹⁷. El Senado federal, por directa influencia americana, alemana y suiza, se hace patente en los proyectos constitucionales de 1873¹⁸. y la democratización de la vida política en 1931 lleva a eliminar el Senado propuesto en los albores de la IIª República, ya por los conservadores, ya por los epígonos del regeneracionismo¹⁹.

Todas estas motivaciones, desgastadas en sus perfiles a la vez que fortalecidas por la inercia, conducen al Senado de 1978.

Los primeros proyectos de Cortes democráticas, alumbrados con la transición, son monocamerales. Solamente a iniciativa de Fernández Miranda se introduce el Senado en la Ley para la Reforma Política con el objetivo de dividir y, eventualmente, moderar unas Cortes que iban a ser «de hecho» constituyentes. El ejemplo de 1874-1876 pesó en este caso. El Senado compuesto, se suponía, de notables provinciales y de designados por el Rey fue, sin duda, un aliciente para que los Consejeros nacionales, cuya vocación senatorial era, hacía tiempo, evidente, apoyaran la Ley para la Reforma. Y una vez constituido el Senado tras las elecciones de 1977, la inercia le hizo perdurar en la Constitución de 1978²⁰.

El análisis de las Actas de la Ponencia Constitucional y de los Diarios de Sesiones, muestra la coincidencia en la opción bicameral de diferentes proyectos

¹⁶ Cf. Bertelsen Respetto, *El Senado en España*, Madrid, IEA, 1984.

¹⁷ Cf. Santamaría de Paredes, *Curso de Derecho Político*, Madrid, 1887, págs. 307 y ss. Y más claramente, González Posada en los textos «Por qué hay Senados?», «Teoría del Senado» y «La evolución del Senado», en *España en crisis*, Madrid, 1923, pág. 142 y ss.

¹⁸ Sobre la vigencia de tales modelos en España, v. gr. Pi i Margall (*Las nacionalidades*) y otro tanto en F. Garrido (*Catecismo Federal*). Cf. Jover en vv.aa.: *Nación y Estado en la España liberal*, Madrid, 1994, p. 110.

¹⁹ V. gr., respectivamente, Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución de 1931*, Madrid, 1936, pág. 109 y ss., y González Posada, *La Reforma Constitucional*, Madrid, 1931, pág. 108, *Crisis del Estado y del Derecho Político*, Madrid, 1934, pág. 158, y *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1935, II, pág. 472.

²⁰ Cf. mis *Memorias de Estío*, Madrid, 1993, pág. 87. Una anécdota sobre el periodo constituyente en *Nueva Revista*, n° 21 (Enero 1992), pág. 54.

políticos. Los federalistas proponían un Senado de este tipo aun sin saber cuales serían las entidades federadas y la derecha quería un Senado de notables rurales a elegir por unas Corporaciones provinciales y municipales en las que veían el mejor antídoto de las autonomías políticas territoriales²¹.

El resultado, fue un compromiso apócrifo, esto es, en expresión de Schmitt, un acuerdo sobre las palabras y no sobre su significado, en virtud del cual se hizo del Senado Cámara de Representación Territorial (art. 69 CE). Una expresión ambigua, dado lo complejo y entonces aun indeterminado de la organización territorial (arts. 137 y 140 CE)²².

Es claro que un Senado así concebido y opuesto a un Congreso del que se quería hacer el foro político por excelencia, debía tener potestades solamente dilatorias. De ahí el carácter asimétrico del bicameralismo de 1978.

En cuanto a su composición, la democratización radical que inspiraba el momento de la transición no toleraba ni representaciones corporativas, ni Senadores de designación regia ni, salvo excepciones, sufragio indirecto.

En los diecisiete años de práctica constitucional el Senado no ha cumplido su función peor que el Congreso de los Diputados. Y sin embargo, su prestigio es aún más escaso y se ha extendido notablemente la fama de su inutilidad. La causa no es otra que la carencia de cualquiera de las razones de ser de una Segunda Cámara, esbozadas más atrás.

El Senado español no es, desde luego, una cámara de representación estatal o de clase. Si algunos pudieron abrigar la esperanza de que la elección de cuatro senadores por provincia llevara a la segunda Cámara a los notables provinciales, cuyo conservadurismo, no se sabe bien por qué, se les suponía, la experiencia de seis elecciones ha demostrado que no es así. Los senadores no son más «notables» que los diputados y la opción política que representan repite la dominante en el Congreso.

Pero tampoco, pese a la fórmula constitucional del artículo 69 CE, el Senado es una Cámara de representación territorial, expresión, como ya dije, de difícil precisión.

²¹ Así lo ha expuesto con todo detalle Mercedes Rivas en su tesina, de pronta publicación. Cf. Fernández Segado, «La construcción del Senado en el proceso constituyente», *Revista de Derecho Político*, n.º 38, (1984), pág.

²² La expresión procede de la enmienda n.º 45 de los Senadores Socialistas e Independientes que sin embargo fue retirada. Prosperaron el 5 de septiembre de 1978 (*Diario de Sesiones*, n.º 49) la de los Senadores de Entesa n.º 789 y del Senador Sr. Satrustegui (n.º 240) con sus modificaciones «in voce», que, con diferentes contenidos, coincidían en las palabras. Eso es un compromiso apócrifo (Cf. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. 2.ª ed. Madrid, 1989, t. III, pág. 2823 y 2826). Sin perjuicio de su valor «definitorio» (Cf. Solozábal en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 15 (1985), pág. 80), es un compromiso entre quienes concebían el Senado como Cámara de nacionalidades y regiones y quienes querían hacer de ella un órgano de representación provincial (Alzaga, *La Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978, Pág. 478).

Una Cámara de representación territorial lo es tanto menos cuanto las fuerzas políticas supraterritoriales concurren a su formación. Y el elector, desde 1977 hasta hoy, para bien o para mal, no vota candidatos al Senado, sino opciones de partido más o menos personalizadas en su líder nacional. El Senado es, por su composición, reflejo del Congreso y, una vez más, el obrar sigue al ser. No es de extrañar, pues, que a partir de una composición análoga, el Senado reitere, con deplorable pérdida de tiempo, las posiciones del Congreso, o, si las contradice, demuestre la incoherencia de algún partido al pronunciarse en una y otra Cámara.

Este es el argumento que obliga a excluir el bicameralismo organizado sobre un sistema electoral diferente. Los mismos partidos políticos protagonizarían la elección de ambas Cámaras. Pero con resultados ya reiterativos (si la composición de ambas Cámaras coincidiera), ya disfuncionales (si discrepara, refractado a través de diferentes fórmulas de voto, cómputo y atribución).

Como antes señalé, el Estado de Partidos nova la democracia representativa y vacía de contenido las instituciones parlamentarias. Por ello resulta difícilmente compatible con el bicameralismo. La concentración de poder que el Partido Político supone, niega los dos supuestos del Senado: La pluralidad territorial que los Senados de corte federal pretenden representar, y ello es evidente incluso en sistemas federales tan sólidos como Alemania, y el equilibrio de poderes que una Segunda Cámara puede introducir respecto de otra colegisladora.

Éstas y no otras son las verdaderas causas de la escasa, si alguna, utilidad del Senado y no el carácter meramente dilatorio de sus competencias. Baste pensar en lo que hubiera sido durante estos años un Senado plenamente colegislador o capaz de exigir responsabilidad política al Gobierno. La duplicación, nada menos (!), de la vigorosa vida política de la que ha dado muestras el Congreso de los Diputados.

OPCIONES QUE NO VAN A PARTE ALGUNA

A la luz de lo expuesto, ¿cuáles son las posibilidades de reforma del Senado para que deje de ser una institución tan poco funcional como ahora es?²³

El Senado no puede representar a las comunidades autónomas como el *Consejo Federal* alemán representa a los Länder, o el Senado de los Estados Unidos a los «Estados indestructibles», porque las comunidades autónomas son hetero-

²³ Las muy valiosas contribuciones doctrinales al tema, abundan en la representación territorial y autonómica. No es mi intención polemizar con ellas. Por todas, Martínez Sospedra, *La Reforma del Senado*, Valencia, 1990. Ultimamente, *La Reforma del Senado*, (Centro de Estudios Constitucionales), Madrid, 1994. En sentido bien diferente, las autorizadas opiniones de Ramírez y Portero.

géneas entre sí. La diferencia entre Cataluña y Murcia o entre Euskadi y Madrid no es meramente cuantitativa, como la que media entre Vermont y California, sino cualitativa. Euskadi o Cataluña, según afirma su propio Estatuto, parte de nuestro bloque de constitucionalidad, son expresión de una realidad nacional: Navarra es una Comunidad Foral cuya autonomía tiene un claro carácter paccionado. Pero la Comunidad de Madrid es un puro invento administrativo.

Aunque no esté de moda reconocerlo, la heterogeneidad entre las comunidades históricas —verdaderos hechos nacionales— y el resto, tiene un reconocimiento constitucional claramente incoado, más allá de las fórmulas de los artículos 143 y 144, 151 y 152 CE, en el artículo 2 y la Disposición Adicional I.^a La diferenciación así posibilitada fue frustrada por los Pactos Autonómicos de 1981 que generalizaron, incluso coactivamente —piénsese en Segovia, León o Almería—, un modelo autonómico originariamente pensado para Cataluña y después por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No se trata ahora de discutir lo certero o equivocado de aquella opción. Pero es claro que si no la generalidad, al menos la homogeneidad de las autonomías está contradicha por la fuerza normativa de los hechos. Y un Senado que, prescindiendo de ella, intensificara el tratamiento homogéneo y homogeneizador de lo que es a todas luces heterogéneo, convertirá al nuevo Senado en lecho de Procusto para torturar el cuerpo, no sólo plural, sino diverso, de la España Grande.

Las disfuncionalidades de nuestro sistema autonómico proceden de la no reconocida heterogeneidad de sus componentes —nacionales y regionales—. Nada más impropio que pretender corregir esta disfuncionalidad con otra Cámara «homogeneizadora». La diferencia en la composición (número entre los senadores) o en el procedimiento (lenguas a usar), no basta para reconocer diferencias de mayor envergadura. Otras diferencias son difícilmente incompatibles con la misma función integradora de la Cámara.

En efecto, un Senado federal plantea dos problemas principales: la composición y las funciones.

Respecto del primero, los senadores pueden ser directamente elegidos por los ciudadanos de cada Estado (USA) y representar así a los diferentes cuerpos políticos, o por las respectivas Asambleas legislativas (India) y representar las diferentes fuerzas políticas territoriales, o nombrados por los distintos gobiernos (R.F. Alemana) y ser sus mandatarios en el órgano de participación federal. Hoy en España se manejan las tres soluciones y hay precedentes para todas ellas.

Pero la dificultad surge a la hora de determinar su número. En un federalismo igualitario, los «senadores» pueden ser iguales para todos los Estados —USA— o en proporción a las respectivas poblaciones —India—, porque la homogeneidad entre los federados permite, tanto la igualdad como su corrección, atendiendo a un factor cuantitativo. Pero en una situación como la española, la concurrencia de identidades nacionales innegables y circunscripciones administrativas subs-

tantivadas, imposibilita la igualdad y el hecho de que las entidades nacionales con mayor personalidad sean territorial y aún demográficamente menores, impide la corrección cuantitativa en atención a estos factores. Un Senado federal español en el que Euskadi tuviera igual o menor representación que Madrid o Cataluña que Andalucía, no respondería a la realidad que pretende representar.

En cuanto a las competencias, la opción parece estar entre hacer al Senado plenamente colegislador o reservarle las materias de carácter autonómico.

La segunda solución es tan aparentemente lógica como realmente falaz, porque no está claro cuáles son las materias de interés autonómico. Baste pensar qué competencias, típicamente estatales, tienen máxima incidencia en la vida de las Comunidades Autónomas (v. gr. Presupuestos) y que, a la inversa, es creciente el protagonismo de éstas en materias en principio exclusivas del Estado —v. gr. la actividad exterior—, sin contar con el carácter compartido de la mayor parte de las competencias autonómicas subrayado por la jurisprudencia y la doctrina.

¿Quién calificará una materia de competencia senatorial en razón de su relevancia autonómica? Si la propia mesa del Senado o la aún no regulada Mesa Conjunta de las Cortes, la aplicación del artículo 41 LOTC podría abrir la vía de mayor judicialización de cuestión tan eminentemente política como la competencia senatorial, a tocas luces inconveniente.

Por el contrario, si el Senado federal fuera colegislador en todas las materias, surgirían otros problemas con efectos negativos en el proceso de participación e integración de las Comunidades autónomas en el Estado global.

En efecto, el bicameralismo asimétrico en el que el Congreso tuviera la última palabra podría llevar a las Comunidades cuyo órgano de participación fuese el Senado a sentirse marginadas. Y a la inversa, un bicameralismo simétrico en el que ambas Cámaras tuvieran los mismos poderes podría ser sentido como privilegiado para la mayoría de un cuerpo político como el español, que no se siente compuesto de entidades federadas.

Si las mayorías del Senado son simples, es difícil pensar que sirven de garantía a las Comunidades de especial personalidad. Pero no es fácil concebir que el conjunto de las Comunidades aceptará el bloqueo de las decisiones por el voto de una o dos Comunidades.

Si esto no ocurre ahora es porque, con todos los defectos del sistema, se ha obtenido un punto de equilibrio en el que la irrelevancia del Senado como órgano de participación se compensa por la participación en el Congreso de las Comunidades Autónomas con verdadera conciencia de tales y de sus fuerzas políticas. De ahí que una federalización del Senado, al afectar a dicho equilibrio, pueda tener peligrosos efectos no queridos.

Si el Senado se transforma en la representación de las Comunidades Autónomas, como lo es el Consejo Federal alemán, no faltará quien quiera hacer del Con-

greso la representación unitaria del pueblo español como lo es la Dieta Federal en Alemania.

Ahora bien, hoy el Congreso de los Diputados está en gran medida territorializado por el mínimo provincial que permite el acceso de la representación de partidos de amplitud no estatal. Algo hecho a medida para que los nacionalistas lleguen al Congreso. Esa fundamental garantía de su presencia en la Cámara es la mejor vía de integración de los nacionalismos en el Estado, en la legislación y el presupuesto, en el proceso político y que, incluso, puede llevarlos al Gobierno.

Por ello, quienes no gustan del pluralismo, empezando por los pluralismos nacionalistas, han esbozado reiteradamente la idea de elevar el mínimo electoral y exigirlo del conjunto del Estado en vez de relativo a cada circunscripción. Así, el PNV y CiU quedarían fuera del Congreso. La idea, con ser descabellada, no ha dejado de ser propugnada y la «federalización» del Senado podría servirle de coartada.

Acantonar las fuerzas nacionalistas en el Senado «territorial», exigiendo como en Alemania un elevado mínimo nacional de votos para poder entrar en el Congreso, no contribuirá a la mejor vertebración de los nacionalismos en el Estado. Duplicar la territorialización en ambas Cámaras sería, cuando menos, inútil. Sobran órganos territorializados y faltan instancias ajenas a tales tensiones.

Un Senado federal, por otra parte, es, en buena teoría y en la mejor práctica, órgano de participación de las entidades federadas en el poder federal. Pero no, como se propone frecuentemente en España, instancia resolutoria de los conflictos de estas entidades entre sí o con el Estado global. La participación y el arbitraje son cosas muy diferentes.

La razón es simple: tales conflictos son bilaterales y, en consecuencia, irreductibles a un diálogo multilateral con quienes son ajenos, cuando no indirectamente interesados, en el mismo conflicto. Para poner un ejemplo, ¿Es, acaso, imaginable que las relaciones derivadas del Concierto Económico del Estado con Euskadi o Navarra pudieran ser debatidas en el Senado por los representantes de otras quince Comunidades Autónomas?

Por otra parte, la endebles de muchas Comunidades Autónomas abre la puerta a un nuevo peligro de mixtificación. Son varias las corporaciones territoriales que presionarían para enviar representantes a un Senado territorial renovado. Así, los grandes municipios o las áreas metropolitanas, llamadas a mayor protagonismo en un futuro no lejano. Esta tendencia será fomentada, siguiendo una ley general, por cuantas fuerzas partidistas o institucionales pretendan debilitar la representación autonómica, porque la experiencia demuestra que la mixtión de diversas entidades territoriales de distinto nivel (Comunidades y Ayuntamientos, por ejemplo) es la manera más segura de diluir su representatividad. El nivel político del conjunto se sitúa al del más bajo participante.

Una segunda opción a considerar es *el Senado Corporativo*, descartado en España a la hora de la transición por razones que hoy mantienen, cuando no aumentan, su vigencia.

En efecto, la conveniencia de una segunda Cámara de este tipo se ha defendido como representación no política, sino de los intereses económicos y sociales, que si bien no agotan el factor político (y de ahí la distinción entre el bicameralismo corporativo y la llamada democracia orgánica que, claramente, substituye el sustantivo por el adjetivo) tampoco pueden ni deben ser reducidos a él.

Ahora bien, el pluralismo de intereses que así se pretende representar puede ser de dos tipos. Ya defensivo de la autonomía y de sus intereses, ya orientado a la promoción de dichos intereses mediante la influencia sobre el poder político. Su acceso a las instituciones políticas, en este caso al Senado, lo configuraría como instancia que frenaría al poder en pro de los particulares o, más grave aún, lo orientaría en pro de tales particulares. El resultado sería una inmunidad o un beneficio particular. En todo caso, un privilegio.

Por tanto, la no politización de la representación corporativa, de ser cierta, supondría poner la cosa pública a través, nada menos, que de una de las Cámaras colegisladoras, en manos de los intereses privados. Con ello se substituiría la voluntad general por la voluntad de todos que, en virtud de la «ley de bronce» propia de las organizaciones, termina siendo la voluntad de sólo algunos. Y los algunos suman su propio particularismo oligárquico al particularismo del grupo que representan. El resultado es el particularismo de segundo grado. El peligro de tal fórmula es aún mayor en una sociedad como la actual, especialmente corporativizada y segmentada, donde frecuentemente se pierde la idea del interés general.

En principio, son los partidos políticos los encargados de vertebrar la vida política en torno a este interés general, puesto que, frente a los grupos de presión, son asociaciones que propugnan una determinada versión del mismo. Ahora bien, la irrupción de los partidos en la representación corporativa, al politizarla, tiene efectos no menos contraproducentes.

Por un lado, si las mismas fuerzas políticas que protagonizan la contienda electoral y dominan el Congreso o Cámara Baja, se hacen presentes en el Senado a través de las corporaciones que a él tienen acceso, esta Cámara será políticamente *redundante* o políticamente *contradictoria* con aquél. Esto es, en ambos casos, disfuncional.

Por otra parte, la lucha partidista por controlar la representación corporativa, tiende y frecuentemente consigue politizar y desnaturalizar las corporaciones en cuestión.

En suma, no se mejora la representación, pero se pervierte lo representado.

HACIA EL SENADO DE CALIDAD

La segunda Cámara, justificable cuando representa una realidad diferencial (territorial o de clase) en condiciones que no se dan en España y explicable al pretender introducir la división y consiguiente equilibrio en el seno del legislativo, en una fase predemocrática del constitucionalismo, puede también obedecer al cumplimiento de una función distinta a la exclusiva de la Cámara Baja. Y la evolución del propio bicameralismo clásico así lo demuestra. La relevancia, por ejemplo, del Senado de los Estados Unidos no pende tanto de la participación de los Estados federados en el poder federal como del cumplimiento, por los cualificados políticos que los senadores son, de importantes funciones de control sobre el ejecutivo. Y así lo vieron ya los redactores de la Constitución y así lo ha desarrollado su práctica²⁴.

En Europa, por poner otro ejemplo, la más eficaz de las segundas Cámaras, la, en apariencia arcaica, Cámara de los Lores, no es tal en cuanto colegisladora y ni siquiera, con ser ello importante, como revisora, más técnica que política, de la labor a veces apresurada de los Comunes, sino porque a través de la pairia vitalicia no hereditaria, accede a la vida política una determinada elite social y asume una serie de tareas de reflexión, información y debate más sereno que el que es propio de los Comunes. Con razón decía Sir Ivor Jennings²⁵ que los «Lores» eran de hecho ajenos al Parlamento, prácticamente monocameral. Pero esta marginalidad respecto del centro de la vida política, es lo que hace funcional, en su propio ámbito, a los «Lores».

En los albores del Constitucionalismo moderno, Sieyès intuyó esta diferencia funcional y propuso, plenamente separado del cuerpo legislativo, un Senado Conservador del pacto fundamental y los principios constitucionales, encargado de su tutela y desarrollo²⁶. Tal fue el Senado de la Constitución del año VIII, cuya desnaturalización, en virtud del autoritarismo del Primer Cónsul y, después, del Emperador, no debe ocultar ni la originalidad de la institución en el plano de la teoría ni su funcionalidad en la práctica. Por ejemplo, a la hora de realizar pacíficamente la transición a la Monarquía constitucional²⁷, y el constitucionalismo autoritario de estirpe napoleónica ha reiterado este tipo de institución, desde los

²⁴ *The antifederalist papers and the constitutional debates*, ed. Ketcham, Nueva York, 1986, págs., 57 y 333.

²⁵ *Parliament*, Cambridge, 1953, pág. 5.

²⁶ Cf. Bastide, *Sieyès et sa pensée*, París, 1939. Antes, Boulay de la Meurthe, *Theorie constitutionnelle de Sieyès*, París, 1836.

²⁷ Sobre el Senado napoleónico, Godechot, *Les Institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, París, 1951, y en especial Thiry, *Le Sénat de Napoleon (1800-1814)*, París, 2.ª ed., 1949, págs. 5 y ss. y 197 y ss. Cf. Bury, «The end of the Napoleonic Senate», *Cambridge History Journal*, 1948, vol. 9, págs. 165 y ss.

primeros textos del Gran Imperio hasta la Constitución francesa de 1852 y aún más acá.

Como dice un texto clave en la materia, la Proclama de 14 de Enero de 1852, el Senado no será ya, como es el caso de las Segundas Cámaras clásicas, aristocráticas, «el pálido reflejo de la Cámara de los Diputados repetidora pocos días más tarde de los mismos debates en otro tono»²⁸. No es un cuerpo colegislador, sino una institución que Sieyès ideó como conservadora, no del proceso político, sino del pacto fundamental, y seleccionadora de notabilidades, como Gran Elector colectivo.

La democracia moderna es, por definición, abierta, y no procede en ella la custodia gerontocrática propia de los sistemas cerrados. Pero una institución inspirada en la que ideara Sieyès puede cumplir funciones no menos relevantes, más de innovación que de conservación; más de control y de reflexión que de decisión. Un Senado que cabría denominar «Innovador», si no debiera tener funciones de designación y control además de las de invención²⁹.

Dos son las cuestiones a dilucidar en torno a esta Asamblea, su *composición* y sus *funciones*.

Respecto de la primera, el Senado de calidad tiene que ser independiente de los partidos, de sus excesivas conflictividad externa y disciplina interna; que ya tienen su campo de acción en el Gobierno y las Asambleas legislativas. En un Senado independiente convienen más las ideas que las ideologías, la responsabilidad que la disciplina, la competencia que la docilidad. A tales cualidades propias de los partidos, convendría oponer un foro apto para las mencionadas virtudes.

Porque el máximo problema político de nuestro tiempo es el desequilibrio entre la gravedad de los problemas —por su novedad y radicalidad— y la creciente escasez de capacidad —serenidad, experiencia e imaginación— para abordarlos. La dureza de la contienda política, por un lado, retrae muy valiosos elementos hacia la sociedad civil y, en España, un sistema de partidos especialmente rígido, los mantiene aislados de la cosa pública. Y, por otra parte, expulsa antes de tiempo de ella a quienes podrían aportar mucho y bueno.

Los recursos humanos de nuestra clase política no parecen más abundantes que los de la británica, pero en España, frente a la experiencia de los Lores, se carece de una institución donde dar cabida a los valores más señeros de esa clase política, una vez apartados de la primera línea. A eso se llama dispendio de recursos escasos.

²⁸ Texto en Duguit Monnier, *Les constitutions de la France depuis 1789*, París, 2.ª ed. 1908, pág. 272.

²⁹ Tal fue la denominación de la propuesta inicial del Senador D. José Luis Sampedro.

Si los políticos, los dedicados al Gobierno y a la oposición, a la gestión y al control, deben concurrir en el Congreso de los Diputados y, en su caso, en las instituciones autonómicas, el Senado podría, sin entrar en conflicto con ellos, encuadrar a quienes no tienen ni quieren tener poder, pero por una u otra razón, poseen la capacidad para reflexionar y el prestigio que da autoridad a su reflexión.

Un Senado así podría estar compuesto por miembros natos procedentes de la experiencia política en los altos organismos del Estado, como es el caso de los ex presidentes del Gobierno, de las Cámaras, de los Altos Tribunales y Consejos (v. gr. Consejo del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, etc.) y del Banco de España. Todos ellos tienen un origen democrático pero la extinción de su mandato no debería equivaler a la amortización de sus capacidades. Esta composición elitista ya se apunta en las Altas Cámaras de algunas democracias clásicas, (v. gr. Irlanda, Italia, y ahora, por influencia suya, Croacia entre otros).

Stuart Mill ha dedicado luminosos párrafos a un Senado así compuesto. «Los defectos de una Asamblea democrática que representa al público en general son los defectos del público mismo: la falta de educación especial y de saber. Lo que se necesita para poner remedio a esto es asociarle un cuerpo cuyos rasgos característicos serán la educación especial y el saber. Si una Cámara representa el sentimiento popular, la otra deberá representar el mérito personal, probado y garantizado por servicios públicos reales y justificado por la experiencia práctica. Si una Cámara es la del pueblo, la otra deberá ser la de los hombres de Estado - un Consejo compuesto por todos los hombres públicos que han ocupado cargos o funciones políticas importantes-. Una Cámara semejante podría ser mucho más que un cuerpo simplemente moderador. Será no solamente un freno, sino una fuerza impulsiva»³⁰.

El poder moderador del Rey podría designar además a aquellas personas que prestasen o hubieran prestado señeros servicios al Estado y a la sociedad. Ex dirigentes políticos, sindicales y empresariales o intelectuales de reconocido prestigio. Sus incompatibilidades no debieran ir más allá de evitar los conflictos de intereses, sin exigir una dedicación exclusiva que separa de la vida social y requiere gravar el Tesoro Público. Políticamente, tales Senadores no podrían participar en las elecciones, pero constituirían una reserva permanentemente disponible para las tareas del Estado. Comisiones, misiones *ad hoc*, etc. Baste pensar, por ejemplo, en lo diferente que sería la información confidencial sobre fondos reservados en una Comisión del Senado propuesto, que en otra del Congreso de los Diputados, compuesta por representantes de partidos políticos en abierta competencia electoral.

³⁰ *On Representative Government*, cap. XIII.

Así se recluta la parte más activa de la Cámara de los Lores y los más viables proyectos de reforma de la Cámara tratan de suprimir la herencia y hacer de la nominación vitalicia la única vía de acceso a la misma. Otro tanto ocurre en el Senado del Canadá, incluso cuando se trata, en este caso, de representar los miembros de un Estado federal. Y elementos tales se encuentran, entre otros, en el Senado italiano. La experiencia arroja un balance positivo. La alternativa a la designación del poder moderador podría ser la cooptación, ya prevista por Sieyès. En todo caso, es indispensable evitar un sistema de elección cualquiera que fuera el colegio electoral —territorial, institucional o corporativo—, si lo que se pretende es evitar la introducción en el Senado de las cuotas partidistas.

A la vez, debe quedar claro que los Senadores designados por su relieve social, no van al Senado en representación de un sector o institución de la sociedad, sino en el solo nombre propio, como los lores ingleses.

Se trataría, así, de paliar alguno de los principales defectos de la moderna democracia de partidos: el empobrecimiento de la clase política merced a su profesionalización y burocratización, a la vez que su separación de la sociedad civil, con el consiguiente desprestigio de las instituciones que substituyen las tribunas privadas y los medios de comunicación.

Lo primero, conservando lo más granado y experimentado de la clase política, pero en una situación liberada de dependencias jerárquicas, compromisos partidistas y avatares electorales. La renovación periódica de los gobernantes por los cauces electorales normales, no debe impedir la capitalización de su experiencia.

En cuanto a la sociedad civil, no parece lógico que sus dirigentes más acreditados sólo influyan en la cosa pública, de hecho al margen de los cauces institucionales. Hoy como ayer, los *meliores terrae* deben estar presentes en las instituciones representativas.

Respecto de las competencias que a dicha Cámara podrían corresponder, son calificables bajo tres grupos: *reflexión*, *control* y *designación*. Y las tres aparecen destinadas a superar dos tendencias harto peligrosas de las modernas democracias: la demagogia y la disolución de lo general.

Reflexión sobre los grandes problemas que una sociedad como la nuestra tiene planteados, no tanto para resolver de inmediato, sino para dilucidar, conllevar y solventar a largo plazo. Para poner un ejemplo, no la declaración de guerra, pero sí la política de seguridad.

La *identidad* de España en un contexto de mayor integración internacional; el *tipo de economía* que nos es dado y queremos tener, más allá de las palabras (mercado, competitividad, etc.) en que todo el mundo está de acuerdo; el futuro de *nuestras lenguas*; la *política demográfica y migratoria*, la *seguridad social*, la *desertización* y deforestación, el *orden público*, las *dotaciones militares*, etc. etc., son otras tantas cuestiones cuyo debate en el Congreso, por positivo que sea, no

llega al fondo. ¿Cómo es posible opinar sobre las pensiones de un sector o los recursos hídricos de toda España, si ha de hacerse ante los respectivos electorados, sectorializados o territorializados?

Muchos de estos problemas más graves de nuestra sociedad, aunque no más urgentes, escapan a la atención y capacidad del político que gestiona directamente los asuntos públicos o que aspira a gestionarlos. Unos y otros están acuciados por urgencias cotidianas y preocupaciones electorales. Cuando hay que resolver lo inmediato no siempre se puede mirar el horizonte. Y si se mira, las exigencias estratégicas y aún tácticas dificultan la visión. Cuando, de una u otra manera, siempre se está en campaña electoral, es difícil e incluso imposible no sacrificar dosis muy substanciales de rigor. A esto se llama peligro de demagogia.

Y estos problemas y algunos otros, serán más fácilmente resueltos por los políticos en el Gobierno y el Congreso, si las opciones, las posibilidades y los costes, hubieran sido previamente explicitados en otra instancia. Explicitados en términos políticos y no meramente técnicos. Y por una instancia revestida de *auctoritas*. La que da el prestigio social y la experiencia política basada en la legitimidad democrática.

Reflexión política y no académica. Esto es, no dedicada a la teorización o a la descripción analítica, sino a la elaboración de juicios sobre medios y fines. Es decir, a la decantación de objetivos estimados como valiosos y a su luz, a la valoración de los instrumentos para conseguirlos.

Y todo ello sin urgencias, porque han de ser problemas y soluciones contemplados a medio y largo plazo, ni dependencias electorales ni imposiciones determinadas por la contienda política inmediata. Un Senado con tiempo y capacidades para inventar.

De otro lado, la disolución de la «voluntad general» en la «voluntad de todos» es el rasgo más característico del Estado de Partidos, al que tienden muchas modernas democracias y, concretamente, la española. En dicho tipo de Estado, los partidos se convierten en protagonistas exclusivos y excluyentes de la democracia, asumiendo cada uno de ellos el ejercicio de lo que Kelsen llamara «una fracción de la soberanía», cuya totalidad no viene dada por el producto dialéctico, sino por la suma aritmética de todas ellas. El sistema electoral proporcional sirve para cuantificar matemáticamente las cuotas de soberanía y proyectarlas en la o las Asambleas, que no son ya lugar de deliberación, debate y toma de acuerdos, sino de formalización de las cuotas de poder. De ahí que tales cuotas se proyecten en los órganos de elección parlamentaria. De ahí que la suma de las diferentes fracciones forme la mayoría o, incluso, la unanimidad. Lo que Rousseau llamara «voluntad de todos».

Ambos rasgos de la democracia actual provocan tendencias correctoras, al menos en dos sentidos: la *despolitización* o *tecnificación* de la decisión y la *independencia* de la gestión.

Por un lado, proliferan los intentos de *substraer a la mayoría*, no ya accidental sino electoral, *determinadas decisiones clave*. Y precisamente porque se advierte el peligro de hacer depender de la demagogia, inherente a las campañas electorales, determinadas opciones.

Así, en los Estados Unidos y desde hace años, se pretende primero en los medios académicos, ahora ya en el programa político de la Revolución Conservadora, prohibir constitucionalmente los déficit presupuestarios. Salvo que la Constitución pierda su carácter normativo, algo difícil de concebir en el mundo anglosajón, ello llevaría a limitar estrictamente la capacidad de las Asambleas para aprobar gastos con cargo a los presupuestos.

Paralelamente, en Suecia los estudios para «hacer eficiente la democracia»³¹ tienden a distanciar las elecciones parlamentarias para emancipar al Gobierno de la presión demagógica que suponen las campañas electorales, a aumentar las competencias del Gabinete y, lo que aún es más significativo, a encargar a una autoridad independiente algo, a la vez, tan importante —política y económicamente— y tan sensible —electoralmente— como la reforma del Estado de Bienestar y la gestión de sus prestaciones. De esta manera se pretende evitar que los gobernantes, y en particular los elegidos, traten de ganarse el favor de los electores aumentando en beneficio de éstos los gastos públicos. Del famoso triángulo de hierro que denunciara Friedman, se tiende a quebrar uno de sus lados. El que une a los políticos democráticos con los grupos de presión electoral.

Medidas tales suponen poner en manos de técnicos, parcelas centrales de la cosa pública y la indispensable autonomía del factor político quiebra en esta disputa entre la incapacidad de los partidos y la alternativa tecnocrática. Es preciso hacer compatible capacidad técnica y legitimidad democrática y para ello pudiera servir un Senado que reuniera ambas, con «auctoritas» capaz de orientar, sobre las grandes cuestiones de Estado, al Gobierno, al Parlamento y a las instituciones independientes después mencionadas. Una alta instancia «moral».

Ello es patente con relación a la proliferación de las *Administraciones Independientes*, entendiendo por tales aquellos entes dotados de plena autonomía respecto de los poderes del Estado y de la propia Administración, con el fin de neutralizar políticamente su gestión.

Desconocidas hace pocos años cuando no reputadas como manifiestamente contrarias al ordenamiento constitucional, las Administraciones Independientes proliferan hoy por doquier, hasta alcanzar un volumen que, en expresión de uno de sus estudiosos, «causa espanto»³². En España, aunque son fruto tardío, cada vez

³¹ Cf. el Informe Lindbeck (ed.) *Nya villkor för ekonomi och politik*, Estocolmo, 1993, cuya definitiva versión inglesa es *Options for economic and political reform*, MIT Press, 1994.

³² Moderne en Colliard-Timsit (eds.), *Les autorités administratives indépendantes*, París, (PUF), 1988, pág. 200.

revisten mayor importancia³³. Si el Banco de España es la más notoria, no pueden olvidarse, entre otras, el Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos o el Consejo de RTVE³⁴.

Su razón de ser es siempre la misma: la conveniencia de neutralizar una parcela especialmente sensible de la actividad pública para apartarla de la lucha partidista que, se entiende, domina los poderes del Estado. Las Administraciones Independientes, por lo tanto, pretenden serlo de los partidos políticos; pero al monopolizar éstos las instituciones y la representación democrática, las Administraciones Independientes han de serlo tanto del Gobierno y de las Asambleas que los partidos protagonizan como de las propias elecciones. Sus antecedentes y paralelos, por lo tanto, son cuantos intentos se han hecho de crear «islotos de autonomía e incluso de independencia»³⁵ en el seno del Estado democrático, dominado por el conflicto de las fuerzas políticas.

Las ventajas de esta fórmula de neutralización política son muy apreciadas. Así, en relación con la Banca Central y pese a que la evidencia empírica no es concluyente, la doctrina más influyente ha tomado el ejemplo de la Reserva Federal de los Estados Unidos, del Bundesbank y del Banco Nacional suizo, para destacar cómo su autonomía contribuye a garantizar la estabilidad del valor de la moneda³⁶. Ante la experiencia de la política inflacionista de tantos gobiernos se recurre a la neutralización de la política monetaria a cargo de una típica Administración Independiente, y la misma fórmula se trata de extender a otras actividades de la Banca Central, como es la supervisión del mercado financiero. Chile y Filipinas han llegado a constitucionalizar la solución y otros muchos países lo han establecido por ley, tanto en la Unión Europea como fuera de ella.

La independencia de la Banca Central sería, a juicio de muchos, una nueva dimensión de la separación de poderes, al emancipar respecto del control gubernamental lo que hoy es, en vez del Parlamento dominado por los partidos y pendiente de un electorado que exige prestaciones, el auténtico control del gasto, el valor de la moneda y, en consecuencia, el dinero de los ciudadanos. La estabilidad del valor del dinero sería, así, un principio constitucional tan válido hoy como lo fue en los orígenes del constitucionalismo la vinculación del impuesto a la representación.

³³ La doctrina se ocupa de ellas desde Sala Arquer en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 42 (1984), págs. 401 y ss.

³⁴ Cf. Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes*, Madrid, 1994, trabajo de conjunto.

³⁵ Gentot, *Les autorités administratives indépendentes*, París, 1991, pág. 33 y ss.

³⁶ En la doctrina española va a marcar un hito la pronta aparición de Lastra, *Central Banks and Banking Regulation*.

Ahora bien, si dicha independencia pasa a través de la despolitización de la autoridad independiente en cuestión, los riesgos del sistema no son pocos. De una parte, las Administraciones Independientes carecen de legitimidad democrática o, incluso, la substituyen por una legitimidad burocrática: la dominación gracias al saber. Amenazan así con constituirse como «Estados en el Estado», ajenos a la representación y exentos de control y proclives a la promoción de su propio interés burocrático³⁷.

Tal es el problema que late en la gran polémica jurisprudencial y doctrinal que sobre la cuestión ha tenido lugar en los Estados Unidos, desde el *new deal* hasta nuestros días, respecto de las *independent regulatory agencies* o *independent regulatory commissions*, originadas a mediados del pasado siglo.

Por otro lado, si la independencia de las administraciones mencionadas respecto del Gobierno y de las asambleas representativas es total, una vez constituidas es fácil que se conviertan en residuos de situaciones políticas, no sólo superadas, sino incluso rechazadas por la voluntad expresa del electorado. Y así ocurrió en Gran Bretaña respecto de los «*cuasi autonomous governmental organizations*» (CUANGOS) cuando los conservadores quisieron revisar, en los años ochenta, la obra de los laboristas³⁸.

En fin, las Administraciones Independientes del poder político pueden, a la larga, ser captadas por los poderes fácticos de la sociedad y convertidas así de supuestamente neutrales en instrumentos, no de los partidos, pero sí de los grupos de presión. El ejemplo americano, que ha mutado tras el *New Deal* el constitucionalismo, es concluyente, pero no único³⁹.

El problema radica, pues, en evitar el Escila y Caribdis de un excesivo alejamiento de las fuentes de la legitimación política y aún social, por una parte y, de otra, de los riesgos de captura, ya por las fuerzas políticas, ya por los sectores sociales. Lo primero dejaría sin vida a las Administraciones Independientes; lo segundo acabaría con su neutralidad.

El primer riesgo es evidente. Con razón se ha señalado que la eficiencia de la independencia de la Banca Central está condicionada por la vigencia en la opinión pública de determinados valores económicos. Por ejemplo, en la República

³⁷ Así lo ha destacado, aplicando categorías de Max Weber, Toma, *Central Bankers, Bureaucratic Incentives and Monetary Policy*, Dordrecht, 1986.

³⁸ Cf. Backer (ed.), *Quangos in Britain*, Londres, 1982. Sobre la falta de legitimidad han insistido Uhlenbruk, *Die Verfassungsmässige Unabhängigkeit der Deutschen Bundesbank und ihrer Grenzen* Munich, 1968; Friedman, «Should there be an independant monetary authority?», in Yeager (ed.), *In search of a Monetary Constitution*, Cambridge, Mass., 1962. Y después, «Monetary Policy: Theory and Practice», en E. Toma y M. Toma (eds.), *Opus cit.*; y Blunden, *The role of the Central Bank*, Cardiff, 1990.

³⁹ Cf. Sustain en *Harvard Law Review*, 101 (1986-87), pág. 483 respecto de USA.

Federal, del valor del dinero. Pero a falta de un factor formal de legitimación de la banca, su independencia y su gestión, el solo condicionamiento por la opinión pública no institucionalizada puede ser mucho más peligrosa que cualquier otra dependencia. Así se vio en la misma Alemania con ocasión de la unificación y de las medidas monetarias que ella trajo consigo. Es claro que con relación a otras instituciones independientes lo dicho podría revestir igual o mayor gravedad — piénsese en la situación de una autoridad como el Consejo de Seguridad Nuclear, ya tras una situación de emergencia, ya ante una crisis energética—.

Con referencia al segundo, las Administraciones Independientes, en cuanto son poderosas por sus competencias y ricas por sus recursos, resultan un botín muy apetecido por los partidos políticos y los grupos de presión.

El peligro de la captación de las Administraciones Independientes, incluida la autoridad monetaria, por el poder de los partidos políticos, no es ni una mera hipótesis ni siquiera una excepción española. Tal es ya el caso de Suecia y parcialmente de Dinamarca, y al mismo se encaminan las diversas propuestas doctrinales tendentes a llevar al Consejo Rector del Banco Central una representación cualificada de las minorías parlamentarias, como si se tratase de una comisión de control⁴⁰.

En cuanto a los sectores sociales para cuya regulación surgen las propias Administraciones Independientes, por su propio interés y por la dinámica de las instituciones, tienden a apoderarse de éstas. Cuanto más sectorial es la vocación y por tanto mayor la especialización de los entes en cuestión, de su competencia y reclutamiento de su personal directivo, mayor es el riesgo de esta captura social. Así se puso de manifiesto en los Estados Unidos, desde la década de los sesenta, con relación a las agencias relacionadas con el sector industrial privado. Y en los años ochenta, el Consejo de Estado francés ha insistido en ello.

El problema mayor que las Administraciones Independientes plantean es el de su control político y las demás cuestiones conceptuales que la doctrina ha planteado son en gran medida derivaciones de aquél.

Así, cuando la jurisprudencia norteamericana⁴¹ o el Consejo de Estado francés⁴² —y al hilo de sus sentencias y decisiones, los autores— han cuestionado la naturaleza e incluso posibilidad de estas instituciones a la luz de la separación de

⁴⁰ Cf. Sparve, *The independence of Central Banks*, Sverisge Riskbank, 1992, cit. Lastra.

⁴¹ Planteada la cuestión en *Humphrey's Executor vs. US* (1935), la tendencia a la independencia quiebra, ante las necesidades de control, en *Buckley vs. Valeo* (1976), tendencia seguida por el Tribunal Supremo en *Inmmigration Naturalisation Service vs. Chadha* (1983) y *Bowster vs. Synar* (1986). Frente a ello, *Morrison vs. Olson* (1988).

⁴² La posición del Conseil d'Etat está descrita en sus propios informes sobre la cuestión (*Etudes et Documents* 1983-84, n.º 35, pág 3 y ss. y 1987, pág. 53 y ss.)

poderes, lo han hecho porque tal principio es la versión histórica aún vigente del principio de control en su dimensión interorgánica horizontal⁴³. Así lo intuyen quienes, manteniendo la terminología clásica, renuncian a la clásica tripartición.

Porque, más allá de los términos, lo que importa saber es si los tribunales administrativos, en Francia, controlan las Administraciones Independientes, si es el Gobierno quien las designa, si en Estado Unidos el Congreso, creándolas, puede extender sus competencias o es al Presidente titular del Ejecutivo a quien están subordinadas.

Y en un sistema parlamentario como el español, la cuestión es que, o bien están sometidas al Gobierno (art. 97 CE) que responde de ellas (art. 108 CE) ante el Parlamento (art. 66 CE), en cuyo caso la independencia cede a la opción y al conflicto político, o bien son meras «ciudadelas de la Razón de Estado», sin que se sepa muy bien de dónde procede tal razón.

¿Cómo, pues, asegurar la independencia de estas esferas de acción respecto de los protagonistas de la moderna democracia, masas y partidos, sin hacer de ellas reductos burocráticos ajenos a la legitimidad democrática y a la orientación política del Estado? Esto es, compatibilizar la neutralidad con la no despolitización, cuestión planteada con ocasión de las Administraciones Independientes, pero de cuya trascendencia constitucional y politológica su proyección en el Senado es, tan sólo, el primer paso.

En efecto, el Estado surge y se desarrolla como una empresa de neutralización política, desde los conflictos religiosos a los sociales, desde Bodino a von Stein.

Esa neutralidad es su razón de ser, pero el pluralismo de fuerzas sociales siempre ha tratado de captar para sí los aparatos del Estado. Bemoz ha pretendido cabalgar siempre sobre Leviatán. Y garantizar más allá de tales intentos la neutralidad interna del Estado ha sido y es uno de los grandes desafíos de la política y el derecho constitucional, para cuyo análisis, que no para su práctica, pueden servir de guía las categorías acuñadas por Schmitt⁴⁴.

El Estado de Partidos, por definición, sólo es neutral porque es equilibrado. Esto es, «porque abarca en su interior agrupaciones antagónicas y por lo tanto relativiza en su seno esos antagonismos». La conclusión lógica es el sistema de cuotas, de acuerdo con el cual la proporción numérica que la representación proporcional lleva a las asambleas se proyecta en otras instituciones por definición neutrales: Consejos, Tribunales de Cuentas y Administraciones Independientes que, por ello mismo, cambiarían su independencia en una dependencia compartida.

⁴³ Cf. Löwestein, *Teoría de la Constitución*, trad. española, Barcelona, 1965, pág. 232 y ss.

⁴⁴ *Der Begriff des Politischen. Textum 1932*, Berlín, 1987 (versión española, Alianza, Madrid, 1991, pág. 125 y ss.).

Junto a esta forma de neutralidad, propia del Estado de Partidos, hay otras. Así, «la neutralidad en el sentido de la objetividad sobre la base de una norma reconocida como es el propio Estado de Derecho». Pero si algo es hoy claro es la quiebra de la legalidad, en su sentido clásico, como el único sostén del Estado.

También cabe «la neutralidad del que se mantiene al margen y que, como tercero, puede en caso de necesidad dar cauce a la decisión o lograr la unidad». Tal es el fundamento lógico del poder moderador del Jefe del Estado, clave en la teoría de la Monarquía Parlamentaria. Pero que si puede moderar y arbitrar, no es el magistrado idóneo para reflexionar, designar discrecionalmente y menos controlar.

Cabe, en fin, «la neutralidad sobre la base de un conocimiento objetivo y no egoísta de las cosas». Esa es la neutralidad propia del técnico, pero también de quien puede seleccionar, controlar y orientar al técnico.

Para esto podría y debería servir un Senado como el propuesto.

Así, en cuanto a la designación de los directivos deseablemente independientes de estas Administraciones reputedamente independientes, no faltan atisbos en derecho comparado. Volviendo al ejemplo de la Banca Central y con el fin de eliminar la amenazante intervención de los partidos, los más antiguos Bancos Centrales independientes —el norteamericano y el alemán— se ajustan a fórmulas consociacionales de naturaleza interterritorial y corporativa. Pero la ley francesa de 1993 apunta a una nueva dirección, puesto que dispone que el Gobernador y los otros miembros del Consejo de Política Monetaria sean nombrados por el Gobierno previa propuesta en terna formulada por los Presidentes del Senado, de la Asamblea Nacional, del Consejo Económico y Social, del Tribunal de Casación y del Tribunal de Cuentas, y el Vicepresidente del Consejo de Estado. Esto es, por los titulares de altas magistraturas institucionales.

El Senado aquí propuesto podría continuar la misma línea, pero dando mayor amplitud y estabilidad a quienes debieran formular la propuesta o elegir a los gestores en cuestión, al substituir los titulares, necesariamente transitorios, de magistraturas por institucionales no menos politizadas, por un conjunto de senadores procedentes en gran parte de los ex-titulares, ya no transitorios ni politizados, de esas mismas magistraturas.

El propio Senado podría tener específicas competencias a la hora de instrumentar la transparencia de las Administraciones Independientes y de controlar, mediante la oportuna valoración, los resultados de su gestión. Una asamblea de notables independientes es más idónea para la reserva y la valoración objetiva que una asamblea de políticos en ejercicio, siempre en campaña electoral, y no digamos que el debate en la prensa. El tratamiento que los partidos de la oposición y los medios de comunicación han dado recientemente en España a la información confidencial sobre las medidas adoptadas por el Banco Central en defensa de la peseta y su repercusión en las reservas, es buena prueba de ello.

Si la independencia de las administraciones en cuestión está a merced del legislador motorizado de nuestros días, es clara la presión que las fuerzas mayoritarias pueden ejercer sobre ellas. La alternativa a una garantía institucional, siempre polémica, podría ser atribuir al Senado, más que un impopular veto sobre la legislación referente a las Administraciones Independientes, como es propio del segundo cuerpo colegislador, el monopolio de la iniciativa legislativa al respecto.

Los mismos argumentos permitirían atribuir al Senado la designación de los titulares de aquellas instituciones (v. gr. Tribunal de Cuentas, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo) respecto de las cuales la experiencia enseña que la intervención de los partidos políticos y el consiguiente sistema de cuotas es tan indeseable como inevitable, si la designación tiene lugar a través del Congreso u otra Cámara elegida.

De lo dicho resulta que el Senado propuesto no es una Cámara colegisladora. Su función no es frenar ni corregir lo que haga el Congreso de los Diputados, sino llevar a cabo una tarea diferente de la de aquél y para la que, por su composición resulta más adecuado.

Con ello, el proceso legislativo se simplifica y queda a cargo de una sola Cámara. Nada se pierde, pues, como ya dijera el citado Stuart Mill: «es necesario que una Asamblea representativa esté muy mal constituida, si las formalidades establecidas para el despacho de los asuntos no requieren siempre mucho más de dos deliberaciones»⁴⁵. Pero, a su vez, el Senado gana en dignidad e importancia, porque de ser apéndice del Congreso adquiere propia relevancia. Deja de ser cámara secundaria porque no es ya segunda, sino, en su propio campo, única. Y este campo no es el de decidir en forma solemne, ya lo que a veces es banal en sí mismo, ya porque la decisión a formalizar ha sido tomada en terceras instancias —las directivas de los Partidos—, sino reflexionar sobre lo que es importante o designar a quien ha de gestionarlo.

Otra cuestión es la de si el Senado propuesto ha de formar parte de las Cortes o no. La segunda opción no carece de lógica histórica y reduciría las Cortes a una sola Cámara. Pero la primera opción tampoco sería absurda. Las Cortes son representativas en virtud de la Constitución y ésta puede organizar la representatividad en función del voto y de otros criterios, extremo tan sabido que no resulta necesario abundar ahora en él. Y nada obliga, antes al contrario, que las dos Cámaras de las Cortes se dediquen a las mismas tareas legislativas, presupuestarias y de control parlamentario del Gobierno. Si algo señala el derecho y la práctica comparados, es que a la diferente composición de las Asambleas puede corresponder una diferente especialización.

⁴⁵ *Loc. cit.*, cap. XIII.

De otro lado, el Senado así concebido nada tiene que ver con la administración consultiva, ni puede confundirse este proyecto con el del órgano consultivo por antonomasia, el Consejo de Estado, por más que institución e idea puedan tener raíces comunes.

El Consejo de Estado es un órgano de la Administración que, mediante su labor de asesoramiento a través de dictamen y moción, ejerce un control en derecho sobre la Administración. De ahí que su composición sea técnica y su competencia eminentemente jurídica.

Por el contrario, el Senado más atrás esbozado sería una institución ajena a la Administración, encargada de la orientación del Estado y del control externo de ciertas instituciones cuya independencia las ha configurado como ajenas a la propia Administración. De ahí que su composición y competencias no pueden ser, como las del Consejo de Estado, técnico-jurídicas, sino eminentemente políticas.

Hoy importa de manera especial la reflexión política y no jurídica sobre el Estado, más de *lege ferenda* que de *lege data*, porque una de las grandes transformaciones del Estado contemporáneo es la no exclusividad de la racionalidad jurídica de su actividad. Y precisamente las Administraciones Independientes, antes mencionadas, se caracterizan por la frecuente actuación extrajurídica. La lógica del derecho no agota la razón de Estado; pero para que ésta siga siendo razón y el Estado razonable, es importante que se de cauce a la reflexión sobre las metas y necesidades del Estado mismo.

Tampoco el Senado puede ser un consejo asesor que, como el de Estado, articula su dictamen con un órgano activo que le requiere ni, menos aún, el Estado Mayor del Rey o Presidente, según los casos. Su labor ha de tener propia sustantividad a la hora de establecer, no para el Rey ni el Gobierno ni las Cortes, sino para el Estado y la opinión pública, su criterio a la hora de hacer una valoración o una designación.

* * *

Una Cámara, en fin, de notabilidades sociales y políticas de base estrictamente democrática, dedicada a una política que escapa al conflicto electoral y al reparto del poder. Idea que será criticada por todos los que consideran que la calidad y el servicio están reñidos con el principio democrático, cuando el gran problema de nuestros días es garantizar la «calidad» de la vida política en democracia, comenzando por primar el servicio sobre el conflicto. Porque la descalificación de la democracia es el comienzo de su extinción.

