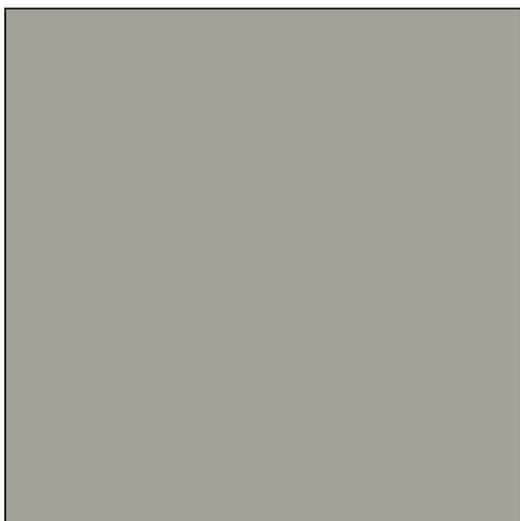


per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno

47



BARTOLOMÉ CLAVERO

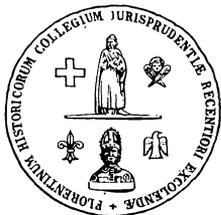
**TOMÁS  
Y VALIENTE**

*UNA BIOGRAFÍA INTELLECTUAL*

Pagina introduttiva di Paolo Grossi

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

---

---

VOLUME QUARANTASETTESIMO

BARTOLOMÉ CLAVERO

# TOMÁS Y VALIENTE

UNA BIOGRAFÍA INTELLECTUAL

Pagina introduttiva di Paolo Grossi



*Milano - Giuffrè Editore*

ISBN 88-14-06246-3

*TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.*

© Copyright 1996 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

*a Carmen, este intento por vencer  
el dolor y la derrota de la muerte.*



PAOLO GROSSI

ALLA RICERCA DI FRAMMENTI DI VERITÀ  
(Omaggio a Francisco Tomás y Valiente)

I. Un libro (da meditare) per un personaggio (da ricordare). — II. Francisco Tomás y Valiente uomo di cultura: ricerca e rispetto de *le* verità, dei *fragmentos de verdad*. — III. Tomás storico del diritto. — IV. Tomás 'costituzionalista'.

I. Quando Bartolomé Clavero mi propose di pubblicare questa biografia intellettuale di Francisco Tomás y Valiente nella nostra 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno', la mia lunga esperienza di direttore di un Centro universitario, per avermi necessariamente familiarizzato con le mille difficoltà amministrative e finanziarie che in Italia sono — ohimè! — connesse con l'esercizio della ricerca scientifica, avrebbe dovuto consigliarmi un assenso di massima e, sul momento, nulla più. Invece, senza alcuna cautela, con un entusiasmo cui fiorentinamente non sono consueto, risposi subito dichiarandomi in ansiosa attesa del dattiloscritto.

Le ragioni di questo incontrollato (ma felice, e di cui mi compiaccio) atteggiamento sono due, e tutte e due validissime: la prima è che la proposta proveniva non soltanto da un carissimo amico, amico da sempre del Centro e dei 'Quaderni', ma da uno degli storici del diritto che io stimo di più, che reputo fra i maggiormente validi a livello mondiale; la seconda è che si trattava di onorare un personaggio di statura intellettuale altissima, onorarlo con l'unico strumento che non ricadesse nei riti stucchevoli d'un cerimoniale, e cioè col ricordo <sup>(1)</sup>. Ricordo integrale: del consapevole uomo di cultura; del maestro universitario amato e ammirato,

---

<sup>(1)</sup> Lo riconosce lo stesso Tomás nel suo 'discorso' dottorale in occasione della laurea *honoris causa* in diritto presso la Università di Salamanca: « el mejor homenaje es siempre el recuerdo » (*Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, in

che aveva preferito rinunciare alla funzione di Ministro della Giustizia del Regno di Spagna per restare nell'Università e tenervi corsi; del saggio, sensibile magistrato e Presidente del 'Tribunal Constitucional'; dello storico del diritto, che fu grande, coi suoi programmi proiettati verso il futuro, presaghi di futuro e ricolmi di futuro.

A Firenze, nell'ambito del nostro Centro, si era spesso discusso e progettato — in coerenza coi nostri sentimenti di sincera ammirazione — di onorarlo adeguatamente, ma si era ancora incerti sul modo più efficace e conveniente, quando la mano assassina del 14 febbraio 1996 irreparabilmente impedì di realizzare un appuntamento festevole cui tutti tenevamo.

La pubblicazione monografica proposta da Clavero ci consente oggi di essere parte attiva in questa onoranza, a Francisco e a noi così congeniale perchè tutta consegnata al ricordo dello scienziato, del maestro, dell'operatore di diritto. E ci consente, ancora una volta ma su un terreno più durevole, di dimostrare l'aberrazione di quel gesto infame del 14 febbraio, e di urlare — insieme alla condanna che trova una motivazione inoppugnabile nella testimonianza di questo libro — il nostro sdegno che non si placa e il nostro dolore che non si attenua.

Nelle pagine che seguono Bartolomé Clavero disegna, con tratto sicuro, le linee maestre di uno straordinario itinerario intellettuale. Non sono pagine scritte a freddo, inerti; anzi, v'è in esse coinvolgimento, ma sempre all'insegna di una vigile criticità. Qui coinvolgimento non significa partigianeria umorale, significa piuttosto il rifiuto di un lavoro meramente compilatorio per tentare la strada difficile e ardua — oh, quanto ardua — della comprensione del proprio oggetto conoscitivo. E questa è opera autenticamente storiografica.

Aggiungerei una notazione: proprio perché la ricostruzione dell'itinerario intellettuale è qui atto di comprensione, Clavero ha voluto fondarla — e ha fatto cosa egregia — in una analisi minuta filologicamente assai provvista. Il puntualissimo scavo filologico, le collocazioni dei singoli testi, la rilevazione delle varianti da mano-

---

*Investidura de los Profesores Derek H.R. Barton, Irenäus Eibl-Eibesfeldt y Francisco Tomás y Valiente como Doctores 'honoris causa', Salamanca, 1995, p. 74.*

scritto a pagina stampata o da una prima a una seconda versione o da una prima a una seconda edizione, l'utilizzazione dell'archivio privato di Francisco messo a disposizione da parte dei familiari, tutto questo dà forza al fermo e acuto disegno, a quella orditura di intuizioni in cui è l'essenza prima di un approccio veramente storico.

Aggiungerei una seconda notazione: l'ulteriore pregio obbiettivo del gran lavoro svolto da Clavero (cui va la gratitudine mia personale e del Centro) è che si offre al lettore di questo libro non solo l'interpretazione del Tomás conosciuto, quello consegnato nelle pagine dei tanti suoi scritti èditi e largamente diffusi, ma, in primo luogo, un sondaggio approfondito anche sul Tomás inèdito, sui suoi ultimissimi contributi non ancora stampati e particolarmente sui manoscritti incompiuti, gli abbozzi, gli appunti del suo lavoro in gestazione, quel lavoro interrotto bruscamente dagli assassini ma che pur sussisteva, con una sua trama ben precisata nella coscienza dell'Autore, già fissato in progetti né vaghi né fumosi, bensì nettissimi nella consapevolezza culturale che li sorreggeva. Alludo soprattutto a quella storia costituzionale spagnola e a quella storia del costituzionalismo che occupavano ormai uno spazio sempre più ingombrante sul tavolo di Francisco. Un Tomás inèdito che non era intento a rimasticare cose vecchie, ma, al contrario, completamente proiettato verso il futuro, con un progetto che gli piaceva, lo coinvolgeva e anche lo affascina.

Offriamo al lettore, con questo densissimo volume di Clavero, splendida ricostruzione storico-giuridica, un omaggio postumo a Francisco Tomás y Valiente, ne redigiamo una sorta di elogio — come un tempo si diceva nei rituali accademici —, ma elogio scritto nelle cose, nelle testimonianze che lui ci ha lasciato. Poiché Clavero mi chiede di anteporre alla sua ricerca qualche mia parola introduttiva, son lieto di contentarlo, sia per fargli cosa gradita, sia per unire alla pagina documentatissima dello storico sivigliano uno schietto omaggio personale a chi fu uno dei miei amici più stimabili.

II. Emergeva innanzi tutto in Tomás l'uomo di cultura. Egli ha infatti sempre impersonato ai miei occhi il primato liberante della cultura sull'ideologia, il primato dell'uomo di cultura sul portatore di ideologia, il primato e la vittoria della virtù unitiva e accomunante della cultura sul vizio disgregante e particolarizzante dell'ideologia.

L'amicizia intensa a tutta prova, il reciproco profondissimo legame di stima che vincolavano me e lui ce ne offre piena dimostrazione. Se c'erano infatti due persone ideologicamente diverse — se non opposte —, queste eravamo proprio io e Paco. Ma in lui, fortunatamente, vinceva l'uomo di cultura, e si affermava la propensione al dialogo, all'ascolto, al rispetto delle diversità, alla loro comprensione. A una condizione, s'intende: che queste posizioni e conclusioni diverse fossero culturalmente fondate.

Penso a due circostanze, a due vicende personali mie, che mette conto di segnalare per il loro valore testimoniale di quanto ho appena detto.

È su proposta sua che ho avuto uno dei più cari riconoscimenti accademici, il dottorato della Università Autonoma di Madrid, ed è in quella occasione che egli pensò, costruì, lesse <sup>(2)</sup>, com'è costume del cerimoniale universitario, una cosiddetta *laudatio*, che resta per me autentico paradigma di comprensione, della comprensione che nasce unicamente dal respiro culturale dell'operatore.

È sempre su proposta Sua — e con Suo sacrificio — che è stato tradotto in castigliano il mio recente volume 'L'ordine giuridico medievale' <sup>(3)</sup>; volume che accoglieva schemi ordinativi e presentava una lettura della civiltà giuridica medievale sicuramente a lui non congeniale, sicuramente a lui non simpatetica. Ma la simpatia, come invadenza emozionale, poteva e doveva essere in lui contenuta e rimossa da atteggiamenti costantemente critici che non abdicavano per un solo momento alla dimensione della razionalità <sup>(4)</sup>.

In ciò mi appariva grande, ne avvertivo la statura superiore. E in ciò stava il suo fascino e il suo indiscusso prestigio. Come tale, poteva porsi (e, di fatto, si poneva) guida riconosciuta della storiografia giuridica spagnola, guida per tutti malgrado le divisioni

---

<sup>(2)</sup> E stampò nel volume collettaneo: *De la ilustración al liberalismo-Symposium en honor a Paolo Grossi*, Madrid, 1995.

<sup>(3)</sup> Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>(4)</sup> Che per lui talune mie tesi fossero discutibili viene apertamente dichiarato in altri due documenti della sua disponibilità culturale, e cioè le recensioni che, a diversi livelli, egli redige del mio volume per lo *Anuario de historia del derecho español*, LXV (1995), p. 1144, e per una eccellente Rivista spagnola di divulgazione bibliografica di cui egli era assiduo collaboratore (*Una experiencia jurídica medieval*, in *Saber leer*, Abril 1996, n. 94, p. 2).

ideologiche e di scuole che, ieri e ancor oggi, ne hanno segnato e ne ségnano il tessuto. Per questo, parlar di vuoto di fronte alla sua morte non è ripetere un luogo comune, ma piuttosto verificare una situazione negativa che si è venuta a creare per le discipline storico-giuridiche in Spagna e che rischia di protrarsi.

Francisco Tomás diffidava della ideologia per la sua triplice valenza negativa: di deformarsi sempre in atteggiamenti e valutazioni manichei; di degenerare inevitabilmente in sistema, in apparato oppressivo e coartante delle libertà individuali, delle libere opinioni e libere iniziative del singolo individuo; di essere — in fondo — una dimensione esclusivamente possessiva e financo espropriativa delle capacità critiche del soggetto.

Per l'identico motivo diffidava della fede di cui si facevan portatrici le grandi religioni rivelate. Non era infatti cattolico praticante non tanto perché i suoi genitori non gli avevan dato, da ragazzo, una educazione in tal senso, ma perché della religiosità della Chiesa Romana lo infastidiva quel suo immediato tradursi in sistema teologicamente compiuto, in un complesso ordinato di verità rivelate e tradite che componevano un sapere ortodosso perfettamente cementato nei rigorismi della logica scolastica <sup>(5)</sup>. Un sapere tranquillizzante e appagante per chi non avesse avuto — come il giovane Francisco — il vizio sottile di porsi troppe domande. La sua religiosità, che pur era vivissima, si affidò al sentimento sollecitante e inquietante del mistero. Certamente, non fece però mai sue le rigidità dell'ateismo né le volgarità dell'anticlericalismo dozzinale (egli mi ricordava talvolta le sue grandi familiarità con molti degnissimi sacerdoti).

Non era adepto del marxismo — anche se in lui fu forte la sua lezione metodologica <sup>(6)</sup> — soprattutto per essersi questo prontamente risolto in una scolastica, in un sistema chiuso negatore del suo

---

<sup>(5)</sup> Cfr. in calce al volume la prima appendice costituita dalla sua *Autobiografía intelectual y política*, redatta tra la fine dell'89 e i primi giorni del '90 (è datata: Benicasim, 2 de enero 1990). Per quanto si accenna nel testo cfr. p. 349.

<sup>(6)</sup> Interessante la *Entrevista a Tomás y Valiente* da lui concessa durante una sua visita di studio presso la Universidad Nacional Autónoma de Mexico nel 1981 (cfr. *Historias. Boletín de información del Instituto de investigaciones históricas*, 5 (1981); per il punto che qui ci riguarda, cfr. pp. 40-41).

storicismo originario, esasperatamente articolato in ortodossia ed eresie, in una realtà umana divisa fra ortodossi ed eretici, eletti e condannati, in una guisa addirittura più severa rispetto ai manicheismi dei cattolici (7).

Al personaggio maturo, erede di quello che fu « un joven con inquietudes » (8), si attagliava di più la posizione di « francotirador rabiosamente independiente » (9), come si autoqualificherà nella tarda lezione dottorale di Salamanca, quasi alle soglie della morte, che è greve di significanti contenuti retrospettivi. Il giovane che « en los tórridos, lentos y aburridísimos veranos de Alpera » — la città della provincia di Albacete donde si originava la sua famiglia e dove, presso la nonna, trascorreva le sue vacanze — si pasceva di Unamuno e di Ortega y Gasset, leggeva Marx e Nietzsche, ma soprattutto si faceva conquistare da Sartre e da Camus imperversanti nel dopoguerra in tutta Europa (10), quel giovane tormentato e dalle letture così tormentanti non poteva che arrivare al rifiuto di ogni comodo fideismo e approdare, sul piano intellettuale, a un razionalismo vigile e sereno (11) e, su quello religioso, a un agnosticismo parimente sereno e intessuto di disponibilità (12). Sul piano delle scelte politiche, il suo intimo antifranchismo non poteva tradursi nella iscrizione a questo o quel partito perché le maglie della organizzazione partitica gli sarebbero state senza dubbio troppo strette, ma piuttosto nella opzione a un socialismo democratico

---

(7) Dirà chiaramente nella *Autobiografía*, cit., p. 357: « Nunca acepté que el materialismo histórico sea...una ciencia. El marxismo me apasionó como lectura de Marx y me produjo repulsión referido a sus cultivadores escolásticos ». Concetto ripetuto nella *Entrevista a Tomás y Valiente*, cit., p. 41: « calificarme a mi mismo como marxista 'a palo seco' o sin mas adjetivos, no me resulta cómodo; esto es, dentro del marxismo hay también una escolástica ortodoxa y la ortodoxía dentro de cualquier corriente ideológica, a mi me parece nefasta ».

(8) Autoqualificazione sua (cfr. *Autobiografía*, cit., p. 350).

(9) *Discurso del nuevo doctor Profesor Francisco Tomás y Valiente*, cit. p. 79.

(10) *Autobiografía*, cit., p. 352. Il riferimento alle estati trascorse ad Alpera è a p. 348.

(11) Alla « tranquila razon » come canone di vita accenna nella *Autobiografía*, cit., p. 350.

(12) « Vivo cómoda y libremente instalado en un sereno agnosticismo » (*ibidem*, loc. cit.).

ampiamente intriso di liberalismo (come lui afferma <sup>(13)</sup>); ma sarebbe forse più veritiero parlare di un liberalismo segnato da venature socialistiche).

Una scelta conveniva invece al 'francotirador rabiosamente indipendente', all'uomo senza fedi e senza dimensioni ideologiche condizionanti, all'innamorato della ragionevolezza della ragione, ed era l'Università, era il mestiere, la funzione, la missione di professore universitario. Questo fu il suo autentico *Beruf*, e questa fu la condizione professionale — più ancora: la collocazione nella società — che egli riconobbe come maggiormente sua. Sempre si sentì anzitutto universitario, scienziato e maestro. Ed è significativo che, assunto all'alta funzione di magistrato costituzionale e poi a quella ancor più alta di Presidente del *Tribunal Constitucional*, guardando successivamente, in maniera retrospettiva, a quei ben dodici anni nei quali era rimasto saldamente inserito fra le autorità supreme dello Stato, arrivasse a qualificarli semplicemente come un « voluntario y muy digno exilio extracadémico » <sup>(14)</sup>; qualificazione clamorosa se si pensa che essa veniva pronunciata in una occasione ufficiale e solenne alla presenza del Re e della Regina. Ma Francisco non cercava la battuta impressionante né mirava a far l'originale ad ogni costo. Era soltanto di una disarmante sincerità, arciconvinto — moralmente convinto — che la sua condizione naturale fosse quella di professore di storia del diritto e che quella carica prestigiosa, ambìta, rispettatissima costituisse un fatto parentetico e transitorio, sia pure di lunga durata, nella sua vita <sup>(15)</sup>.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*, p. 359.

<sup>(14)</sup> *Tríptico con prólogo y epílogo-Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado*, Madrid, 1994, p. 5.

<sup>(15)</sup> Già durante la sua altissima funzione magistratuale, nel 1984, egli scriveva de « mi condición de profesor de historia del derecho » e di quella « mas transitoria de magistrado del Tribunal Constitucional » (*La Constitución de 1978*, Madrid, 1984, p. 9). Mi sia consentito, a questo proposito, un ricordo personale. Quando il nostro Centro organizzò in Firenze, nella primavera del 1989, l'Incontro dedicato alla storiografia giuridica ispanica, egli, a capo della delegazione dei colleghi spagnoli e portoghesi, rivestiva in quel momento la carica di Presidente del *Tribunal*. Ero preoccupatissimo di ospitare una delle più alte autorità del Regno di Spagna, ma Francisco mi tolse immediatamente d'impaccio; chiese e ottenne di essere considerato un anziano professore di storia del diritto. E io potei cancellare con sollievo tutte le iniziative tendenti a

Esilio significa lontananza dal proprio spazio domestico e scardinamento dalle proprie radici più riposte; così sentì Tomás i panni di *magistrado* che la nomina reale gli aveva posto addosso e che portò sempre con grandissima dignità e con l'ammirazione universale, in Spagna e fuori. Ma le sue radici erano altrove, erano rimaste nei claustri universitarii, nelle aule affollate di studenti, nei seminarii, negli istituti di ricerca scientifica. E la ragione è chiara: perché a Francisco Tomás y Valiente, uomo di cultura, personaggio che proclamava e praticava il primato della cultura, era congeniale quella singolare irripetibile repubblica di maestri ed allievi, una repubblica senza poteri e senza armate, ben spesso scomoda per ogni apparato costituito e ben spesso mal tollerata o perseguitata, ma spazio privilegiato dello spirito umano nella sua avventura creatrice perché fucina di scienza, educatorio di criticità e quindi di libertà <sup>(16)</sup>.

L'Università è sempre stata per Francisco il salvataggio rispetto alla confessione religiosa e al partito: qui fede e ideologia, lì dubbii, perplessità, discussione dialettica incessante, la propria verità che si confronta con verità altre e diverse affinandosi, modificandosi, magari capovolgendosi. Si dirà da taluno che siamo di fronte a una ingenua idealizzazione, ma non si deve dimenticare l'esperienza chiusa e oppressiva da cui il Nostro usciva, il clima opaco e piatto del franchismo in cui, se un filo d'aria continuava a muoversi, era pur sempre entro le cittadelle di alcuni centri universitarii.

Se cultura rappresenta, prima d'ogni altra cosa, nel suo significato più alto ed essenziale, contributo al rafforzamento della propria criticità, e quindi della propria autonomia intellettuale, e quindi — in sostanza — della propria libertà intellettuale, l'Università come laboratorio di cultura — malgrado tutti i suoi sclerotismi, i suoi tradimenti e pertanto le sue deformazioni e degenerazioni — era l'istituzione che gli dava più sicurezza e gli garantiva un minimo (se

---

garantire la presenza — almeno nella seduta inaugurale — di autorità italiane a livello nazionale e locale.

<sup>(16)</sup> Scriverà in quello che sempre più mi appare come il suo testamento spirituale e dove è scritto il suo più alto e commosso elogio dell'Università, il *Tríptico con prólogo y epílogo* da noi già citato: « donde no se crea ciencia, donde no se investiga, donde el espíritu humano no se esfuerza por buscar verdades y resolver enigmas, para transmitir de inmediato, « in statu nascente », los resultados de su aventura creadora, no hay Universidad » (p. 9).

non un massimo) di spazio vitale; dove, più che altrove, poteva accadere il miracolo cui Francisco maggiormente teneva: il confronto delle verità.

Lo disturba — lui che non è uomo di fede, di ideologia, di partito — la verità al singolare, la verità con la maiuscola iniziale, perché dalla sola ed unica verità nasce la certezza immobile, il sistema che non consente dubbii e dissensi. Ascoltiamo la sua voce franca ribadita in tutte e due le pagine dal sapore maggiormente confessorio, la 'Autobiografia' del 1990 e la lezione inaugurale alla Università Autonoma di Madrid del 1993.

Nella 'Autobiografia', dopo avere insistito sul rischio che la scolastica marxista veniva costituendo per l'uomo di cultura, il discorso si fa all'improvviso solenne e, contrariamente al suo costume stilistico sempre colloquiale, quasi declamatorio e sentenzioso: « La verdad es un proceso acumulativo de verdades. La ecuación Sistema=Verdad es falsa. Debemos aprender con modestia y relatividad a no perseguir la Verdad única y total, sino verdades parciales, tal vez transitorias o pasajeras, quizá contradictorias, no por ello infecundas » (17).

Conclusione ribadita ma anche chiarita e arricchita nella 'lezione': « Si la postmodernidad consiste en la desilusión frente a las grandes cosmovisiones filosóficas, bienvenida sea. El hombre camina con frecuencia entre la certeza de poseer la formula (credo religioso o sistema filosófico) que todo lo explica, y el nihilismo pesimista e impotente. Rechacemos ambos extremos. Instalémonos en la perplejidad, concebida como un estado de tensión ... usemos del pensamiento filosófico y del saber histórico como guía de perplejos y contentémonos, que no es poco, con fragmentos de verdad » (18).

È l'elogio sentito della ragionevolezza della ragione, l'orrore per la abdicazione al terreno fertile del ragionevole, la condanna insieme del fideismo e del nichilismo identificati entrambi in una situazione di passività, addirittura di impotenza. È anche l'elogio del dubbio critico, del confronto, dell'ascolto. È anche l'elogio dell'umiltà come virtù somma dell'uomo di scienza e di cultura, portatore di un frammento di verità, che egli tende a confrontare e verificare con

---

(17) *Autobiografía*, cit., p. 356.

(18) *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 12.

altri frammenti. Non la sicumera e la iattanza di un possesso esclusivo del vero — anche se fondato sulla buona fede, su quella che lui chiama con sottile ironia la « perversa buena fe » (19) —, ma la ammissione che sempre nell'avversario o, comunque, nell'interlocutore v'è un frammento di verità da rispettare, da confrontare col frammento che è in me.

Il sincero uomo di fede potrà dire che v'è una sottovalutazione della dimensione religiosa nell'agnostico Tomás, ma non si potrà negare la grandezza di questa lezione di civiltà. Crollati o messi in crisi i grandi sistemi, le grandi cosmovisioni, che avevano popolato e tormentato con le loro risse e le loro intolleranze lo spazio del moderno, benvenuta sia l'era postmoderna se essa sarà segnata da una dialettica di verità parziali e transitorie, ciascuna delle quali è gelosamente custodita da ciascuno. Ciascuno è degno di rispetto perché portatore di un « fragmento de verdad ».

E torno al mio discorso iniziale e anche ai miei rapporti personali con Francisco: sicuramente ci saranno stati aspetti per lui discutibili nella mia interpretazione del medioevo giuridico e sicuramente assai discutibile — e ne parleremo più distesamente in seguito — sarà parso ai suoi occhi quel mio schema interpretativo del diritto privato moderno che io amavo (e amo) racchiudere nella immagine provocatoria dell'assolutismo giuridico. Però, c'era sempre in lui una posizione di ascolto, di rispetto per la voce dell'altro; egli si rifiutava di recitare orgoglioso il proprio monologo assumendo invece sempre come atteggiamento congeniale quello del dialogo, e la conclusione altrui trovava nella sua riflessione un giudice pacato, equilibrato, disponibile e anche un valorizzatore obbiettivo tendente a soppesarne gli aspetti positivi e soprattutto tendente ad appropriarsene.

Si trattava di un personaggio in ricerca, in ricerca di una verità da trovare non solo all'interno di se stesso, ma negli altri.

Era la piena maturità dell'uomo di cultura che, nell'esercizio quotidiano di affinamento della propria coscienza critica, era pervenuto a una propria serena collocazione al di sopra degli alterchi

---

(19) Lo dice nella *Autobiografía*, cit., p. 351, parlando del suo vecchio professore valenciano di 'Derecho natural' José Corts Grau, un neotomista abbastanza impermeabile, di cui Francisco traccia tuttavia una immagine — tutto sommato — benevola.

umorali e delle contrapposizioni meramente ideologiche. Il mio pensiero non può non riandare alla immagine splendida del suo volto segnato da uno sguardo tanto aguzzo quanto chiaro e sereno, dominato da quel perenne sorriso che sapeva — insieme — di provvedutezza critica e di generosità cordiale, un viso in costante posizione di ascolto.

Mi perdoni il lettore questo inusuale riferimento somatico, ma quel viso mi appare esprimere con fedeltà, nella realtà delle cose sensibili, la statura di un personaggio che aveva vinto e superato meschinità e miserie di interessi partigiani; un personaggio, il quale — proprio perché vincitore — poteva permettersi di ascoltare, di fare della posizione di ascolto un atteggiamento naturale.

III. Tomás — lo abbiám detto — era essenzialmente scienziato e maestro; si sentiva, con umiltà ma intensamente, uomo di scienza e di scuola; con un oggetto privilegiato: il suo travaglio conoscitivo e il suo lavoro didattico si svolgevano entro il terreno della storia del diritto medievale e moderno. Ed anche in questo emerse presto la sua personalità forte, all'insegna di un preciso marchio di originalità.

Dice bene Clavero <sup>(20)</sup> che egli non ha maestri né è inseribile in una scuola universitaria, voce di quella realtà corale. E non certo per il motivo formale che fu allievo nell'Ateneo valenciano di un cultore del diritto processuale <sup>(21)</sup> con cui elaborò e discusse una dissertazione dottorale sul processo monitorio <sup>(22)</sup>, giacché, immediatamente dopo, deciso a intraprendere la carriera universitaria, si legò accademicamente al dominatore della scena storico-giuridica spagnola nei tardi anni Cinquanta, Alfonso García Gallo, della cui cattedra madrilená divenne *adjunto*.

Il motivo è assai più sostanziale ed è legato alla sua intrinseca estraneità ai programmi delle cosiddette scuole accademiche, anche di quella di García Gallo.

<sup>(20)</sup> Cfr. più avanti, p. 25.

<sup>(21)</sup> Si trattava del Professor Victor Fairén Guillén.

<sup>(22)</sup> Nella quale erano prevalenti gli aspetti storico-giuridici e comparatistici. La sua tesi fu parzialmente pubblicata su Rivista processualistica (cfr. in calce al volume, Appendice II, Bibliografía, n. 1).

Che egli fosse uno strano alunno senza maestri — e, dunque, autodidatta, ma nel significato più alto di questo termine generalmente inteso come riduttivo — lo dimostra il distacco che, grazie soprattutto a lui, si ebbe nel solco della storiografia giuridica spagnola rispetto a tutti gli storici fino ad allora imperanti. Distacco duplice, psicologico ed epistemologico.

Fu Tomás che, grazie alla propria vastissima e aggiornatissima cultura e grazie alla propria indubbia robustezza intellettuale, si caricò per primo — come storico del diritto — di una psicologia nuova riguardo a giuristi e a storici. La storia del diritto, fino ad allora ambigua e pressoché inutile creatura ermafrodita, ritrova la coscienza della propria funzione culturale togliendosi di dosso un complesso di frustrazioni in rapporto al giurista e allo storico generico.

Fu Tomás che, grazie alle proprie appassionate letture nel vasto territorio delle più agguerrite ricerche epistemologiche del Novecento — letture completamente estranee all'istrumentario usuale dei cosiddetti 'maestri' — ricondusse il problema della identità scientifica della storia del diritto fuori dei disarmanti ma ricorrenti semplicismi metodologici. La sua ricerca percorse due sentieri: l'avvaloramento di una nozione più complessa di diritto, con un recupero della sua — latente e troppo spesso trascurata — storicità come dimensione ineludibile; il rifiuto di una storia generica, accidentale, perché mera astrazione, e avvaloramento invece di una storia come complesso di tante storie speciali, certezza cui lo guidava la lunga familiarità con le analisi del materialismo storico e della scuola delle 'Annales'.

La storia giuridica, sia come storia speciale indagante un aspetto vitale della società, sia come fondazione e pertanto strumento di comprensione della esperienza giuridica attuale, acquisiva una collocazione centrale. In particolare, nelle Facoltà di Giurisprudenza, si veniva a porre — correttamente intesa e perseguita — addirittura come indispensabile per un compiuto statuto scientifico del diritto che, se mutilato nel solo moncone incompiuto del presente, rischiava di ridursi a un sapere esclusivamente tecnico. E lo storico del diritto mutava il proprio atteggiamento psicologico, o almeno era messo nelle condizioni di mutarlo.

Chi volesse avere la probante documentazione di una siffatta

operazione culturale, dovrebbe darsi la pena di leggere la garbata ma ferma puntualizzazione polemica che Tomás, nel 1974, nel colmo della sua maturità intellettuale, credette di dover segnare nei confronti di alcuni rischiosi semplicismi metodologici, rischiosi perché portati avanti e sostenuti con sicurezza da alcuni 'maestri'. Questi erano, nella specifica circostanza, Rafael Gibert e lo stesso Alfonso García Gallo al cui carro accademico si era pur aggregato. Il riferimento preciso è a due impegnative conferenze tenute contemporaneamente da Gibert e da García Gallo nel 1952 per commemorare il centenario della nascita di Eduardo de Hinojosa, uno dei padri fondatori della storiografia giuridica spagnola; due occasioni, due pretesti per affrontare il tema basilare di sempre: il rapporto fra storia, diritto, storia del diritto.

Da un lato, Gibert aveva individuato il problema — e, ohimè, secondo lui la irrisolubilità del problema — nella « verdadera y radical antinomia » fra *historia* e *derecho*; dall'altro, García Gallo, probabilmente suggestionato dalla rispettosa attenzione che i civilisti hanno costantemente dato a un diritto romano pandettisticamente inteso quale sistema di astratti schemi ordinanti di indole squisitamente logica, aveva pensato di poter risolvere la crisi dei rapporti coi cultori del diritto positivo invitando gli storici del diritto a purificare le loro ricostruzioni delle esperienze giuridiche medievale e moderna e a farsi essi stessi — al pari dei romanisti — portatori di una dommatica e, comunque, di un sapere tecnico depurato delle troppe scorie storiche.

Netto è il dissenso di Tomás y Valiente, anche se manifestato col suo consueto equilibrio, con la finezza del suo stile amabile <sup>(23)</sup>: gli è incomprendibile la antinomia che pretende sottolineare Gibert, proprio perché egli è convinto della intima storicità del diritto; gli è incomprendibile (anche se nei confronti del suo vecchio patrono il discorso si fa più sfumato) pure la proposta di García Gallo, giacché separare il diritto dal complesso di civiltà che esprime e di cui fa parte non può che ridurlo a una corteccia risecchita <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Nel saggio *Historia del derecho e historia* pubblicato dapprima nel *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, n. 35 (febrero 1975), e poi nel volume *Once ensayos sobre la historia*, Madrid, 1976. Da esso sono tratti i riferimenti alle conferenze di Gibert e di García Gallo, dalle quali prende le mosse Tomás.

<sup>(24)</sup> *Historia del derecho e historia*, cit., p. 11 ss..

La sua risposta già la conosciamo: il diritto è e non può non essere dimensione d'una civiltà storica, quindi in strettissima e non eludibile connessione con le altre dimensioni formanti quella civiltà, e cioè l'ordine sociale, economico, politico, ma anche l'arte e la cultura in genere <sup>(25)</sup>; da qui, la indispensabilità della storia del diritto come quella fra le scienze giuridiche che, più d'ogni altra, rileva e studia le connessioni tra forme e norme giuridiche e le strutture di civiltà sottostanti.

Anzi, in questa visione, la storia del diritto ha un privilegio singolare, ed è di cogliere il giuridico non frastagliatamente — come fanno il civilista, il processualista, il penalista, e tutti gli specialisti di settore —, ma come espressione della unità complessiva d'una civiltà. In altre parole, la storia del diritto arriva ad essere una dimensione culturale salvante, salvante perché l'unica capace di restituire al giurista il senso della unità espressiva del diritto, del suo essere specchio di civiltà.

Si capisce, allora, perché egli aborrisca da una visione formalistica della sua disciplina e perché ritenga inappagante il normativismo formalista in cui viene a consistere il preteso 'método institucional' di García Gallo.

E si capisce perché tenda, per quanto possibile, ad allargare la quantità e la qualità delle fonti, nella più limpida coscienza della inadeguatezza del solo diritto ufficiale a rendere fedelmente l'immagine della esperienza giuridica nella sua complessità. Fin nella sua tesi dottorale sul processo monitorio, di fronte a un istituto forgiato e continuamente rinnovato dalla prassi, non ha esitazione a raccomandare uno sguardo più ampio e a sperimentarlo immediatamente <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Riaffermerà solennemente questa verità in uno dei suoi estremi contributi: « no hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante » (*Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales* (1995), ora in *Constitución. Escritos de introducción histórica*, Madrid, 1996. Nella stessa *Autobiografía*, cit., p. 353, affermerà: « siempre he intentado relacionar el derecho con aquellos soportes ideológicos y sociopolíticos que lo sustentan... Por lo mismo me he esforzado por abrir la historia del derecho a otras historias especiales ».

<sup>(26)</sup> *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, in *Revista de derecho procesal*, 16 (1960), p. 138.

E si capisce perché abbia da sempre diffidato di quelle ricerche altomedievali, o comunque di origini, dove la estrema rarità di fonti costringe lo storico a degli esercizi ermeneutici che son troppo spesso vuote contorsioni mentali sorrette da una pseudo-filologia (27).

I suoi temi sono invece speculari dei grandi problemi d'una civiltà storica; e su questi egli ama tornare di frequente affondando il suo bulino di indagatore. Tre rilevanti tematiche sono così ripetute da assumere un valore paradigmatico: la vendita degli uffici pubblici, rivelatrice degli assetti profondi delle istituzioni politiche, un « gran tema clave para entender el funcionamiento de muchas instituciones del Antiguo Régimen », che compare tredici volte — se non andiamo errati — nella bibliografia tomasiana redatta da Clavero in calce a questo volume (28); la *desamortización*, specchio di tutta una politica economica dell'età del tardo assolutismo, nonché dei nuovi assetti della proprietà fondiaria nell'età moderna, presente dieci volte nelle lista bibliografica (29); il diritto e il processo penali (e particolarmente la tortura come strumento di prova processuale), voci eloquenti dell'atteggiamento più riposto del potere e del suo quotidiano esercizio, presente ben tredici volte (30).

*Venta de oficios, desamortización, antiguo régimen, monarquía absoluta* sono tutti termini evocatori di uno stesso clima storico, e

---

(27) È pienamente da condividersi quanto osserva più avanti nel volume Clavero (v. p. 33-34).

(28) E precisamente ai numeri 12, 18, 19, 25, 30, 32, 34, 44, 56, 76, 81, 89, 90. Nella *Autobiografía*, cit., p. 354, egli qualifica il tema della vendita degli uffici pubblici con la frase trascritta nel testo.

(29) E precisamente ai numeri 10, 14, 21, 22, 23, 24, 26, 29, 38, 53. Soltanto per il lettore non spagnolo precisiamo qui che, con il termine castigliano 'desamortización' si intende quell'enorme procedimento grazie al quale, dal regno di Carlo III in poi, masse imponenti di beni appartenenti alle manomorte ecclesiastiche, paraecclesiastiche, municipali furono convertite in 'beni nazionali' e poi vendute con asta pubblica al miglior offerente.

(30) E precisamente ai numeri 3, 7, 9, 11, 16, 17, 20, 33, 60, 65, 77, 78, 93. Dirà Francisco nella sua *Autobiografía*, cit., p. 354, con frase significativa e che riprenderemo più oltre: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder ». Aggiungiamo anche che egli sentì il bisogno di tradurre personalmente in castigliano il libretto di Beccaria 'Dei delitti e delle pene'.

permettono di introdurci pianamente a parlar d'un altro carattere tipico dell'operazione storiografica condotta da Tomás y Valiente. Finora abbiamo insistito sulla palingenesi spirituale dello storico del diritto, sul ripudio del formalismo e sul conseguente allargamento del suo osservatorio verso le altre storie speciali (per esempio, quella istituzionale, quella economica) e verso un nòvero sempre più ampio di fonti. I riferimenti ora fatti ci portano a segnalare il cammino nuovo che Tomás ha percorso e, nello stesso tempo, indicato ai suoi allievi e colleghi: l'indagine nell'universo storico del moderno, una indagine che l'esperienza di magistrato del *Tribunal Constitucional* e il suo sempre maggiore coinvolgimento nei problemi storici del costituzionalismo sposteranno in avanti fino al terreno del « contemporaneo » dove passato e presente si fondono <sup>(31)</sup>.

E non è questa una precisazione di poco rilievo. Anzi, rispetto a una storiografia giuridica spagnola pressoché monopolizzata dai suoi interessi medievistici e addirittura protomedievistici, dove protagonisti sono il Regno dei Visigoti, il *Liber iudiciorum*, la personalità del diritto nelle civiltà barbariche, il salto è grosso ed è coraggioso.

I motivi di una scelta siffatta sono molteplici: in primo luogo, perché poteva e doveva finalmente colmarsi un vuoto storiografico pesante e ingiustificato; in secondo luogo, perché si trattava di uno spazio storico nel quale interi archivi pubblici e privati, con una dovizia inesaurita di fonti, potevano gettare luce definitiva, mettendo il ricercatore di fronte non a tessere sparute di un mosaico perduto su cui fantasticare ma a quel materiale documentario di varia indole — fonti ufficiali e non —, greve di positività, che tanto garbava a Francisco e che tanto efficace gli appariva per ricostruire l'interezza della esperienza giuridica e non la sola cortecchia legale e formale; e, poi, perché, trattandosi dello spazio storico immediatamente alle nostre spalle, poteva l'analisi storiografica porsi in un più stretto colloquio con il presente, con il cultore del diritto positivo (un personaggio da non lasciare mai solo) e, perché no?, con lo stesso indagatore, con le sue certezze morali.

---

<sup>(31)</sup> « Considero necesario recuperar el siglo XIX (entendido como mínimo desde 1808 hasta 1936) para la historia del derecho » (*Historia del derecho y derecho*, in *El primer año de Derecho*. Actas de las Jornadas de profesores de primer año de la Facultad de derecho en la Universidad de La Rábida, Madrid, 1978, p. 71).

Ma qui conviene sostare, giacché senza forzature siamo venuti a toccare un altro e certamente non secondario carattere del suo atteggiamento storiografico. La sua storia non è infatti il ritrovamento di pezzi archeologici da raccogliere in un armadio a vetri e contemplare distaccatamente. A Francisco non interessa fare il contabile dei granelli di polvere depositati sugli scaffali del passato; a lui interessa il vincolo fra quel passato e il proprio presente spirituale, poiché solo da quel vincolo scaturirà il colloquio, e colloquio fecondo.

Rileggiamo insieme una frase preziosa della ' Autobiografia ' — che, in parte, abbiamo già trascritto nel fondo di una nota <sup>(32)</sup> —, dove egli motiva al lettore le sue predilezioni per la storia del diritto penale e processuale penale dell'età moderna: « En la Monarquía absoluta y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquella, el derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder. La conexión entre la historia que vive el historiador y la historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodológicamente peligrosa. Pero ¿ como se podía escribir sobre la tortura en la España de 1960 o 1970? Yo lo hice hablando y condenando la tortura del 1690 o 1790. No me arrepiento, aunque algún disgusto me costó » <sup>(33)</sup>.

Discorso complesso e che a un lettore superficiale potrà sembrare, per un verso, contraddittorio, per un altro verso, metodologicamente fragile. È, in realtà, un discorso franco, di indole quasi confessoria, in cui Tomás dichiara senza falsi pudori il suo tormento di scienziato e di cittadino. Non c'è dubbio che il Tomás chiuso nel suo studio della Università di Salamanca a indagare i documenti della monarchia assoluta non è schizofrenicamente entità separata e indipendente rispetto al Tomás che nei claustrii universitarii stimola il dissenso studentesco contro il franchismo, lo appoggia, vi solidarizza, facendo sua quella « resistencia cívica activa » che fu propria di molti intellettuali spagnoli e che a Francisco stava per costare la stessa cattedra universitaria <sup>(34)</sup>. L'afflato morale che lo spinge a

<sup>(32)</sup> È nella nota 30.

<sup>(33)</sup> *Autobiografía*, cit., p. 354.

<sup>(34)</sup> Lo ricorda nella *Autobiografía*, cit., p. 355.

compiere atti ardimentosi contro la dittatura è lo stesso che lo preme a scegliere come oggetto di ricerca non un innocuo tema neutrale ma delitti, pene, tortura, Inquisizione, che lo sollecita a tradurre Beccaria, che lo porta a consigliare come contenuto della dissertazione dottorale di una allieva l'istituto scottante del delitto politico <sup>(35)</sup>.

Si studia la tortura nel processo penale sotto gli Asburgo e i primi Borbone o nella pratica dell'Inquisizione, ma si combatte anche una battaglia ideale contro la polizia franchista. Inabdicabilità per lo storico al suo presente: egli deve inforcare gli occhiali dell'oggi, non può non leggere il passato che con questi occhiali e non con altri perché soltanto questi sono veramente suoi. Egli è tale, cioè è storico, solo se non rinuncia al suo presente, e la sua operazione intellettuale consiste nell'appropriarsi del suo oggetto lontano, cioè nel renderlo a sé spiritualmente contemporaneo; altrimenti, non v'è colloquio, non v'è comprensione, non v'è analisi autenticamente storiografica.

Pertanto, valore altamente morale di questa: la storia come ricchezza del mio presente e il mio presente che vivifica il passato risuscitando i morti e le cose morte. Passato e presente in continua osmosi, almeno a questo livello spirituale.

Di tutto ciò Tomás y Valiente è convinto: la sua storia è storia civile, è un contributo ideale all'abbattimento del regime, e forse tra i più pericolosi per il regime. L'operazione corre però su un filo di rasoio, e nasconde non pochi pericoli per l'indagatore. Di questi è coscientissimo: l'armonia, l'equilibrio delicato tra coscienza del presente e conoscenza del passato possono essere irrimediabilmente turbati da una invasione grossolana e accecante degli umori del ricercatore proiettati indiscriminatamente a ritroso fino a deformare e soffocare il messaggio del passato. La storia degenera nella sua immagine scimmiesca e diventa operazione culturalmente fallita e falsante.

È questo l'atteggiamento deteriore e antiscientifico, « pecado

---

<sup>(35)</sup> È quella di Alicia Fiestas Loza ' Los delitos políticos (1808-1936) ', letta nella Università di Salamanca nel 1975, stampata due anni dopo sempre a Salamanca. Scrive nel *Prólogo* alla tesi lo stesso Tomás (p. 20): « Este es un libro de historia, de historia del derecho. Es un libro escrito desde el presente y para el presente. Lo qual no implica ningún error de enfoque metodológico, al menos a mi juicio ».

metodológico funesto », che egli chiama « presentismo » <sup>(36)</sup>. La frase della 'Autobiografia' sopra trascritta non è portatrice di sentimenti in contraddizione fra di sé, ma nasce dalla constatazione di quanto ardua e difficile sia l'opera di un vero storico: che deve essere in sintonia spirituale col suo materiale documentario per farlo rivivere, ma che deve essere parimente sostenuto e guidato dal rispetto verso quel materiale e verso il messaggio da esso promanante. Una strada ben diversa da quella del beato erudito con tutte le sue pseudo-certezze, perché strada battuta e tormentata da forze tra sé confliggenti, ciascuna validissima, ma che devono essere coniugate dall'indagatore in un equilibrio di difficilissima realizzazione; e l'indagatore è lì, quasi in croce con la sua coscienza complessa, con il suo patrimonio di conoscenze ma anche di intuizioni e di sensibilità, primo tormentato testimone di quelle forze confliggenti.

Di questa storia, a lui spiritualmente contemporanea ma pericolosamente minacciata dall'incubo del 'presentismo', Francisco Tomás y Valiente è il sincero e franco testimone con una lezione culturalmente e moralmente altissima, che è per noi lezione proprio quando ci mostra senza velami un personaggio combattuto e tormentato.

IV. Diciamolo subito per evitare equivoci: quando qui si scrive 'costituzionalista', non si intende questo termine nella accezione lata di un Brunner o di uno Schmitt, bensì in quella più delimitata che è nel gergo comune dei giuristi. 'Costituzionalista' sta a individuare il giureconsulto che assume a oggetto del proprio interesse culturale e del proprio studio quelle redazioni scritte che dal Settecento ad oggi fissano in un complesso di principii programmatici e di precetti normativi le garanzie dei singoli cittadini avverso i poteri dei governanti nonché i limiti invalicabili di questi rispetto a quelli. Anche Francisco Tomás può non indebitamente essere qualificato un 'costituzionalista'.

È questa l'immagine che Clavero vuol fornire al lettore ed è questa la linea interpretativa, la linea unificante di tutto il lungo

---

<sup>(36)</sup> *Martínez Marina historiador del derecho*-Discurso de recepción en la Real Academia de la Historia, Madrid, 1991, p. 79.

itinerario di vita e di lavoro che lo storico sivigliano ha seguito passo passo, minuziosamente, con acribia filologica e con appassionato coinvolgimento. Un itinerario che ha il suo divenire e i suoi innegabili svolgimenti, che ha nel suo mezzo la vasta parentesi della permanenza nel *Tribunal*, ma che serba la sua perfetta unitarietà per essere dominato — dapprima — da un costituzionalismo in potenza, tendenziale, latente, e — successivamente — da una scelta progettuale che è già prefigurabile prima della ascesa al Tribunal ma che certamente quest'ultima avvalora e consolida in modo determinante. La vita scientifica e didattica di Tomás appare a Clavero monopolizzata da quella che lui chiama efficacemente una « preocupación constitucional » e anche una « posición constitucional ». Un itinerario unitario ma progressivo, dove progresso significa la sempre maggior consapevolezza che Francisco viene via via ad acquisire fino a fargli identificare il nucleo e fulcro della sua attività didattica e di ricerca, e anche la caratterizzazione della sua stessa collocazione accademica, nell'ambito della *historia constitucional*, più precisamente della *historia constitucional de España*.

E Clavero trova una conferma sicura di questa ipotesi ricostruttiva in una scheda proveniente dalle carte private, di recente redazione, dove lo stesso Tomás immobilizza autobiograficamente il corso della propria vita di studioso in una espressione sintetica ed efficace: « De la historia del derecho al Tribunal Constitucional y de éste a la historia constitucional de España »<sup>(37)</sup>.

La chiave di lettura, anche se un pò enfatizzata da Clavero, è convincente. Non si forza la realtà delle cose se si dice che il pensiero dominante coglibile anche nel primo Tomás è costituito dalla attenzione verso i diritti fondamentali del singolo cittadino nel suo rapporto difficile con i poteri dello Stato, che è soprattutto a questo che egli pensa quando conduce le sue ricerche nel campo del diritto e del processo penali, quando — in particolare — studia la tortura e la prassi dell'Inquisizione; né si avrebbe torto di puntualizzare che il suo 'Manual de historia del derecho español', anche se vuol assumere un osservatorio amplissimo partendo da un esame della

---

(37) Vedi più innanzi nel volume a p. 4 (anche la nota 2).

situazione addirittura preromana, ha il suo asse portante in quella parte quinta dedicata al « sistema normativo del Estado liberal » dove risalta la cura dello storico nel sottolineare il rilievo del fenomeno costituzionale e dove la stessa codificazione è colta ed esaminata come espressione di quel fenomeno nel campo della disciplina concreta dell'ordine giuridico.

L'ulteriore svolgimento — come si sa, la prima edizione del 'Manual' è del 1979 — altro non è che una canalizzazione, un convogliamento massiccio e unitario di energie verso un fine che diventa sempre più chiaro nella mente dell'Autore, quasi ossessivo nella sua ripetizione: dedicarsi alla storia del costituzionalismo, avviare la costruzione di una storia costituzionale dello Stato spagnolo, rivestire — anche sul piano della docenza formale — la funzione di professore, primo professore in una Facoltà giuridica spagnola, di storia costituzionale.

Certamente, l'esperienza — oserei dire la grande ed entusiasmante avventura — del *Tribunal Constitucional* dovette essere determinante per imprimere il carattere di scelta decisa a quella che era soltanto una coscienza culturale affiorante in un personaggio impregnato di cultura liberale e sinceramente democratico. La fase iniziale dell'appena costituito *Tribunal* pose quei primi *magistrados* di fronte a un'opera difficile e delicata, assai impegnativa ma soprattutto di indole sostanzialmente creativa. Tratteggia bene questa immane fatica (e anche questo compito appagante) lo stesso Tomás in uno scritto del '91 rievocatore dei primi dieci anni di attività dell'organo giurisdizionale, uno scritto percorso da un non celato sentimento di orgoglio e dalla coscienza limpida della rilevanza dell'opera svolta nella costruzione d'un ordine giuridico democratico in Spagna.

Il *Tribunal* rese norme, norme giuridiche, quelli che potevano sembrare soltanto dei vaghi principii astratti contenuti in una sorta di libro dei sogni chiamato 'Costituzione', rese giustiziabili (e cioè effettivi nella vita quotidiana) i diritti fondamentali, avviò una riflessione giuridica su nuove fondazioni culturali iniziando un profondo lavoro di rinnovamento in una scienza giuridica spagnola di diritto positivo abbastanza opaca e generalmente prona al regi-

me <sup>(38)</sup>. Conclama con soddisfazione legittima Tomás (che di quel *Tribunal* fu guida e orientatore dal 1986): « fuimos creando eso que los juristas llaman doctrina » <sup>(39)</sup>. Il *Tribunal*, in altre parole, fece anche scienza, perché c'era bisogno di scienza per sorreggere adeguatamente e ordinare la nuova prassi; e fu 'scienza nova', come ebbe subito lucida consapevolezza il *magistrado* e poi Presidente Francisco Tomás y Valiente.

Ci siamo indugiati su questo momento della vita professionale del Nostro — gli anni dal 1980 al 1992 — per capire meglio il perché, dopo quell'esperienza, egli sentisse il bisogno di una unità di indirizzo nella propria ricerca e avvertisse l'esigenza prepotente di non esercitare più il 'mestiere' generico di storico del diritto ma di specificarsi ormai in storico delle costituzioni e del costituzionalismo, con l'urgenza di cominciare a redigere il nuovo 'Manual', quello di storia costituzionale.

Chi vorrà saperne di più su questa svolta, non avrà che ad attingere alle pagine documentatissime di Clavero. A me interessa ora, in questa mia ricostruzione rapida dell'immagine essenziale di Francisco, di penetrare un pò più addentro in questo suo 'costituzionalismo', in questo suo essere (e ciò è indubitato) un 'costituzionalista'. Ciò servirà a continuare un dialogo scientifico con lui e a chiarire la dialettica che lo animò nella profonda diversità delle rispettive posizioni; ciò servirà ad avvalorare quanto abbiám creduto di sottolineare all'inizio: il primato in lui della dimensione culturale, la sua grande umiltà di ascoltare, ascoltare per apprendere, soprattutto quando la voce che gli parlava manifestava un timbro diverso dalla sua. Statura altissima di un personaggio superiore.

Comincerei con una affermazione che può sembrare sorprendente: il 'costituzionalismo' di Tomás si impernia e si fonda sullo Stato. E ha ragione Clavero di rimarcare che la sua storia costituzionale « es también estatal » <sup>(40)</sup>, ossia è pensata e risolta o come storia costituzionale dello Stato spagnolo o come storia comparata di varii e diversi modelli costituzionali statuali.

---

<sup>(38)</sup> *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, in *Revista vasca de administración pública*, 31 (1991), pp. 21-22.

<sup>(39)</sup> Loc. ult. cit.

<sup>(40)</sup> Cfr. più avanti p. 260.

Lo Stato è il grande protagonista del suo 'diritto costituzionale', della sua 'storia costituzionale'. Se questo può dirsi un atteggiamento costante, acquista però intensità e una maggior carica di autocoscienza via via che il tempo passa; particolarmente dopo la vicenda magistratuale; diventa quasi parossistico nei tempi immediatamente precedenti alla morte.

Già una 'Exposición de motivos' per la futura storia costituzionale spagnola ormai perfettamente programmata nella sua testa fertilissima, testo inedito ritrovato da Clavero fra le carte del suo scrittoio e datato 'dicembre 1993', potrebbe a ragione essere definito il più sentito elogio dello Stato che mai sia stato scritto: uno Stato visto come sintesi preziosa e superamento riuscito di forze particolari e confliggenti, il quale — proprio in questa sua funzione — è l'insostituibile garante dei diritti fondamentali individuali (41).

Di lì a poco, insiste sulla presenza necessaria dello Stato perché i diritti fondamentali diventino realtà effettiva, resi inattaccabili da un sistema di garanzie messo in opera dallo Stato (42).

In quella che è probabilmente la sua ultima manifestazione ed esternazione pubblica, in occasione della presa di possesso di un posto permanente e di una presidenza di sezione del *Consejo de estado*, e cioè il solenne discorso tenuto davanti al Consiglio il 18 gennaio 1996 appena pochi giorni prima della morte (43), ritiene di non potersi esimere da una accanita difesa dello Stato e della sua funzione positiva nella storia: « En momentos en que parece ingenuo o pasado de moda seguir creyendo en el Estado, yo quiero renovar mi creencia » (44).

---

(41) Cfr. più avanti, p. 194. Nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 16, sottolinea che lo Stato « constituye una unidad de decisión y de acción ».

(42) « No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquellos sin fortalecer al Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni derecho ni derechos: sólo hay caos » (*Los derechos y el Estado*, ora in *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1993, pp. 159 ss.).

(43) Inedito; sarà stampato nelle *Obras completas* attualmente in preparazione. Ne fornisce alcuni stralci — da noi utilizzati — Clavero nel corso del volume.

(44) Cfr. più avanti nel volume, p. 282.

Infine, in quello che è il suo ultimo articolo giornalistico consegnato a *El País* e drammaticamente pubblicato il giorno dopo del suo assassinio, egli ci dà un non previsto e non voluto testamento scientifico e politico mettendo ancora una volta in netto risalto le 'ragioni' dello Stato e i gravi pericoli insiti nelle 'tentazioni' sempre più ricorrenti di minarlo o distruggerlo <sup>(45)</sup>.

Tomás y Valiente statalista? Sarebbe una qualificazione troppo spiccia, troppo frettolosa, e rischierebbe di darcene una immagine distorta; proprio in riflessioni sue ultime egli ha — con lucida, anche se velata autocritica — ben presente il carattere paradossale di diritti umani affidati allo Stato <sup>(46)</sup>, e non manca di insistere anche sullo Stato come prodotto storico, come protagonista di un modestissimo frammento di storia, quella che corre per non più di qualche secolo alle nostre spalle; e ripete il suo carattere artificiale di prodotto di disegni umani e di forze umane: « el Estado es un artificio, un artefacto, an artificial body. Pero no un artificio caprichoso, sino necesario » <sup>(47)</sup>; « un producto histórico humano, no una realidad natural, sino artificial, un artefacto, un artificio. No se hizo el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre » <sup>(48)</sup>.

V'è però, indubbiamente, una valutazione assai positiva di questo « instrumento artificial » <sup>(49)</sup>: è necessario, è nato per l'uomo, è la condizione per la tutela dei diritti umani. Più ancora: lo Stato è il diritto: « Estado igual a derecho » <sup>(50)</sup>. Benefico è il vincolo — che si è venuto a maturare nell'emisfero moderno — fra Stato e diritto, positivo è il fatto che quello crei questo. Impensabile è una separazione fra l'uno e l'altro, perché il risultato sarebbe il caos politico e sociale.

È ovvio che Tomás guarda allo Stato democratico, certamente

<sup>(45)</sup> *Razones y tentaciones del Estado*, in *El País*, del 15 febbraio 1996.

<sup>(46)</sup> Vedi il testo eloquente trascritto nella nota 42.

<sup>(47)</sup> *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, in *La jurisdicción constitucional española. La ley orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1984*, Madrid, 1995, p. 20.

<sup>(48)</sup> Così nel *Discurso de ingreso en el Consejo de Estado* come consigliere non permanente, pronunciato il 31 gennaio 1995. Il testo è inedito e sarà pubblicato nelle *Obras completas*. Ne anticipa alcuni frammenti Clavero nel volume, donde li abbiamo tratti (cfr. più avanti, p. 278).

<sup>(49)</sup> Così esprime lo stesso concetto nel *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., p. 14.

<sup>(50)</sup> Clavero offre, nel volume (cfr. p. 273), una ricca e probante documentazione.

né a quello franchista né a quello fascista né a quello comunista (e lo dice espressamente). Il risultato è però un elogio generico di questo soggetto politico, che porta a pervenire a un procedimento di idealizzazione. Tomás finisce per cantare le lodi di un modello metastorico, in astratto assai positivo anche se in concreto il modello si è troppe volte compromesso, contaminato, deformato, capovolto.

Egli si inseriva nella più intelligente tradizione illuministica, che dopo aver preteso di individuare regole naturali e non arbitrarie, ne aveva affidato la lettura, la decifrazione e la fissazione al Principe, identificando nella espressione della sua volontà — la legge — una norma di qualità superiore, e, in pratica, la norma per eccellenza, produttrice e controllatrice della giuridicità. Tomás era — e io aggiungerei: consapevolmente — l'erede agguerrito di quella tradizione, illuministica sotto un profilo filosofico, liberale sotto un profilo politico ed economico, che aveva progettato la più grave antinomia della cultura politologica e giuridica moderna, e cioè il trapasso da giusnaturalismo a giuspositivismo; antinomia formalmente coperta dalla foglia di fico del modellismo, cioè del perverso ragionar per modelli, per cui il Principe è interprete affidante della natura delle cose e la legge è espressione della volontà generale ed è, per definizione e senza bisogno di prove, conforme al bene comune.

In questo senso Tomás è statalista, ed è conseguentemente anche legalista, con una evoluzione-involuzione che investe in modo intenso e sempre più crescente l'ultimo Tomás. È una posizione ideologica da cui discendono alcuni atteggiamenti ben precisi e che in questa posizione si giustificano: la sua diffidenza verso un autentico pluralismo giuridico — alla Santi Romano, per intenderci — e la sua convinzione del legame necessario diritto-Stato; la sua fiducia piena nello Stato e la sua diffidenza verso le comunità intermedie; la sua diffidenza verso ipotesi ricostruttive tendenti a spostare la giuridicità e la sua origine in un terreno prestatuale — come, per esempio, la mortatiana ipotesi della ' costituzione materiale ' —, e la sua fiducia in un paesaggio giuridico popolato non di creature dai contorni necessariamente vaghi e sfumati, bensì di figure dal disegno netto e inequivoco come Stato, sovranità, Costituzione in senso formale, legge, con il risultato di disegnare l'ordine giuridico essenzialmente come sistema di norme; diffidenza — e, più che diffidenza, disprezzo e anche incomprensione — nell'ambito della situazione

spagnola per quel fenomeno singolare, storicamente così radicato, del *fuero* e del *fueroismo*, che trovano in lui un avversario implacabile in nome di uno Stato unitario — sia pure « *nación de naciones* », come afferma ripetutamente <sup>(51)</sup> — che non consente al suo interno, cioè all'interno della sua sovranità, se non autonomie (ma autonomie nel senso dei giuspubblicisti; intendiam dire autonomie derivate, derivate dallo Stato).

È a questo punto che il nostro discorso può ritornare a quell'accenno, fatto all'inizio del capitolo, sul dialogo scientifico fra me e Tomás 'costituzionalista', tra un personaggio ben immerso nella cultura del costituzionalismo di stampo liberale e chi, come me, aveva ritenuto insistentemente di parlare di assolutismo giuridico per contraddistinguere il modo — chiamiamolo semplicisticamente — borghese di concepire il diritto, la produzione e la applicazione del diritto, il rapporto diritto-Stato.

Assolutismo giuridico è uno schema interpretativo che, nella mia visione, tendeva a mettere in luce anche le indubbie — ma quasi sempre eluse — conseguenze negative delle concezioni giuridiche borghesi. La mia riflessione sul tema — iniziata nel 1988 <sup>(52)</sup> e proseguita poi in diverse tappe, tra cui, esplicita, proprio la lezione dottorale letta in castigliano a Barcellona nel 1991 e ben conosciuta da Francisco <sup>(53)</sup> — aveva il significato di reazione a un generale movimento, trionfalistico e acritico, che coinvolgeva allora tutti i giuristi nella celebrazione e osannazione del bicentenario della Rivoluzione nonché dei principii e valori di questa.

La mia modesta voce aveva un fine modestissimo, ma che mi sembrava sacrosanto: prendere atto anche dell'altra faccia di quella testa bifronte che è la Codificazione del diritto (manifestazione prima e suprema del moderno diritto borghese); senza insulsi e ingenui donchisciottismi, segnalare la complessità del grande fenomeno 'codificazione', il più grande nella storia giuridica dei paesi di

---

<sup>(51)</sup> Una affermazione assai prossima — non so se l'ultima — è in *A orillas del Estado*, Madrid, 1996, p. 92.

<sup>(52)</sup> Cfr. *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988).

<sup>(53)</sup> *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona, Universidad Autònoma, 1991.

*civil law*; segnalarne, liberi dalla insopportabile retorica ottantano-  
varda, le sue valenze anche negative per la storia del diritto moderno  
proprio in grazia del suo carattere fondamentale di monopolizza-  
zione da parte dello Stato del meccanismo di produzione del diritto,  
anche del diritto privato.

Questo schema non potè non interessare la curiosità intellet-  
tuale di Francisco e non potè non turbare la sua probità intellettuale,  
il suo atteggiamento magnifico di uomo di cultura in perenne  
ascolto. Ne apprezzava il valore demitizzante (come era nei miei  
precisi propositi) ma lo sentiva scomodo e dissacratorio in rapporto  
alle sue certezze e convinzioni anche morali.

La preoccupazione, di cui io mi facevo — e tuttora mi faccio —  
portatore, era per l'inevitabile impoverimento che la dimensione  
giuridica avrebbe sofferto (come soffrì) nel suo resecamento dalla  
complessità e ricchezza del *sociale* e nel suo affidamento ai lacci del  
*politico*, cioè dello Stato. Impoverimento innaturale, proprio perché  
il diritto è per sua natura voce ed espressione della società, è un  
modo d'essere della stessa società che, nel suo vivere incessante, fissa  
certi valori e li osserva.

Lo Stato è altra cosa; rispetto alla società rappresenta un artificio  
— e Tomás, come abbiám visto, è il primo ad ammetterlo —, perché  
costituisce un apparato di potere e una psicologia di potere, perché  
piove dall'alto su di essa ed è — in quanto potere — inevitabilmente  
percorso dalla tentazione a imporre le proprie regole più che a  
ordinarsi con disponibilità a orecchiare forze e voci plurali. Lo Stato  
ha inevitabilmente la tentazione al monocorde più che al corale,  
tende a ridurre ad unità (e certamente è questo uno dei suoi pregi)  
riducendo o eliminando le diversità.

Far di tutto per garantire al diritto il bene della socialità e della  
sociabilità mi è sembrato e mi sembra un'operazione da compiere, o  
da tentare, nella consapevolezza che, troppe volte negli ultimi due  
secoli, il diritto legale, ufficiale, il diritto statuale, si è ridotto a  
corteccia risecchita separata dalla linfa vitale sottostante.

Ritrovare il diritto come espressione del sociale aveva (ed ha)  
per me anche un altro significato relevantissimo: lo sottrae all'ombra  
assorbente del potere politico, alle sue miserabili gestioni contin-  
genti, alle non eludibili particolarizzazioni e strumentalizzazioni cui  
altrimenti viene sottoposto.

A Francisco, che esaltava la dimensione statuale come superatrice di localismi giuridici, di frazionismi di classe di ceto di corporazione, mi era facile — soprattutto nell'attuale momento di tensione verso una efficace unità giuridica europea — opporre un dato troppo spesso sottovalutato: essere anche lo Stato — necessariamente — parte di un tutto, ma, quel che è peggio, parte separata e riottosamente indipendente rispetto al tutto. Superamento e sintesi di interne frazioni — senza dubbio, come più di una volta ha messo in luce Tomás —, ma frazione esso stesso rispetto a un paesaggio politico-giuridico più ampio, e frazione netta e assoluta come le altre cristallizzazioni comunitarie manifestatesi nel divenire storico non erano state. Mi pareva, insomma, e tuttora mi pare, che l'ostacolo maggiore per il processo di ricostruzione unitaria dell'Europa anche sotto il profilo giuridico non venisse dalle micro-comunità che ben possono presupporre, coi loro confini elastici, una struttura politico-giuridica superiore, ma dalle macro-comunità, i cui confini elastici non sono perché segnati dai picchetti fissi delle differenti sovranità.

Probabilmente c'è, al di sotto di tutta questa dialettica, una visione da parte mia che fa leva sugli aspetti negativi dello Stato e del potere politico, visione cui può legittimamente contrapporsi una che, ottimisticamente, mette invece a fuoco aspetti marcatamente positivi. È qui che le nostre visioni e valutazioni, quella mia e quella di Francisco, si divaricavano fino a diventare antitetiche. Egli, figlio fiero e orgoglioso d'una intelligente tradizione postilluministica, era convinto che lo Stato è sempre un positivo della storia, con una funzione benefica che certe ombre non possono distruggere ai nostri occhi. Lo Stato di Tomás è, come ho già detto, un modello di Stato, l'erede diretto — e non il traditore — del Principe illuminato, il solo che sappia leggere la natura delle cose sociali — e quindi le reali esigenze della società — e tradurle in regole savie ed opportune; regole che — in quanto presumibili come savie ed opportune — ben potevano pensarsi come generali, astratte, eterne. Lo Stato è per lui, insomma, un valore, un valore imprescindibile.

In questa sommaria evocazione un lettore impietosamente logico potrebbe cogliere delle sinuosità, dei nodi, delle disarmonie nella linea della vicenda di Tomás y Valiente. La linea, forse, non appare correre diritta come la logica vorrebbe; lo può indicare il suo ultimo statalismo legalista che sembra smentire il Tomás di altri

anni, ansioso di ampliare il suo sguardo fino al diritto extralegale perché timoroso di rinchiudersi nel bozzolo del formalismo; e lo può indicare il suo gesto estremo (gennaio 1996) di lasciare l'insegnamento attivo nell'Università per assumere un ruolo permanente nel Consiglio di Stato, gesto che, forse, ci pare in contrasto con l'immagine di uomo di cultura, di maestro e di scienziato che ci siamo sforzati di disegnare.

La verità è che Tomás, personaggio tormentato, si è sempre trovato al centro di valori confliggenti, soprattutto Stato e Università. Egli che ne aveva costantemente avvertito la suggestione e l'incidenza, da ultimo, forse segnato dalla lunga esperienza del *Tribunal*, pareva aver subito in maniera forte il richiamo al valore assorbente dello Stato, anche se è un dato certo che, appena tre anni fa, aveva rifiutato senza esitazione la proposta di diventare Ministro della Giustizia.

La coerenza assoluta è propria delle creature mediocri, che non nutrono dubbii e perplessità, che ignorano i tormenti interiori, logoranti ma spiritualmente fertili. Incoerenza? Guai a misurare soltanto a fil di logica una vicenda intellettuale e morale! Arrestiamoci invece di fronte a una realtà che il nostro sguardo miope non riesce a decifrare perfettamente<sup>(54)</sup>. Ogni giudizio sarebbe ingiusto soprattutto dinnanzi a una vicenda, come quella di Francisco, innaturalmente troncata e pertanto inespressa, incompiuta; ed è sterile e vuoto ipotizzare linee di uno svolgimento futuro, che era tutto affidato alla sua vigile coscienza di studioso e di cittadino.

Una ipotesi ritengo però legittima a chiusura di queste mie pagine: forse il richiamo al valore assorbente dello Stato avrebbe potuto esser tale da imprimere una svolta verso l'immersione nella politica attiva, ma anche in questo caso egli non avrebbe mai potuto deporre quella statua interiore di uomo di cultura che costituiva la sua ossatura spirituale e intellettuale; anche se, domani, deputato o ministro, egli avrebbe sempre impregnato la sua azione politica con l'atteggiamento che gli era nativo e congeniale: la dimensione critica dell'uomo di cultura.

---

(54) Clavero ha una espressione felicissima: « La identificación del Estado con el Derecho y de este con los derechos, este verdadero misterio trinitario » (cfr. più avanti, p. 327).

Sono convinto che il Tomás delineato in queste pagine introduttive richiestemi da Clavero sia quello corrispondente alla sua statua interiore. Oggi, a me, nella intensa commozione del ricordo, piace pensarlo così: uomo di cultura in ascolto. Mi piace ripensarlo così come lo vidi l'ultima volta, a Miraflores de la Sierra, sulle montagne sopra Madrid, nel gennaio del 1994, in occasione dell'Incontro italo-spagnolo da lui organizzato. Lì si parlò molto del 'mio' assolutismo giuridico, con piene adesioni e con qualche riserva. Ricordo lui perennemente in ascolto, con il viso attentissimo e lo sguardo teso, tutto intento a percepire dalla fitta discussione i *fragmentos de verdad* che si celassero nella scomoda ipotesi interpretativa del suo amico fiorentino.

*Citille in Chianti, 1 settembre 1996*

## PRESENTACIÓN

Si el juez del proceso es al mismo tiempo el director de la investigación y el que trata de reunir las pruebas acusatorias, ¿no se facilita con ello que busque el camino más recto — la confesión — para convencerse de la culpabilidad del reo?

Francisco Tomás y Valiente,  
*La última etapa y la abolición de  
la tortura judicial en España*, 1964

Todos los poderes del Estado y muy en especial el judicial deben estar ordenados a conseguir el mayor respeto y eficacia de los derechos de los ciudadanos y en especial de los derechos fundamentales.

Francisco Tomás y Valiente,  
*Cuestión de principios*, 1995



MOTIVACIÓN Y PROPÓSITO  
CRIMEN: BIOGRAFÍA INÉDITA

El día 14 de febrero de 1996 Francisco Tomás y Valiente es asesinado en su despacho de profesor de historia del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, donde se encontraba confiado y asequible a la espera de que llegara, a las once de la mañana, la hora de un examen. Quienes perpetran el asesinato lo reivindican, como si se tratara de una hazaña, pretendiendo actuar en nombre de todo un pueblo, el pueblo vasco, el cual cuenta, entre los derechos constitucionales habituales, con la libertad de expresarse, manifestarse y votar, y el cual, salvo una minoría, no les apoya. No hay tampoco mayoría que cohoneste un asesinato, pero, ante la criminalidad de motivación política, no siempre se recuerdan los datos más primarios. Sobre ellos volveré. Mas no es con los asesinos, con sus cómplices ni con sus encubridores con quienes quiero dialogar, con quienes propongo que dialoguemos, sino con la víctima, con Tomás y Valiente y no sólo de Tomás y Valiente. Mientras los verdugos sigan empecinados en serlo, en presumir y ejercitar un derecho a matar, es menos imposible y más plausible este otro diálogo, único además que en el caso entiendo moral.

Nacido el 8 de diciembre de 1932, Tomás y Valiente había cumplido recientemente sólo sesenta y tres años. En 1992, tras una docena de ellos dedicados al Tribunal Constitucional, como magistrado por elección parlamentaria primero, durante seis, entre febrero de 1980 y marzo de 1986, y luego, por otros tantos, entre marzo de 1986 y julio de 1992, también como presidente por sufragio del propio tribunal, había vuelto a la Universidad, con un período ante sí como catedrático en activo todavía apreciable, de algo más de una década desde que la jubilación se elevara, en 1993, a los setenta años. Como historiador del derecho, como tal en

exclusiva hasta 1980, se había con anterioridad labrado el prestigio profesional y granjeado la autoridad ciudadana que le llevaron a la designación como magistrado y presidente constitucionales.

Podría decirse que donde había regresado en 1992, tras el paréntesis de magistratura constitucional, es a la historia del derecho, a su profesión inicial, aunque esto, así dicho, no resultaría muy certero. Sus papeles transmiten la impresión de que este transcurso profesional es esencial para entender su obra y de que el mismo no se produce en tales términos más simples de interrupción como magistrado de un trabajo como profesor <sup>(1)</sup>. En 1992 no se trataría exactamente del regreso a un punto de partida y esto por más de una razón. No sería así, en primer lugar, porque nunca lo abandonó del todo. Su obligado alejamiento temporal, por la magistratura constitucional, de la profesión universitaria, no había significado un olvido completo de la historia jurídica o ni siquiera que hubiese suspendido su compromiso para con ella. Tampoco sería así, en segundo lugar, porque el periodo intermedio no transcurre en vano. Su misma experiencia como magistrado constitucional no resultaría ajena a sus intereses propios como historiador jurista. Ni sería finalmente un regreso, en tercer y me parece que más importante lugar, porque donde volvía no era estrictamente a la profesión de historia jurídica que había dejado años antes, al mismo entendimiento y a la misma práctica de tal ocupación y de su objeto, y esto además por la sencilla razón de que la magistratura constitucional había sido en definitiva todo menos un paréntesis.

Tuvo modo él mismo de expresarlo con su apunte autobiográfico más conciso: « De la HD al TC y de éste a la HCE » <sup>(2)</sup>. Tomás y Valiente no fue muy pródigo en indicaciones autobiográficas, mas algunas siembra a lo largo de su obra. Tendremos comprobación

---

<sup>(1)</sup> Manejo papeles suyos personales de carácter no personal, cuya confianza agradezco a la familia y muy personalmente a Carmen Lanuza: « A Carmen. A nuestros hijos: Ana, Miguel, Quico y Pipa », ha dicho, dice y seguirá diciendo la página de mayor respeto del *Manual de Historia del Derecho Español* de Francisco Tomás y Valiente.

<sup>(2)</sup> La expresión es de una ficha reciente, pues está en carpeta viva o no archivada todavía. A sus papeles me referiré sin citas pues no presentan clasificación topográfica general y resultan bastante localizables en su archivo personal por trabajos o por épocas. Carmen TOMÁS Y VALIENTE, Pipa que nos ha dicho su padre, profesora de derecho en ciernes, me ha prestado una ayuda preciosa.

pues nos serán preciosas. Del mismo telegrama cifrado ofrece versión descifrada, que no dejaremos de ver. Como profesor e investigador que debía periódicamente justificar unos rendimientos o acreditar unos méritos, guardaba naturalmente su *Curriculum vitae* desglosado y circunstanciado <sup>(3)</sup>, el historial profesional elaborado, mantenido al día y utilizado por él mismo, con versión también

---

<sup>(3)</sup> No he encontrado un ejemplar completamente al día. Tengo uno a fecha de febrero de 1994 con añadidos manuscritos no sistemáticos hasta sus últimos momentos y otro datado en el mismo mes de 1995 que cuenta con algún apartado más atrasado pues no incorpora todas las indicaciones intermedias del anterior, como tampoco lo hace el archivo del ordenador. Muy resumidamente, la parte universitaria registra los estudios en Valencia (Comunidad Valenciana), donde se licencia en Derecho en 1955 y doctora en 1957, recibiendo premio extraordinario; la cátedra de Historia del Derecho desde 1964, primero en La Laguna (Canarias), y enseguida, el mismo año, en Salamanca (Castilla-León); ya en situación de excedente por la magistratura constitucional, lo es en Madrid (Comunidad de Madrid), en su Universidad Autónoma, desde 1980. Entre el doctorado y la cátedra es profesor dependiente en Valencia hasta 1962 y en Madrid hasta 1964. Como cargo académico, es vicedecano en Salamanca entre 1966 y 1969, dimitiendo. Miembro de la Redacción del *Anuario de Historia del Derecho Español* desde 1985 y de la Dirección desde el año siguiente, asumiéndola individualmente en 1993. Perteneció a instituciones académicas como el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y la Academia de la Historia española. Es Premio Nacional de Historia, compartido, en 1981. Recibe doctorados honorarios de Messina (Sicilia, Italia), en 1993, y de Salamanca, en 1995. La parte no universitaria registra la magistratura constitucional entre 1980 y 1992, con la presidencia desde 1986, y, que también nos vaya a interesar, su pertenencia a la *Commission d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie* en 1991 y al Consejo de Estado español en lo que resultará su último año. Tras la transición de condecoraciones y otros reconocimientos, viene el grueso de publicaciones y la relación de congresos a los que ha asistido, poco más de una veintena desde el de la *Société Jean Bodin* en Viena, 1964, hasta, en la versión de 1995, el de Florencia sobre la historiografía jurídica hispana, 1989, que veremos; el de 1994 ha añadido otros posteriores que también consideraremos. A conferencias pronunciadas, seminarios o cursos extraordinarios impartidos y artículos periodísticos sólo hace alusión genérica entre « otras actividades », donde registra también que desde 1981 dirige la colección *Clásicos del Constitucionalismo Español*, sin poner al día la denominación, como veremos. Son cosas que, aunque no nos vayan a ocupar siempre en detalle, se nos irán haciendo todas presentes. Para el registro de cursos y respecto a los artículos de prensa me han asistido especial y respectivamente Clara ÁLVAREZ y Marta LORENTE, profesoras titulares de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, donde también hemos contado con la asistencia de la secretaria Pilar MORENO. Las citadas profesoras han sido mucho más para esta biografía: consejeras solidarias como se verá.

abreviada, abreviadísima (4). Esto constituye una representación más artificiosa de la propia vida, pero, si sabemos manejarlo, será de suma utilidad. Dejó además escrito lo que tituló *Autobiografía intelectual y política*, un examen relativamente sumario, pero intenso, de su formación personal y de su primera fase profesional, la de HD, pues la escribe durante la de TC sin querer hablar de ésta. Siendo suya, no debo ni quiero poner ni quitar nada, por lo que va íntegra y sin comentario en apéndice (5). Es una forma también de que, en este libro que ofrece una biografía suya, la última palabra no sea mía ni de nadie más que de él mismo. A igual efecto y por sí logro el mayor éxito que me cabe esperar, el de animar y conducir a la lectura de su obra, añadido otro apéndice para su *Bibliografía* (6).

---

(4) El *Curriculum vitae abreviado*, abreviadísimo, puede ser indicativo de cosas especialmente apreciadas. No sólo figura el doctorado con su premio extraordinario, la condición de catedrático de Historia del Derecho, las cátedras desempeñadas y el ítem escueto de « doce libros y más de un centenar de artículos científicos » y similares, sino también la magistratura y presidencia constitucionales, la pertenencia a la Academia de la Historia, los doctorados honoríficos de Messina y Salamanca, su participación en la Comisión de Paz de Yugoslavia y la « posesión de la Gran Cruz de Carlos III, de la Orden al Mérito Constitucional y de la más alta condecoración de la Generalidad Valenciana », el autogobierno de esta Comunidad.

(5) La *Autobiografía intelectual y política* la he encontrado en forma manuscrita y con una copia mecanográfica corregida, pero sin noticia de que la publicara. La redacta un fin de año, entre el 30 de diciembre de 1989 y el 2 de enero de 1990. Es aquí el apéndice primero. Aunque escrita en dicha fecha, sólo alcanza prácticamente hasta 1979, y esto no solamente, como veremos, por evitar el periodo más delicado de unas responsabilidades públicas. Éstas mismas no cesarían de hecho tras 1992, tras volver a la Universidad, pues desempeñó informalmente oficios de consejo político para altas instancias, elaborando y conservando memorias de estas actividades. Es parte de su archivo personal que he preferido no ver, pues creo que debe resguardarse durante un tiempo prudencial a discreción de la familia. Por razones parecidas, como explicaré, tampoco he visto papeles suyos de trabajo como miembro del Tribunal Constitucional. Mi *biografía* es solamente de Francisco TOMÁS Y VALIENTE y es tan sólo *intelectual*. Es *política* en la medida exclusiva en la que interesa a ello.

(6) *Bibliografía di Francisco Tomás y Valiente (1959-1993)*, en Andrea ROMANO (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un Convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 15-16 Marzo 1993)*, Milán 1994, pp. 279-290, reproduce de su *Curriculum vitae* hasta dicha fecha temprana en el año de 1993. *Tomás y Valiente: contribución a la Historia del Derecho. Ensayo de una Bibliografía*, en *Avisos. Noticias de la Real Biblioteca*, 4, febrero de 1996, es de confección propia, con el mérito y el

El *Curriculum* ofrece una imagen de su vida que no resulta exactamente la que transmite la *Autobiografía*. El primero, mantenido relativamente al día mediante repasos periódicos, registra su « carrera universitaria y méritos académicos », desde la licenciatura y doctorado de derecho en Valencia durante los años cincuenta y su trayectoria posterior como profesor universitario por la geografía de España, entre Canarias, Salamanca y Madrid, hasta unos reconocimientos científicos y los doctorados honorarios; prosigue con « otros cargos y nombramientos extraacadémicos » y unas « distinciones honoríficas » antes de entrar en el grueso curricular: las « publicaciones » y demás actividades académicas, cerrando con « otras actividades » de publicista, conferenciante y animador cultural.

La segunda, la *Autobiografía*, escrita concretamente en noche vieja y año nuevo entre 1989 y 1990, añade, suprime, expone, medita y acaba ofreciendo en efecto otra imagen. A esto viene. Introduce un nuevo tiempo, el más viejo de una infancia y juventud, tiempo en el que Tomás y Valiente aun no era Tomás y Valiente, cuando todavía su nombre no reunía méritos ni encerraba significación. Y prescinde de cosas, también de merecimientos, para el tiempo posterior. Así realmente se brinda una imagen mucho más viva. Este es el modelo que quiero aquí seguir, y no el del *Curriculum*, el cual registra por

---

apresuramiento de recordarle tras el asesinato. La *Bibliografía* que incluyo como segundo apéndice y a la que algunas notas aquí remiten procede del *Curriculum*. Refundo en una sola relación, conforme a años oficiales de edición, libros y otros trabajos, y excluyo escritos menores, esto es, que sean meramente reseñas, simples prólogos u otros protocolos, artículos de periódicos, textos u oraciones de ocasión, entrevistas, páginas de divulgación y escritos primerizos, sin perjuicio de que este género no siempre menor de materiales, todo él, también nos vaya a interesar. En mis notas reproduzco referencias y citas completas, y no las reduzco normalmente a remisiones digitales a la *Bibliografía*, porque en una biografía conviene tener lo más a la vista dónde y cuándo se dice o se escribe. Procediendo unas bibliografías, la mía y la editada por A. ROMANO, del *Curriculum*, he de advertir que TOMÁS Y VALIENTE era menos cuidadoso en el registro curricular de la obra que en la conservación y ordenación de los papeles, por lo que no excluyo que arrastre todavía la mía imprecisiones y desajustes ligeros. En las *Obras Completas* que enseguida digo se incluirá una bibliografía más completa y depurada gracias particularmente al trabajo de la profesora Marta LORENTE y del letrado del Tribunal Constitucional Pedro BRAVO. Respecto a publicaciones últimas de TOMÁS Y VALIENTE, también he contado con la ayuda de Carlos DEL PINO, amigo común y librero singular.

supuesto un nutrido material sobre el que tendremos que trabajar. Es la base de partida y el firme de rodaje más seguros para cualquier acercamiento, pero dudo que sea el espacio para un encuentro. El *Curriculum* ofrece figuras y decorados para el escenario y la animación de la *Autobiografía*, pero ni el uno ni la otra ni ambos juntos nos bastan. En otro caso, bastaría con publicarlos como introducción y guía, sin más oficios, para el lector o la lectora.

Aquí nos interesarán también, e incluso sobre todo, materiales y perspectivas que no están respectivamente ni en el *Curriculum* ni en la *Autobiografía*. Habremos de considerar méritos que no figuran en el primero por la razón además no de que Tomás y Valiente no fuera todavía Tomás y Valiente, sino por la de que no le dejaron seguir siéndolo. Tomaremos en consideración perspectivas que no se encuentran en la segunda, en la *Autobiografía*, sencillamente porque no había llegado todavía a ellas o porque se le estaban incluso abriendo cuando fuera asesinado. Serán las principales para nuestra biografía. Podrá ser así la obra inédita, la que podía ser, por estar gestándose, la más preciosa para él, la que más nos interese (7). Sólo ahí podremos encontrar, en la medida en que ya existiera, la HCE, dicha sigla tercera que, en la secuencia de su autobiografía telegráfica, parece como querer alcanzar un cumplimiento por culminación de las fases anteriores, la de HD y la de TC. Esta sencilla sucesión de tres siglas pudiera ser incluso una *autobiografía* más completa que la *intelectual y política* que no quiso entrar en la fase de TC y no podía hacerlo en la de HCE, todavía inexistente. Mas no es sólo cuestión de tiempo, sino también, repito y comprobaremos, de perspectiva.

Así, mediante dicha tríada siglada, y no por etapas académicas ni con otros criterios convencionales, se representaba más personalmente Tomás y Valiente su vida profesional. Es una autobiografía que puede tal vez transmitirnos la propia percepción del historial

---

(7) Parte del trabajo póstumo lo recojo, con un *Prólogo a una obra incompleta* que adelanta algo de lo aquí desarrollado, en F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución: Escritos de Introducción histórica*, Madrid 1996, pp. 9-28. Vienen dándose otras iniciativas de publicación de inéditos, como veremos. Y también están en curso sus *Obras Completas*, que no se limitarán a lo editado en vida y que tienen prevista su aparición dentro del año 1997. Las editará el Centro de Estudios Constitucionales, institución, de la que hablaremos, que ha adoptado la iniciativa bajo la dirección de LUÍS AGUIAR, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Getafe, Comunidad de Madrid.

mejor al menos que el *Curriculum*. « De la HD al TC y de éste a la HCE »: hay aquí, en tan breve espacio, algo así como un progreso que allí, con tanto mérito, no se aprecia. El término de llegada, HCE, comienza por no ser gráficamente el de partida, HD. Lo que sea, intentaremos verlo, pues creo que aquí deberemos sobre todo ocuparnos de dicha abreviatura final, la de HCE, cuya resolución ha quedado frustrada por el asesinato. Habremos de centrarnos en ella aunque sea o quizá mejor porque es la más problemática. Los otros anagramas pueden resultar ya de entrada más fácilmente descifrables: HD es indudablemente *Historia del Derecho* como TC corresponde a *Tribunal Constitucional*. Tampoco es que sea tan difícil despejar literalmente la sigla de destino: HCE significa, no menos indudablemente porque quepan variantes, *Historia Constitucional de España*, *Historia Constitucional Española* o *Historia del Constitucionalismo Español*, historia constitucional referida a España en cualquier caso. Pero mientras que los dos primeros signos, HD y TC, representan fases realizadas y así cognoscibles de su vida, el tercero, HCE, ha quedado irrealizado y así incógnito.

Ahí está el anagrama de la HCE, de una historia constitucional, como futuro truncado que no se identifica con un pasado cumplido, como porvenir malogrado que se distingue de un pretérito logrado. Se presenta como algo distinto no sólo respecto a TC, a la magistratura y presidencia constitucionales, sino también a HD, a otra historia, a la historia del derecho que anteriormente había profesado y realizado. HCE sabemos ya de momento que no iba a ser HD. Tomás y Valiente no dijo « de HD al TC y de vuelta a HD ». Vuelta no parece que se planteara. Entendía haber progresado y no regresado. En otro caso, como he dicho, poco tendríamos ahora que hacer salvo tomar como guía su *Curriculum* y aprovechar directamente las lecturas de las obras editadas. Pero hay algo, y algo en lo que podía culminar todo el resto, algo que, no estando realizado, no se encierra en su historial, en el propio *Curriculum vitae*, como tampoco en la *Autobiografía intelectual y política*. Podrá constatarse. Podrá comprobarse que el telegrama resulta más elocuente.

« De la HD al TC y de éste a la HCE », es secuencia de unas fases que se distinguen y quizá superan entre sí, pero no que se vayan sustituyendo y desplazando ni tampoco que se desconectaren ni desentendieran. En la misma incógnita final podemos entrar con la

asistencia que nos presten los términos conocidos inicial y medio. Hay vínculos y continuidades entre los diversos momentos. Las propias cifras de un alfabeto pueden constituir síntomas cabales para un diagnóstico primario. Compartiendo HCE un signo de HD, la H de *Historia*, y otro de TC, la C de *Constitución* y viniendo en último lugar, tal vez pudiera representar la fase no sólo postrera, sino también en efecto culminante. Pudiera.

HCE y HD tienen en común la H de *Historia* como encierran también la cercanía entre C de *Constitución* y D de *Derecho*. HD y TC no presentan la comunidad, pero sí guardan la vecindad. TC y HCE comparten la C de *Constitución*. El vínculo general es el jurídico. Y la misma E de *española* o *español* que sólo figura en HC de *Historia Constitucional* o de *Historia del Constitucionalismo* no es tan sobrevenida, pues cabe perfectamente presumirla en las cifras anteriores, tanto en la HD de *Historia del Derecho* como en el TC de *Tribunal Constitucional*, tan *española* la una como *español* el otro, aunque no es desde luego lo mismo que un signo, como éste de *España*, vaya implícito o se haga explícito. Tampoco tiene por qué ser idéntico un término igual que rige expresiones no iguales: *Historia* del derecho o *Historia* del constitucionalismo. No es juego de letras, palabras ni sintagmas. Son cifras todas ellas por despejar, signos todos ellos por descifrar una vez que no tenemos al autor. No es un acertijo recurrente que voluntariamente nos planteara, sino una autopsia dolorosa que su asesinato requiere y a cuya operación acudo.

Voy a intentar ser el médico forense, el especialista en medicina legal, para efectuar la disección que analice no unos órganos inertes, sino unas ideas vivas, ideas que también intentaron eliminar y a cuya supervivencia pretendo contribuir. Es la vida de un pensamiento que no han podido arrebatarnos y que no vamos a dejar perder. Por esto quiero exponerlo y analizarlo. Voy a hacer así una biografía intelectual, pero no lineal. No me interesa lo que hiciera Tomás y Valiente porque lo hiciera Tomás y Valiente, sino lo que él consideraba entre lo que había hecho y por la razón de que él lo consideraba. Voy a abordar la obra de Francisco Tomás y Valiente con su propia clave: « De la HD al TC y de éste a la HCE ». No voy a considerar en sí ni la HD ni el TC, sino tan sólo la HCE y dichos términos anteriores en la medida solamente que la interesen. Voy a

contemplar su obra bajo este prisma que era al final el suyo. En una vida vive lo que se mantiene vivo y no lo que se deja perder durante ella. La biografía quiere seguir siendo incluso autobiografía: consideración de una obra conforme su mismo autor, el autor vivo, el autor último, la consideraba. Aquí tampoco vamos a detenernos en unas influencias, unos contextos y otras cuestiones externas tan habituales en biografías intelectuales disolviéndose unas en otras. Intentamos acudir al conocimiento interno de una obra de entidad propia.

Cuando Tomás y Valiente fue asesinado, venía pensando en *Historia*, en *Constitución* y en *España*, en los signos de su tercera fase, los que tenía vivos. Pensaba en una HCE que podía mantener en vida parte de la HD y del TC: en una historia constitucional española deudora de la historia del derecho de la que era profesional acreditado y también en deuda con el tribunal constitucional del que había formado parte sobresaliente. Pensaba en dicha historia por hacer a partir de esa historia hecha y de esta otra experiencia igualmente cumplida para él y de carácter también siempre jurídico y en definitiva constitucional. La profesión universitaria le había prestado formación y acreditación como docente y como investigador en el mundo del derecho con la capacidad suplementaria de comprensión que puede permitir el abordaje histórico. El Tribunal Constitucional le había pertrechado con experiencia y con pericia más contrastadas en el momento de la verdad del derecho que es la justicia efectiva. Todo esto estaba para él cumplido. Por cumplir tenía la HCE, una historia, pero historia que pensaba distinta a la que había realizado antes de pasar por la magistratura y la presidencia constitucionales.

De ello, de la historia ya concebida y aún no formada y del concepto constitucional que el autor se estuviera haciendo para elaborarla, de la historia del constitucionalismo que pensara sin poder llegar a producirla, de la empresa que cifrara como HCE, es de lo que pretendo aquí ocuparme, aunque sin poder ni querer desentenderme de toda la producción anterior que asista. Cuando Tomás y Valiente alcanza su tercera fase tras una primera historiográfica y otra segunda constitucional, lo que se plantea no es una obra de historia preconstitucional ni tampoco una de derecho constitucional, sino la HCE, una historia constitucional o historia

del constitucionalismo. Esto no quiere decir que en la fase última no se preocupara ni produjera sobre cuestiones históricas preconstitucionales o sobre las constitucionales presentes. Como tampoco significa que a la historia constitucional no fueran a interesarle ni una historia preconstitucional ni un derecho constitucional. Más bien parece, con mirar sólo las palabras, que este derecho y esa historia pueden concurrir e incluso integrarse. Lo cierto es que su proyecto de tercera fase es de historia constitucional. Esto centra mi atención porque centraba la suya. No prescindo de todo el resto, pero insisto en que sólo me interesa funcionalmente.

Por todo esto y particularmente porque no va a seguirse una evolución, sino que se adopta resueltamente desde un inicio la perspectiva de tercera fase, la biografía no resultará lineal. Sus tres secciones sustantivas, *Aprestos jurídicos*, *Progresión profesional* y *Afán constitucional*, apuntan sucesivamente a cada una de las fases, pero no se reducen a ellas. Los mismos epígrafes de estas divisiones dependen de la perspectiva dicha de última fase, pues en otro caso tendría que hablar de formación historiográfica, realización profesional e incertidumbre final, o algo parecido. Advierto esto con la intención, no de cerrar expectativas, sino de abrirlas. No siendo lineal la biografía, la lectura podrá tomarse libertades. No tiene por qué atenerse al *índice general* que adopto. El *índice temático*, aparte de servir como guía de remisiones internas, ofrece posibilidades de lecturas transversales y cruzadas. Puede jugarse a la rayuela.

Los dos problemas mayores que habremos de considerar, no sólo porque lo sean, sino ante todo porque Tomás y Valiente los consideraba, que son los problemas constitucionales de los derechos individuales y las autonomías comunitarias, se tratan particularizadamente tanto en la primera como en la tercera sección mirándose a primera y a tercera fase, pero sin recluirse en ellas: sin excluirse nunca las miradas transversales desde la perspectiva última. Esto quiere decir que, como en el juego de rayuela, se puede proceder perfectamente de modo saltuario, leyéndose dichos capítulos sin guardarse la secuencia del libro. Si me dirigiese a los asesinos, les propondría que leyesen ante todo lo referente a Comunidad vasca y Estado español, pero sin dejar de lado aquello otro que interesa a libertades y justicia, desde el capítulo que trata de la integridad individual hasta el que se ocupa de la garantía y la promoción de los

derechos. Veo que resulta prácticamente, con otro orden, todo el libro, pero ésta no es la pena que, juicio mediante con garantías debidas, merecen. El suyo es el peor de los crímenes: el que asesina presumiendo el derecho de hacerlo y seguir así haciéndolo, el que se arroga y ejerce este poder terrorífico.

Mas los destinatarios previsibles de este libro son otros. Con ellos y ellas dialogo. Entre nosotros quiero que dialoguemos con Tomás y Valiente. « Todo autor al escribir se dirige a un público determinado con quien dialoga y cuyo rostro tiene delante », nos dirá él mismo en el prólogo inédito de la obra principal que no le dejaron escribir. En este caso sólo sé que el libro puede encontrar lectores y lectoras no habituales de mis escritos, no desde luego por mérito mío. Harán bien en no atenerse rígidamente a un índice de término medio. Según intereses, ya sean más o menos especializados, el primer capítulo de la lectura puede ser otro que el propuesto: cabe que lo sea mejor el último de la segunda sección, para especialistas, o incluso, para no especialistas, el final, la remembranza. Y ya no digo de los siguientes, quiero decir de los anteriores. En definitiva, el índice de capítulos sólo constituye una propuesta para una biografía que no se deja encerrar en esquema y que ha quedado además abierta con autor y obra inéditos.

Cuando hablo de *Tomás y Valiente inédito*, significo el que estaba vivo y por vivir; cuando me refiero a *biografía inédita*, señalo el futuro que tenía presente; cuando digo *obra inédita*, pienso en la que estaba concebida y no ha podido realizarse. Inédito no es calificativo que vaya en un sentido material anunciando tan sólo lectura y comentario de textos póstumos suyos. Bastaría con publicarlos, como se está haciendo, ofreciendo así el acceso. Hablo del autor inédito, de su biografía inédita, antes que de la obra inédita; hablo así del plan de HCE que tenía en mente y entre manos, de este término que redondeaba una vida: « De la HD al TC y de éste a la HCE », la clave de su autobiografía.

Por culpa de la acción asesina, la parte culminante de la autobiografía de Tomás y Valiente ha quedado inédita: es la cumbre cuya escalada intentaremos ascendiendo por sus diversas laderas. Porque haya sido brutalmente sesgada, no vamos a darla resignadamente por perdida. Por haber sufrido el atentado, el cobro requiere nuestro esfuerzo. En el modo y en la medida en que interesa a la

HCE, en que pueda interesar al intento de su historia constitucional, toda su obra, tanto la que dejara publicada como la que resultara póstuma y la inédita, nos importa, mientras que en cambio no tiene por qué hacerlo, por qué importarnos, cuanto podamos decir o haber dicho otros ni otras. O esto nos importará también tan sólo en tal misma función de que pudiera asistirnos. En lo que respecta a las obras ajenas podemos ahorrarnos realmente trabajo. Nos importa Tomás y Valiente inédito y no otros ni otras editados.

Quiero ser obstetra más todavía que forense, especialista más en la vida que en la muerte ajena. Pretendo dar luz al proyecto vivo de Francisco Tomás y Valiente valiéndome de la trayectoria de sus escritos vivientes, tanto de los editados como de los inéditos, evitando al máximo distraernos con producciones extrañas, incluso con las mías. Su obra, solamente ella, podrá ayudarnos a entender unos signos y a comprender un proyecto. Mas he de intervenir también en función y en la medida en que la operación lo requiera. Mi propio recuerdo podrá ser instrumental, un instrumental quirúrgico. Dicho de otro modo, iré a la obra inédita e incógnita a través de la obra editada y conocida y a través también de mi propio conocimiento del autor. Así espero poder y hacer acceder al sentido de su obra y particularmente de la más inédita, de la que ya tenía concebida y no produjo. La otra está a la vista o va a estarlo pronto y no necesita los buenos, medianos o malos oficios de nadie.

La insistencia quizá sea innecesaria, pero no quiero sorprender luego. Aquí realmente lo que importa es lo que él pensara y no lo que otros pensemos. Lo repito para aplicármelo personalmente. En el recuerdo existe el riesgo de proyectar esto sobre aquello, así mi pensamiento sobre el suyo, posibilidad agravada por cuanto que nos unían coincidencias mayores y también discrepancias que sólo yo a veces creía que tampoco eran menores. Ante el caso, él tenía la buena costumbre de apostillar: « En lo fundamental estamos de acuerdo ». No sólo en privado lo hacía <sup>(8)</sup>. Tenía razón y una razón no meramente prudencial, sino sustancial. Esta relación de sintonía o concordancia de fondo y desacuerdos ocasionales o accesorios,

---

<sup>(8)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, p. 615, en *Estudios de Historia de España. Homenaje a Manuel Tuñón de Lara*, Madrid 1981, vol. 2, pp. 607-625.

con la tendencia natural tras el asesinato de poner el acento en lo uno y en suspenso lo otro, entraña ahora dicho riesgo de confusión entre posiciones. Extremaré el cuidado. Espero operar como el antropólogo que conoce al otro por sus representaciones teniendo conciencia de las propias <sup>(9)</sup>.

Habré de aplicarme a conciencia pues éste no es un escrito en conmemoración de Francisco Tomás y Valiente. Ni la necesita ni le falta. Quiere ser, como ya he dicho, de interlocución. La biografía resultará dialogada. No es de él que propongo hablar y que hablemos, sino con él. La obra es el medio que le tiene presente. Ha planteado y plantea un diálogo en el que he intervenido e intervengo. No me recato en decirlo porque voy a hacerlo. Que mis ideas no sean las que aquí importen, no significa que no vayan a estar presentes ni que hayan de permanecer pasivas. No tengo por qué ocultar que, igual que mi trato con Tomás y Valiente ha sido personal, mi tratamiento de su obra va a seguir siéndolo. No entiendo que, por homenajearle, tenga que distanciarme o incluso que abstraerme y eclipsarme. No pienso que, por celebrarla, haya de considerarla poco menos que intocable. Pobre autor sería si requiriese este trato; pobre obra si agradeciese este tratamiento.

Pretendo continuar con ella, con la obra, y así con él, con el autor, un parlamento no completamente en solitario, no condenado definitivamente al soliloquio. Prosigo el intercambio personal que

---

<sup>(9)</sup> No creo innecesario presentar de forma explícita mis credenciales nada óptimas para esta biografía. He sido compañero y amigo de Francisco TOMÁS Y VALIENTE pues pertenezco al mismo gremio de la historia del derecho y le conocía y nos tratábamos de años. Quince más joven, no fui su discípulo; cuando le conocí personalmente, ya tenía puesto el punto y final de mi tesis doctoral que él me recomendó no tocar. Mi maestro es José MARTÍNEZ GIJÓN, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla, Comunidad de Andalucía, donde actualmente compartimos trabajo. Ya veremos luego la importancia que pueden tener estas cosas para quienes hacen su profesión de la enseñanza universitaria. TOMÁS Y VALIENTE me demostró, desde un inicio, su aprecio y me ofreció, pronto, su amistad. Entablamos una relación intelectual mantenida sin mayores altibajos. Compartimos empresas, alguna fracasada, otras menos. Todo esto lo iré contando. Por todo ello se verá que siempre estuve en deuda con él. Ni podía ni quería saldarla. Ni puedo ni quiero. Este libro no es la forma de hacerlo. Si resulta ecuánime, cosa que no es a mí, sino al lector o la lectora, aunque sea intuitivamente, a quien corresponde enjuiciar, no será porque niegue la vinculación, sino por todo lo contrario: porque soy consciente de ella y comienzo por reconocerla.

iniciáramos con nuestras lecturas respectivas, la mía de sus publicaciones y la suya de la memoria de mi tesis doctoral, una y otra cosa venidas pronto a un encuentro con nuestra particular recreación de la dialéctica entre doctor y estudiante, o entre doctores de orden diverso por edad, saber y gobierno. Ocurrió ya hace casi un cuarto de siglo, el día 21 de diciembre de 1972 para ser precisos. Un catedrático más que avezado y un doctorado menos que bisoño conversaron personalmente por vez primera y lo hicieron largo y tendido sobre asuntos tan vitales para el segundo como el de la incertidumbre de sus perspectivas profesionales o tan existenciales para el mismo como el de su ignorancia acerca del proceso de tenuta especial de la institución histórica del mayorazgo. Él me dijo: «La vida es larga».

## SECCIÓN I

### APRESTOS JURÍDICOS

De una porción de tierra, sin más, no cabe referir su historia, porque no la tiene, sino que sólo es posible describir sus caracteres y accidentes orográficos, hidrográficos o de otra índole, esto es su geografía. A la tierra le pone nombres el hombre al vivir en ella, al conocerla y para reconocerla, a medida que la recorre para construir en ella ciudades o murallas, cuando traza caminos en su superficie o cuando ahonda en su seno para cultivarla o para enterrar a sus muertos.

Francisco Tomás y Valiente,  
*Fundamentos históricos  
del tema autonómico*, 1983



## CAPÍTULO PRIMERO

### HISTORIADOR DEL DERECHO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO

Iniciamos el recorrido por una biografía. Si no se me entiende mal, como creo que puedo esperar tras las advertencias prolijas precedentes, repito incluso que vamos nosotros también a entrar en una autobiografía. Vamos a intentar ver lo que Tomás y Valiente pensaba de su obra, pero no lo que fue pensando a lo largo de su vida conforme la producía, sino lo que podía pensar al final de ella: la imagen que le merecía a la luz de su último proyecto, de esa HCE que constituye nuestra incógnita. Si contemplamos la obra anterior, es desde esta perspectiva ulterior y precisamente para el conocimiento de ésta y no de aquélla. El propio curso de la exposición irá aclarando el propósito. Así confío.

También ya sabemos que la biografía no va a ser lineal, pero comencemos, para situarnos, por una prehistoria. Vamos a decir algo, poco, sobre cuando Tomás y Valiente no era Tomás y Valiente, acerca de un Tomás y Valiente haciéndose a sí mismo y consiguiéndolo bajo unas circunstancias nada favorables. Francisco Tomás y Valiente no nació Francisco Tomás y Valiente. No respondía a este nombre ni siquiera literalmente, pues hasta después de 1964, tras la cátedra, no introduce la copulativa entre los apellidos (1). Mas como

---

(1) Como Francisco TOMÁS VALIENTE suscribe la tesis doctoral, sus primeros artículos y su primer libro; el primer trabajo publicado del que es autor, con la copulativa, Francisco TOMÁS Y VALIENTE es el de cátedra, *La sucesión de quien muere sin parientes*, que citaré. Coincidiendo *Tomás* con nombre propio, estando por aquí en uso el doble apellido familiar, el paterno y el materno por este orden, y no siendo raro tampoco el doble nombre individual, podía fácilmente tomarse *Valiente* como primero o entonces único de familia, lo que prevendría con el recurso de la copulativa. También, al mismo efecto, se podría haber antepuesto una preposición, *Francisco de Tomás*

no había nacido es, sobre todo, con el signo constitucional que su nombre representará.

Constitucional ni siquiera se hizo por unos estudios de derecho, por la licenciatura jurídica que cursó en la Universidad de Valencia entre 1950 y 1955. No es determinación propia. Estamos en una España no constitucional. Y el constitucionalismo, esa letra C que aparece doblemente en su autobiografía telegráfica, como magistratura y como historiografía, es lo que va a imprimir significado al nombre de Francisco Tomás y Valiente. Si hubiera querido hacerse con ello en sus estudios de los años cincuenta, si tras la licenciatura hubiese pretendido graduarse en derecho constitucional, no habría sencillamente podido. En aquel claustro valenciano había brillantes profesores de doctrina abiertamente no constitucional, mas no es con ninguno de ellos que intentó tampoco doctorarse. Decidíó hacerlo en derecho procesal, el derecho de los procedimientos judiciales, lo cual le conducirá a la HD, a la historia del derecho que constituye la primera fase de su autobiografía intelectual. Lo anterior no sería muy relevante. Parece prehistoria. Pero vayamos viendo.

Catedrático de derecho procesal en Valencia y director de su tesis doctoral es Víctor Fairén Guillén, un procesalista caracterizado por su inclinación a la historia a causa de su insatisfacción con el presente. Su obra historiográfica, entendiéndo aquí siempre por historiografía el estudio de la historia, es de un carácter utilitario: no le interesa tanto el conocimiento en sí del pasado como el ofrecimiento que el mismo pudiera hacer todavía a unas necesidades de hoy. Le importa lo que encuentra en un tiempo pretérito de valor que entiende actual. Para esto se remonta incluso a una época medieval. Con este planteamiento, no puede decirse que lo que se atiende sea una orientación constitucional, pues difícilmente va a

---

*Valiente*, pero esto suena peor por más aristocrático. Cabría otra opción, la del guión, *Francisco Tomás-Valiente*, mas la copulativa es de uso más catalán y valenciano. Una vez unido, la división del apellido quedaba para el alias amistoso: *Paco Tomás* cuando no *Paco* a secas, o para la referencia rápida: *Valiente*, formas todas, también ésta, utilizadas por él mismo en firmas informales. Para suscripción formal, la opción más sencilla del apellido simple, *Tomás*, veremos que sólo la usó en la publicación más primeriza de su época de estudiante, que fue un cuento. También aquí lo leeremos.

encontrarse en un pasado tal, pero el hecho es que se responde a unas ciertas preocupaciones constitucionales. Preocupa la existencia de una justicia disfuncional para una finalidad de garantía de intereses particulares, de unos derechos que podría constitucionalmente decirse, y esto lleva a buscar en el pasado formas más eficientes o que hoy pudieran serlo.

Por esta razón Fairén Guillén le propone a Tomás y Valiente como materia doctoral un tema tan peculiar como el de una institución inexistente: *el proceso monitorio*, una especie de procedimiento judicial rápido que quiere rehabilitarse frente a los perjuicios que causa a los particulares la parsimonia y complejidad de la justicia, un proceso que había existido en el pasado y que se mantenía por otras latitudes. De este modo, un trabajo de derecho procesal puede convertirse en estudio de historia del derecho e incluso de derecho comparado, esto es, sobre el derecho ajeno en comparación con el propio, aquí el de unas existencias en comparación con una carencia; o cabe que se convierta así en una historia jurídica por encima de fronteras. De hecho, la tesis comenzará por « el Derecho italiano medieval », por un derecho que se desarrolla desde tiempos medievales particularmente en Italia, pero que se extendería a más latitudes. Es algo en lo que ya merece repararse pues se trata, precisamente por su extensión, del *derecho común* cuya importancia para su propia obra tendremos que apreciar más tarde. La memoria de tesis, aun con este panorama más abierto, se ciñe al caso de España, a los derechos catalán, valenciano y sobre todo castellano, con un capítulo extenso, casi la mitad del texto, sobre el derecho español del siglo XIX. Reténgase también esto, tal entrada en la historia contemporánea (2).

---

(2) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Estudio histórico del proceso monitorio desde el Derecho territorial castellano hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1885*, en *Tesis. Revista Española de la Cultura*, 9, 1958, pp. 28-37, es el título de la memoria de tesis y el resumen preceptivo de la misma que también tuvo edición exenta, « autorizada, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 9 del Decreto de 24 de junio de 1954, por la Junta de Facultad », sin otro dato de crédito y sin paginación. La tesis original no hizo por publicarla; la rúbrica citada es suya, de su primer epígrafe: « Líneas generales del encuadramiento del proceso monitorio en el Derecho italiano medieval ». La base de partida era la obra del propio Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona 1953.

La tesis se ha presentado y defendido con éxito a finales de 1957, prosiguiendo todavía con el trabajo para la publicación. Ahora amplía con alguna incursión en un derecho comparado o comparativo más contemporáneo que el «italiano medieval». Tomás y Valiente pasa el trámite de la tesis a satisfacción más ajena, recibiendo premio extraordinario, que propia, publicándola solamente en forma parcial y reelaborada. Lleva el título de *estudio histórico*, la memoria original, o *histórico-jurídico*, la versión publicada <sup>(3)</sup>. Es estudio de historia, de historia del derecho, y de derecho.

Personalmente no se sentía muy satisfecho de su tesis doctoral, pero también es cierto que le guardaba cierto cariño. Le enternecía verla muy de tarde en tarde citada. Como las tesis doctorales son acontecimientos recurrentes en la vida universitaria, más de una vez tuvo ocasión de hacerme el comentario. Pero, por todo lo que ha de venir, no hemos de despreciarla. Supuso una experiencia que pudo ser relevante para su forma ulterior de adentrarse ya más resuelta y profesionalmente en la historia del derecho. También, por lo que entra en el siglo XIX y por lo que tiene finalmente de derecho comparado menos pretérito, supone un primer contacto con la historia jurídica contemporánea, con la que acabará siendo al cabo del tiempo en sus manos la historia constitucional. En historia del derecho, directamente en ella, era casi inconcebible por aquella época una tesis doctoral de esta cercanía temporal.

Que la experiencia no es vana y que tenía conciencia de ello, puede mostrarlo una conclusión metodológica que va a resultar preciosa para su trabajo ulterior: «No es posible reducir el estudio de la Historia del Derecho al de las fuentes legislativas del mismo. En el caso que nos ha ocupado hemos visto cómo el silencio de las fuentes legales era compensado en casi todos los momentos por insinuaciones de la literatura jurídica que dejaban entrever un

---

<sup>(3)</sup> F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1960, pp. 33-138. Vicente SIMÓ, compañero de curso y primeros años de profesorado haciéndose luego notario, y Mariano PESET, que cursara la licenciatura dos años por detrás y es actualmente catedrático de Historia del Derecho en la misma Universidad de Valencia, me dicen que el planteamiento más histórico ya se produce por la disponibilidad de plaza de historia del derecho y no, como él hubiera entonces preferido, de derecho procesal. A ambos les debo información y documentación sobre aquellos años.

Derecho vivo, consuetudinario, un poco — o un mucho — al margen de la Ley y quizá contrario a ella, pero en el que no todos sus puntos o instituciones son merecedoras de un trato despectivo, ni de una política de eliminación. Antes bien, en más de una ocasión — como se puede comprobar en nuestro estudio — la literatura y la práctica jurídica crean y aplican un régimen más perfecto, y desde luego, más vivo y real que el del Derecho recogido en los cuerpos legales. Prestar atención a ambas es un deber del historiador del Derecho » (4). Así concluye y así lo hace, no como procesalista, sino como historiador y como un historiador con sentido metodológico propio.

Es conclusión que no olvidará. La recordará explícitamente en el momento decisivo de su promoción universitaria, en el ejercicio de exposición de méritos para la cátedra en 1964. Respecto al de la tesis doctoral, el guión que conserva de su oración de entonces concluye de este modo: « Enjuiciamiento: a) Defectos metodológicos; b) Conclusiones válidas; c) Valor de la literatura jurídica ». Guarda también entre sus papeles parte redactada de esa exposición: « Personalmente me sirvió para comprobar el enorme interés de un tipo de fuentes a mi juicio poco atendidas o al menos no siempre agotadas por los historiadores del derecho. Me refiero a la literatura jurídica, en particular a la castellana de los siglos XVI y XVII ». Cuando luego hagamos referencia a su frecuentación de los archivos o a su atención por el pensamiento jurídico, por dicha literatura, tampoco olvidemos que tales movimientos ya están contenidos en estas sugerencias finales de la experiencia doctoral.

Tomás y Valiente guardará reconocimiento, como su primer maestro universitario, a Fairén Guillén, el director de la tesis, pero no proseguirá bajo su magisterio. La consideración que le mantiene también se extenderá a su orientación historiográfica. Entre las finalidades posibles de la historia del derecho, registrará la « de dar a conocer soluciones jurídicas técnicas que no por pretéritas son necesariamente peores, y que acaso pueden merecer una resurrección no escatológica sino legislativa », ilustrando la posición: « Pienso en este momento en la obra amplia y útil en el sentido aquí

---

(4) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, p. 138, conclusión que ya figuraba en el resumen de la tesis editado en 1958.

insinuado de mi maestro el jurista e historiador Víctor Fairén Guillén » (5). En el juego en corto de la crítica concreta, Tomás y Valiente se muestra más reservado, aunque no tanto respecto al objetivo metodológico como al valor historiográfico (6). Y la posición se presenta así como algo ajeno que no se apropia, pero tampoco olvidemos, por todo lo que habrá de venir, que su entrada en la historia del derecho se ha producido a través de esta puerta utilitaria.

En el estudio de la historia del derecho se introduce durante la licenciatura, no lo abandona por el doctorado y lo toma tras éste como dedicación principal: « Fui alumno en Valencia de Font Rius y discípulo de los profesores Fairén Guillén y García González. Mantuve estrecho contacto con García Gallo en frecuentes visitas entre 1960 y 1963 y fui profesor adjunto de su cátedra en la Facultad de Madrid » (7). Josep Maria Font Rius y Juan García González, profesores que se suceden en la cátedra de historia del derecho de Valencia produciéndose el interregno cuando Tomás y Valiente finaliza la licenciatura y comienza el doctorado con coincidencia ulterior de ambos en el tribunal del mismo (8), no dejan especial

---

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica de la Europa continental, 1900-1975*, p. 42, en *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, vol. II, *Historia del Derecho y Derecho Comparado*, México 1979, pp. 7-42, y p. 466, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 5, 1978, pp. 431-467.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, reseña de Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo*, México 1971, en *Revista de Derecho Procesal Inberoamericana*, 1972, pp. 728-729; también antes de sus *Temas del ordenamiento procesal*, I. *Historia. Teoría general*, y II. *Proceso civil. Proceso penal. Arbitraje*, Madrid 1969, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 40, 1970, pp. 702-708.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español, 1960-1995*, p. 36, en B. CLAVERO, F. TOMÁS Y VALIENTE y Paolo GROSSI (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio Firenze — Lucca*, 25, 26, 27 Maggio 1989, Milán 1990, vol. 1, pp. 11-46.

(8) El tribunal de la tesis doctoral, que le concedió la máxima calificación con laude, estuvo compuesto por el director procesalista, FAIRÉN GUILLÉN, estos dos catedráticos de Historia del Derecho, FONT RIUS y GARCÍA GONZÁLEZ, el de Derecho Internacional de la Universidad de Valencia, Adolfo MIAJA DE LA MUELA, y el de Derecho Romano de la misma y decano también entonces de la Facultad de Derecho, José SANTACRUZ TEJJEIRO, que presidía. El acto de lectura, defensa y calificación se celebró en concreto el 13 de diciembre de 1957. El premio extraordinario de doctorado correspondiente al curso 1957-1958 se le concede el 23 de abril de 1959 por parte de un

huella como maestros. Nunca le he visto ni oído tratarles como tales. El caso de Alfonso García Gallo, catedrático de historia del derecho en la Universidad Complutense de Madrid, es otro.

Nos lo recuerda también Tomás y Valiente: «García Gallo ha sido, en relación con la Historia del Derecho en España, quien más influencia ha ejercido durante cuatro o cinco décadas». Por sus manos solían pasar los candidatos a cátedras: «Con frecuencia entraban (o entrábamos) en contacto con él jóvenes profesores que sin perder su vinculación con sus respectivos maestros obtenían su visto bueno decisivo; o que abandonaban su Universidad de origen para ser sólo durante unos meses Profesores Adjuntos en la cátedra de García Gallo» a dicho efecto de su promoción a cátedra, como nos ha dicho que fue su caso <sup>(9)</sup>. ¿Qué supuso para él este peaje? De entrada, parece que mucho, pues considerará como su segundo maestro, junto a Fairén Guillén, a García Gallo <sup>(10)</sup>, pero de salida más bien poco. Aunque éstas sean cosas delicadas, no sólo ni principalmente porque yo pertenezca al mismo gremio de la historia española del derecho, sino porque trato de personas que ya no pueden hablar por sí mismas, no quiero dejar de responder a la pregunta. Tiene cierta importancia para la evolución ulterior de Tomás y Valiente.

La relación discipular con García Gallo fue intensa en el tiempo, aunque superficial y efímera en los resultados. Supuso no sólo una época de adjuntía docente, sino también una adhesión metodológica que defendió en su oposición de cátedra en ejercicios tanto teóricos como prácticos. Un trabajo suyo temprano confesadamente consiste

---

tribunal en el que, además de SANTACRUZ TEIJEIRO, presidiendo, y GARCÍA GONZÁLEZ, figuran José VIÑAS, Antonio FERRER y Juan GALVÁN, catedráticos respectivamente de Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Administrativo en Valencia.

<sup>(9)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, pp. 19-20.

<sup>(10)</sup> Recuerdo, pues estaba presente con la capacidad de sorpresa del novato, que en un congreso en Granada en 1973, ante la referencia de TOMÁS Y VALIENTE a GARCÍA GALLO como «uno de mis dos maestros», José Manuel PÉREZ PRENDES, catedrático de Historia del Derecho entonces en la Universidad granadina y anfitrión, reaccionó proclamándolo «maestro de todos». Es anécdota documentada: *Revista de Historia del Derecho*, 1, 1976, *Actas del I Coloquio Internacional del Instituto de Historia del Derecho*, p. 300.

en « un ensayo de aplicación a la investigación monográfica, de unas ideas sobre el concepto y método de la Historia del Derecho, que estimo muy fecundas », las ideas de García Gallo precisamente. ¿Cuáles son éstas? Según el mismo Tomás y Valiente nos expone, se trataría de una superación definitiva de « la historia de conceptos » por otra « de realidades ». Más en concreto, la historiografía jurídica habría de centrarse en situaciones de hecho para ver cómo el derecho las considera a lo largo del tiempo <sup>(11)</sup>. En ningún otro trabajo adopta Tomás y Valiente tal orientación. Repudiará incluso expresamente dicho trabajo y, con él, el *método institucional*, que es el nombre con el que lo venía distinguiendo su promotor español, el referido profesor: « Ni me convenció después de publicarlo, ni me convencen los ajenos situados en la misma línea: por eso no lo cito » <sup>(12)</sup>.

No podía convencerle por mucho que se empeñara. La misma distinción de base entre hecho bruto o no jurídico y derecho formal o conformador derivaba de la idea de tipo legalista del ordenamiento que le hemos visto comenzar expresamente a superar con su tesis doctoral. Es una dicotomía que riñe claramente con la conclusión metodológica citada, según la cual el mismo hecho podía resultar derecho y un derecho consuetudinario además bien activo no sólo por sí mismo, sino también por el juego de una literatura jurídica que no lo ignoraba y cuya función a su vez tampoco así resultaba tan pasiva. ¿Dónde cabe aquí la simpleza del *método institucional*, de un *método* que comienza por pretender una identificación de « realidades » a todo lo largo de la historia antes de cualquier investigación? Para García Gallo ésta era una forma de concebir la historia del derecho como *ciencia jurídica* <sup>(13)</sup>; para

---

<sup>(11)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, pp. 189-192, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36, 1966, pp. 189-253, que es publicación de ejercicio del concurso a cátedra.

<sup>(12)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, p. 163. Pero hay algo en dicho trabajo sobre *La sucesión de quien muere sin parientes* que no repudiará: es el primero en cuya suscripción utiliza la copulativa entre los apellidos como ya sabemos.

<sup>(13)</sup> Hay que decir que la posición de GARCÍA GALLO no constituía una ocurrencia original y aislada. En realidad adoptaba y adaptaba unos planteamientos que se estaban produciendo especialmente en Alemania y en Italia por entonces, tras la caída de los

Tomás y Valiente resultaría un modo de excluirla de cualquier posibilidad de acceder a un conocimiento historiográfico del derecho (14). No nos faltará prueba. Comprobaremos que realmente el segundo magisterio, el de García Gallo, dejó en Tomás y Valiente menos huella que el primero, el de Fairén Guillén.

Este punto de los magisterios universitarios no es puramente protocolario, pues puede determinar o al menos encauzar toda una vida de estudio, pero su alcance resulta en nuestro caso bastante relativo. Hay una razón de fondo que también nos recuerda Tomás y Valiente: « Los de mi edad aprendimos lo poco o mucho que cada cual sepa a contracorriente: desmontando enseñanzas recibidas, corrigiendo errores, leyendo libros rescatados de un olvido impuesto, enterándonos con décadas de retraso » (15). Nunca olvidemos que estamos para entonces en una España no constitucional, lo que durante los años cincuenta y primeros sesenta supone todavía tales condiciones culturales, por no decir inculturales. Esa indicación sobre la formación propia creo que debe servirnos para poner en cuarentena unos reconocimientos de magisterios, de dos a falta de uno. La ruptura cultural producida por la guerra incivil española de 1936 a 1939 y el mantenimiento del exilio político consiguiente a la derrota de la posición constitucional durante cuarenta años ha impedido en bastantes especialidades universitarias la existencia regular de escuelas entre maestros o maestras y discípulos o discípulas que no sean apegos interesados o afectos agradecidos. No me cabe duda de que las manifestaciones al respecto de Tomás y

---

correspondientes fascismos. Eran intentos de participación de la historiografía con otras especialidades jurídicas en la recuperación del derecho. Aparte la conciencia del beneficiario, el contexto fascista en España bastaba para desvirtuar y trivializar la posición, como era la viceversa la que tendía a darse en el resto de Europa. En más de una ocasión haré aclaraciones como ésta que, aun sumarias, supongo superfluas para el lector o lectora especialista. Si hubiera impertinencia, me disculpo de antemano.

(14) En unos *Fundamentos teóricos del presente Manual* que dejara inéditos y a los que luego me referiré, resulta así de terminante, f. 34: « Elaborar un temario de problemas y exponer respecto a cada uno de ellos qué soluciones ha encontrado el hombre a lo largo de su experiencia histórica, significa la destrucción misma de la Historia como ocupación preocupada por hallar y expresar el cambio y las conexiones entre cambios simultáneos o diacrónicos ».

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, p. 240.

Valiente han de situarse en este segundo supuesto. No es que Fairén Guillén le hiciera doctor y García Gallo catedrático, pero difícilmente se podría haber hecho a sí mismo y sin ellos lo uno y, sobre todo, lo otro.

Con dichas otras indicaciones sobre una formación más autodidacta, Tomás y Valiente no se refiere en especial a la historia del derecho <sup>(16)</sup>, pero puede hacerse y lo hace: « La guerra civil produjo entre nosotros una rutura muy notable. Sánchez Albornoz, Ots Capdequí, Rafael Altamira o no volvieron a España o lo hicieron ya en edad muy avanzada (caso de Ots); Román Riaza fue víctima de la guerra. El *Anuario* cambió inevitablemente de dirección y, aunque continuó siempre como revista de innegable calidad, sufrió la inexorable ausencia de los exiliados o fallecidos » <sup>(17)</sup>. La especialidad sufrió muerte, exilio y también, todo hay que decirlo, la capacidad más limitada de quienes quedaron aquí como autoridades no precisamente intelectuales de la disciplina, nunca esto mejor dicho <sup>(18)</sup>. No es ciertamente la imagen que suele ofrecerse. El bando vencedor en la guerra produce mucha historiografía. Uno de los peores empeños de la especialidad subsistente en España fue el de rehacer la historia propia eliminando o marginando lo mejor, por entidad cultural y por significación constitucional, de la historiografía jurídica anterior <sup>(19)</sup>. Tomás y Valiente tuvo conciencia de la necesidad

---

<sup>(16)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Evocación de don Manuel García Pelayo, en Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 235-262, donde se comprende la cita, con referencia así a un jurista que tuvo que exiliarse y cuya obra también interesa a la historia del derecho: Manuel GARCÍA PELAYO, *Obras Completas*, Madrid 1991, con *Autobiografía intelectual*, vol. 1, pp. 1-17, que debió inspirarle.

<sup>(17)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica de la Europa continental*, p. 463, ed. *Historia. Instituciones. Documentos*. De la importancia de unas referencias, y en especial de la del *Anuario de Historia del Derecho Español*, me iré ocupando.

<sup>(18)</sup> Gonzalo PASAMAR, *Historiografía e ideología en la postguerra española: La ruptura de la tradición liberal*, Zaragoza 1991, ilustra más por el panorama general que por los apartados que dedica a la historia del derecho; Manuel PELÁEZ, *Infrahistoria e intrahistorias del Derecho Español del siglo XX*, Barcelona 1995, añade información sobre la misma, pero poco aprovechable por su tratamiento caprichoso. Aquí nos basta con dejar registro de circunstancias tan notorias que será innecesario para el lector o la lectora advertidos.

<sup>(19)</sup> Merecen especialmente confrontarse M. y José Luís PESET, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en Johannes Michael SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur*

consiguiente de revisión y recuperación historiográficas, pero mostrándose siempre moderado al respecto <sup>(20)</sup>.

Aunque con esta discreción que a veces extremaba, el efecto de vacío de magisterio no dejó Tomás y Valiente de señalarlo en la historia del derecho con referencia concreta al caso: « ¿Formó García Gallo escuela? Depende de lo que por tal entendamos. Si una escuela es un grupo de cultivadores de una ciencia vinculados entre sí por relaciones de dependencia más o menos estables y por fidelidades personales más o menos duraderas y desinteresadas, la respuesta habría de ser afirmativa. Si por escuela entendemos la vinculación científica entre un maestro y unos discípulos en torno a un modo de conceptuar su ciencia, los métodos de investigación propios de la misma y la existencia de una o varias líneas o temas o

---

*Rechtshistorik*, Frankfurt am Main 1977, pp. 176-262, y Carlos PETIT, *La prensa en la Universidad: Rafael Ureña y la « Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales » (1918-1936)*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 24, 1995, pp. 199-302.

<sup>(20)</sup> Tendremos testimonios de ambas cosas. Respecto a las referencias precedentes, TOMÁS Y VALIENTE pensaba que las revisiones separadamente planteadas por M. PESET y C. PETIT eran extremosas, en lo que no coincidíamos. En este terreno de una tradición historiográfica que valorábamos diversamente, no me sentía con muchos bríos para discutirle pues él me había ayudado con eficacia en unos primeros tiempos enfrentándose no sólo a GARCÍA GALLO, que venía dominando el escalafón como su mismo caso ha demostrado, sino también a Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, padre fundador de la historia española del derecho en el siglo XX como principal creador en 1924 del *Anuario de Historia del Derecho Español*, de cuya importancia trataré. Éste, SÁNCHEZ ALBORNOZ, vino del exilio en la primavera de 1976 con la pretensión de defender su particular idea constitucional que entre otras cosas requería guerra fría, con *Berufsverbot*, contra lo que calificaba como marxismo en la historia de España y muy particularísimamente en la del derecho, y esto cuando hasta GARCÍA GALLO parecía estar comenzando a resignarse, tras haber dado a su vez la batalla en 1972, en el tribunal de mi tesis doctoral, pero sin verse secundado por ningún otro miembro del mismo: Ramón CARANDE, MARTÍNEZ GJÓN, TOMÁS Y VALIENTE y Jaime GARCÍA AÑOVEROS, catedrático éste de Hacienda Pública y Derecho Financiero en Sevilla, cátedra en la que había sucedido a CARANDE, que presidía y quien es más conocido justamente como historiador, figurando también entre los padres fundadores de la historia del derecho por haber concurrido a la creación de dicho *Anuario*. Volviendo a 1976, la llegada de SÁNCHEZ ALBORNOZ coincidió con mi concurso de agregación a cátedra en Madrid, aprovechando él para convocar a la comisión y comunicarle que consideraría una ofensa personal mi promoción. Sólo me interesa ahora el detalle de que fue TOMÁS Y VALIENTE quien salvó la situación. Ya por entonces mi deuda era insalvable.

campos de investigación en cuanto merecedores para ellos de atención preferente, no me parece fácil la respuesta » (21).

Estamos procurando mirar a Tomás y Valiente a través de sus propios ojos, pero de una mirada siempre posterior. No pensemos que en los años cincuenta y primeros sesenta, cuando se mueve entre unos magisterios obligados, tiene la conciencia que cobrará luego. También más tarde afrontará el recuerdo de una posición menos consciente. En 1994, cuando ya era una figura constitucional, con ocasión de que se le imputara un pasado que no lo sería tanto, tampoco dejará de reconocerlo: « Fui Director de un Colegio Mayor del SEU (Sindicato Español Universitario, organización estudiantil del régimen no constitucional) en Valencia en 1958, 1959 y parte de 1960. En mayo de 1967 y creo que con motivo de los XXV años de su fundación se nos concedió una Medalla de Plata a quienes habíamos sido sus Directores y quizá también a los de otros Colegios Mayores del SEU. No la acepté ni acudí al acto en que se repartieron. Como no obstante me la hicieron llegar a través de otra persona, la rechacé por escrito y la devolví diciendo que, 'si la medalla para algunos tiene un matiz político, mi único modo posible de rechazar ese matiz es devolverla'. Esa fue, junto a la privación de pasaporte durante varios años en la década de los setenta y un expediente sancionador en 1973, las únicas distinciones que recibí del régimen anterior » (22). Así creyó oportuno salir al paso de lo que, por todo lo que veremos, era una mezquindad lo que resultaba (23).

---

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, p. 19; en el debate, que las actas publicadas incluyen, interpelado por Víctor TAU ANZÓATEGUI y C. PETIT, abunda respecto a los requisitos para apreciarse la existencia de escuela universitaria como « comunidad » y no mero agrupamiento: *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, vol. 2, pp. 989-990 y 992-994.

(22) Carta de 20 de septiembre de 1994 dirigida al director de *Diario16*, donde hubo de publicarse un par de días más tarde y donde se había publicado el 11 de agosto « la noticia » de la condecoración de 1967; la misma carta indica que, durante el mes que media, TOMÁS Y VALIENTE había estado ausente e inadvertido.

(23) Incluso tras el asesinato, en contraste con el tono general de los medios (reparo el *Boletín de Prensa* interno del Tribunal Constitucional de los días inmediatos), el periódico *Levante* de Valencia, su tierra natal y de formación, de la fecha exactamente siguiente, del 15 de febrero, publica un artículo, *Paco Tomás, aquel chico del SEU*, no sé si insidioso o inconsciente por parte del autor, cuyo nombre por ello prefiero silenciar, pero lo primero indudablemente por la del periódico. El paréntesis de la cita de la carta

Sé lo que se esconde tras la última referencia escueta a « un expediente sancionador » porque en 1973 ya le conocía personalmente y todavía no había concluido el régimen no constitucional. Por su postura de oposición, por su defensa que veremos de libertades, arriesgó la expulsión de la Universidad cuando él y la familia no tenían más ingreso que el de la cátedra y afrontó además la situación sin mucha solidaridad de los compañeros de su nivel. Tampoco conviene así olvidar que estábamos aún en una época en la que se podían sufrir en España medidas puramente policiales como la de privación de pasaporte y la sujeción a permisos singulares para viajes al exterior o también la censura pura y simple sobre lo que se dice y lo que se escribe. Siendo ya presidente del Tribunal Constitucional, a Tomás y Valiente se le identificó un policía que, « en ejercicio de sus competencias », asistía a sus conferencias cuando catedrático en Salamanca. Una que le deparó algunos problemas, « pero locales y moderados », versaba sobre *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*. Problemas, un tanto cómicos al recordarse al cabo de los años, también le trajo la publicación ulterior del libro sobre *La tortura en España* (24).

Sustracciones o limitaciones de unas libertades de movimientos o de expresión no las sufrían todos entonces desde luego. Otros podían verse en cambio promocionados aquí como en el exterior con subvenciones para desplazamientos, traducciones y demás actividades de propaganda no sólo personal. Depende de lo que se pensara o al menos de lo que se dijera. Esto pasaba todavía en la

---

que desglosa la sigla es obviamente mío. Con el riesgo siempre de aburrir a los lectores o lectoras más informados, pero con la constancia también de que este tipo de cosas tienden a olvidarse incluso cuando constituyen recuerdos personales, he de recordar detalles como el de que la pertenencia al SEU era obligatoria todavía en mis primeros años de Universidad, cobrándose la cuota de afiliación conjuntamente con la matrícula académica. F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Algo así como un examen de conciencia*, en *Claustro*, diciembre de 1953, sin paginar, examen que es precisamente sobre el SEU: « Empezamos por lo de siempre, el problema de la sindicación obligatoria... ».

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España. Estudios históricos*, Barcelona 1973 y, sin el subtítulo y ampliada, 1994, ésta con una presentación, *Introducción al cuadrado*, pp. 5-10, donde se cuentan las anécdotas, pp. 5-6. En los tiempos que interesan a la primera edición, la censura previa de la que se habla ya no era obligatoria, sino voluntaria, pero con el riesgo económico de secuestro policial de la edición si no se pasaba, con esta broma.

Universidad como en otros ámbitos de la cultura. No se olviden las circunstancias cuando se observa un mundo pequeño en una vida profesional: cuando se acusa la estrechez de relaciones internacionales de lo mejor de una generación o su vitalidad inferior en comparación con la siguiente a este respecto bien importante para una materia que se recluye mal y se desvirtúa bien dentro de fronteras nacionales, como comprobaremos para la historia del derecho o también para el derecho constitucional. Veremos que en esto Tomás y Valiente, aun no contando así siempre con la facilidad <sup>(25)</sup>, tuvo la conciencia.

Con la medalla podía entenderse que estaba devolviendo más cosas, unos accesorios que tampoco ocultaba: « Cuando estudié la licenciatura de Derecho en la Universidad de Valencia, fue profesor mío Diego Sevilla; incluso hubo unos años, cuando yo cursaba los últimos cursos, en los que él dirigía en Valencia una revista del SEU, *Claustro*, en la que yo también colaboraba » <sup>(26)</sup>. Hay este primer

---

<sup>(25)</sup> Con anterioridad a la Constitución, su *Curriculum* registra asistencias exteriores al Congreso de la *Société Jean Bodin* de 1970, en Viena (*Las fianzas en los Derechos aragonés y castellano*, en los respectivos *Recueils*, 29, *Les sûretés personnelles*, Bruselas 1971, vol. 2, pp. 425-481); al Congreso Internacional de Ciencias Históricas de 1970, en Moscú (sé de su viaje, pero no de cuál fuera su participación); al Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano de 1974, en Morelia, México (*Ventas y renunciaciones de oficios públicos a mediados del siglo XVII*, en *Memorias del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México 1976, pp. 725-753); al Congreso sobre *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo, 1900-1975*, de 1976, en México, Distrito Federal (contribución citada); al encuentro sobre *Potere e élites nella Spagna e nell'Italia spagnola nei secoli XV-XVII* de 1977, en Roma (*Las instituciones del Estado y los hombres que las dirigen en la España del siglo XVII*, en *Anuario dell'Istituto Storico Italiano per l'Etá Moderna e Contemporanea*, 29-39, 1977-1978, pp. 179-196); el encuentro sobre venalidad histórica de 1978, en Berlín (*Les ventes des offices publiques en Castille aux XVIIe e XVIIIe siècles*, en *Amterkäufllichkeit: Aspekte sozialer Mobilität im europäischen Vergleich, 17. und 18. Jahrhundert*, Berlín 1980, pp. 89-114; original en su *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982, pp. 151-177), y al encuentro sobre relaciones entre Estado e Iglesia de 1978, en Parma (contribución inédita que veremos). Es desde luego sintomático que de siete asistencias preconstitucionales, tres sean de 1978, de un tiempo ya de libertades tras amnistías, aunque no todavía de Constitución, que llegará a final de año.

<sup>(26)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, p. 77, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, 1977, *Socialismo y Constitución*, pp. 71-88. Diego SEVILLA, que sería con el tiempo catedrático de Derecho

autor que no es todavía Tomás y Valiente. Nunca incluyó en su *Curriculum* dichas publicaciones primerizas. Consisten en un par de cuentos, algún texto político y algunos otros de animación cultural (27). Pero dicho silencio de mérito no quiere decir vergüenza de pasado. Su sentido tan responsable de la propia existencia como consciente de sus condicionamientos le impedían un alivio tan fácil como fatuo: «Somos memoria de nosotros mismos, de lo que hemos sido y hemos hecho, y tenemos que apoyarnos en el suelo firme de la memoria reflexiva para orientarnos en el futuro» (28). Con la devolución de la medalla repudiaba un régimen, no su juventud.

Estamos todavía en unos comienzos. Estábamos en un transcurso entre unos magisterios. Tomás y Valiente ya podía estar escapando a ellos. Desde principios de los años sesenta puede apreciarse que está formándose y desarrollando todo un programa personal, por independiente, de investigación, un programa sin sujeción a magisterios. De entonces datan trabajos que encierran esto. Se centran en materias de derecho penal y de instituciones políticas, uno y otras particular o fundamentalmente en la Castilla de la edad moderna, entre los siglos XVI y XVIII. Es una concentración en la historia del derecho de la edad moderna que ya le singulariza en el seno de una disciplina inclinada a tiempos más antiguos. Para dichos estudios además se introdujo pronto en los archivos, lo cual también abundaba en su singularización dentro de una disciplina adicta más bien tan sólo a libros (29).

Todo esto tenía sus implicaciones y secuelas. Dedicándose a

---

Político, no es que le ofreciera tampoco ninguna, absolutamente ninguna, posibilidad de signo constitucional.

(27) *Tiempo y adolescencia, El molinero idiota, Política económica de Oliveira Salazar, Despedida a Azorín, Algo así como un examen de conciencia*, éste citado, *Rafael Sánchez Ferlosio: «Industrias y andanzas de Alfanbui»* y *Teatro de ensayo*, son los aludidos artículos en *Claustro* entre diciembre de 1952 y febrero de 1954. De alguno de estos textos juveniles, particularmente de los cuentos, trataré luego.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso del nuevo doctor*, p. 74, en *Investidura de los Profesores Derek H.R. Barton, Irenäus Eibl-Eibesfeldt y Francisco Tomás y Valiente como Doctores «Honoris Causa»*, Salamanca 1995, pp. 73-85.

(29) *Bibliografía*, primeras entradas, habiéndose podido observar que, pues parte de 1960, la primera es la tesis, la versión publicada. De algunas otras seguiremos ahora viendo.

tiempos antiguos y altomedievales que no han legado mucha documentación, la historia del derecho por lo usual trabajaba sobre la historia del derecho, quiero decir, unos autores repitiendo y modulando o revisando y rechazando lo que decían otros. Cuando se alargaba a tiempos bajomedievales, solía hacer abstracción de otra cosa que no fueran unos textos más jurídicos, o los tenidos por tales, cociéndose siempre en el propio caldo de lecturas y relecturas, teorías y contrateorías. Tomás y Valiente rompe con esta filología autista y lo hace además viniendo al estudio de tiempos más documentados y también más cercanos. Es el momento de señalar su significación respecto a la historia del derecho predominante, no de entrar en comparaciones ni pormenores sobre la forma y el grado en que algún otro profesional de esta especialidad tampoco le hacía ascos ni al trabajo en archivo ni a temas más modernos <sup>(30)</sup>.

Los temas sustantivos prioritarios de la investigación historiográfica de Tomás y Valiente, tanto el de la instituciones políticas y el del derecho penal, también van a interesarnos, aunque no por sí mismos, no por lo que supongan de efectivo conocimiento histórico, sino por la significación que alcanzan en la obra suya de la tercera fase, en la HCE, en esta historia constitucional. La historiografía de unas instituciones políticas interesan a una aparición del Estado que se entiende preconstitucional, y la de derecho penal importa a una cuestión de garantías que, como derechos, resulta más específicamente constitucional. Todo esto lo veremos. Lo que nos importa de momento es cómo Tomás y Valiente va definiéndose un proyecto propio. El caso del derecho penal, que realmente constituye su materia principal de investigación a lo largo de los años sesenta, me parece el más significativo.

Hacia 1960 publica ya un trabajo sobre esta materia penal que aún no parece anunciar un proyecto muy propio de investigación. Trata de la prisión por deudas ocupándose de los derechos históricos castellano y aragonés y anunciando su extensión, para completar « una monografía lo más exhaustiva posible », a « los demás Dere-

---

<sup>(30)</sup> Para información, B. GONZÁLEZ ALONSO, *Derecho e instituciones en la Castilla de los Austrias: notas sobre su consideración por la reciente doctrina histórico-jurídica española*, en B. CLAVERO, F. TOMÁS Y VALIENTE y P. GROSSI (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, vil 1, pp. 87-133, o todo el conjunto de estas actas.

chos hispánicos », a « los Derechos vasco, navarro, valenciano y catalán ». Concluye en el siglo XIX, pero por la razón sencilla de que ahí se extingue dicha práctica y sin señalar ningún cambio más global ni caracterizar de modo alguno el derecho menos histórico, el contemporáneo <sup>(31)</sup>. En 1961, sólo al cabo de un año aunque pudiera ser más por la irregularidad en la aparición de un anuario <sup>(32)</sup>, prosigue la investigación con otro tema, el del perdón de la ofensa, cambiando el panorama. Se ha olvidado dicha monografía, que nunca hará, y anuncia un proyecto más ambicioso y comprometido: « En la actualidad preparo una obra sobre las líneas generales del Derecho Penal castellano en la Edad Moderna », respecto a la que añade que « en algunos aspectos concretos he podido llegar ya a establecer conclusiones fundadas ». Y algo tiene en efecto además de lo que publica. Ahora ofrece razones de más entidad para concluir entrando un siglo: « Habrá que esperar a los dos primeros decenios del XIX para que una nueva mentalidad (ciertamente latente desde la segunda mitad del siglo XVIII en algunos aspectos y ambientes) salga a luz e imponga nuevos enfoques y nuevas bases del Derecho Penal » <sup>(33)</sup>.

El anuncio ahora se cumplirá. Al cabo de la década se publica su *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, esto es, entre los siglos XVI y XVIII, la obra mayor de su primera fase si hacemos abstracción del *Manual*, del que pronto hablaremos. Presentándola procede a unos reconocimientos: « El tema de este libro me lo propuso el Profesor García González cuando yo era Profesor Adjunto en

---

<sup>(31)</sup> F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, pp. 252-253, 431-435 y 486-489, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 30, 1960, pp. 249-489.

<sup>(32)</sup> La noticia de la cátedra, acontecimiento de 1964 como sabemos, la da el número 32, 1962, p. 657, sin ser premonición ni profecía; el mismo lleva colofón: « Se acabó de imprimir el tomo XXXII (1962) del *Anuario de Historia del Derecho Español* el día 26 de mayo de 1965, víspera de la festividad de la Ascensión del Señor. Laus Deo ». Los números próximos anteriores, los ejemplares que he visto, puede que hayan perdido los colofones por encuadernaciones poco cuidadosas, que comienzan por arrasar con portadas y contraportadas originales, pero me inclino a que, con desfases aun superiores entre año de serie y de aparición, nunca los tuvieron.

<sup>(33)</sup> F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *El perdón de la parte ofendida en el Derecho Penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, pp. 56 y 94, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 31, 1961, pp. 55-114.

Valencia de la Cátedra de la cual él era y es titular; siempre le agradeceré el haberme ofrecido un objeto de investigación tan sugestivo. Después, siendo yo Profesor Adjunto de la Cátedra del Profesor García Gallo, en Madrid, recibí de éste información bibliográfica, orientaciones y correcciones valiosísimas en la primera etapa de elaboración y redacción provisional de mi trabajo; por todo ello le expreso mi más sincera gratitud. La construcción definitiva y la presente redacción de este libro las he llevado a cabo ya en Salamanca » (34). Ya sabemos suficiente para entender estas palabras. El tema penal pudo ser sugerido por García González, como García Gallo ayudar mucho, pero la idea inicial del libro es de Tomás y Valiente, que había entrado sin ella en la materia, como la elaboración definitiva es suya, realizándola en su tiempo de profesor ya independiente, como catedrático, en Salamanca.

Desde temprano, Tomás y Valiente no cuenta con más magisterio que el propio. No cambia nada, sino que confirma todo, que en el primer libro, anterior a la cátedra, el de *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*, haya aparecido un reconocimiento similar « a los profesores García Gallo y García González, que con sus sugerencias, consejos y fino sentido crítico orientaron mi trabajo » (35). Estamos ya definitivamente en campo que les es extraño a dichos catedráticos y no sólo por razón de época, sino también de planteamiento, ya que ahí Tomás y Valiente estudia una institución casi inexistente de un modo formal, una institución política más consuetudinaria que legal (36). Y hay más. Añadiré algo que puede parecer de momento impertinente o incluso gratuito,

---

(34) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción*, p. 19, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid 1969, pp. 13-19. La edición de 1992 sólo modifica la portada. Su título en versión macanográfica fue el de *Historia del Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, cometiendo luego a veces TOMÁS Y VALIENTE el lapsus de autocitarlo de esta forma. Veremos algún otro caso similar de títulos que no resultará tan inocente.

(35) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Introducción*, p. 4, a *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional*, Madrid 1963, pp. 3-4.

(36) En la misma *Introducción* a los *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII* añade otro par de agradecimientos que pueden ser más significativos: « también a los profesores Murillo Ferrol y Jover Zamora, que acertaron a proponerme siempre atinadas mejoras ». FRANCISCO MURILLO y JOSÉ MARÍA JOVER eran entonces catedráticos de

pero de cuya significación para esta misma época de los años sesenta tendremos comprobación debida: ni García Gallo ni García González se caracterizaban entonces precisamente por su preocupación ni por su sensibilidad de signo constitucional, rasgo que así a Tomás y Valiente no le vendrá por magisterio universitario directo alguno.

En dicha época, durante los años sesenta, constataremos que ya tenía la inquietud constitucional. Dada la situación no constitucional que vivía, su mismo interés por *los validos* de los monarcas no resultará ajeno a su preocupación por las formas menos controladas de poder. Tendremos comprobaciones. De momento, todo esto primero que vamos viendo puede servirnos para aligerar nuestra tarea. Inexistente un magisterio, y más todavía dos, a los efectos sustantivos que resultarán más importantes, los constitucionales, el trabajo nuestro realmente se alivia. Podemos seguir centrándonos en una obra personal sin tener por qué mirar, para situarla, identificarla y valorarla, a toda una dudosa escuela.

El *Derecho penal de la Monarquía absoluta*, cuya materia va a ser la más interesante para las mismas posiciones constitucionales primeras de Tomás y Valiente, versa sobre la edad moderna, sobre los siglos XVI a XVIII, pero, como ya hemos visto hacer a un artículo, no deja de referirse a los inicios de otra época. Lo hace con una novedad: « El estudio del Derecho Penal del Estado liberal, tanto en cuanto a sus delitos comunes como a los políticos, es otro capítulo de la Historia del Derecho Penal en España. Capítulo aun no escrito y cuya elaboración tal vez emprenda yo mismo algún día »<sup>(37)</sup>. La novedad a la que me refiero es la del anuncio de que estaba ya pensando en extenderse de la edad moderna a la contemporánea, en dar este siguiente paso. La alusión a *delitos políticos* puede constituir además un signo de que el movimiento podía motivarlo una preocupación constitucional. Habremos también de verlo.

Advirtamos también de momento que pronto estará decidido a aplicarse a un tiempo que ya será de Constituciones: « Considero necesario recuperar el siglo XIX (entendido como mínimo desde 1808 hasta 1936) para la Historia del Derecho ». Es algo que ya

---

Derecho Político y de Historia Moderna y Contemporánea, respectivamente, en la Universidad de Valencia.

(37) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, p. 408.

proclamaba por aquellos tiempos menos favorables de una primera fase <sup>(38)</sup>. Como dijera por entonces prologando la primera tesis doctoral sobre época constitucional que dirigiera, tesis además sobre los *delitos políticos*: « Este es un libro de Historia, de Historia del Derecho. Es un libro escrito desde el presente y para el presente. Lo cual no implica ningún error de enfoque metodológico, al menos a mi juicio » <sup>(39)</sup>.

La verdad es que Tomás y Valiente ya está introduciéndose en materia de historia contemporánea. Ha comenzado a hacerlo más resueltamente a finales de los años sesenta con la materia concreta de la *desamortización*, esto es, la expropiación y privatización de bienes eclesiásticos y corporativos, y porque le ha impulsado la docencia, el trabajo directo con el alumnado: « En realidad comencé a trabajar sobre este tema por necesidades universitarias, docentes. Me hacía falta un esquema del proceso desamortizador para ofrecérselo a mis alumnos, y la historiografía no me lo daba hecho de modo satisfactorio. Tuve que construirlo. Monté en mi Cátedra un Seminario sobre la legislación desamortizadora y comprobé que el tema inte-

---

<sup>(38)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho y Derecho*, p. 71, en *El Primer Año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho en la Universidad de La Rábida*, Madrid 1978, reunión celebrada en la semana entre los meses de agosto y septiembre de 1975, en un momento de endurecimiento final del régimen no constitucional y con una concurrencia que parcialmente, aun siendo toda de profesorado de derecho, se mostraba elusiva, cuando no equívoca. Puedo decirlo pues ya fui testigo presencial y partícipe en debates no sólo de pasillos que no se recogen en la publicación.

<sup>(39)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, p. 20, a Alicia FIESTAS, *Los delitos políticos, 1808-1936*, Salamanca 1977, pp. 17-21. De las siete tesis doctorales que dirigiera y se publicaran, sólo prologó las dos de tiempo constitucional; la otra será la de Marta LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid 1988, *Prólogo*, pp. 11-13. El primer tema fue propuesta suya (*El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, p. 408), mientras que el segundo, hallazgo de la autora (*Prólogo*, p. 11). Las restantes, entre las que podrán también reconocerse temas característicos suyos, son Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano, 1348-1808*, Madrid 1970; Inmaculada RODRÍGUEZ FLORES, *El perdón real en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Salamanca 1971; Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla, 1385-1522*, Madrid 1982; Paz ALONSO, *El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Salamanca 1982; y Javier INFANTE, *El municipio de Salamanca a finales de Antiguo Régimen*, Salamanca 1984.

resaba vivamente a los alumnos; siempre guardaré de aquel Seminario muy buen recuerdo » (40).

Un profesor no sólo es lo que escribe, sino también lo que dice. El tiempo contemporáneo ya había entrado en las clases de Tomás y Valiente y esto le había llevado a reparar y detenerse en un tema como el de la desamortización, cuyo abordaje a su vez se produjo en seminario oral antes que en obra escrita. El *Manual de Historia del Derecho Español*, que vamos a ver a continuación, fue, antes que manual, curso: serie de lecciones que no fueron lecturas (41). También podía Tomás y Valiente singularizarse por este género de cosas: por temas y dotes docentes. Hay un magisterio que es finalmente el del alumnado o, dicho de forma menos demagógica, el del buen profesor sobre sí mismo con dicho acicate de la docencia. Es en este terreno precisamente donde vamos a encontrar la obra de primera fase más interesante para toda la que tenemos por venir y por ver.

---

(40) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Palabras preliminares*, p. 5, a *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona 1971, pp. 5-7, libro que resulta de la ampliación y reeleboración de *Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 473, 1969, pp. 873-961. Aparte el *Manual*, del que ahora hablaremos, *El marco político de la desamortización* ha sido el libro de TOMÁS Y VALIENTE de mayor éxito en vida, con cuatro reimpresiones de 3.000 ejemplares por media entre 1972, ésta tan inmediata, y 1989, ésta también reimpresión fotográfica aunque la editorial la presente como primera edición en nueva colección.

(41) Nunca asistí a una clase de TOMÁS Y VALIENTE, aunque sí, como iré diciendo, a conferencias suyas y seminarios conjuntos. Pero daré un ejemplo más personal de que el valor de la palabra puede ser todavía superior al de la escritura. Dos miembros del tribunal de mi tesis me dejaron indicaciones por escrito. GARCÍA GALLO lo hizo a través de MARTÍNEZ GJÓN, quien me sugirió seguir las, pero añadiendo que respetaría mi decisión, a lo que hizo honor. TOMÁS Y VALIENTE me entregó las suyas personalmente, en una larga entrevista de paseo por Sevilla el mismo día 21 de diciembre de 1972, como ya dije. No me conminaban a cambios, sino que me confiaban reflexiones y recomendaban lecturas. Me sirvieron y las guardo, pero tuve y tengo más presente la conversación.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### CONSTITUCIONALISMO SIN IDENTIDAD: MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

No vamos a contemplar toda la HD, la historia de derecho de primera fase, una obra conocida o que puede fácilmente conocerse, desde la perspectiva de la HCE, de una historia constitucional que es de momento tan sólo una incógnita, pero vamos ya a abordar la parte que pudiera sustantivamente haber de una historia constitucional o de una historia contemporánea del derecho en dicha HD y procuraremos hacerlo, si no aún con la perspectiva, al menos con el distanciamiento de quien, habiendo podido, no ha regresado al cabo de los años, tras la magistratura, a la misma HD. No va a ser realmente necesario que, en busca de esa remota historia constitucional, entremos en una búsqueda por la totalidad de la obra de primera fase de Tomás y Valiente, pues se da la coincidencia de que al final de la misma publicó un volumen que resulta una verdadera suma en la parte de historia contemporánea, en la parte que precisamente nos interesa. Me refiero a su famoso *Manual de Historia del Derecho Español*, cuya primera edición data de 1979, de estas vísperas de segunda fase (1). Ahí está el resultado, si no de lo que había puesto por escrito sobre historia constitucional pues era poco (2), de lo que había dicho y venía diciendo en unas clases, que sería bastante.

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1979, pp. 399-629 la parte contemporánea, o una página más en la versión posterior que diremos.

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, ya citado. De una historia más identificadamente constitucional sólo había publicado, hasta entonces, unas reseñas, a Enrique TIERNO GALVÁN (ed.), *Leyes políticas españolas fundamentales, 1808-1936*, Madrid, 1968, en *Anuario de Historia del Derecho*

Es manual, en sus propias palabras, « aparecido en 1979, pero pensado, construido y rectificado casi día a día, al hilo de la docencia, desde años antes » (3). Ignorante todavía del cambio que se iba a producir en su vida, en el proyecto de un *prólogo* que finalmente descartó, le otorgaba toda la significación no sólo a la procedencia, sino también al destino de la docencia: « Este no es un libro para ser aprendido de memoria. No sé si hay alguno que lo merezca. Éste ni, por supuesto, lo merece, ni tampoco lo pretende. Acaso convenga leerlo despacio y reflexivamente. Yo trato en él de hablar con el lector. Lo he escrito como si cada capítulo fuese una clase oral, con los alumnos delante de mí, orientándome con su mirada y con sus silencios sobre la claridad u oscuridad de mis palabras. De hecho, casi todas las palabras aquí impresas han pasado antes por el banco de pruebas de las clases orales y matutinas en mi cátedra de Salamanca. Y más de una ha sido rectificadas después de haber comprobado que una idea era confusa o que un enfoque determinado resultaba desorientador. Por todo ello, yo quisiera que este libro fuese, a ser posible, más *oído* que leído, porque en verdad ha sido *dicho* antes que escrito. Así, pues, este Manual ha nacido de la docencia diaria y para ella. En adelante mis clases habrán de ser distintas, pues obviamente no voy a repetir en ellas lo que aquí tengo escrito. No sé como las montaré; entre mis alumnos futuros y yo lo pensaremos. Lo que trato de decir es que este libro sólo pretende servir como instrumento comple-

---

*Español*, 39, 1969, pp. 853-854, y a M. ARTOLA, *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, Madrid 1975, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 9, 1975, pp. 125-134, aunque ya venía también sobre ella dirigiendo una tesis doctoral, que ya sepamos, y publicando algunos artículos de prensa que a veces también la interesaban, en *Andalán*, de Zaragoza, desde agosto de 1974, *Las Provincias*, de Valencia, desde septiembre del mismo año, y *El Adelanto*, de Salamanca, desde noviembre de 1975. Estaba también dirigiendo otra tesis doctoral, que no cuajaría, sobre historia más estrictamente constitucional: *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, p. 79, nota 40, sobre la Constitución de 1869, de la que diremos. En una historia contemporánea menos específicamente constitucional, pero que ahora también encontraremos, sabemos que ya ha hecho una entrada más sustancial.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, p. 36.

mentario de la insustituible docencia oral, de la mía o tal vez de la ajena » (4).

El cruce de la segunda fase va a quitarle de encima el problema. No tendrá ocasión de impartir ningún curso completo con su manual. Ni tampoco lo dará, como veremos, en la tercera fase. No lo hará nunca. Por lo que en este momento nos interesa, así tenemos la coincidencia que he dicho de la finalización del libro y el final prácticamente de la primera fase, y digo prácticamente por lo que luego tendremos que ver sobre el año clave de 1979. Tomás y Valiente no sabía que estaba en vísperas del cambio cuando lo publicó. Pues no volverá luego a la HD, una suma parcial se le convertirá en total. Es una coincidencia afortunada para nosotros. Para la historia contemporánea especialmente, vamos a tener un verdadero sumando. El suyo no es un texto ligero como no es raro que lo sean los manuales, incluso los universitarios, con la consecuencia de que no se les conceda consideración ni por el autor ni por nadie, salvo naturalmente por los alumnos y alumnas obligados. Tomás y Valiente se tenía a sí mismo y tenía al alumnado demasiado respeto como para permitirse una licencia del género. Su *Manual de Historia del Derecho Español* constituye realmente, si no la suma todo él de toda la HD, el sumando de esta primera fase en la parte que corresponde a la edad contemporánea. Es un libro cuyo sentido es la docencia, cuya utilidad es ésta, pero una docencia que se toma de tal modo en serio.

En el *Manual de Historia del Derecho Español*, el MHDE que podemos decir en adelante, Tomás y Valiente ya tenía una historia constitucional y además española como parte de la HD, de la historia del derecho que profesaba. No se reduce desde luego a ella. Su exposición transcurre cronológicamente nada menos que desde la *Sociedad primitiva y derechos prerromanos* hasta precisamente *El*

---

(4) Sólo he encontrado un par de fichas de este prólogo descartado; en ellas siguen unas frases tachadas y el siguiente apunte: « Foucault. H locura, I, prólogo », que remite efectivamente a lo que aparece en lugar de prólogo, la cita de la *Historia de la locura en la época clásica*, original de 1961, de Michel FOUCAULT, cita que puede verse en cualquier edición del *Manual* y que luego tendré ocasión de recordar, pues la cuestión de los prólogos va a ocuparnos. Ya también hemos tenido algún indicio de que hay otros materiales preliminares descartados del *Manual*; son de reflexión historiográfica tanto general para la historia como específica para la del derecho. Los veremos.

*sistema normativo del Estado liberal*. Esta última sección, que es la quinta, pero consumiendo más de un tercio del total de la obra, constituye una historia jurídica del tiempo constitucional, toda una historia constitucional que podría más sintéticamente decirse. Digámoslo de momento, pues ya veremos que pueden encerrarse problemas, y problemas que él mismo identificará y afrontará, en la falta de concepción conjunta, expresa y precisa de toda esta historia bajo unos términos constitucionales y en su denominación alternativa como tiempo histórico de un Estado que además se califica, como *Estado liberal*, por entenderse ante todo que la institución estatal procede, bajo otras formas, de época precedente. Pero no anticipemos cosas de otros capítulos. Seamos pacientes y vayamos viendo.

Tomás y Valiente se ocupa de la historia contemporánea con un interés inhabitual y una extensión insólita para este género de manuales en aquellos años. Su MHDE ya pudo también significarse justamente por esto <sup>(5)</sup>. No es un rasgo desde luego improvisado. Venía fraguándose a lo largo de toda su primera fase. En el seno de la especialidad de historia del derecho aquí en España, Tomás y Valiente ya sabemos que venía desde un inicio significándose por preferir el estudio de la edad moderna al de la antigua y medieval, las historias anticuarias que privaban por entonces incluso en la docencia. A la historia contemporánea viene finalmente y de forma sistemática su MHDE, llegando en momentos incluso a la mismísima efemérides de 1978, fecha de la actual y entonces flamante Constitución en España. El MHDE sería entonces el vehículo de una extensión de la historia del derecho o, como antes nos dijo, de una recuperación de derecho para la historia. No es, por supuesto, que en el manual de la primera fase tengamos ya hecha la HCE por hacer de la tercera. Pero conviene efectivamente entrar por esta historia

---

(5) B. GONZÁLEZ ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la historia del derecho español*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 10, 1981, pp. 361-382, a propósito de nuestro *Manual* (p. 378: la dicha es « la parte proporcionalmente más extensa y novedosa del libro »); mi reseña en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 40, 1981, pp. 140-147 (p. 141: la « mejor parte »). Con Bejamín GONZÁLEZ ALONSO, su primer discípulo, catedrático por entonces en La Laguna, Canarias, y en Granada, Andalucía, antes de sucederle en la cátedra de Salamanca, había mantenido correspondencia sobre el *Manual* durante la confección del mismo.

tan editada para procurar entender finalmente la inédita (6). A esto ya sabemos de sobra que vamos.

El MHDE, el *Manual de Historia del Derecho Español* de Francisco Tomás y Valiente, ha sido un texto de verdadera fortuna docente, de este origen y este éxito. Conoce bastantes reimpressiones, pero tan sólo dos ediciones propiamente dichas, la original de 1979 y otra de 1981 que se presenta como tercera. Durante los primeros años, hasta una cuarta edición, de 1983, se realizan modificaciones normalmente menores. Sólo en 1981 se plantea una revisión que también es limitada, pero que interesa a nuestra sección: «He alterado el orden de buena parte de los capítulos incluidos en la parte quinta, la dedicada al sistema normativo del Estado liberal de Derecho», e introducido algún nuevo epígrafe en algunos de sus capítulos, como dice un breve prólogo antepuesto entonces (7). A partir de la quinta aparición, en 1986, lo que se produce ya son tan sólo reimpressiones. He aquí unos signos. La revisión de 1981 lo es de un interés especial para con esta parte de tiempo constitucional, pues la recompone, y lo resulta también con esto de una cierta insatisfacción. Las reimpressiones son, por tales, signos de lo mismo, no de una conformidad con la obra hecha, sino de la convicción de que había quedado irremisiblemente datada y de que así no cabía la revisión permanente.

Ya hemos entrado, con la reedición, en la segunda fase, la que transcurre como magistrado constitucional entre 1980 y 1992. Tras este año, con el regreso a la Universidad, prosiguen las reimpressiones sin afrontarse una nueva edición propiamente dicha. A la vista de sus papeles, Tomás y Valiente ni siquiera se planteó la posibili-

---

(6) Del *Manual de Historia del Derecho Español*, la primera edición, como ya se ha registrado, es de 1979; la última hasta el momento, de 1995, se presenta como sexta reimpressiones de una cuarta edición, ésta de 1983, con lo que resultan diez ediciones. Las tiradas varían bastante, comenzando por 3.000, subiendo a 5.000, 8.000 y 10.000, bajando una a 2.000 y tendiendo a regularizarse en 6.000.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nota introductoria a la tercera edición*, p. 20, en *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 19-20, ed. 1981. A fin de no alterarse la paginación durante la mayor parte del volumen, hasta las modificaciones de la sección quinta, la nuestra, el índice se aprieta ganándose dicho par de páginas para tal prólogo, que se mantendrá en reproducciones sucesivas. La versión nueva se significará exteriormente por un cambio del color de portada: de un blanco virginal a un gris ajado.

dad. A la luz de su trabajo, la revisión no la emprende, no porque no la entienda precisa, porque piense definitiva en este sentido la versión existente, sino porque, según nos ha dicho, no ha vuelto exactamente a la HD, porque la que ahora planea como historia constitucional, como HCE, no es precisamente nada similar a la última sección del MHDE. No se plantea como una nueva edición, como la tercera estrictamente dicha, de esa parte constitucional ni mucho menos, aunque la coincidencia de geografía, la española, tiempo, el contemporáneo, y objeto, el jurídico, habrá de interesarla y así de interesarnos. Podemos comenzar por *El sistema normativo del Estado liberal*, por esta sección del MHDE, para ir entrando en materia, para ir introduciéndonos en el taller de historia y constitución, conjuntamente historiográfico y constitucionalista, de Tomás y Valiente. Comencemos a situarnos hojeando y leyendo por encima o, si está ya leído, relejendo de este modo. Vayamos de momento echando un vistazo o un repaso al índice.

*El sistema normativo del Estado liberal* presenta un índice redondo, una composición autosuficiente. Es una parte con entidad propia e identidad autónoma. Podría haber constituido, sin mayor problema, una publicación independiente. Comienza por tener una parte general, de introducción y de fundamentos, propia. Se inicia por unos capítulos de situación histórica y jurídica, con epígrafes principales como « Revolución burguesa y Derecho », para sentarse unas « Bases del sistema », y como « Conceptos elementales », entre los cuales figuran, por este orden, el Estado de Derecho, la soberanía nacional, el poder constituyente, los derechos ciudadanos, la propia Constitución y el sistema de fuentes o « pirámide normativa » más el elemento de la costumbre. Sigue el capítulo específico sobre « Las Constituciones Españolas », una historia constitucional más limitadamente dicha, viniendo a continuación ya la divergencia entre las dos versiones, la de 1979 y la de 1981. Dicho capítulo constitucional es siempre el primero de carácter sustantivo; a partir de él, el par de ediciones difieren.

La segunda edición, la última o definitiva en este sentido, prosigue con « La Codificación » como « fenómeno europeo » y sus « etapas en España », seguida a su vez de la misma codificación en diversas ramas del ordenamiento: « Derecho penal », « Derecho mercantil », « Derecho procesal » y « Derecho civil », por este or-

den. El último capítulo de la codificación, éste civil, introduce la problemática de los « Derechos civiles forales » o particulares de esta época constitucional. Viene luego un capítulo sobre « La unificación del Derecho como tendencia y como problema » que aborda la cuestión del fuerismo o foralismo político, de la existencia contemporánea de derechos particulares también de este alcance que se da en el caso vasco. En estos capítulos forales, en ambos, se producen también internamente retoques y adiciones respecto a la primera edición. Siguen un par de capítulos sobre « sectores del ordenamiento no codificados », esto es, « Derecho administrativo » y « Derecho del trabajo ». Tras el capítulo dedicado a « Estado e Iglesia: Derecho concordatario », cierra la sección, y así el MHDE, el de « La ciencia del Derecho », la de toda esta época contemporánea.

La primera edición presentaba de otro modo, bajo otra ordenación, unos capítulos sustancialmente iguales. Al de « Las Constituciones Españolas », que es siempre el primero sustantivo <sup>(8)</sup>, le siguen el de « Estado e Iglesia: Derecho concordatario » y el de « La unificación del Derecho como tendencia y como problema », entrando a continuación, ya por el mismo orden, los de « La Codificación », el general y los particulares, y los de « Los sectores no codificados », cerrando igualmente el de « La ciencia del Derecho ». Puede parecer más lógica la ordenación segunda, la de 1981 que postergaba dichos capítulos de « Estado e Iglesia » y de « Unificación del Derecho », pero no demos nada por definitivo. Tomás y Valiente no lo hará. Cuando se plantee la HCE, podrá volver a pensar en una posición de nuevo más destacada de tales capítulos ya veremos si por sí mismos o por lo que pueden implicar: el de la Iglesia porque afecte a una libertad primera, la de conciencia, y el del foralismo político porque aqueje al sistema constitucional mismo no menos neurálgicamente por hacerlo de otra forma. Para el propio constitucionalismo, serán implicaciones claves. Aquí, en esta sección del MHDE, están presentes, pero su comparecencia no alcanza la

---

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 25, en cualquier edición, pues ya digo que a partir de aquí es cuando viene la reordenación, y este capítulo con pequeñas variantes, pero una de alcance como veremos, entre ediciones.

significación que podrán cobrar cuando se plantee la HCE, una historia constitucional más propiamente dicha. No hace falta que descendamos de momento a mayores detalles. Tendremos ocasión conforme avancemos hacia dicha historia constitucional, hacia la HCE.

Unas implicaciones decisivas para el propio constitucionalismo no parecen todavía alcanzar el debido relieve. No se encuentra desde luego en el medio mejor para conseguirlo. No lo ofrece el manual. *El sistema normativo del Estado liberal* podría constituir una obra independiente, pero de hecho pertenece al MHDE, a un *Manual de Historia del Derecho Español*, de una asignatura universitaria y de un entendimiento de la misma tributario de una tradición docente determinada, como comienza por acusar el propio título. Es un canon de formación escolástica y corporativa, formado en la propia docencia por parte de una escuela, del que Tomás y Valiente parte, mas sin adoptarlo plenamente <sup>(9)</sup>. Esta tradición dispone que la enseñanza ha de serlo de *las fuentes* en un sentido que resulta vacilante entre la acepción jurídica, esto es, como formas que generan derecho, y la historiográfica, es decir, como materiales que conservan noticia. Sienta usualmente en teoría el primer entendimiento para derivar de hecho hacia el segundo, uso que viene facilitado por la práctica adicional de que el derecho sustantivo, identificado como « instituciones », se excluya de la problemática de las que se dicen « fuentes de creación del derecho ». Así, tan excluyentemente, se delimita un campo <sup>(10)</sup>.

Así tienden a vaciarse de entidad histórica diferenciada catego-

---

(9) Como puede identificarse mejor la escuela de referencia es siempre del modo más personalista con el nombre ya conocido de GARCÍA GALLO, junto a quien TOMÁS Y VALIENTE ya sabemos que no estuvo mucho tiempo de profesorado dependiente, entre 1962 y 1964, con un discipulazgo sobrevenido y transitorio, aun guardándole la consideración también ya sabida de uno de sus « dos maestros », junto al procesalista FAIRÉN GUILLÉN. Frente a la práctica habitual suya, que habremos de ver, la primera edición del *Manual de Historia del Derecho Español*, evitando el prólogo, sortea el compromiso.

(10) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, en *Boletín Informativo de la Fundación Juan March*, 35, 1975, pp. 3-19, recogido en el colectivo *Once Ensayos sobre la Historia*, Madrid 1976, pp. 159-181, consideraciones finales; *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 29-31, en parte invariada.

rías claves como la de jurisprudencia, la de ley o la de costumbre y a dificultarse por lo tanto su tratamiento diversificado en las distintas épocas. Así lo que se facilita es la confusión dicha entre jurisprudencia, ley o costumbre en cuanto que formas o procedimientos de determinación del derecho y los textos brutos en los que pueden materializarse y transmitírseos. Así resulta más que factible la derivación dicha, convirtiéndose proverbialmente los cursos de esta asignatura, de la *Historia del Derecho Español*, en una penosa sucesión de explicaciones sobre textos materiales mejor o peor descritos con la pretensión abusiva de estar así dándose cuenta de fuentes del derecho histórico, de formas pretéritas de generarse derecho, y no de fuentes de la historiografía actual, de materiales brutos de conocimiento.

Era una degradación de la que Tomás y Valiente tenía patentemente conciencia. Bastaría comparar con la manualística anterior o incluso posterior del gremio. Es una confrontación que él evitó (11). Podemos seguir su ejemplo pues tampoco es que nos resulte estrictamente precisa ahora. Aquí no tratamos de otros y él se produce con suficiencia. Su MHDE, aun partiendo de la distinción entre fuentes e instituciones y la proclamación de que se ocupa sólo de las primeras, salió al paso de esta hipoteca docente con un registro y una presencia de elementos institucionales que forzaban la composición tradicional en procura de una historia más sustantiva. Habrá ocasión de comprobarlo en materia precisamente constitucional. Particularmente lo veremos en el apartado del derecho procesal penal. Tendremos también ejemplos posteriores de tratamiento suyo de las mismas fuentes, por ejemplo de la costumbre para el orden político preconstitucional, que resulta impensable desde los planteamientos del *Manual*. Ahora estamos con éste. Lo cierto es que todo él, todo el MHDE, viene atravesado por la tensión

---

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, pp. 22-37. La confrontación ya antes eludida al prescindir de toda presentación en la primera edición del *Manual*, a lo que hemos aludido pero que aún veremos, es particularmente con respecto a GARCÍA GALLO, a su texto de idéntico título y diverso índice *Manual de Historia del Derecho Español (1959-1962)*, todavía bastante dominante en la docencia hacia finales de los setenta. Para no hacer injusticia a otros manuales, debo decir que pienso sobre todo en éste y en su significación escolástica cuando haga alusión a las orientaciones menos constitucionales.

e incluso por la contradicción entre un canon tradicional y un esfuerzo personal.

En la sección constitucional que es la que más nos interesa, en *El sistema normativo del Estado liberal*, no es donde pesa mayormente la hipoteca. Sus mismos planteamientos iniciales de *revolución burguesa y conceptos elementales* contrastan fuertemente con respecto a la tradición docente <sup>(12)</sup>. Pueden ayudar a distanciarse de ella, de una manera de escuela que además había ofrecido durante las décadas previas las versiones menos constitucionales de esta historia contemporánea. Antes de llegarse al capítulo de la revolución, a apartados suyos como, por ejemplo, el de la abolición del régimen señorial, el propio MHDE, en su sección anterior, *La formación y persistencia de los sistemas normativos construidos sobre el Derecho Común (Siglos XIII a XVIII)* que es la cuarta, no ha dejado además de poner en los antecedentes debidos sobre asuntos tan sustantivos como « el señorío, base permanente de la sociedad » entre los siglos XIII y XVIII <sup>(13)</sup>. Nunca estamos ante el manual convencional de fuentes históricas que se pretenden jurídicas y que resultan más bien tan sólo historiográficas. Y ahí tenemos también el *derecho común*, el *ius commune*, que no va a dejar luego de aparecer aunque no sea evidentemente constitucional.

Para el conjunto del MHDE, el hecho es que el canon insidioso de la tradición docente no deja de operar, dificultando la entrada en el objeto más jurídico y moviendo la exposición hacia el terreno más externo de las fuentes materiales, de los textos varios que constituyen el derecho dando acceso efectivamente a una historia, pero a una historia que, en cuanto que jurídica, así queda sustancialmente por exponer o incluso por hacer y aún por franquear. No es de extrañar que Tomás y Valiente se plantee luego una historia constitucional de nueva factura, la HCE, y no una nueva edición de la parte contemporánea de su MHDE. Llegará a actuar como si ésta no existiera. Existir, existía, pero no valdrá. Incluso una historiografía que ha pensado válida durante la primera fase, vendrá luego prácticamente

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, caps. 23 y 24, invariados, salvo alguna adición bibliográfica en el primero, el de la revolución.

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 169-172 y 408-410, en partes invariadas.

a desahuciarla. Veremos que, para la historia constitucional, operará por propia cuenta o junto con sus discípulos y discípulas como si hubiera de empezarse poco menos que de cero. En la tercera fase, la cuestión inicial podrá consistir en la ignorancia misma de esta historia contemporánea más sustantivamente jurídica. Vuelto entonces a la Universidad, el programa de investigación que plantea no es otro <sup>(14)</sup>.

Que el capítulo de *la ciencia del Derecho* viniese indefectiblemente al final y no concurriese así a unos capítulos propedéuticos de *revolución burguesa* y, sobre todo, de *conceptos elementales*, puede ser un indicio de esa misma pérdida de sustancia por causa ante todo de una malhadada tradición docente. Con la indecisión y la derivación entre el objeto del derecho y el medio de la historiografía, el canon tradicional produce una desconexión entre la misma materia historiográfica, comenzando por las propias fuentes, y su cultura jurídica, la de su tiempo histórico, la que pudiera precisamente dotar de sentido a las fuentes mismas. Aquellas categorías claves de jurisprudencia, ley o costumbre han quedado definidas de un modo intemporal sin que las propias composiciones de su época puedan ya ayudar a concretarlas de una forma más histórica. La cultura pretérita es postrera. Se trata de una cuestión no sólo de posición gráfica, sino también de método operativo: « Finalmente, para completar la descripción del tema, expongo lo que se pensaba » en la época <sup>(15)</sup>.

Esto es parte de la hipoteca tradicional, pues la obra de Tomás y Valiente también ha traído una revalorización historiográfica de la cultura formal del derecho y, con ello, una crítica implícita del planteamiento al respecto del MHDE <sup>(16)</sup>. Con posterioridad al

---

<sup>(14)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)*, en *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Madrid 1994-1995, vol. 1, pp. 137-145, actas de unas jornadas de marzo de 1993.

<sup>(15)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción*, p. 3, a *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*, cumpliéndolo: capítulo y apartado últimos, respectivamente, « El Valido en la opinión » y un « Examen detallado de la literatura en torno al Valido ». Es libro que sufre una reeleboración en su segunda edición, 1982, pero no presentando cambios a este concreto respecto. Otros importantes veremos.

<sup>(16)</sup> Con anterioridad o simultáneamente, los trabajos de 1975 el primero y el tercero y de 1979 el segundo recogidos en F. TOMÁS Y VALIENTE, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, pp. 179-251: *Castillo de Bobadilla. Semblanza personal*

mismo, ya en su segunda fase, Tomás y Valiente diseña la parte jurídica de una *Enciclopedia de Historia de España* reservándose dicho capítulo cultural al que además le asigna el título bien significativo de *Pensamiento jurídico*, esto es, de una denominación que identifica la tendencia a considerarle históricamente importante no sólo en sí, sino también y sobre todo como vía obligada de acceso a la experiencia sustantiva del derecho pretérito <sup>(17)</sup>. Ya vimos que una valorización de la literatura jurídica figuraba entre las conclusiones de su tesis doctoral. Era un logro que podía haberse empañado o incluso eclipsado luego por la interferencia de otros magisterios. El interés subsiste, no dejando además de aplicarse a tiempo constitucional <sup>(18)</sup>. Mas el merecimiento de estudio de los juristas y sus obras tampoco se justificaba por la apreciación de su cultura,

---

y profesional de un juez del Antiguo Régimen, pp. 253-285: *Un ministro castellano en la Corona de Aragón: Lorenzo Santayana Bustillo*, y pp. 287-316: *Campomanes y los preliminares de la desamortización eclesiástica*, situados también en una parte segunda o final del libro, para cuyo título además veremos que no aceptó la sugerencia de *Juristas e instituciones*. Sobre juristas o sus posiciones hay otras páginas de entonces que no seleccionó para el volumen por menores o también por estar ya en otro libro: *La tortura en España*, ed. 1973 ya existente, pp. 33-163: *Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz, 1618-1680*.

<sup>(17)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, pp. 371-405, en Miguel ARTOLA (ed.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid 1988-1993, vol. 3, pp. 327-408, cuya intencionada referencia primera, y tan intencionada, como veremos, es a Paolo GROSSI, ordinario o catedrático de historia del derecho en la Universidad de Florencia, fundador y director en ella del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, con sus *Quaderni* y su *Biblioteca* siempre *per il Pensiero Giuridico*, a todo lo cual se dirige naturalmente el guiño. Es *Centro* que sabidamente se caracteriza no sólo por la atención al *Pensiero Giuridico* en la historia, sino también por su tratamiento como vía de acceso a la experiencia pretérita del derecho mismo. En la dirección ya se produce la primera referencia de los esquemas de unos cursos de doctorado sobre *Historia del pensamiento jurídico* de 1983 a 1985, a los que me referiré más tarde. Respecto a la *Enciclopedia*, en sus créditos no se refleja el papel de TOMÁS Y VALIENTE como codirector prácticamente del diseño, no de los trabajos, de la parte jurídica, desde las grandes voces de *Individuo y Sociedad*, debida a Aquilino IGLESIA, y de *Justicia*, de B. GONZÁLEZ ALONSO, hasta las más sumarias de biografías de juristas, entre las que se reservó algunas como *Castillo de Bobadilla Jerónimo*; *Matheu y Sanz Lorenzo*, y *Santayana y Bustillo Lorenzo*, vol. IV, pp. 204-205, 549-550 y 776.

<sup>(18)</sup> De la segunda fase también proceden, con un volumen además suyo, los *Clásicos del Constitucionalismo Español*, luego *Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español*, la colección que él dirigía en el Centro de Estudios Constitu-

sino por razón de que « en último término son los hombres quienes actúan y deciden a un mismo tiempo amparados y limitados por los marcos institucionales » (19).

El MHDE, la misma historia constitucional que contiene, no se deja introducir ni guiar mínimamente por la cultura histórica del objeto jurídico, por la suya correspondiente. Pese a las apariencias que creaba con la rehabilitación retórica de una doctrina pretérita tenida por clásica frente a la contemporánea constitucional, la tradición docente no era confianza metodológica en el pensamiento histórico lo que transmitía. Más bien estaba incapacitada a este efecto. Igual que abstraía del derecho las fuentes, no infería de la cultura histórica las categorías historiográficas. Esto lo hacía a partir de su propia posición, de la posición propia del historiador o de la escuela. A una de signo anticonstitucional, Tomás y Valiente oponía la suya constitucional, pero el método de fondo no se renovaba con esto.

Había más en este punto metodológico. Al capítulo de *conceptos elementales* de tal carácter constitucional, se antepone el de *revolución burguesa* como exponente de unas *bases del sistema* más sustantivas. Sus cuestiones principales eran « las nuevas libertades de contenido económico » y « la transformación del régimen de la propiedad de la tierra », con apartados ésta de « abolición del régimen señorial », « desvinculación de los mayorazgos » y « desamortización » o expropiación eclesiástica. La materia es jurídica, pero su posición no se justifica jurídicamente. No viene al menos ahí marcada por la cultura del derecho de la época. Tal forma de entrada en la historia contemporánea del derecho más bien procede de la propia postura historiográfica, una que entonces ponía el acento en cuestiones de alcance económico y social más inmediato, en « aspectos socioeconómicos ». Como tengo parte de responsabilidad, sólo parte (20), en esta concepción de la revolución burguesa

---

cionales, a todo lo cual me referiré; igualmente, su *Martínez Marina Historiador del Derecho*, Madrid 1991.

(19) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción*, p. 10, a *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, pp. 9-12.

(20) Juan Sisínio PÉREZ GARZÓN, *La revolución burguesa en España: los inicios de un*

y tal vez en sus secuelas <sup>(21)</sup>, puedo decirlo. A lo que pueda importarnos, a lo que importará para el mismo planteamiento de la HCE por parte de Tomás y Valiente, no era una posición que estuviera abonando la concentración de la historia constitucional en el propio objeto jurídico, en la propia cultura del derecho. Puede así también que no sólo una tradición docente estuviera interponiendo unos escollos. La HCE tampoco dará finalmente por buena dicha forma de entrarse en materia propia. No le otorgará esa beligerancia. Ni siquiera para unos fundamentos servirá *El sistema normativo del Estado liberal*, esta sección del MHDE.

Para la materia más específicamente constitucional a la que se le dedicaba todo y sólo un capítulo, « Las Constituciones españolas », en su misma entrada se remitía a una hipotética prosecución a la que tampoco es que quedara entonces comprometido y esto por la sencilla razón de que la enseñanza, según el canon establecido, no la requería: « Dicho examen (de todos los mecanismos constitucionales) debe ser abordado en la segunda parte de esta asignatura, la dedicada a la Historia de las instituciones ». Así también operaba la distinción metodológica y la exclusiva docente de una historia de las fuentes. Y así era como se producía la entrada en el capítulo particularmente constitucional, en cuyo transcurso tampoco es que siempre se animara a la prosecución más estricta-

---

*debate científico, 1966-1979*, en Manuel TUNÓN DE LARA (ed.), *Historiografía española contemporánea*, Madrid 1980, pp. 91-138.

<sup>(21)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII*, en J.M. JOVER (ed.), *Historia de España Menéndez Pidal*, vol. 25, Madrid 1982, pp. 1-214; en p. 82, nota 218: es el mío de entonces « un concepto de revolución burguesa en términos que estimo convincentes en líneas generales »; este texto es anterior al *Manual* o paralelo a su gestación docente, pues está escrito en 1977: p. 18, nota 40. En la versión manuscrita es más preciso: « Comienzo a escribirla (la *Introducción*) el 16 de febrero de 1977 ». TOMÁS Y VALIENTE adoptó así el término de *revolución burguesa* tan importante en el *Manual*, pero venía ya atendiendo en sus cursos sustancialmente el asunto: *Programa de Historia del Derecho*, Salamanca 1972, lección 18: « Visión panorámica de los aspectos socioeconómicos del siglo XIX... De la sociedad estamental a la sociedad de clases. La propiedad agraria: la abolición del régimen señorial, la legislación desamortizadora y los fallidos intentos de reforma agraria. La lenta industrialización y el nacimiento del proletariado industrial... ». Y ya sabemos que a finales de los sesenta se ha introducido en el tema de la desamortización por esta precisa razón de un programa docente.

mente tal. Alguna indicación sociopolítica expresamente se hace « para compensar, una vez más, el inevitable enfoque jurídicoformal de estas páginas » (22).

Observemos también que el complemento hipotético de esta historia constitucional sería de « mecanismos » o « instituciones », lo cual se anuncia en un contexto que no confiere mayor relieve a principios o derechos constitucionales. Se da la circunstancia incluso de que respecto a la primera Constitución española interesante a este propósito, la acordada en Cádiz en 1812, la edición original descuida el extremo. Ha de remediarse luego adicionando: « En cuanto a los derechos individuales, la Constitución de Cádiz carece de una parte dogmática o declaración propiamente dicha. No obstante, en su artículo 4 se reconocía la libertad civil y la propiedad y se aludía a *los demás derechos legítimos de los individuos*. Algunos de estos derechos, de contenido preferentemente relacionado con la Administración de Justicia, venían regulados en el Título V de la Constitución ». « Principios ideológicos y derechos individuales » es la denominación del epígrafe, bajo el cual la primera edición no ofrecía respecto a los segundos más que la observación negativa de que la confesionalidad católica de dicha Constitución implicaba « la falta de libertad religiosa » (23). Cuando lleguemos a otros capítulos nuestros, como el de Iglesia y Estado o como sobre todo el de Justicia y Derechos, podremos apreciar, con el contraste, todo el alcance de estos primeros descuidos.

Se advertirá pronto. Enseguida veremos que a estas alturas de finales de la primera fase, las del MHDE, Tomás y Valiente está más que comprometido con los principios constitucionales que son los

---

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 436 y 455, en cualquier edición como ya sabemos para este capítulo particular de las Constituciones. El paréntesis respecto a « mecanismos constitucionales » es mío para coger el hilo, pero haciendo uso de la expresión literal de TOMÁS Y VALIENTE.

(23) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 440, ed. 1981, para la cita de los derechos y la justicia, pero ya el añadido en la « segunda edición », 1980. No hay que descartar que fuera errata editorial y no error original pues el nombre del epígrafe de « Principios ideológicos y derechos individuales » está completo desde la primera edición, sin que en ésta venga respecto a los segundos, pp. 438-440, más que dicha indicación negativa sobre la libertad religiosa. En todo caso, la inadvertencia en fase de corrección seguiría siendo significativa.

derechos. En el mismo capítulo sobre « La Constituciones españolas », cuando llega la de 1869 que fuera la que más en serio se tomara dichos fundamentos, no falta un apartado para ellos, bien que con un planteamiento que no viene a resaltar precisamente su sentido para el propio ordenamiento. Se presentan como « parte dogmática » significando con ello ideológica. « Principios ideológicos y derechos individuales » es también la denominación del apartado, con dicha persistente vinculación entre ideología y libertades. La « amplia enumeración de derechos y en especial el de sufragio y los de asociación y reunión significaron la articulación constitucional de la ideología liberal-democrática », viene a ser la conclusión <sup>(24)</sup>. Y no se señala más respecto a una Constitución que comprometía además directamente a la justicia, sin necesidad siempre de mediación de ley, en el amparo de derechos. Estamos indudablemente con un enfoque que no favorece la identificación de la perspectiva constitucional, la identificación de sus principios ni la concentración en su materia.

El conjunto de la sección constitucional, por contemporánea, del MHDE, *El sistema normativo del Estado liberal*, había debido trabajarlo Tomás y Valiente, por su entidad y novedad, de forma más concienzuda que otras partes. Mientras que lo tenía en el taller, publicó un artículo de revisión y reflexión sobre la historiografía española más específicamente constitucional, con cierta estima que no mantendrá, bien que ya entonces fuera relativa por crítica. Pero no nos interesa la obra ajena, sino la suya. Amplía también la visión del horizonte en el que estaba situándose. Puede ayudarnos a comprender las virtualidades mejores o peores del planteamiento suyo de entonces <sup>(25)</sup>. ¿Cómo entendía que había de abordarse la historia constitucional? ¿Cómo intentaba adentrarse en ella? Se trata de un repaso historiográfico, pero que procura al paso ofrecer orientaciones sustantivas, unas orientaciones que pueden resultar sólo relativa o parcialmente jurídicas y así, a los mismos efectos constitucionales, insuficientes luego para él mismo. No las tomará como punto de partida para la HCE, pero conviene recordarlas al

---

<sup>(24)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 451-452, en cualquier edición.

<sup>(25)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo*, citado.

mismo propósito de avanzar nosotros también desde la HD, desde su MHDE, hacia la HCE, hacia su historia constitucional.

Así, respecto a la Constitución dicha de 1869, la más interesante a derechos, no es el estudio de los mismos lo que allí comenzaba señalando o ni siquiera señalaba. Sobre esta norma constitucional subsiguiente a una revolución política del año anterior, esto indica: « Debe ser estudiada más a fondo, en conexión con los manifiestos y programas de 1868, con lo que ya sabemos acerca de los partidos de entonces, con el pensamiento político y con la rica y en parte duradera legislación complementaria de dicho texto; todo ello, por supuesto, engrazado con el juego apasionado y apasionante de las clases y los grupos sociales a través de la agitada vida política » de su tiempo. Parecía así dibujarse un horizonte de estudio de trazos más políticos y sociales que estrictamente jurídicos. Lo digo en términos limitados porque tampoco dejaba entonces de lamentar que el auge de una sociología hubiera ido en detrimento de un derecho: « Me refiero al relativo desdén o descrédito que dentro de la ciencia política, al menos en España, ha merecido en los últimos años el Derecho constitucional ». Y entre « criterios y sugerencias sobre cómo salir de la nada gratificante situación presente », no se dejaba de apuntar en una dirección jurídica: « En cualquier estudio del tipo que estamos trazando, una parte central debe estar constituida por el análisis de los principios ideológicos, de los mecanismos institucionales y del juego y relación entre todos ellos »; « el historiador del Derecho constitucional no puede limitarse a un enfoque sociohistórico de cada Constitución, sino que ha de descender al estudio, acaso menos brillante pero no menos necesario, estrictamente jurídico » (26).

El mismo estudio « estrictamente jurídico » no hay duda así de cómo se concebía entonces: « análisis de los principios ideológicos, de los mecanismos institucionales y del juego y relación entre todos ellos ». Mecanismo es el derecho constitucional e ideología sus principios. Dicho así, ya veremos que resulta injusto, pues también atiende por esta época a derechos, pero así es cómo lo decía. Parece detectarse incluso una especie de complejo de la historia jurídica de

---

(26) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo*, pp. 79, 83, 85 y 87.

cara a una historiografía menos especializada o más general de carácter sociopolítico. Ésta se ocuparía de las cosas incitantes, mientras que aquélla, la nuestra, la suya, de las aburridas. Es un sentimiento que, si entonces verdaderamente existe, se despejará por completo con los años. En su tercera fase, tras la experiencia de la magistratura constitucional, le veremos, no sólo centrarse con mayor seguridad en la historia más jurídicamente constitucional, sino también proclamar con orgullo y sin complejo que la misma interesa no solamente a toda la historiografía, sino incluso a la ciudadanía toda.

Por entonces, durante la primera fase, su misma obra monográfica que pudiera interesar a la historia constitucional se sitúa más en un horizonte latamente sociopolítico que en el « estrictamente jurídico », sea esto siempre dicho en tales términos relativos. Pienso en la materia ya referida de la desamortización, a través de la cual es como se produjo principalmente su entrada en la historia de la edad contemporánea, la del tiempo constitucional. Y ya sabemos también que lo hizo por necesidades docentes conforme a la posición que este tipo de cuestiones acabaría ocupando en su programa universitario. Se trata de materia jurídica y como tal la aborda, pero con una preferencia inicial marcada por su encuadramiento político y su tratamiento social. Y son intereses que seguirán primando aunque sólo fuera por la mejor acogida de sus trabajos en este campo por parte de una historiografía no jurídica. Pero tampoco faltan excursiones más especializadas por estos mismos terrenos de la desamortización (27).

A lo que ahora nos importa, las excursiones que se producían, si no por terrenos extraños, al menos con brújula y equipaje menos jurídicos, no las entendía como correrías fuera de la plaza central de una historia del derecho en su tiempo constitucional. Se trataba incluso a su entender de la avenida de entrada en la época contemporánea (28). Para la misma historia del derecho la trazaba la

---

(27) Aparte lo ya citado, el artículo originario y el libro, *Bibliografía*, entradas 21, 22, 23, 24, 26, 38 y 53.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La obra legislativa y el dismantelamiento del Antiguo Régimen*, en J.M. JOVER (ed.), en *Historia de España Menéndez Pidal*, vol. 31, Madrid 1981, pp. 141-193, interesa también sustancialmente a este propósito, pues viene a suponer un desarrollo del tratamiento de la *revolución burguesa del Manual*, con los

revolución burguesa con las materias que, cual ésta de la desamortización, se consideraban entonces como características suyas (29). Pero con todo esto no estamos ni ante una cuestión ni frente a una posición que condujeran a la historia más estrictamente jurídica del objeto más específicamente constitucional. El mismo horizonte sociopolítico no era en esta dirección hacia donde miraba ni consiguientemente orientaba. Según entiendo, éste es el punto que debemos muy especialmente subrayar por todo el contraste que luego tendremos y para comprender entonces precisamente las novedades que se nos presenten.

Entre la hipoteca no enteramente superada de una tradición docente y una posición historiográfica algo también escorada en otra línea, con el peso y el contrapeso, el hecho es que, si había ya escrito en la primera fase una historia genéricamente constitucional, la que se contiene en el MHDE, la misma no le parecerá justamente tal cuando se plantee la HCE en la tercera fase. Entonces comenzará por entender que la historia constitucional no es un apéndice, bien que sustancioso, de la historia del derecho, sino historia con entidad propia. Tomás y Valiente ha salido de la primera fase no sólo con la práctica ejercitada, sino también con el convencimiento hecho de que la una es prosecución natural, sin más problema, de la otra: *Historia constitucional del Estado* e *Historia del Derecho* constituyen « disciplinas por cierto separables entre sí, aunque yo considero que la primera es una parte de la segunda », marcando así claramente su posición respecto a « un debate en el que aquí y ahora no es necesario, ni acaso conveniente, entrar » (30).

Entraremos luego en todo ello, inclusive en el punto del alcance no enteramente contemporáneo de dicha expresión de *historia constitucional*. No reparemos todavía ni siquiera, pues llegará más

---

capítulos principales de « La liberalización del régimen jurídico de la propiedad » y « La liberalización del tráfico económico ». Esta es la publicación que recibe el Premio Nacional de Historia que registra en su *Curriculum*.

(29) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis*, pp. 133-160, en *Moneda y Crédito*, 131, 1974, pp. 95-160.

(30) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La buella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, p. 264, en P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'Incontro di Studio Firenze, 26-27 Aprile 1985*, Milán 1986, pp. 245-273.

tarde el momento, en la aparición correspondiente del Estado como sujeto de la historia que se dice constitucional, de una historia constitucional que puede carecer incluso de determinación constitucionalista: ser historia institucional política e historia por lo tanto de un Estado también preconstitucional. Nosotros de momento la hemos mirado en su sentido contemporáneo y para la primera fase. Pero dejemos observado que en ella Tomás y Valiente no maneja alguna categoría identificativa o indicativa de la historia constitucional como historia del derecho de un tiempo tal <sup>(31)</sup>. A este efecto cargará luego de sentido el sintagma de *historia del constitucionalismo*, manteniendo así también la acepción menos específica de la denominación de *historia constitucional*. Mas por ahora sólo tenemos, sólo tenía, ésta, una historia donde, porque entren las Constituciones, no es claro que lo haga el constitucionalismo. Aunque sólo resulte lo primero, ya era importante para el momento. Pero habrá de importarnos, como a él le importará, no un capítulo constitucional, sino toda una historia y todo un derecho constitucionales. Puede, según veremos, que el vacío fundamental de una primera fase consista precisamente en la falta de una categoría constitucional más comprensiva por más integral.

Si al final de la primera fase, dentro de un planteamiento determinado, las cosas podían estar relativamente claras, ya veremos que no lo estarán tanto al salirse de la segunda, lo cual arrojará desde luego dudas sobre la misma claridad de partida. Entonces, al cabo de más de una década de experiencia además constitucionalista, no será solamente que una historia constitucional hecha, la del tiempo contemporáneo planteada como prosecución simple de la historia del derecho anterior y representada por la sección quinta de su MHDE, venga a parecerle una historia insuficiente, sino será también que ni siquiera la considerará una historia estrictamente constitucional, historia de un derecho ni de una cultura tales. La HCE no intentará en grado alguno ser la prosecución como « Historia de las

---

<sup>(31)</sup> En la cita anterior, tras aludir al debate, TOMÁS Y VALIENTE remite, para « mi posición », la suya, a páginas de su *Manual* sobre la historia de la historiografía, en las cuales, pp. 42-43, la *Historia constitucional* figura como una corriente dedicada « a estudiar la organización del poder político en el pasado » sin especificación constitucionalista ni de tiempo ni de derecho.

instituciones » de la historia de las fuentes contenida en el capítulo de « Las Constituciones españolas » del MHDE, esa continuación cuya posibilidad ha quedado indicada sin compromiso alguno. No será desenvolvimiento ni tampoco revisión de su sección contemporánea. Se planteará como historia nueva y distinta, con fundamentos y desarrollos propios.

No es sólo que todo esto podamos pensarlo otros; es que lo pensaba él. En el prólogo de la tercera impresión del MHDE, la de 1981, agradecía y solicitaba crítica no sólo además de profesores, sino también de alumnos: « A estos últimos les pido que ejerciten ante mi Manual su razón », « su inteligencia abierta a la reflexión », y no un « aprendizaje memorístico y estéril »<sup>(32)</sup>, pero al cabo de más de una década de experiencia además constitucional, en la tercera fase, no necesitaba que nadie se la hiciera. Mi intento no ha sido plantear la mía, sino inferir la suya. Si lo primero también resulta, es porque en esto coincidíamos. Si de lo segundo se tienen dudas, espero que todo lo que sigue las despeje.

---

(32) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nota introductoria a la tercera edición*, p. 20. No hace falta quizá decirlo, pero no quiero dejar de añadir que se puede comprobar en mi resaña citada, al menos en la mía y por contraste, que no teníamos entonces en el seno de la historia del derecho española posición de mayor precisión ni de superior compromiso constitucionales que la de TOMÁS Y VALIENTE.



## CAPÍTULO TERCERO

### UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: INTEGRIDAD INDIVIDUAL

En el MHDE, hay un capítulo nominalmente constitucional, el de « Las Constituciones Españolas », y toda una sección potencialmente tal, la de *El sistema normativo del Estado liberal*. El constitucionalismo caracteriza esta historia contemporánea. Sienta los principios que la mueven y la informan, a favor o también a la contra. Pero con dicho peso todavía de una tradición docente más bien adversa y con la misma anteposición de unas bases más económicas y sociales que jurídicas, tal presencia constitucional no resulta tan clara a todo lo largo de la sección contemporánea. Fuera de su capítulo nominalmente tal, el constitucionalismo está presente por supuesto, pero no propiamente identificado. No lo encontramos realmente por doquier, marcando perspectivas, y esto no sólo por causa de sus propias deficiencias o quiebras históricas durante este tiempo contemporáneo. Cuando asoma entre unos y otros capítulos, lo hace además en medida muy diversa, más irregularmente de lo que pudiera determinar la propia historia.

Unos « principios constitucionales » pueden surgir y operar más claramente desde el primer capítulo de los dedicados a la codificación en particular, en la del derecho penal. Lo veremos en su vertiente procesal con algún detalle más tarde. Baste ahora notar que, con sus requerimientos especialmente garantistas, la materia de por sí lo facilita, pero que no lo trae, y menos aquí por aquellos años, de un modo espontáneo. Ello también y sobre todo constituye prueba del interés constitucional del propio Tomás y Valiente, de un interés que no ha esperado a plantearse la HCE, a esta tercera fase, para formarse, manifestarse y activarse. Porque no esté bien identi-

ficado el constitucionalismo, no dejamos de tener signos constitucionales.

Tenemos un interés y un compromiso que no han esperado tampoco a la MHDE, a este final de su primera fase. Desde prácticamente el principio de su trabajo como historiador se están generando y fraguando y lo están haciendo más claramente en este campo penal <sup>(1)</sup>. Su abordaje y tratamiento de esta materia venían siendo de lo más elocuente al propósito. Pueden marcar, por su fondo constitucional, un hilo de comunicación entre todas las fases y así interesar más directamente a la propia HCE. Lo veremos después con carácter más general en la parte procesal como ya he anunciado. Comenzaremos ahora por el aspecto más presente en la primera fase.

Tomás y Valiente venía cultivando desde temprano el capítulo procesal penal por atender más monográficamente alguno de sus aspectos. Venía ocupándose de su historia preconstitucional con preocupación que era constitucional. Entre sus primeros trabajos figura uno sobre un medio histórico de prueba en el procedimiento penal, sobre la tortura judicial en su etapa última <sup>(2)</sup>. Es un estudio anterior a todos los de la desamortización y que ya interesa a historia e incluso a derecho constitucionales pese además a que, cuando se escribe y publica, nos hallamos por tiempos de un régimen no constitucional en España. Ya sabemos que tuvo por esto luego problemas. Es la existencia de dicha misma situación política deficiente para el derecho la que pudo llevarle a la elección y al tratamiento, si no del tema penal, de ese concreto apartado suyo.

Dicho trabajo temprano muestra en sustancia cómo el primer constitucionalismo español, el de Cádiz, no sólo puso en cuestión el procedimiento de tortura, sino que además produjo la abolición que resultaría definitiva como tal expediente judicial. Y trae conclusión.

---

(1) Marta LORENTE, *Historia como compromiso: F. Tomás y Valiente y el oficio de historiador*, en la revista *Jueces para la Democracia. Información y debate*, 25, 1996, pp. 3-8.

(2) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho*, 1, 1963-1964, pp. 23-59, recogido luego en su libro *La tortura en España*, eds. citadas, 1973, pp. 103-163, y 1994, pp. 93-141. Como ya sabemos, 1964 es el año de su acceso a la cátedra y La Laguna, Canarias, su primer destino así autónomo.

Comienza así: « Aquí acaba lo que un jurista de hoy puede escribir sobre la historia del tormento en España; cuando éste deja de ser una institución admitida por el Derecho, hemos de poner punto final a nuestro estudio ». Pero aún continúa: « Sin embargo, no conviene cerrar los ojos a la realidad »; « el tormento ha seguido siendo empleado », aunque « ya no como institución legalmente regulada, ni tampoco como medio de prueba ante los Tribunales ». « Cuando ha ido creciendo el poder del Estado, y su mitificación ha alcanzado los niveles máximos en los regímenes totalitarios comunistas y fascistas, la tortura ha vuelto a ser realidad ». Y siguen incluso ilustraciones que no pueden ser españolas y no porque no existieran <sup>(3)</sup>. Existía la censura, como bien sabemos. Ya he recordado que aquí entonces no estábamos en tiempos exactamente constitucionales.

Tomás y Valiente hacía historia sin volverse de espaldas al presente. Ya hemos visto cómo pudo producirse así, con estas miras, su entrada en el tiempo contemporáneo. Es postura que tendrá formulación: « Es preciso que quien la estudie y la escriba (la historia) lo haga con honestidad y pericia profesionales, pero también que detenga su atención y su pluma en problemas cuya respuesta enlace con las preocupaciones del presente que comparten el historiador y sus conciudadanos » <sup>(4)</sup>. Esto ya lo decía con la finalidad constitucional más explícita. Mas antes incluso de que le diera un sentido expreso de compromiso ciudadano a la posición, que fue pronto como estamos detectando y seguiremos comprobando, consideraba, si no natural, obligado ese nexo entre historia jurídica y derecho presente. Su formación facultativa fue de derecho. Su licenciatura y su doctorado fueron en derecho.

Su misma tesis doctoral ya sabemos que se había ocupado del derecho procesal y con vistas a posibles reformas actuales. El tema se trataba todavía como asunto técnico sin implicación constitucional, al menos expresa, pero el nexo ya estaba. Es una posición constante de fondo de su historia jurídica que no siempre se ponía de manifiesto por sus mismos pronunciamientos metodológicos.

---

<sup>(3)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, pp. 160-163, ed. 1973, y 138-141, ed. 1994.

<sup>(4)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Martínez Marina Historiador del Derecho*, p. 79.

Hacia finales de la primera fase mantuvimos un debate acerca de la naturaleza historiográfica o jurídica de la especialidad que hoy me parece un tanto engañoso, hipotecados como estábamos por el llamado *método institucional*, que se pretendía jurídico, patrocinado por García Gallo cual credencial escolástica. Defendía él, Tomás y Valiente, la posición historiográfica y yo, sin relación con tal presunto método, la jurídica. Hoy me parece que las tornas estaban algo cambiadas: que él al menos situaba a la historia del derecho en el campo del derecho mayormente que en el de la historia. Se trataba además de unas posiciones metodológicas sin significación ulterior en cuanto tales para la HCE <sup>(5)</sup>. Mas así reflexionamos. « Opino que es más fecundo discrepar por escrito que en silencio », es una anotación manuscrita suya entrando en polémica conmigo para materia más sustantiva <sup>(6)</sup>. Una posición metodológica realmente ya entonces compartíamos y luego mantuvimos: la dialéctica, la de no rehuir la polémica y convertirla en diálogo. De pormenores menos importantes, del engaño mutuo que he dicho, me ocuparé luego.

Debieron importar más por entonces e importan sobre todo hoy las cuestiones más sustantivas. Importa que Tomás y Valiente abraja pronto preocupaciones constitucionales y no las mantiene al margen de su profesión como historiador jurista. Seguirá ocupándose de la tortura judicial histórica y preocupándose por la tortura policial presente <sup>(7)</sup>. Ésta concreta es preocupación que nunca pierde <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Para todo ello por dicha época, con tal énfasis más historiográfico, de lo que trataré luego, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho y Derecho, Historia del Derecho e Historia y Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, citados, y por citar todavía, *Reflexiones sobre la Historia*.

<sup>(6)</sup> En el manuscrito de *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos* al que luego me referiré por razón del mismo asunto sustantivo en discusión entonces, el del Estado preconstitucional.

<sup>(7)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, en el colectivo *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca 1971, pp. 125-142, que edita un ciclo de conferencias pronunciadas en la Universidad en la segunda mitad del mes de marzo de 1971, la suya también recogida en su libro *La tortura en España*, pp. 209-246, ed. 1973, y 205-235, ed. 1994, ampliada esta edición, como he dicho, con trabajos posteriores.

<sup>(8)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, reseña a Edward PETERS, *Torture*, Oxford 1985, en *Journal of Modern History*, 59, 1987, pp. 804-806, más intervención de tercera fase que veremos.

Son sus circunstancias las que cambian. Cuando en fecha tan reciente como en 1994 se produce la última edición de los trabajos referentes al asunto, escribe una introducción que explica circunstancias de la primera, la de 1973. Entonces, « durante las últimas décadas del franquismo » que « nadie aseguraba, sin embargo, que lo fueran », se recurría « a la estrategia de hablar sobre determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino en relación con tiempos pasados », resultando escritor y lector « cómplices que intercambiaban guiños y descifraban claves ». Mas los tiempos felizmente han cambiado. El volumen nos dice que « en la reedición actual hay que leerlo, sin más, como un libro de historia » (9). Ya no hace falta lo que llamó « el lenguaje diagonal », un lenguaje que, por causa de la censura, obligaba entonces a « hablar de lo exterior a España o de lo que nos concierne, pero viniendo desde fuera, para referirse a la España interior, nunca criticada de modo frontal », o que movía también a hablar del presente en la historia (10).

Había practicado el guiño y la clave, pero no los había convertido en método y estilo. Aun con dicho transfondo que se presta ahora a equívoco, su obra de historiador presenta desde un principio consistencia y entidad propias. Seguiremos teniendo comprobaciones de que siempre recomendó y nunca rechazó la práctica historiográfica de cara al presente, pero también de que fue consciente de que para poco vale la obra histórica reducida a espejo de la actualidad o a especulación sobre ella: « Es cierto que el presentismo, entendido como invasión indebida del presente en la obra del historiador, puede ser un pecado metodológico funesto » (11). El presente puede brindar orientación y contraste a la historiografía, pero no constituir para ella guía por la que discurrir ni artífice al que plegarse. Pero si éstos son unos cuidados que guarda desde temprano, también es cierto que los mismos no le inmunizaron desde una primera fase de algún contagio de este morbo que llama

---

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción al cuadrado*, pp. 5-6.

(10) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, Madrid 1996, p. 203, con *Prólogo* explicativo, pp. 9-15. Es libro póstumo, pero compuesto por él, reuniendo artículos de prensa y algún otro tipo de texto que veremos.

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Martínez Marina Historiador del Derecho*, p. 79 citada.

*presentismo*, « la influencia del presente que vive el historiador en la Historia que éste escribe » (12).

De temprano es una preocupación constitucional que no resulta presentista porque en el presente de entonces no hay constitucionalismo. Esto, que tendrá su interés para la HCE, tenía su problema para la HD. Durante unos primeros tiempos no constitucionales, ello implicaba, en primer lugar, que el constitucionalismo y su historia no pudieran abordarse limpiamente ni siquiera como objeto de estudio; en segundo lugar, que la historia de tiempo anterior pudiera resultar contaminada por la proyección de unas preocupaciones que le son ajenas por posteriores. Aunque más latentemente, es rémora que puede incluso gravitar sobre su monografía mayor de HD, la del derecho penal de tiempo preconstitucional de la que al fin y al cabo constituyen una derivación sus trabajos sobre la tortura y otros de entonces (13). Ya hemos detectado que en esta historia, que trabajó durante toda una década, entró por motivaciones más bien historiográficas, pero también sabemos que se adentró y extendió en ella por la analogía con unas realidades no constitucionales y el contraste con unos deseos constitucionales del tiempo de su confección.

Entre los trabajos derivados, los hay sobre ese gozne en la historia del derecho penal o al menos del pensamiento penalista que es *De los delitos y las penas* de Beccaria. Y lo digo en plural porque son dos, uno de la primera fase y otro de la tercera. En el primero, pese a la impecable ubicación que ofrece del derecho penal de la época, se introduce abiertamente en la refundición de tiempos: « No caiga el lector en la tentación de pensar que la dramática actualización (por el fascismo italiano) de los horrores combatidos por Beccaria fue pasajera, por cuanto estuvo vinculada a unos regímenes políticos determinados y afortunadamente superados. Esas recaídas en totalitarismos deshumanizantes no son privativas de regímenes

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, p. 27. En los *Fundamentos teóricos del presente Manual* a los que ya me he referido y de los que me ocuparé, hay una concreción más jurídica, f. 42: « riesgo de *presentismo* (esto es de absolutizar la dogmática actual y retrotraerla instrumentalmente hacia un pasado en el que no existió) ».

(13) Me refiero naturalmente al *Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, citado.

fascistas. Por otra parte, ¿no es la tortura un recurso empleado por la policía de *Estados civilizados* y occidentales o libres, aunque naturalmente no se reconozca así ante la opinión pública? » (14). En el escrito de la tercera fase, actualización tan dramática desaparece, reduciéndose la ocurrencia a una fórmula casi de estilo: la obra de Beccaria trata « de unos problemas y unas ideas que aunque muden sus formas y sus circunstancias también son de nuestro tiempo. Por eso este libro es un clásico » (15).

En suma, por lo que ahora esencialmente nos atañe, había otro importante escollo para el planteamiento de una historia constitucional en una primera fase de la trayectoria de Tomás y Valiente, uno precisamente constituido por la posición de esta índole en la medida en que era objeto de proyección y no todavía en cambio de estudio. La preocupación constitucional podía alimentarse en clave histórica sin realizarse por ello la ocupación de igual signo. Ahora puede interesarnos sobre todo que lo primero ya estuviera desde la primera fase. En la segunda, la de magistrado constitucional, no hace más naturalmente que acentuarse, pero pudiendo todavía menos plantearse y realizarse como obra histórica, ahora por otras causas. Justificando que las adiciones resulten algo magras, lo confiesa en dicha misma introducción de la edición de 1994 del libro sobre la tortura: « Desde el Tribunal Constitucional disponía de muy poco tiempo » para estos menesteres del trabajo histórico (16). Pero este tipo justificado de excusa, que repetiría en más ocasiones, nunca significa, no sólo desde luego que la preocupación no le haya abandonado, sino tampoco que haya dejado de considerarla como cuestión histórica, aun careciendo del tiempo para darle cuerpo.

---

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, pp. 190-191, ed. 1973, y 163, ed. 1994, del *Prólogo* a su traducción y edición del BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid 1969, pp. 9-53. Aparte siempre por aquellos años la clave de hablar del caso propio sin nombrarlo, la referencia tan singularizada al fascismo italiano, en paréntesis mío para coger su hilo, se debe a que quien le da pie es Piero CALAMANDREI, su introducción traducida al mismo BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires 1958.

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España*, ed. 1994, p. 203, de la *Presentación* del facsímil del *Tratado de los Delitos y de las Penas*, traducción de Juan Antonio DE LAS CASAS, 1774, Madrid 1993, pp. IX-XLI.

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción al cuadrado*, p. 9.

Mas lo más interesante, a este propósito de presencia de la historia en la ocupación constitucional, no se encuentra en dichas adiciones de 1994, sino en unas páginas que ya estaban recogidas en otro libro. Trataban del principio *in dubio pro reo* <sup>(17)</sup>.

Es trabajo constitucional, directamente de derecho constitucional, pero que viene introducido mediante una precisa y preciosa consideración histórica: « Suele defenderse la tesis de que también durante el proceso penal inquisitivo, propio del Derecho preliberal, tenía vigencia y aplicación reales el principio *in dubio pro reo* », pero Tomás y Valiente no lo entiende así. Cuando en aquellos tiempos se sugiere o incluso se establece una idea de ese género favorable al reo, « no está en juego ningún derecho del individuo a quien se juzga, sino la virtud del juzgador », por razones de piedad y misericordia suyas y por razón también del honor que esto reporta a quien juzga. « El sistema de probanzas y presunciones del Derecho de los siglos XIII al XVIII estaba construido precisamente para condenar tan sólo con indicios de culpa, para lo cual los indicios servían como base para poner en práctica el mecanismo tendente a obtener la confesión del reo indiciado, bien de modo espontáneo o bien por medio del tormento; y, por otro lado, podían considerarse como bastantes para producir la *semiplena probatio*, en virtud de la cual el juez no podía imponer al reo la pena legal ordinaria prevista para el delito, que sólo se imponía tras la *plena probatio*, pero sí podía imponerle una pena extraordinaria, moderada según el arbitrio del juez, *pena arbitraria* », a cuya discrecionalidad se sumaban las presunciones de favor, ahora sí, de los estamentos jurídica y no sólo socialmente privilegiados <sup>(18)</sup>.

Y hay más al llegarse precisamente a la historia constitucional. El constitucionalismo formula un principio de presunción de inocencia por el que puede realmente materializarse el de *in dubio pro reo*, pero una historia constitucional, la española, no responde por ello al cambio. « En España no hubo precepto alguno » de este rango en tal

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, « *In dubio pro reo* », *libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 1987, pp. 9-34, recogido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 115-141, que es colección de textos y discursos de la segunda fase con breve *Presentación*, pp. 9-10.

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, « *In dubio pro reo* », pp. 117-119.

sentido, « aunque sí, ya desde la Constitución de 1812, el reconocimiento constitucional expreso de derechos que consistían en otras tantas garantías del individuo en el marco del proceso penal ». Pero la codificación procesal penal no consagra positivamente el principio como tal y éste resulta para la jurisprudencia más una guía humanitaria que una regla vinculante. Durante la historia constitucional española, el quebrantamiento del *in dubio pro reo* no se admite como motivo del recurso de casación. Su juego seguía moviéndose en el terreno de la virtud del juez, respondiendo a su humanitarismo, sin suponer derecho ni por tanto garantía para el acusado. En España, como Tomás y Valiente expone, sólo la Constitución actual trae en 1978 el cambio histórico, consagrando, con el derecho, la garantía <sup>(19)</sup>. De ello realmente trata, pero a nosotros ahora nos interesa primordialmente el preámbulo, su síntesis histórica.

Hay aquí una historia jurídica, tanto historia del derecho como historia constitucional, de una precisión inédita en toda la obra anterior de Tomás y Valiente. Compárese la figura que aquí hace un primer constitucionalismo, o todo el constitucionalismo histórico incluso, con la que hacía en el trabajo inicial sobre la tortura. Durante su segunda fase, aun falta de tiempo para la historia, no ha dejado de aprovechar alguna otra ocasión para asomarse con carácter incluso más general a la evolución constitucional pretérita desde el punto de vista más apropiado de los derechos y con dichos criterios de exigencia que obligan a una revisión de posiciones más complacientes <sup>(20)</sup>.

De la tercera fase es una conferencia dedicada al *ius commune* europeo, al *derecho común de ayer* y también al *derecho común de hoy*, el que supone la cultura constitucional <sup>(21)</sup>. Recibe el encargo

<sup>(19)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, « *In dubio pro reo* », pp. 121-126.

<sup>(20)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, en el colectivo *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid 1988, vol. 1, pp. 29-50, recogido, junto a otros trabajos históricos de esta segunda fase que siguen respondiendo más bien a la manera de la primera, en *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid 1989, pp. 153-173. A la ocasión original en la que participé, de dicha *Introducción*, me referiré luego.

<sup>(21)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, conferencia pronunciada en la Universidad de Murcia en mayo de 1994, edición póstuma en Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibersitatea, *Homenaje al*

sobre lo primero y él lo extiende a lo segundo. Del *derecho común de ayer*, como no es constitucional, como no pertenece ni siquiera a este tiempo contemporáneo, no hay aquí mucho que decir, mientras que el *derecho común de hoy*, pues no es más ni tampoco menos que el constitucionalismo, tendremos que considerarlo y tanto que lo haremos. Pero alguna noticia, aunque sea sumaráisima, interesará de esa especie de precedente, de ese gemelo de otro tiempo. La ofrezco y retomo enseguida el hilo.

Algo ya sabemos. Recordemos que la sección cuarta del MHDE, la que precede precisamente a la contemporánea, se titulaba exactamente *La formación y persistencia de los sistemas normativos construidos sobre el Derecho Común (Siglos XIII a XVIII)*. El *derecho común* aparece así como un sustrato general de todo el derecho durante las edades bajomedieval y moderna. Era « el denominador común » de la generalidad de los ordenamientos en Europa. « De ahí su nombre », un nombre que es de entonces, *ius commune* en esta lengua, el latín, que también era todavía eso mismo, común al menos para una cultura letrada <sup>(22)</sup>. O recordemos que con anterioridad, en los puros comienzos del inicio de su tesis doctoral, Tomás y Valiente ya se interesaba por « el Derecho italiano medieval », este mismo *derecho común*, pero antes de identificarlo y situarlo con mayor propiedad. Ni era solamente italiano ni fue tan sólo medieval. Baste recordar con todo esto, sin necesidad de más detalles, aquel fenómeno histórico de una comunidad jurídica por cultural que no suele ni siquiera todavía hoy advertirse por la historiografía dominante, incluida la política y en casos todavía la institucional y la jurídica. Tampoco entremos en comparaciones. Su tesis es de 1957 y la mía de 1972; lo digo porque en ella, a dichas alturas, también me encontraba con el *ius commune* y tampoco sabía identificarlo <sup>(23)</sup>. Para valorar las cosas, conviene siempre que estemos en guardia con las fechas.

---

profesor D. Francisco Tomás y Valiente — Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia, Lejona-Leioa 1996, pp. 4-12.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 167 para las expresiones citadas, introduciendo el asunto, en cualquier edición.

(23) B. CLAVERO, *Mayorazgo* (1974), Madrid 1989, pp. 435-473, páginas sobre el *derecho común* añadidas precisamente en esta segunda edición. Es sintomático que

Es aquí un inciso, pero inciso necesario para entrar en dicho discurso sobre unos *derechos comunes* y llegar al punto suyo que de momento nos interesa. Tomás y Valiente ha recibido y aceptado la invitación de hablar sobre un derecho histórico, *el derecho común de ayer*, y la extiende por su cuenta a un derecho actual, al derecho constitucional, por la vía de considerarlo *el derecho común de hoy*. No es idea que improvisara, pues viene proclamándola desde la segunda fase. Lo hace en una conferencia americana (24), o también en una italiana, con homenaje a la procedencia. Helo: «L'Europa non è solo un mercato. Si appresta ad essere uno spazio giuridico comune. Rinasce un *novum ius commune*, integrato non soltanto da accordi doganali o direttive di discussa forza cogente, ma in modo preponderante e più profondo dalla coincidenza del regime di alcuni diritti fondamentali riconosciuti e garantiti in costituzioni, trattati e accordi. Su questo suolo dei diritti fondamentali, sostanzialmente eguali in tutti i nostri paesi, i Tribunali Costituzionali in la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno creato una giurisprudenza comune». Respecto al *derecho común de ayer* hay «diferenze sensibilissime di contenuto», pero también «similitudini tecniche e metodologiche» (25). Ha podido encontrar la sugerencia en alguna

---

cuando su lectura en 1972 como tesis (pp. 1-425 es ésta exactamente) todavía ningún miembro del tribunal me señaló la laguna.

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias*, pp. 57-58, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* pp. 23-60, que es originalmente conferencia pronunciada en Puerto Rico en setiembre de 1987.

(25) Lo proclama en italiano pues se trata de un discurso en la Universidad de Bolonia en marzo de 1988 con ocasión de la laurea honoraria de Juan Carlos I Rey de España, en *Diritto e Società*, 1, 1988, pp. 155-170, expresiones postreras; el original lo publica luego: *Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional*, en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 153-158; p. 157: «Europa no es sólo un mercado. Vuelve a ser un espacio jurídico común. Vuelve a nacer un *novum ius commune* integrado no sólo ni principalmente por acuerdos arancelarios o directivas de discutida fuerza vinculante, sino de modo principal y más profundo por la coincidencia en el régimen de unos derechos fundamentales reconocidos y garantizados en Constituciones y en Pactos o Convenios. Sobre este suelo de los derechos fundamentales sustancialmente los mismos en todos nuestros países los Tribunales Constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han creado una jurisprudencia común»,

lectura <sup>(26)</sup>, pero él va a conferirle a la idea su particular impronta precisamente constitucionalista.

Pues bien, en dicha exposición de la tercera fase, no en las de la segunda, he aquí cómo puede presentarse el momento de transición entre uno y otro derecho europeo: « Más de veinte siglos de cultura jurídica no permiten ingenuidades. Grave sería la que consistiera en creer que declarar derechos equivale a garantizarlos o llenarlos de contenido. Las hipocresías del individualismo posesivo son múltiples: desde un Montesquieu permitiendo la esclavitud de los negros en aras de la producción, monopolio y comercio de la caña de azúcar (*Espíritu de las Leyes*, libro XV, cap. V), hasta un Locke redactando cartas de los derechos de los colonos ingleses en modo alguno extensivos a los indígenas, o una Constitución de Cádiz proclamando la libertad de ideas políticas, pero no religiosas, o hasta todo el liberalismo doctrinario atesorando en exclusiva para la burguesía y demás primeros contribuyentes el derecho de sufragio activo y pasivo, en aras de su mayor interés o de lo que Donoso Cortés llamara la soberanía de la inteligencia » <sup>(27)</sup>.

---

expresión de *derecho común* que presenta « diferencias abismales de contenido » y « semejanzas técnicas y metodológicas » respecto al histórico.

<sup>(26)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado*, p. 57, cita a Mauro CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia 1978, mientras que en las otras ocasiones las referencias sólo interesan al *derecho común* histórico; mas una reivindicación hoy beligerante en el seno de la historiografía del derecho, particularmente en la italiana y en la alemana, cual la del *ius commune* en cuanto que derecho europeo sin sensibilidad especial e incluso a costa de su entidad constitucional actual, no le llamaba especialmente la atención. La misma guarda relación con la valorización de la historiografía para el derecho en el postfascismo que GARCÍA GALLO desvirtuara aquí y que por sí sola se basta para desvirtuar la historia. Si se quiere, para contraste, un ejemplo, acaba de aparecer versión castellana de Manlio BELLOMO, *La Europa del Derecho Común* (1988), Roma 1996.

<sup>(27)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, p. 10. En el manuscrito, respecto al « atesoramiento » de derechos por la burguesía *en exclusiva*, esto último, la exclusiva, es un añadido. Ya he indicado que este texto fue originariamente, en mayo de 1994, conferencia en la Universidad de Murcia; lo reitero porque, con la iniciativa de Antonio PÉREZ MARTÍN, catedrático de Historia del Derecho en la misma, se situaba en el contexto de una celebración del *derecho común de ayer* en la línea constitucionalmente menos sensible que he dicho, siendo TOMÁS Y VALIENTE quien imprime el giro.

Es un párrafo impensable en la primera fase. En él se detecta la influencia de lecturas e intercambios casi con nombres y apellidos<sup>(28)</sup>, pero lo que ahora realmente interesa ya sabemos que no son estas razones digamos que externas, sino la lógica interna de una autobiografía: « De la HD al TC y de éste a la HCE ». Aun con expresiones nuevas y formulaciones inéditas, lo primero que se nos está poniendo más sustantivamente de manifiesto es una suerte de continuidad. Patentemente se da ésta entre unas posiciones contra la tortura y unas indicaciones respecto a la privación de derechos, una y otra cosa procedentes de tiempos históricos preconstitucionales, pero existentes también en época constitucional. La continuidad a la que ahora me refiero no es la de una historia, sino la de un historiador, de quien considera y defiende unos derechos individuales pues acusa historiográficamente y se pronuncia constitucionalmente contra la negación de los mismos, contra lesiones y sustracciones; de quien procura además en momentos tener presente a todos los individuos y no sólo, como resulta relativamente usual tanto en la historiografía como en el constitucionalismo, al sector que histórica o actualmente tiene efectivo acceso al derecho formalizado. Tampoco esto es enteramente nuevo. Un apartado del MHDE se ocupaba de « Los grupos marginados y el Derecho », aunque sólo para época histórica y no para la constitucional. En ésta entonces sólo se consideraba el caso del « trabajo por cuenta ajena » y particularmente del « proletariado consciente y militante »<sup>(29)</sup>.

---

(28) Clara ÁLVAREZ, *Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 559-583, era texto aún inédito, pero del que ya disponía. De la cancelación constitucional del derecho indígena habíamos tenido ocasión cercana de tratar, sobre todo durante el largo viaje en avión, por un encuentro en México de septiembre de 1993 acerca de *La tradición indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos*, cuyos trabajos, no los debates y menos de pasillos, se publican en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 6, 1994. Y digo lo segundo, lo de la controversia sin formalidades, pensando particularmente en los comentarios incisivos de Magdalena GÓMEZ RIVERA, especialista en derecho indígena. Las restantes referencias resultan más suyas. La de entrada remite a C. B. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke* (1962), Barcelona, 1970.

(29) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 175-176, para « los marginados » en tiempos históricos; respecto al proletariado, el capítulo del « Derecho del Trabajo », que es el 34, ed. 1979, o el 33, ed. 1981. El otro caso mayor de discriminación constitucional junto a los mencionados, el de la mujer, no aparece en dicha

Sobre una posición de fondo constante, vamos también llegando a palabras y conceptos progresivamente nuevos y bastante más rigurosos, los de la segunda fase sobre el *in dubio pro reo* y los de ella y de la tercera acerca del doble *derecho común* europeo, el *de ayer* como el *de hoy*. Son palabras y conceptos a los que desde luego no habría venido sin todo el bagaje precedente, sin un desvelo y trabajo de años. Y son palabras relativamente todavía magras y conceptos más bien incipientes, pero en ellas y ellos se anuncia y encierra otra historia, otra no por materia, siempre jurídica, ni tampoco por orientación, constantemente constitucional, sino otra por la posibilidad que se ha abierto y por la depuración que está efectuándose. Ahora, con un sistema positivo ya constitucional, cabe plantearse una historia del derecho no contaminada de preocupaciones que pueden resultar anacrónicas para su objeto, una historia del derecho transida en cambio justamente de los problemas que le sean propios. La misma historia constitucional, con el reto y el contraste del derecho presente, puede ahora manifestar sus propias dimensiones más problemáticas. También cabe que desaparezca la tentación de proyectar unas aspiraciones presentes en el propio pasado constitucional o incluso en el anterior.

El mismo presente puede mostrar un rostro no tan constitucional y Tomás y Valiente tampoco volvería ahora el suyo. El mismo asunto de la tortura policial, de este signo máximo de desprecio por unos derechos y garantías, no deja de presentarse en el tiempo actual más constitucional. El caso más grave estalla recientemente, cuando Tomás y Valiente ya está en su tercera fase de HCE, tras haber contribuido como magistrado a la empresa constitucional en línea garantista. Está de vuelta a la historia, pudiendo centrarse en ella y queriendo hacerlo en la de este interés constitucional, pero nunca se desentiende del presente: « Creo que quienes hablamos y escribimos

---

reflexión de la conferencia de 1994 ni tampoco prácticamente en el *Manual*, como pudiera hacerlo por ejemplo en el capítulo del « Derecho civil », que es el 32, ed. 1979, o el 30, ed. 1981; aquí, p. 587, ed. 1979, ó 552, ed. 1981: « La inferioridad jurídica de la mujer dentro del matrimonio es patente », y basta. Cuando el mismo *Manual*, como hemos visto, califica la Constitución de 1869 de « liberal-democrática », lo hace expresamente por la extensión del voto y otras libertades al mundo del trabajo, haciendo así abstracción del de la mujer. Son cuestiones éstas últimas que atenderemos más tarde.

contra la tortura en otro tiempo, pero en este país, no podremos callar ahora, no podremos guardar silencio nunca. No puedo dejar de decir ahora con más claridad que antes, porque entonces lo hice utilizando el lenguaje apenas tacitista de la historia, lo que dije y escribí contra la tortura durante el franquismo en 1970 y 1973. Si callara, alguien podría pensar que mi silencio es benévolo, parcial o circunstanciado ». Y habla no sólo para expresar un rechazo siempre categórico, sino también para defender unos principios, los de derechos y correspondientes garantías: « En la condena pública, en la investigación policial y en la instrucción judicial de las atrocidades que ocupan nuestra atención no vale todo, porque nunca vale todo en el mundo del Derecho que es el de los límites y las garantías » (30).

Éstas son palabras que, si no las escribió en una primera fase, no sería porque no las pensase, sino porque no podían entonces publicarse. Tenemos así, por una parte, progreso e innovación, con lo cual habremos de seguir pues a ello vamos; mas por otra parte, por esta otra, también tenemos reiteración y continuidad, lo cual constituye, interesando a la clave constitucional de los derechos y garantías, un valor a destacar y retener igualmente. Entre HD, TC y HCE, las letras constituyen indicios de que se producen cambios, pero también de que existen constantes. Hay una cosa como la otra. Ningún signo es común a las tres fases, pero tenemos el hilo de una estrecha cercanía alfabética que puede ir cobrando sentido. Entre la misma D de *Derecho* y la C de *Constitución* puede darse más lo segundo de la constancia que lo primero de la mudanza.

La obra histórica de Francisco Tomás y Valiente puede así ofrecer una continuidad constitucional, o quizá sea mejor decir una continuidad moral, continuidad de la moral determinada que, por considerarse ante todo el individuo, su integridad, interesa al constitucionalismo, a los derechos, a esto principios suyos. Porque en la

---

(30) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Sobre la tortura y otros males memores*, en el diario El País, 3-V-1995, recogido en *A orillas del Estado*, pp. 73-78. De las fechas de referencia, 1973 es la de primera edición del libro sobre *La tortura en España*, y 1970 puede que deba ser 1971, año en el que pronunció la conferencia, y no solo en el que se editó el texto también ya citado, sobre *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*. El artículo periodístico de 1995, que salía al paso de incomprensiones, le preocupó especialmente; frente a lo que es usual en él, el manuscrito está lleno de modificaciones.

primera fase no se tenga todavía, como aun tendremos más cumplidamente que comprobar, una categoría jurídicamente formada e historiográficamente operativa del propio constitucionalismo, no disminuye el valor de una posición que es sustancialmente constitucional por identificarse y de un modo además comprometido con los derechos. Es una coherencia básica de una obra y lo es también de una vida por serlo de un individuo que no le fue siempre reconocida a Tomás y Valiente, como ya vimos por el episodio de la medalla y más todavía veremos. Mas ahí está. Ahí la tenemos.

No olvidemos, pues ya también nos lo ha dicho, cómo fueron unas cosas para « los de mi edad », la suya, « a contracorriente: desmontando enseñanzas recibidas, corrigiendo errores, leyendo libros rescatados de un olvido impuesto, enterándonos con décadas de retraso » <sup>(31)</sup>. A quienes todavía hemos vivido algo de esto nos bastan quizá pocas palabras, pero no son con seguridad suficientes para otras generaciones y otras naciones. Quienes hemos tenido la suerte de librarnos más temprano de tales hipotecas, debemos recordarlo, recordárselo a quienes no las han conocido, y agradecerlo, agradecerse a quienes se lo merecen. Sabía que contaba con mi gratitud también en este aspecto y no sólo por el sostén personal que nunca me faltó desde aquel primer diálogo entre doctor y estudiante.

No parece con todo esto sino que estemos concluyendo, pero estamos apenas todavía, con todo lo que llevamos, en los comienzos. Contamos ya también con remisiones a otros capítulos que no resultarán, según espero, reiterativos. Hay más cosas que pueden y deben abordarse en atención a la fase de TC, a la propia obra de interés constitucionalista a la par que historiográfico de Tomás y Valiente. En el mismo MHDE hemos visto que lo primero, la posición constitucional, no basta para lo segundo, la obra historiográfica. No digo desde luego que no sirva ni tampoco que no sea necesario, pues a esto vamos y lo veremos, sino que no resulta suficiente en absoluto. La moral individual no basta para hacer la historia constitucional.

---

<sup>(31)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 240, ya citado.

## CAPÍTULO CUARTO

### Y UNA COMPLICACIÓN CONSTITUCIONAL: AUTONOMÍA COMUNITARIA

La continuidad, una continuidad moral, puede darse respecto a derechos individuales más fácilmente que respecto a los comunitarios. La misma existencia de éstos ya implica una complicación para el propio constitucionalismo al haber de conjugar no sólo derechos de individuos entre sí, sino también derechos de comunidades entre ellas y, sobre todo, en relación a los primeros, a sus sujetos principales, los individuos. En el caso de España, con unos sujetos comunitarios de historia y actualidad fuertes, con un Estado nada débil y con una nación o quizá naciones un tanto inciertas con todo, la complicación puja. Tomás y Valiente no la ignora en absoluto. No la rehuye lo más mínimo. Está también presente a todo lo largo de sus tres fases, « de la HD al TC y de éste a la HCE », pero con un grado de dificultad, con tal complicación efectiva, que puede achicar la continuidad. Es éste un capítulo de consideración inexcusable con el detenimiento preciso en nuestro recorrido hacia dicho término de la HCE, de la historia constitucional española que Tomás y Valiente estaba concibiendo cuando cayó asesinado. Lo fue además por delinquentes que se pretenden políticos arrogándose la representación de toda una comunidad, la del pueblo vasco, con la pretensión criminal de defenderlo mediante el asesinato (1).

Tomás y Valiente ha comenzado sus investigaciones tomando

---

(1) Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibersitatea, *Homenaje al profesor D. Francisco Tomás y Valiente* — *Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia*, intervenciones vascas: pp. 15-17 (Pello SALABURU como rector), 51-53 (Javier CORCUERA), 55 (MANIFIESTO DEL PERSONAL DE ADMINISTRACIÓN Y SERVICIOS), 57-59 (COMISIÓN DE ESTUDIANTES DE LA COORDINADORA GESTO POR LA PAZ DE EUSKAL HERRIA), 67-69 (José María PORTILLO) y 77-79 (MANIFIESTO DE LOS PROFESORES).

debida cuenta de la diversidad de unos derechos históricos en el mismo ámbito hispano. Ya ocurre con la tesis doctoral, pero con más claridad lo formula en el planteamiento de la investigación sucesiva que sólo llevó a cabo parcialmente. Para el asunto de la prisión por deudas, se ocupaba, como ya vimos, de los derechos castellano y aragonés previendo una extensión a « los demás Derechos hispánicos », a « los Derechos vasco, navarro, valenciano y catalán » (2). Esta pluralidad constituye desde luego una evidencia histórica, pero, en el seno de una especialidad de *historia del derecho español*, la tendencia dominante de un estudio no recluso en alguno de dichos casos es y más todavía era la de tratarlos como meras piezas de un conjunto, como elementos refundidos en un *derecho español*. No es desde un inicio su caso.

El mismo MHDE, el *Manual de Historia del Derecho Español*, también pudo significarse, pese al título mismo del curso como de la especialidad, por su atención a la pluralidad interna de los derechos hispanos. En sí y a primera vista, tampoco parecía una novedad, mas la había igualmente desde un inicio, pues dicho título comenzaba por no comprometerse expresamente con una posición previa y así prehistórica de España (3). Aun con esta premisa por lo usual, con España como sujeto explícito, la asignatura no tenía más remedio que incidir tradicionalmente en dicho aspecto de variedad y diversidad durante siglos de un entonces problemático *derecho español*. Hasta la misma vísperas de la historia constitucional, una unidad política o dinástica nunca se había traducido en unidad jurídica o institucional y esto no podía ignorarlo la historiografía del derecho correspondiente. Es cosa que entraba en la tradición docente. Por aquellos años de HD, de la primera fase de Tomás y Valiente, la docencia también usualmente cuidaba de que la evidencia histórica no se trasladara a un periodo contemporáneo, el cual, de abordarse, se hacía desde perspectivas ya unitarias, ya reductoras del pluralismo

---

(2) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, pp. 252-253, ya citado.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap 1: « Conceptos preliminares », sin el apartado entonces usual, por imperativo titular, de la definición así preliminar de España.

jurídico a sectores limitados sin horizonte constitucional. Frente a esto también se significa Tomás y Valiente, su MHDE.

En este contexto, el MHDE también tenía su posición propia. Comenzaba por no preconstituir a España por encima de la historia. También afirmaba de una parte la pluralidad histórica como fenómeno no sólo de distinción política entre reinos o equivalentes, sino también de diversidad comunitaria entre pueblos: « España era una comunidad de naciones » (4). De otra parte y como ya ha podido apreciarse por el índice de *El sistema normativo del Estado liberal*, confería la mayor importancia a la persistencia del pluralismo durante la época constitucional, presentando « la unificación » pretendida a lo largo de casi toda ella no sólo « como tendencia », sino también « como problema ». Todo esto se consideraba muy especialmente, aunque no por supuesto en exclusiva, para el caso vasco (5), caso situado en un contexto que durante la edad contemporánea sigue siendo, incluso para unos nacionalismos como el vasco y el catalán, el de « la superior realidad unitaria de España como nación de naciones o, al menos, como organización política que debe estar basada no en un criterio de uniformidad jurídica, sino en otro que acepte y organice las distintas tendencias autonómicas » (6). *España como nación de naciones* no era expresión que desentonase en el MHDE ni siquiera para sus tiempos contemporáneos, los constitucionales.

« La unificación del Derecho como tendencia y como problema », el capítulo ya referido de *El sistema normativo del Estado*

---

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 282, de cualquier edición.

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 15: Álava, Guipúzcoa y Vizcaya; caps. 27, ed. 1979, ó 31, ed. 1981, que es el de « La unificación del Derecho como tendencia y como problema ». Incidía especialmente en esta vertiente mi reseña citada al *Manual*.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 495, ed. 1979, y 581, ed. 1981, en párrafo con una corrección de fecha en esta segunda versión respecto a la evolución del nacionalismo vasco que se debe, como otras de detalle en este capítulo, a J. CORCUERA, no sólo por sus *Orígenes, ideología y organización del nacionalismo vasco, 1876-1904*, Madrid 1979, sino también por la correspondencia privada: « Notas correctivas gracias a Javier Corcuera », dice TOMÁS Y VALIENTE al llegar a este capítulo en sus papeles de preparación de la segunda versión. Tan atento corresponsal es actualmente catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad del País Vasco.

*liberal* que más interesaba a la cuestión comunitaria en esta época constitucional, se editó también simultáneamente como artículo de revista, buscando un público menos obligado que el discente, con el título de *Los « derechos históricos » de Euskadi*, esto es, los fueros del País Vasco (7). *Fueros* digamos que han sido unos *iura propria*, unos *derechos propios* en relación al *común* que ya conocemos, al de una cultura europea antes que de una política española. Proceden estos derechos, tales fueros, del tiempo del *derecho común de ayer* y plantean el problema de su presencia en los del *derecho común de hoy*, en la época constitucional. Esto es lo que le hace duplicar de tal forma la edición de un capítulo de manual.

El capítulo más que el artículo, pues éste va exento, ya presenta un talante singular dentro del mismo MHDE. Por sus comienzos efectúa esta exhortación: « A propósito del concepto de nación y en torno a si España lo era o no y en caso de que lo fuese en qué debía consistir su unidad, los españoles no sólo han discutido entre sí: se han matado en varias y crueles guerras. Este hecho demuestra de una parte que la cuestión era apasionadamente sentida y de otro lado hace pensar que el problema encerraba no meras disquisiciones sobre el ser de España, sino conflictivas realidades materiales cuyo enfoque y solución es diferente según como se entienda que deba ser la organización interna de eso que llamamos España. El tema de la unificación o no del Derecho encerraba, pues, y encierra en nuestros días consecuencias nada sentimentales, aunque el tratamiento del problema se presente con una carga intensa de sentimentalidad o de irracionalidad por todas partes. El escritor y el lector de estas páginas deberán enfriar sus respectivas mentes al ocuparse del mismo » (8). Es consejo que aún resulta trágicamente válido.

La validez de la exposición no resultará tan clara a la luz de sus tanteos ulteriores, pero encierra una posición que podrá mantenerse. Sustancialmente se explican los problemas aparejados por el mantenimiento de una historia con valor político en tiempo constitucio-

---

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los « derechos históricos » de Euskadi*, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 31, 1979, pp. 328, que es el citado capítulo 27 ó 31 según ediciones.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 472-473, ed. 1979, ó 558-559, ed. 1981; *Los « derechos históricos » de Euskadi*, p. 4, en parte del texto impresa en tipo menor en el manual, no en la revista.

nal, por la conservación así de unos fueros, y la solución que finalmente aporta el mismo constitucionalismo, una solución de autonomías comunitarias dentro del propio sistema, y que se considera que supera lo anterior. He ahí la posición. Una apuesta es clara a favor del principio contitucional de autogobierno y también lo es contra el principio fuerista o foral de derecho propio, entendiéndose que esto, una historia de título jurídico, puede subsumirse y realizarse perfectamente en aquello, en una Constitución de tal signo autonomista. Por defensa de ésta, de la Constitución que llegaba en España, se alienaba inequívocamente frente a aquéllos, frente a los fueros o derechos propios de territorios o comunidades particulares: «Hay que dejar sentado de forma rotunda que el foralismo fue siempre (y es ahora, si todavía subsiste en algún reducto ideológico), una actitud reaccionaria, antiliberal y regresiva»<sup>(9)</sup>.

Es una posición, con este énfasis, no siempre comprendida: «Supongo que en estos momentos alguno de ustedes me estarán calificando como españolista», esto es, como defensor de una Nación y un Estado españoles frente a comunidades internas actualmente culturales y virtualmente políticas<sup>(10)</sup>. Así podía que algunos entendieran su oposición al fuerismo. Era ciertamente desfavorable a los fueros, a su valor actual, pero era también y a un tiempo categóricamente favorable al autogobierno, al principio y régimen constitucionales de autonomía comunitaria y territorial. El añadido principal que se produce en el capítulo de la «unificación del Derecho» entre las dos ediciones del MHDE y así también respecto al artículo de *Los «derechos históricos»*, con las comillas intencionadas, también abunda en la dimensión crítica de cara a los fueros<sup>(11)</sup>. Unas páginas de prensa diaria concluyen por las mismas

---

<sup>(9)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 37, en *Inauguración del Centro Regional de la Universidad Nacional a Distancia de Alzira. Conferencia inaugural del curso 1978-1979*, Alzira 1979, pp. 23-44, conferencia así muy poco anterior a la entrada en vigor de la Constitución, que se produce a finales de 1978. Resulta también texto prácticamente coetáneo del *Manual*, pero que no repite la parte correspondiente.

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 40.

<sup>(11)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 571, ed. 1981, en comparación con p. 485, ed. 1979. Las comillas se olvidan en la portada de la revista, anunciando el índice.

fechas en la vertiente positiva de defensa de la autonomía vasca de definición y encuadramiento constitucionales <sup>(12)</sup>. La historiografía de Tomás y Valiente bien sabemos que no se planteaba a espaldas del presente. Artículo y capítulo ya concluían con la Constitución española recién estrenada.

El asunto le importa y compromete, como la Constitución le motiva e incita. Y en ella resulta que no sólo se encuentra el régimen de autonomías, sino también un reconocimiento adicional de los fueros políticos dentro del propio seno: « La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía », es el tenor de la disposición adicional primera de la Constitución española de 1978. Como interpretación de este pasaje constitucional se va a producir la obra mayor de Tomás y Valiente sobre el tema, una obra que dejaría inédita. Vamos a verla.

Por aquellas mismas fechas inmediatas, a finales de la que resultará y aún no sabía que fuera su fase primera, se embarca efectivamente en una exposición más extensa que la del capítulo y artículo para explicar la importancia histórica de los fueros y su insignificancia presente, una falta final de significación debida, no a la imposición de alguna uniformidad, sino exactamente a lo contrario, al reconocimiento constitucional de una autonomía comunitaria que ya los haría jurídicamente innecesarios al efecto político del caso. Se trata de *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*, la obra mayor que digo, un trabajo que se extiende en la historia del tiempo preconstitucional, primándola sobre la constitucional, con el propósito de hacer también ver que ya desde entonces los fueros habrían venido sufriendo una usura por perder su medio propio, si no siempre su predicamento. Quiere así

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A favor del Estatuto de Guernica*, en *Diario16*, 23 y 24 de septiembre de 1979, tras modificaciones en dicho sentido del proyecto estatutario y culminando una serie: *El Partido Nacionalista Vasco y los Fueros*, *El problema foral*, *Conciertos Económicos* y *Sobre el Estatuto Vasco*, en *Diario16*, 17 y 18 de julio, 21 a 23 de septiembre y 14 de diciembre de 1978, y 3 y 4 de mayo de 1979.

en definitiva mostrar que tampoco ahora tendría mayor sentido su rehabilitación constitucional <sup>(13)</sup>.

La Constitución en concreto estaría solamente amparando un *derecho foral* en su acepción objetiva, esto es, algunas peculiaridades institucionales de ordenamientos territoriales. Estaría también así apreciando el arraigo e incluso la motivación histórica de unas determinadas instituciones sectoriales, pero no estaría nunca contemplando ni menos aún reconociendo un título. No estaría ofreciendo su reconocimiento a unos *derechos históricos* de un sujeto comunitario, unos derechos de algunas comunidades en este sentido subjetivo de alcance colectivo. No estaría admitiendo derechos que así resultarían anteriores a ella misma, a la Constitución española. Es una conclusión a la que la historia del derecho conduciría interesando así no sólo a un pasado más inmediato de Constituciones, sino también a un presente efectivo de Constitución. Tal era su interpretación.

De este modo llega a conclusiones: « Así interpretado el texto constitucional, carece de interés proceder a la enumeración de cuáles son los Derechos históricos amparados y respetados por la Constitución, ni cuáles son los territorios forales en este contexto. A mi modo de ver territorio foral será cualquiera que tenga vigente algunas instituciones de su Derecho pretérito o que, no teniéndolas hoy por hoy, pretenda tenerlas extrayéndolas de su pasado jurídico acaso olvidado. Lo que la Constitución hace es proteger un posible afán de enlazar con el pasado histórico jurídico y otorgar su amparo y respeto de manera indiscriminada a los territorios que estén dispuestos a someter sus regímenes forales, más o menos ricos en peculiaridades institucionales, al marco normativo supremo de la Constitución. La historia del Derecho de cada territorio, cualquiera que sean los límites de éste, es un arsenal de donde se permite extraer instituciones en él arraigadas; pero esa historia no legitima

---

<sup>(13)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*, trabajo inédito de 1979 que ocupa 84 holandesas de texto a unas treinta líneas y 14 de notas a unas 40, con escasos márgenes. Se incluirá en las *Obras Completas*. Ya lo anunciaba en mi *Prólogo a una obra incompleta*, pp. 23-25. Ahí no indiqué lo que luego veremos sobre su posible motivación más inmediata por un proyecto colectivo de inspiración socialista que resultara frustrado.

por sí misma nada. La exigencia de *actualización general* implica un reconocimiento explícito e indiscutible de que esos regímenes forales, sean de un contenido amplio, o consten tan sólo de unas pocas instituciones, sólo reciben su validez cuando quedan adaptados, por la vía estatutaria, a la Constitución e insertos en el marco normativo por ella dibujado » (14).

La Constitución aún plantea otro problema en este mismo orden de cosas por mirar a los fueros al margen, o al menos fuera del título, de su régimen de autonomías. Una disposición derogatoria suya, la segunda, también establece lo siguiente: « En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876 ». Álava, Guipúzcoa y Vizcaya son territorios vascos y las referidas leyes, tanto la de 1839 como la de 1876, constituyen medidas que, aunque formalmente no se presentasen de este modo, el fuerismo vasco viene entendiendo, dado su efecto, como abolicionarias de sus fueros. La disposición derogatoria constitucional podía ahora entenderse como una fórmula de devolución con reconocimiento así aparejado de un título precedente de derecho.

No es el entendimiento de Tomás y Valiente. Su misma exposición histórica de los avatares del XIX hace presente desde luego el efecto abolicionario, pero también subraya la incompatibilidad que entiende entre fueros de tracto histórico y régimen constitucional de derecho constituyente, así como destaca la unidad de este signo constitucionalista que inspira unas leyes de resultado abolicionario. Respecto a los mencionados territorios, no habría sabido entonces aplicarse la fórmula que hoy se pone en juego: « El mayor error histórico de unos y otros, de españoles-vascos y de españoles no vascos, consistió a mi modo de ver en no haber buscado fórmulas jurídicas que hicieran compaginables el principio de unidad constitucional y el respeto a unas instituciones históricas de autogobierno en cuanto éstas no vulnerasen la Constitución. En nuestro tiempo,

---

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos históricos de los territorios forales*, ff. 83-84, ya así como digo concluyendo.

esta fórmula consiste en los Estatutos de autonomía » (15). Desde esta óptica, la concesión de un valor devolutivo a la disposición constitucional derogatoria de la leyes de efecto abolorio nos conduciría de nuevo a aquel callejón histórico sin salida jurídica. Es esto así porque la devolución de autonomía se entiende que implica por sí misma no sólo habilitación de título, sino también restauración de instituciones.

Así llegamos también a conclusión: « Queda por último el problema de la disposición derogatoria en su párrafo segundo. La aspiración de los nacionalistas vascos ha consistido en la derogación de las leyes de 25 de octubre de 1839 y de 21 de julio de 1876, entendiéndose que la derogación de aquellas leyes derogatorias produciría *ipso facto* la reintegración foral, otorgando de nuevo valor a la legislación foral previa a las fechas indicadas. Si así fuese, la disposición derogatoria segunda de nuestra Constitución implicaría ya esa plena *reintegración foral*, puesto que deroga (aun con ciertas cautelas) las dos mencionadas leyes de 1839 y 1876. Pero sucede que está en vigor el artículo 2.2 del Código civil y que en él se dispone que 'por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado'. Por consiguiente la derogación de las leyes de 1839 y 1876 no produce ningún tipo de *reintegración foral*. Su derogación, 'en tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia', debe entenderse como un gesto simbólico » (16).

Nos interesa ahora el juego de la historia y no ese otro recurso a una ley como el Código civil, con toda su pretensión no precisamente constitucional de ser ley sobre leyes, pero ley al cabo, para neutralizar el efecto de devolución de la derogación de abolición. Esto lo veremos luego. La historia, por su parte, parece ciertamente clave pese a tal misma asistencia extrema del Código. Es ella quien ha dejado situadas las cosas de modo que no quepa finalmente posibilidad constitucional de reconocimiento de derecho no derivado de la Constitución misma. La historia pierde valor jurídico

---

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos históricos de los territorios forales*, f. 40, a mediados así de la exposición.

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos históricos de los territorios forales*, f. 84, suprimiendo por mi parte en la cita un inciso tras la referencia a la pretensión tradicional de un nacionalismo vasco: « como se ha expuesto profusamente en estas páginas ».

propio, pero no significación propia para el derecho. Puede aún servir. A Tomás y Valiente le sirve de un modo que, como proyecta historia en el presente, sigue también proyectando presente en la historia.

Es un trabajo éste en el que puso mucho empeño, pero que nunca editaría. Jamás lo hizo público, aun recordando alguna vez su existencia: « Me he ocupado del problema al comentar la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución en un extenso trabajo titulado *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*; por motivos diversos conservo inédito este estudio », diría en 1980 y repetiría tal cual en 1989 <sup>(17)</sup>. Parece extraño, pero debe tener explicación. La tiene quizá por la frustración de un proyecto colectivo que veremos más tarde. Puede haber también otra razón menos circunstancial. La cuestión es ante todo de la obra personal y esto no sólo porque aquí sea ella sola la que nos interese. Lo que vale en una fase, en la de HD, parece precisamente que no guarde el mismo valor para las siguientes, en la de TC y sobre todo, por lo que aquí nos importa, en la de HCE. No parece que al escribirlo abrigara ninguna reserva, pero pronto se le suscitó respecto, si no a la posición, a la publicación.

El trabajo inédito lo dejó suscrito con fecha precisa: « Salamanca, agosto de 1979 (con retoques posteriores en octubre) ». Acto bastante seguido, en el mes de diciembre, recibiría y aceptaría la propuesta de integrar el colegio que habría de fundar el Tribunal Constitucional previsto por la flamante Constitución. Recibió su nombramiento en febrero de 1980. Para un punto tan delicado de interpretación jurídica como el de los fueros o derechos históricos propios, no era lo mismo producirse como profesor universitario que como magistrado constitucional, como magistrado de un tribunal que tiene institucionalmente encomendada la interpretación misma de la Constitución. Una elemental prudencia le haría guar-

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 50, 1980, pp. 721-751, recogido en *Códigos y Constituciones*, pp. 125-151, en nota 46 de ambos. La razón por la que puede identificar el trabajo como comentario a una disposición constitucional se verá; y se ha citado dicha « disposición derogatoria tercera », pues esto, el número de orden, me parece un lapsus por *segunda*.

darse el trabajo (18). La reserva podía parecer más obligada por cuanto que quien sería el primer presidente del Tribunal Constitucional, Manuel García Pelayo, se había ya también significado en una línea extremadamente crítica de los fueros (19). En suma, los « motivos diversos » creo que se cifraban principalmente en uno. Otro que me parece secundario, ya he dicho que lo veremos luego.

El trabajo tampoco hizo por publicarlo, cumplido el compromiso constitucional, tras 1992. En la tercera fase no hace por recuperarlo. Pudiera pensarse que le disuadía el florecimiento notable de la historiografía pertinente a lo largo de los años de su segunda fase (20). Pero no se plantea la puesta al día. Tal vez no cupiera. Mas no sólo se trataría de esto, de un desarrollo de la historiografía, sino de algo más y algo diverso que hubo de ser lo decisivo, el factor realmente disuasorio. Durante dicha fase, entre 1980 y 1992, había florecido también otra cosa y además nueva: el derecho mismo de la autonomía constitucional. Habían entrado en vigor, tras la Constitución española, los Estatutos de las diversas Comunidades territoriales, comenzando por el vasco y por el catalán, y había también aparecido, con un empuje y desarrollo notables, la jurisprudencia constitucional al respecto, esta obra colegiada de

---

(18) *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español* había sido conferencia pronunciada en más de una ocasión desde la entrada en vigor de la Constitución; se la escuché en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en 1980 y no recuerdo alusión, ni en público ni en privado, a la existencia del trabajo; por el tema, creo que me acordaría. El registro de la nota parece indicar en 1980 que su intención de momento era sólo la de aplazar la publicación. La repetición de 1989 es pura reimpresión, pero ni elimina la indicación ni añade más.

(19) M. GARCÍA PELAYO, *Obras Completas*, citadas, vol. 3, pp. 3171-3177, páginas sobre *El proyecto constitucional y los « derechos históricos »* especialmente difundidas entonces pues habían aparecido originalmente en edición dominical del diario *El País*, 24 de septiembre de 1978, pp. 12-13.

(20) En lo que interesa a la historia contemporánea, este florecimiento, que no ha decaído, puede seguirse bien ahora, desde 1989, en la revista de la Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibertsitatea *Historia Contemporánea*, que es de carácter general, pero cuidando justamente la información sobre la historiografía propia. El número penúltimo, 12, 1995, está dedicado, como veremos, a *Historia y Derecho*, con presentación de TOMÁS Y VALIENTE. El último hasta el momento, 13-14, 1996, lo encabeza la necrológica, debida a J.M. PORTILLO. No quiero dejar de registrarlo pues no es igual el valor de unos gestos dentro o fuera del País Vasco.

un tribunal en el que Tomás y Valiente participaba de forma destacada.

En un órgano de estas características y de un estilo que, en el caso español, no personaliza la posición particular cuando es voto de mayoría y sienta así jurisprudencia, pues quienes componen la una y generan la otra se pronuncian mediante el acuerdo colectivo y no por adhesiones individualmente motivadas a una ponencia igualmente individualizada, con este procedimiento, no es fácil identificar su evolución personal, pero es esta experiencia la que le lleva, si no a desahuciar, al menos a no rehabilitar su trabajo histórico principal de primera fase sobre derechos comunitarios en tiempos constitucionales. Tomás y Valiente seguirá acudiendo al razonamiento de que la expresión de *derechos históricos* indica instituciones objetivas de raigambre histórica y no título subjetivo de autonomías actuales; la propia jurisprudencia constitucional del tiempo de su magistratura hará uso del mismo en más de una ocasión, pero tras la segunda fase, cuando puede regresar al trabajo historiográfico, su obra personal no ha vuelto a detenerse por escrito en dicho concreto argumento histórico al propósito ni a hacerlo prácticamente valer salvo por vía de la alegación jurisprudencial, una vía válida por autoridad institucional y no por demostración histórica <sup>(21)</sup>.

En sede de historia, no ha desenvuelto la argumentación, la cual así, como historiografía, puede decirse que queda inédita, aunque la interpretación constitucional ya se registraba discretamente en el MHDE, en el capítulo que se desdobló en artículo <sup>(22)</sup>, y ha quedado también manifiesto por otros cauces, inclusive italianos: « La locución de los *derechos históricos de los territorios forales* no puede significar, como quizá alguien pudiera pretender, ningún tipo de *derecho subjetivo* de tal o cual parte del pueblo español, previo a la Constitución e incompatible con sus preceptos ya apuntados aquí,

---

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional*, en *Historia* 16, 200, 1992, pp. 32-43, recogido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 175-188; también *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías, 1978-1983*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 36, 1993, pp. 45-67.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 27, ed. 1979, ó 31, ed. 1981, referido, y *Los «derechos históricos» de Euskadi*, apartado de referencia final a la Constitución entonces recentísima.

sino que con tal expresión, acaso no muy feliz por ambigua, el constituyente se refiere a normas objetivas vigentes en tal o cual territorio y que, en cuanto no se opongan a la Constitución, quedan amparadas por ella como punto de partida de su régimen autonómico » (23).

En sus primeros tiempos de magistratura constitucional y fuera de estas funciones, parece que abundó en el argumento. En 1981 interviene en un ciclo de conferencias de una Universidad de Madrid acerca de *El Estado de las Autonomías*. No redactó el texto para impartirla, pero preparó y conservó unas fichas. He aquí una: « La tentación historicista: a) en qué consiste: Derecho e historia; b) el fuerismo como expresión; c) la confusión reaccionaria e inmovilista; d) la inversión de la legitimidad » (24). El texto acabó redactándolo y publicándolo por una ocasión posterior, de 1984. Participa en otro ciclo de conferencias, éste celebrado en una residencia estudiantil de la misma Universidad madrileña y dedicado al *Constitucionalismo español, 1812-1978*. Cada sesión se dedica a una de las Constituciones históricas españolas y a él le corresponde clausurar con la presente. Expone, no exactamente la Constitución, sino la relación que a su entender guarda con la historia, nuestro actual argumento, hablando en « mi condición de Profesor de Historia del Derecho » y no en « la más transitoria de Magistrado del Tribunal Constitucional » (25). Entendía todavía como constante un signo de HD.

« ¿Por qué son tan frecuentes y tan dispares las referencias que el texto constitucional hace a la historia? », se pregunta entonces para rechazar enseguida una posible respuesta: no porque sea una « Constitución histórica » (26), una de esta legitimidad historicista:

---

(23) . TOMÁS Y VALIENTE, reseña a B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, Madrid 1982, p. 493, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 13, 1984, pp. 485-494, con el argumento también del Código civil como canon de interpretación constitucional.

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Historia de España y las Comunidades Autónomas*, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en febrero de 1981.

(25) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978*, Madrid 1985, p. 9. El ciclo se desarrolló entre enero y mayo de 1984.

(26) Por la utilidad que pueda tener en este punto y por si parecen exagerados los

« Frente al principio de salvedad de los derechos históricos actúa el principio de limitación del historicismo, en cuya virtud ninguna norma preconstitucional, próxima o remota, puede subsistir como vigente en el ordenamiento jurídico después de promulgada la Constitución si se opone a lo en ella establecido (Disposición derogatoria tercera) », la cual disposición establece que « quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución » (27). Con este argumento y también con el de la interpretación de la derogación a la luz del Código civil, expone sus conclusiones: « Por consiguiente, la locución (desacertada por ambigua) *los derechos históricos de los territorios forales* no puede significar que tal o cual parte integrante del pueblo español, tal o cual pueblo o nacionalidad, posee algún tipo de *derechos históricos subjetivos* arraigados en la historia, previos a la Constitución y superiores a ella », puesto que además la « soberanía que reside en el pueblo español no reconoce herencias históricas limitativas, aunque sí ilustrativas, ni instituciones históricas copartícipes de la soberanía, ni pseudolegitimaciones historicistas y doctrinarias » (28).

Es una abundancia en el asunto que va a remitir en su segunda fase de magistratura, durante la presidencia, y que, sobre todo, no rebrotará en la tercera fase, cuando puede volver realmente a la historiografía. Así la remisión no sólo se debe a su mayor prudencia de presidente. Esto quizá no sea más que un aspecto, pero bien relevante, de lo que ya sabemos por su misma confesión: « De la HD al TC y de éste a la HCE » y no de vuelta a la HD, como todavía hemos visto en la segunda fase que creía. Aun habiendo mantenido

---

términos del interrogante, reproduzco otra ficha de la conferencia de 1981 que es base de esta otra: « La Constitución y la historia: 1) Art. 143.1; 2) Art. 147.2.a; 3) Art. 149.1.8; 4) Dispo. Trans. 2ª; 5) Dispo. Trans. 4ª; 6) Dispo. Adicio. Primera; 7) Dispo. derogatoria 2ª ».

(27) La crítica, si no se me dirige, me alcanza, pues la expresión del *principio de salvedad* proviene expresamente de mi *Del principio de salvedad constitucional del derecho histórico vasco*, en *Revista de Derecho Político*, 37, 1984, pp. 7-23; pero ya sabemos que aquí no se trata de contraponer planteamientos en la medida que no sirva para clarificar o situar los suyos. La citada disposición derogatoria tercera es a la que antes ha remitido como comentario, por lapsus según creo, su *Los derechos históricos de los territorios forales*.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978*, pp. 25 y 28.

posiciones sustantivas, durante el TC ha podido experimentar que la historia en sí no resulta tan directamente resolutoria por la vía negativa para el derecho constitucional: que no ha de serlo tal vez tanto ni siquiera en un capítulo de derechos históricos como puedan todavía pensarse en parte, de causa histórica, unos derechos comunitarios.

La misma historia de tiempo anterior, la preconstitucional, la seguirá teniendo todavía presente al propósito constitucional, pero no con el relieve ni el alcance que hemos visto en sus páginas de 1979 y conferencias de años inmediatos. Mantiene también su posición de disfavor por los fueros y favor por la autonomía, pero, si no sin el empeño, al menos sin el énfasis más descalificatorio lo primero, su posición antiforal. Los derechos históricos se han ganado un valor constitucional todavía quizás incierto o, como él repite, ambiguo, pero bien tangible en aspectos como el del orden fiscal que interesa a los territorios forales vascos (29). Tomás y Valiente no manifiesta un cambio sustantivo de posición al respecto, pero no volverá a su motivación histórica de forma tan expresa y desarrollada. Esto queda inédito en su carpeta. Su interpretación estricta de dicha presencia de la historia en el texto constitucional había de parecerle, si no superada, algo al menos devaluada (30).

Mas sigue considerando siempre la historia. No deja de acudir a ella en la ponencia española, de la que se hizo cargo, de una conferencia de tribunales constitucionales o equivalentes europeos celebrada en Madrid en el otoño de 1984. Se editó en las actas y luego también de forma exenta (31). Ahí presenta lo que llama un

---

(29) Eduardo ALONSO OLEA, *Para repensar el Concierto Económico: de « migajas » a Derecho Histórico*, en *Historia Contemporánea*, 13-14, 1996, pp. 431-464, también por la información bibliográfica.

(30) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Uniformidad y diversidad de las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, pp. 28-31, en el colectivo *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona 1995, pp. 19-40, a cuya ocasión me referiré. Es texto que también recojo en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, pp. 203-222.

(31) *Tribunales Constitucionales Europeos y Autonomías Territoriales*, Madrid 1985, pp. 133-224, luego exentas: F. TOMÁS Y VALIENTE, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid 1988, con *Prólogo*, pp. 9-14, explicativo de la procedencia para la colección de « Temas claves de la Constitución

« *excursus* histórico » con el fin de explicar « el momento de la pluralidad en la integración ». Una apretadísima síntesis de toda una historia viene a dar cuenta de la existencia de España como « una realidad histórica » toda vez que « las Naciones se forman en la historia » y son su « producto, nunca definitivo ». Llegados a la época constitucional, la cuestión de los fueros se expone de forma relativamente más neutra. Es cierto que está hablando en representación del Tribunal Constitucional español, pero también bajo su responsabilidad individual. Y llegan igualmente conclusiones: « Los títulos históricos esgrimidos en 1978 para legitimar exigencias de diferenciación tenían raíces de muy distinto alcance, como distinto era también su contenido. La legitimidad historicista vale más como título para justificar la existencia del hecho diferencial que para determinar su contenido. De ahí la necesidad de articular el respeto al historicismo con la legitimidad democrática constitucional » (32).

La historia sigue afirmándose que no confiere por sí título a otro sujeto colectivo que no sea, como se sobreentiende cuando no se dice, la Nación española producida también por ella. Sigue postulándose que no hay por tanto en rigor derechos históricos de territorios forales. Pero se habla también de conjugar y articular respeto histórico y legitimidad constitucional, con lo que tampoco es que queden descartados del todo y laminados por completo a este nivel dichos derechos. Hay otra conclusión que puede ayudar a un esclarecimiento, una referente al sujeto más expresamente admitido mediante la historia, España: « A una nación así constituida no parece convenirle una organización política unitaria, en ocasiones impuesta por la fuerza y rechazada en momentos de implantación de Constituciones democráticas (1873, 1931, 1978). Pero tampoco parece ser el modelo de sociedad política al que se adecue una organización federal pura, que vendrá a homogeneizar, por arriba o por abajo, elementos heterogéneos entre sí », lo cual afirmaba pese a haber expresamente eludido la cuestión del federalismo « porque no es necesario para nuestro propósito » y « porque exigiría plantear

---

Española » que finalmente lo alberga y donde me había correspondido la historia: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, 1984.

(32) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El reparto competencial*, pp. 32-43.

también la pluralidad de grados, de supuestos, de condiciones y de formas reales del Estado federal » (33).

Hay una congruencia entre sus reservas pues la presencia de los fueros en tiempo constitucional al fin y al cabo plantea, por constituir derecho propio, una cuestión de principio federal. Existe un fondo de posición que se mantiene, pero también una forma de composición que gana terreno. En clave histórica opera la preocupación constitucional de lograr la teoría de un conjunto para el que el resto fuera siempre parte (34). España era « una comunidad de naciones » históricamente y podía seguir siéndolo constitucionalmente, pero la constatación tenía un sentido más de hecho que de derecho. « Comparto plenamente la idea de España como nación de naciones », es principio que mantiene a los efectos de la misma formalización constitucional de signo autonomista que se entiende alternativo al federal (35).

Lo dice desde la primera fase: España es, « lleva quinientos años siéndolo, una especie de amalgama de naciones, una suerte de nación de naciones » (36). Lo proclama en la tercera: « Hace mucho tiempo que definiendo, como tantos españoles, la idea de España como nación de naciones o como una sociedad política compleja », « Nación de naciones » que entiende finalmente realizada en el sistema de autonomías vigente (37). Con todo, la presencia de la historia resulta más relevante para la legitimación constituyente,

---

(33) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El reparto competencial*, pp. 23-24 y 41-42.

(34) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « Estado integral »: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada*, en José LuÍs GARCÍA DELGADO (ed.), *La II República española. El primer bienio*, Madrid 1987, pp. 379-395, recogido en *Códigos y Constituciones*, pp. 175-119. La sección donde se incluye *El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional* en los *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional* se titula *El todo y las partes*.

(35) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, p. 13, a Anselmo CARRETERO, *El antiguo Reino de León (País Leonés). Sus raíces históricas, su presente, su porvenir nacional*, Madrid 1994, pp. 11-14; interesando también al efecto, de la tercera fase, el *Prólogo* a la reedición actual de Ferran SOLDEVILA, *Historia de España*, Barcelona 1996.

(36) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 40. La misma expresión recién recordada de « comunidad de naciones » sabemos que procede del *Manual*, p. 282, de cualquier edición, en el cual, como también vimos, tampoco faltaba, y precisamente para la edad contemporánea, la misma expresión de « nación de naciones ».

(37) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 92.

como motivo, que para el derecho constituido, como título. No se admite que pueda directamente prestarlo. Ya es también su importancia más limitada para una interpretación constitucional.

A la espera de la HCE, puede tratarse ya sólo de un excursus, pero para ella misma, para una historia constitucional, podrá resultar desde luego esencial. Habrá de venir a ocuparse del pasado antes que del presente constitucionales, de historia antes que de derecho tales. No podemos prescindir de la una por haber llegado al otro. Tomás y Valiente así no lo hizo. Retornará a la historia, aunque no exactamente a la misma. Respecto al punto en el que estamos, creo que puede entenderse la decisión de no regresar a la HD, a la historia del derecho de la primera fase. Aun percibiéndose también algún hilo de continuidad, lo hecho entonces, lo contenido en el MHDE, no serviría para la HCE, para una historia constitucional española planteada como un verdadero reto tras una experiencia de constitucionalismo positivo o de constitucionalismo sin más, tras la fase del TC. En la de HCE, Tomás y Valiente podrá realmente tener como un desafío este determinado capítulo histórico.

En la tercera fase, en un cursillo suyo de 1993, cursillo de *Cuatro lecciones de Historia Constitucional, 1812-1978*, figura como una de ellas, como una en este cuarteto de cuestiones constitucionales principales de la historia española, ésta: « De las Españas de Cádiz al Estado de las Autonomías ». Es la cuarta tras la forma primero constitucional y luego parlamentaria de la Monarquía, los derechos de libertad y la justicia <sup>(38)</sup>. Cuando en 1994 le propuse que codirigiéramos en Sevilla un seminario de historia constitucional, no dudó en aceptar la idea. Se trataba de la HCE. Pero tampoco vaciló en el tema. Yo le proponía todo un ciclo, para más de un seminario, sobre las fronteras sucesivas del constitucionalismo: primero la mujer y la discriminación doméstica; luego el trabajador y la expropiación social; más tarde el indígena y la explotación colonial. En esto no hubo conformidad. O la alcanzamos porque insistió convin-

---

<sup>(38)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historia constitucional española, 1812-1978*, en *Boletín Informativo de la Fundación Juan March*, 234, 1993, pp. 26-30, resumen muy sucinto de dicho ciclo de *Cuatro lecciones* que concretamente se imparten en la semana a caballo entre los meses de marzo y abril de 1993. El resumen es suyo. Lo que puede ser de la Fundación son los títulos.

centemente en su propuesta, no otra que la más casera de las autonomías comunitarias catalana y vascas: « España y las Españas: Cataluña, Navarra y el País Vasco ». Prefería tratar y quería departir sobre esto <sup>(39)</sup>. Ahí tuvimos ocasión de contrastar posiciones <sup>(40)</sup>. Era desafío suyo. Capítulo que sabía inexcusable en la HCE, no lo rehuía desde luego.

Agradecía y aprovechaba las oportunidades para tratar del asunto centrándose en época y problemática constitucionales. No sólo por las incitaciones que recibe, sino también por su propia inclinación, la historia de tiempo preconstitucional se diría que pierde peso para la cuestión constitucional. Para tratar de la autonomía y, según su propio empeño, de la distinción respecto a la soberanía en las Constituciones españolas del siglo XX, la historia preconstitucional que entra ya no es la de unos derechos históricos hispanos, sino la de un primitivo pensamiento estatal o constitucional europeo. Lo hace al efecto de distinguir netamente entre la *soberanía* de Estados y la *autonomía* de Comunidades, a su entender la una de derecho propio y la otra de título derivado <sup>(41)</sup>. En otra

---

<sup>(39)</sup> Universidad Internacional Menéndez Pelayo, *España y las Españas: Cataluña, Navarra y el País Vasco*, seminario celebrado la semana del 17 al 21 de octubre de 1994. Pues no hubo un éxito de matrícula, al contrario que en otros seminarios similares a los que me referiré, como el de *Desamortización y Hacienda Pública* y como, sobre todo, el de *Sexo barroco*, éste prácticamente derivó en un encuentro entre los y las conferenciantes, pertenecientes unos y otras tanto al mundo del derecho y de la historia como al de la política. De la parte estudiosa, contamos con gente de derecho, Encarna ROCA, J. CORCUERA y Luís LÓPEZ GUERRA, de historia, M. TUÑÓN DE LARA, María Cruz MINA y Borja de RIQUER, y de filología histórica, Jon JUARISTI.

<sup>(40)</sup> Para nuestro contraste relativo, por coincidir en lo fundamental como TOMÁS Y VALIENTE diría, respecto al caso genéricamente vasco, M.C. MINA, *Fueros y revolución liberal en Navarra*, Madrid 1981; B. CLAVERO, *Fueros Vascos. Historia en Tiempos de Constitución*, Barcelona 1985, y *Los Fueros de las Provincias vascas ante la autonomía de la República española*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 15, 1986, pp. 51-65; J. JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca*, Madrid 1987, y *Vestigios de Babel. Para una arqueología de los nacionalismos españoles*, Madrid 1992; J. CORCUERA, *La constitucionalización de los derechos históricos: fueros y autonomía*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, 1984, pp. 9-38, y *Política y Derecho. La construcción de la autonomía vasca*, Madrid 1991.

<sup>(41)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Soberanía y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978*, conferencia de abril de 1995 publicada en memoria, *Edició en Homenatge del Prof. Dr. Francisco Tomás y Valiente*, Barcelona 1996; aun con apuntes de

ocasión reciente, en un seminario de 1994 sobre autonomías comunitarias, reafirma su posición de fondo: « No cabe a estas alturas ningún tipo de neoforalismo », cancelando la Constitución y su admisión de autonomías de este modo, a su entender, la posibilidad de derecho propio no estatal <sup>(42)</sup>. Comparece una historia, pero ahora de tiempo más constitucional. Su misma forma de comparecer es diversa a estas alturas: no convocándola y aplicándola para calificar o descalificar posiciones, sino elevándola y reduciéndola para poder mejor centrarse en la problemática presente.

En una de estas ocasiones últimas, últimas porque así lo han determinado los asesinos, se produjo un debate que está publicado y que puede ayudar a perfilar, por contraste, la posición de Tomás y Valiente. Un coponente o correlator del seminario expone su convicción contraria respecto al reconocimiento de derechos históricos por la Constitución española. Lo sería a su entender de « un principio de identidad », de « un *a priori* material que pretende reconocer un hecho existencial preconstitucional », de « un hecho existencial de vocación nacional previo a la Constitución », de unas naciones así que pueden ser Cataluña o el País Vasco dentro de la española <sup>(43)</sup>. Estamos ante la interpretación que no acepta Tomás y Valiente, para quien la historia es « objeto pasivo » del reconocimiento constitucional, un reconocimiento conveniente e incluso

---

historia propia, también interesa el inédito *El Estado entre lo supraestatal y lo infraestatal: el caso de España*, ponencia ulterior, de mayo del mismo año 1995, a un encuentro de la *Fundación Manuel García Pelayo* en Caracas, Venezuela, sobre *Vigencia hoy, de Estado y Sociedad*. El primer texto lo recojo en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, pp. 181-202. El segundo hará su aparición en las *Obras Completas*.

(42) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Uniformidad y diversidad de las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, p. 23, en las actas de dicho seminario: *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, referencia que repito para hacer observar que el título general hace uso de la disyuntiva entre uniformidad y diversidad, y el de Tomás y Valiente, con toda intención, de la copulativa. El texto, pero no el debate, ya advertí que se recoge en *Constitución: Escritos de introducción histórica*.

(43) Miguel HERRERO DE MINÓN, *La posible diversidad de los modelos autonómicos en la transición, en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de autonomía, en Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, pp. 9-17; lo citado en el debate, pp. 43-46; interesando al planteamiento, el coponente o correlator tiene un discurso: M. HERRERO DE MINÓN, *Idea de los derechos históricos*, Madrid 1991.

obligado, pero sin dicha virtualidad de activación de sujetos y derechos previos <sup>(44)</sup>.

Mas Tomás y Valiente también procede en la ocasión a alguna consideración histórica de sustancial interés: « Tener en cuenta la historia. ¿Podía el constituyente no haber tenido en cuenta la historia? Podía, pero se habría equivocado y habría hecho una mala Constitución, como casi todas las que hizo en el siglo XIX, y así le fue. ¿Podía haber hecho el constituyente de 1978 lo que hicieron las Cortes de Cádiz? Podía, pero hubiera sido un disparate, como disparate fue, históricamente hablando, y por no entender la pluralidad compleja interna de España, lo que hicieron las Cortes de Cádiz » <sup>(45)</sup>. Son palabras de Tomás y Valiente que reiteran posición constitucional, pero que abren en cambio algo nuevo en el terreno historiográfico. La historia en general repite que importa porque determina la constitución material de una nación española internamente plural por formalizar hasta el advenimiento de la Constitución actual. La historia concretamente constitucional resulta ahora interrogada desde sus mismos comienzos por no haber procedido a esta formalización, elevándose así la cuestión en un grado y de un modo sin parangón en los tiempos de la HD y de su MHDE. Es toda una revisión, toda una nueva HCE respecto a este capítulo, en cuyos inicios así estaba.

A lo que ahora nos interesa y en lo que respecta a la misma historia, en esta serie de manifestaciones de la tercera fase me parece que está operando una concentración constitucional debida a la segunda, a su experiencia personal en el TC, que puede comenzar a producir un efecto de depuración historiográfica en lo que toca al tiempo preconstitucional por permitir su diferenciación y en lo que mira al constitucional por referirlo mejor a su problemática más específica. Estamos ante indicios, si no de un replanteamiento en toda regla para el que no le dejaron tiempo, al menos de un cambio de sensibilidad que estaba ya augurándolo e incluso anunciándolo.

---

<sup>(44)</sup> *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, pp. 46-48, respuesta de Tomás y Valiente.

<sup>(45)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Uniformidad y diversidad*, en *Uniformidad o diversidad*, p. 47, en esa sede del debate que en esta edición se reproduce. Para más noticia sobre la ocasión del propio TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, pp. 157-159.

A nuestros efectos historiográficos, puede manifestarse más claramente al abordar dichos inicios de la HCE, el arranque gaditano de la historia constitucional española. Sospecha ahora que los derechos propios pueden estar más generalizados o menos localizados a la llegada del constitucionalismo y que pudieran por lo tanto suponer efectivamente para el mismo una cuestión más crucial. La sensibilización confiesa que le viene también de unas lecturas: « ¿Cómo hay que constituir a la nación y qué forma ha de adoptar el régimen del territorio? ¿Qué presencia han de tener en la Constitución las entidades territoriales políticamente diferenciadas bajo el nombre de Provincias, Corporaciones o Reinos? Este fue uno de los grandes problemas a resolver en Cádiz y sorprende que hasta hace pocos años no hubiera recibido la atención por parte de los historiadores que el tema merecía. Portillo, Clavero, Muñoz de Bustillo han sido, junto a otros, quienes han levantado ahora esa liebre » que los propios constituyentes de Cádiz quisieron, como cazadores furtivos, cobrarse y ocultar <sup>(46)</sup>. Pero las referencias ya sabemos que aquí importan menos. Son perfectamente prescindibles. La sensibilización también responde al sentido y la lógica de su autobiografía, que es lo que ahora nos interesa.

Por esto la sensibilidad puede hacerse suya. Lo demuestra con un trabajo personal truncado, uno que ha quedado fatalmente inconcluso. La cuestión ya la entiende general: « No se había olvidado la plural constitución histórica de la Monarquía hispánica durante el siglo de los Borbones, presentado bajo el tópico de siglo unificador y homogeneizador. La decisión de excluir diferencias a la hora de resolver la crisis abierta en 1808, no vino impuesta desde la cultura política e histórica de la Ilustración a finales del siglo XVIII. En el siglo de las luces y las sombras no todo estaba claro a ese

---

(46) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, p. 9, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 7-10, que es número parcialmente dedicado, por su iniciativa como director, al constitucionalismo gaditano; suyo, también interesa *Dos libros para una misma historia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 1255-1266, particularmente en lo que respecta a José María PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en la Provincias Vascas, 1760-1808*, Madrid 1991. Otro trabajo recién aludido se encuentra en el mismo número 65, 1995, del *Anuario*, pp. 321-403: Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *De Corporación a Constitución: Asturias en España*.

respecto. En esta materia y situadas en zona de dubitativa penumbra, algunas muy autorizadas y heterogéneas voces se plantearon el problema de la compatibilidad entre lo general o común y lo particular o específico, entre constituciones históricas y leyes fundamentales de algunos territorios hispánicos, y la ordenación de España como nación en un momento constituyente » (47).

Es una luz bajo la que ahora parece grave la determinación gaditana, este arranque de una historia constitucional española, y todo el empecinamiento ulterior. Respecto al comienzo, se trató realmente, como puede observar a estas alturas Tomás y Valiente, de una decisión sustraída a las mismas Cortes constituyentes. He aquí el pronunciamiento de una junta de 1809 que en teoría había de ser tan sólo preparatoria de la asamblea: « Asimismo acordó se extendiese por acta haber la Junta resuelto en la presente sesión (de 5 de noviembre) adoptar por máxima fundamental del sistema de reforma que debe establecerse que no habrá en adelante sino una Constitución, única y uniforme para todos los dominios que comprende la Monarquía española, cesando desde el momento de su sanción todos los fueros particulares de Provincias y Reynos que hacían varia y desigual la forma del anterior gobierno » (48). Esto que antes ha podido tenerse por un resultado de la historia, aun con el problema creado por la subsistencia de particularismos, ahora resulta una determinación política y además contraria a las mismas evidencias de entonces. Mas no sigamos, pues aquí es donde se para Tomás y Valiente, o más bien donde le detuvieron. Aquí nos interrumpe la irrupción de los asesinos.

Proseguiremos volviendo hacia atrás. Tendremos que hacerlo varias veces. La misma cuestión que acabamos de tratar no está desde luego agotada, dadas sus implicaciones mayores. Cuando hayamos visto el planteamiento que, durante esta misma época de estudio del constitucionalismo gaditano, en la tercera fase, Tomás y Valiente está ya realizando de la HCE, podremos elevarnos a dichas

---

(47) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, I, *De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, p. 43, en dicha parte monográfica del *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 13-125, anunciándose y quedando como primera parte de un trabajo más amplio.

(48) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, p. 88.

implicaciones. Por una parte, tendremos el punto del encuadramiento nacional o transnacional de la historia constitucional. Nos encontraremos con el asunto de la Nación y particularmente de la española. Deberemos también más tarde vértanosla con el Estado, con el Estado como institución y con el Estado como función. Para avanzar hacia todo ello, consideremos cómo, a través del TC, se produce la llegada a la HCE, a la historia constitucional y algunas otras cuestiones suyas. El siguiente paso, para seguir acercándonos, conduce y se detiene prácticamente en un solo año, 1979, un año realmente crucial, o año clave como ya he dicho, para Francisco Tomás y Valiente. Entramos en otra sección.

## SECCIÓN II

### PROGRESIÓN PROFESIONAL

De las herencias suelen beneficiarse los jóvenes. El Tribunal español, uno de los más recientes, tiene en cuenta, desde sus primeros momentos, lo que han hecho y hacen otros anteriores a él, mantiene una información constante de sus resoluciones y de la mejor bibliografía extranjera, y sin mimetismos esterilizantes se ha incorporado con su interpretación de la Constitución española y, partiendo de ella, de las leyes ante él impugnadas por oponerse a aquélla, a un quehacer común.

Francisco Tomás y Valiente,  
*El Tribunal Constitucional español, como  
órgano constitucional del Estado, 1988*



## CAPÍTULO PRIMERO

### PROFESIONES JURÍDICAS ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 puede cambiar realmente la vida de españoles y españolas, pues llega reconociendo nuestros derechos y diseñando un sistema de instituciones pensado para garantizarlos y promocionarlos. Va a cambiársela profesionalmente a Francisco Tomás y Valiente. Es un solo individuo, pero el que aquí nos interesa. El primer año de la Constitución, 1979 pues entró en vigor a finales del anterior, es de verdadera agitación en su vida. Lo es de una apertura de posibilidades que le acaban no sólo cambiando de profesión, sino también haciéndole casi perder la que tenía, pues ya sabemos que, tras el TC, no volverá exactamente a la HD. Es un año lleno de desvelos no sólo ni primordialmente historiográficos. Su preocupación prevalente desde que ha entrado en vigor la Constitución es jurídica y por esto, por jurídica de signo constitucional, también política. Se plantea contribuir a una necesidad primaria: la de dotar de sentido e imprimir vida a la Constitución. Es un planteamiento vital para el que no espera a que se le presente la oferta de la magistratura constitucional. Hasta finales de año, ni siquiera la imaginaba.

Es un impulso jurídico el que le lleva a una posición política o, si se quiere, la viceversa: es un impulso político, impulso constitucional, el que le conduce a una posición jurídica, posición constitucional. Como él no lo oculta ni tiene por qué, puede perfectamente concretarse e identificarse el impulso y la posición: desde mediados de los años setenta Tomás y Valiente se está reconociendo a sí mismo y manifestando ante los demás como socialista demócrata o, si prefiere decirse, socialdemócrata. Se pronuncia por « un socialismo democrático que no reniegue de ciertas bases de partida liberales »,

por un futuro que recupere pasado superándolo: « Si se defiende la conveniencia y utilidad de los partidos políticos no es para regresar al sistema liberal tal y como éste fue en el pasado, sino porque se piensa que tales instituciones son adecuadas en función de futuro ». Los « partidos de masas » que en la historia « vivieron unas temporadas dentro de la legalidad y otras en la clandestinidad » vuelven a emerger en España trayendo de nuevo la esperanza de « un socialismo que sea democrático y al que pueda llegarse por vías democráticas » (1). Son palabras escritas en unos momentos últimos de ilegalidad y penalización de los partidos políticos en España por parte del régimen no constitucional que había resistido desde la guerra civil.

De ese signo socialdemócrata es también su preocupación durante el año 1979 y ante la Constitución. Ante la novedad, comienza a considerarse en medios entre políticos y académicos, entre juristas de posición genéricamente socialistas, una convocatoria doble, a reunión y a publicación, con el objetivo dicho de infundirle vida mediante el aliento de un socialismo democrático a la Constitución recién promulgada. La reunión sufre aplazamientos sucesivos para no celebrarse nunca. La idea de la publicación queda en manos, como principal impulsor y coordinador, de Tomás y Valiente. En su correspondencia, de la que voy tomando estas noticias pues entonces no las tuve, propone colaboraciones cosechando más aceptaciones que excusas. Está en contacto con una empresa privada a efectos editoriales y con el Grupo Parlamentario Socialista a los políticos. Ni de la una ni del otro acaba de lograr un respaldo formal. En especial la primera, la editorial, no parece acabar de animarse. Pero él no

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Pasado y presente de los partidos políticos*, p. 134, que es la reseña de 1975 ya citada a M. ARTOLA, *Partidos y programas políticos*. La misma revista donde se publica, *Sistema*, ya hemos visto que dedica posteriormente un número, 17-18, 1977, a *Socialismo y Constitución*, habiéndose convocado en estos términos y respondiendo a ellos la participación de TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, pp. 83 y 84: « Me veo en el compromiso de colaborar como historiador en un tomo colectivo bajo la rúbrica general de Constitución y socialismo », compromiso porque « muy poco es lo que como historiador puedo decir a propósito de tal tema »; « estamos todavía bastante lejos de poder aducir conocimientos fundados y rigurosos — vistos desde la historia del constitucionalismo español — acerca de la conexión entre Constitución y socialismo ».

ceja. En sus cartas habla de unos *Comentarios Socialistas a la Constitución*, de «Comentarios a la Constitución editados por el Grupo Parlamentario Socialista y escritos por militantes» del partido o «por profesores muy cercanos al mismo», o de «La Constitución de 1978 vista por intelectuales juristas socialistas». El año avanza y la idea no acaba de cuajar. Tomás y Valiente está recibiendo compromisos de los que va guardando y transmitiendo registro.

Entre los compromisos, está naturalmente el más firme, el suyo propio. Se encargará del comentario de la disposición derogatoria segunda de la Constitución, aquella que interesa a derechos vascos pues lo que cancela son las leyes que habían abolido fueros. Hace estos deberes durante el verano de dicho año, 1979. Se trata de *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*, el inédito que ya conocemos, un trabajo realmente extenso para ser comentario de un artículo constitucional en una obra colectiva de dicho carácter, pero tal sería su confianza en la idea. No hay duda de cuál era su destino: «Me he ocupado del problema al comentar la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución en un extenso trabajo titulado *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*; por motivos diversos conservo inédito este estudio», ya sabemos que escribiría en 1980. El otro motivo era el del fallo de un destino (2). La carpeta donde guarda la correspondencia sobre tales *Comentarios Socialistas a la Constitución* lleva esta identificación y confesión: «Cartas sobre una obra frustrada por incapacidad para la organización. Lo siento». El mismo contenido puede hacer sospechar que no se trata tanto de inhabilidad propia como de reticencias ajenas. Él ha cumplido consigo mismo y archiva finalmente su trabajo por la razón principal,

---

(2) Aparte de por la extensión, he dudado de esta vinculación tan directa, cabiendo siempre la posibilidad de que el trabajo fuera independiente pensándose en algún resumen para el comentario, porque el trabajo se guarda en carpeta diversa y en la de los *Comentarios Socialistas a la Constitución* no hay referencia a la realización del suyo, pero creo que su manera de referirse en este pasaje ya citado, salvándose el lapsus de *tercera* por *segunda* como ya hemos hecho, despeja toda duda. En la aventura, sus principales compañeros parece a la luz de la correspondencia que fueron Elías DÍAZ y Gregorio PECES BARBA, catedráticos de Filosofía del Derecho y secretario entonces el segundo del Grupo Parlamentario Socialista. Y en esto de frustraciones en estas mismas lides colectivas, ya se verá que tendremos, en primera persona del plural, alguna otra.

como ya sabemos, del acceso al Tribunal Constitucional. Sin esto, es seguro que lo habría publicado por su cuenta.

El compromiso constitucional también es público durante este año. Para la misma materia de los derechos vascos, ya sabemos que se produce por estos meses mediante artículos de prensa en defensa de la Constitución y de la autonomía enmarcada por ella, aparte otras actividades del mismo signo y por el mismo tiempo que igualmente conocemos. Hay alguna más difícil de seguir que también podía incidir en el asunto, pues formó parte del equipo editorialista de un periódico, una labor más anónima. También interesaría a otros capítulos constitucionales. Bien sabemos que no sólo le preocupa el más problemático de unas autonomías. Lo hace igualmente el de los derechos y garantías, en el cual puede además manifestar una posición constitucional más inequívoca y no menos significativa para el momento en el que nos encontramos. En 1979, cuando la Constitución no comienza a calar todavía claramente ni siquiera entre los juristas, Tomás y Valiente se manifiesta del modo más nítido y resuelto respecto a su alcance inmediato y efectivo en lo que importa a los derechos y libertades registrados en ella, en lo que así interesa a todos los ciudadanos y ciudadanas.

En 1979 la Universidad de Salamanca, donde aun es catedrático, organiza un ciclo de conferencias sobre la infancia, recibiendo y aceptando Tomás y Valiente el encargo del aspecto jurídico. Entre las cuestiones que considera está la de discriminación por efecto de la falta de legitimidad de la unión entre los progenitores conforme a los criterios del Código civil. He aquí entonces su pregunta: « Pero, ¿continúan estando vigentes hoy todos sus artículos relativos a la paternidad y la filiación? », y su respuesta: « A mi juicio, no », pues la Constitución ha establecido unos principios de igualdad y no discriminación contrarios al régimen característico de la codificación. Vuelve a las preguntas: « Sin embargo, ¿no habrá que esperar a que el legislador desarrolle estos preceptos constitucionales? ¿No es necesario que el Código civil sea reformado antes de declararlo sin más pronunciamientos como inconstitucional y derogado en aquellos artículos que, por discriminatorios, son inconstitucionales? »; y a la respuesta: « A mi entender no. En el ordenamiento español coexisten ahora mismo junto con la Constitución multitud de leyes procedentes del régimen anterior (me refiero al franquista)

o incluso al Estado liberal (como es el caso de Código civil), muchas de las cuales están en total o parcial conflicto con la Constitución. El jurista se encuentra ya ante este dilema: o interpretar la Constitución con arreglo a las leyes hasta ahora vigentes, o interpretar las leyes hasta ahora vigentes con arreglo a la Constitución. Esta segunda postura y no la primera es la correcta » (3).

Tomás y Valiente aplica la disposición derogatoria general de la Constitución, que hemos visto, y lo hace del modo más resuelto que no era entonces el común en el mundo del derecho. Cuando estamos ante derechos, considera además que no sólo se trata de aplicar una Constitución en particular, puesto que « en el Derecho internacional europeo las aguas comienzan a discurrir por los mismos cauces » (4). Si luego encontramos una idea más cultural que normativa del constitucionalismo o de un *derecho común* constitucional, no olvidemos que ya existen señales como éstas anteriores incluso a 1980, a su cambio de profesión de la cátedra teórica a la magistratura práctica.

Respecto a lo ya visto, no dejemos de observar la posición en la que queda el Código, igual que toda la legislación preconstitucional, en el supuesto nada insólito de topar directamente con derechos, con unos derechos tomados realmente en serio. Ahora no vale interpretar la Constitución conforme al Código según hacía con respecto a unos derechos comunitarios. Cuando de los individuales se trata, el segundo se infraordena claramente a la primera. Lo hace de un modo tan inequívoco en beneficio de unos derechos, de los ciudadanos y ciudadanas que son sus sujetos, y de una forma tan elocuente como para comenzar mirando a titulares que no tienen todavía capacidad para un ejercicio, los menores de edad. Se significa por ellos, por sus derechos (5). Tendremos ocasión de ver hasta qué punto este inicio, que aprovechó la ocasión del ofrecimiento de

---

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El niño visto por el Derecho*, pp. 82-83, en *Studia Pedagogica. Revista de Ciencias de la Educación*, 6, 1980, pp. 71-92.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El niño visto por el Derecho*, p. 84.

(5) En los mismos ámbitos civilistas inequívocamente constitucionalistas, podrá seguirse primando respecto a la infancia un planteamiento tutelar sobre el propiamente jurídico, el de los derechos: *Derecho Privado y Constitución*, 7, 1995, número monográfico como es estilo de esta revista, éste sobre la infancia, sobre el mandato constitucional de protección.

una conferencia, no fue una casualidad. También tendremos desde luego que confrontar la sobreordenación del Código respecto a la Constitución que se ha producido en otro caso.

Durante el año de 1979 Tomás y Valiente tiene todavía la profesión docente, la de profesor de historia del derecho. Como tal se interesa por la Constitución. Pasa a hacerlo más intensivamente. « ¿Qué es una Constitución? La pregunta parece sencilla, pero la respuesta es bastante difícil », comienza anunciando en la introducción a unos materiales universitarios para el estudio de la historia constitucional. Con la indicación de la dificultad, « no es mi intención, como suele ser la de algunos artistas circenses y la de no pocos y vanidosos profesores, complicar en apariencia el problema o el ejercicio acrobático para alcanzar después más alto mérito al resolverlo ». La dificultad existe y radica en que el lenguaje y la escritura lo aguantan todo: cualquier cosa, cualquier ley particularmente, puede pretenderse Constitución y la pretensión resulta que se ha dado frecuentemente en la historia. Por Constitución nos dice que debe exigentemente entenderse « aquellas leyes que regulen los poderes del Estado y que reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites frente al Estado y como exigencias esgrimibles contra el mismo, partiendo de unos principios democráticos cuya raíz consista en la proclamación de la soberanía del pueblo, esto es, en el reconocimiento de que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y encuentran su límite y su fin en la realización de unos valores democráticos explícitos y condensados en estos dos: la libertad y la igualdad » (6).

Cuando luego veamos la exigencia de planteamiento de la HCE, de la tercera fase, no olvidemos estos signos de la primera. De momento, Tomás y Valiente saluda la aparición de unos materiales docentes como « elevación del interés por la historia del constitucionalismo español » que resulta consecuencia de la novedad de la

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, pp. 9-10, en *Los inicios del constitucionalismo español: de las Cortes de Cádiz a la crisis de la Monarquía Absoluta, 1808-1833*, Valencia 1980, pp. 9-13, que son materiales docentes del Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad de Valencia. Pues suscribe el prólogo como catedrático en Salamanca, deduzco que seguimos estando en 1979.

Constitución española (7). Es indudablemente su caso. Ya sabemos que el MHDE llega en algún capítulo hasta entrar en la Constitución. Pero no lo hace sistemáticamente o ni siquiera particularmente en el capítulo de « Las Constituciones españolas », el específico. El problema esencial también nos consta que no es éste, sino el de la falta de un concepto más global del constitucionalismo, de un constitucionalismo definido ante todo por unos derechos a los que viene y está mirando. Si no se plantea así todavía las cosas, pues veremos, comienza a conducirse de modo que ya parece consciente de una carencia. Empieza a adoptar iniciativas o a aceptar propuestas que suponen o requieren la concepción más sustantiva de una historia constitucional: la necesidad general y la responsabilidad particular de una historiografía tal. Anteriormente no tenía ni siquiera conciencia de que faltara. Pensaba incluso que el MHDE había comenzado a realizarla.

En el trimestre último de 1979, antes de saber sobre su destino cercano de TC, comienza a colaborar en el Centro de Estudios Constitucionales, centro público de indagación y promoción del constitucionalismo. Empieza a impartir unos cursos cuatrimestrales, entre noviembre y febrero, de *historia del constitucionalismo español* que mantendrá durante su primer periodo de magistratura constitucional, hasta acceder a la presidencia (8). En dicho trimestre último de 1979, es también cuando presenta al mismo Centro de Estudios Constitucionales un proyecto de colección editorial que comienza llamando de *Clásicos constitucionalistas españoles* para cambiar enseguida a *Constitucionalistas clásicos españoles* y adoptar finalmente el nombre de *Clásicos del Constitucionalismo Español* que, como veremos, no será tampoco definitivo. De momento se inaugura con esta última denominación. Elabora planes y hace

---

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, p. 12, a *Los inicios del constitucionalismo español*.

(8) Entre los papeles que tendría luego a mano en la tercera fase, guarda fichas y guiones de estos cursos. La *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* que contiene apartado de información de las actividades del mismo no inicia su publicación hasta 1988, en la etapa de dirección de FRANCISCO LAPORTA, catedrático de Filosofía del Derecho actualmente en la Universidad Autónoma de Madrid, con quien luego planearíamos otras iniciativas que referiré.

encargos desde 1980. El primer volumen saldrá con fecha de 1981, pero en enero de 1982. La iniciativa se ha fraguado en 1979 <sup>(9)</sup>.

Durante 1979 Tomás y Valiente va abriendo personalmente horizontes, pero manteniendo como más propio el de la historia del derecho, el de esta profesión y este profesorado. Aparece el MHDE y entiende que este horizonte profesional se encuentra abierto: no da por cerrada no sólo desde luego la materia, sino tampoco la exposición. Tiene además partes cuya inclusión finalmente ha descartado, pero no por razones internas, sino por entender que no encajan en la economía de un manual. No se trata solamente de un prólogo que probablemente nunca redactó por entero. Hay materiales más sustanciosos, tanto como unos prolegómenos metodológicos o un par de ellos, uno más general sobre la historiografía y otro más específico sobre la historia del derecho. El primero lo remite a una revista, para un homenaje, y el segundo quiere reelaborarlo al mismo efecto de publicación más especializada, propósito que no pudo cumplir por cruzarse la magistratura constitucional <sup>(10)</sup>.

Hay un indicio de que Tomás y Valiente podía estar ya distanciándose de la historia del derecho, de la HD, pero es relativo. El

---

<sup>(9)</sup> El director del Centro de Estudios Constitucionales a la sazón es Francisco RUBIO LLORENTE, catedrático en la actualidad de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, quien dejó a continuación dicha dirección por pasar también a la magistratura constitucional. Cuando la colección arranca, es subdirector en funciones de director Manuel ARAGÓN, decano actualmente y catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones sobre la Historia*, en *Revista de Historia del Derecho*, II.2, *Homenaje al profesor Manuel Torres López*, 1981, pp. 81-152; sobre el homenajeado, puede verse la necrología de su principal discípulo, J.M. PÉREZ PRENDES, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1997, pp. 1112-1127. Del *Manual* de TOMÁS Y VALIENTE, la parte no publicada en forma íntegra llevaba el título de *Fundamentos teóricos del presente Manual*; lo guarda junto a la correspondencia con Paolo GROSSI de mediados de 1979 para publicación en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* como *Fundamentos teóricos para una concepción de la Historia del Derecho*, en copia mecanografiada y parcialmente corregida suprimiéndose las remisiones internas al *Manual*, lo que comienza con la tachadura del título, y con una anotación marginal en el folio segundo: « Este punto 2 sobra entero. Ya está publicado. No te repitas », punto que en efecto se halla en *Historia del Derecho e Historia*. De extensión respetable, 68 holandesas aprovechadas, es texto así nunca publicado en su integridad; apareciendo a medio corregir y a medio descartar, no se incluirá en las *Obras Completas*.

distanciamiento, que viene efectivamente produciéndose, sólo afecta a una determinada forma de entender y practicar la materia. El hecho más revelador es el de que ha dejado de colaborar en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, la revista principal para la especialidad, casi su estandarte e insignia desde hace más de setenta años, el AHDE según se le sigla entre las personas no ajenas a la obra. Entre los años setenta y ochenta existe un paréntesis palpable de colaboración, pero es una suspensión cuya misma cronología, entre los mediados respectivos de dichas décadas, indica que no se debe a este momento de apertura de horizontes, como tampoco al cambio ulterior de fase entre la primera y la segunda, entre HD y TC. Pero ha sido un paso previo en la dirección.

Desde 1959 Tomás y Valiente reseña en el AHDE asiduamente bibliografía, interrumpiendo esta cooperación en 1974. Entre 1960 y 1975 publica también importantes trabajos en sus páginas, siguiendo igualmente un alejamiento sólo interrumpido por una colaboración en el número de 1980 que fue especial de homenaje (11). Hubo cierta reciprocidad: sólo sus dos primeros libros, durante su primera fase, se reseñan en el AHDE (12). Si hay un apartamiento, es claro por las fechas que no se debe a la agitación de 1979 ni a la nueva fase de 1980. Pero no les resultará indiferente. Tomás y Valiente venía abandonando una posición que se identificaba con el AHDE. Un rechazo acaba por manifestarse más abiertamente acercándose los tiempos del cambio de fase, pero no entonces por

---

(11) *Bibliografía*, entradas 2, 3, 4, 6, 8, 16, 27 y 47. Las reseñas también tienen entrada bajo el nombre del autor en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 bis, *Historia del Anuario e Índices*, 1982. El número último de primera fase en el que publica TOMÁS Y VALIENTE pudiera ser de su año, 1975, si le concedemos crédito al colofón sospechosamente fechado el 31 de diciembre; en todo caso, no parece existir el desfase de anualidades que antes vimos. Durante la interrupción, desde 1975 en efecto, nos confió algunos trabajos suyos a *Historia. Instituciones. Documentos*, la revista fundada en la Universidad de Sevilla, junto a historiadores, por J. MARTÍNEZ GJÓN.

(12) A estos efectos de *Índices*, pues menos a los de *Historia*, y aun no cuidando detalles como el de la integridad de los títulos, resulta siempre de utilidad dicho número extraordinario del *Anuario*, 51 bis, 1982: el registro inverso de autores reseñados también existe. Sus dos primeros libros, *Los Validos de la Monarquía española del siglo XVII* y *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, citados, de 1963 y 1969, están reseñados en los números 37, 1967, pp. 644-656, y 40, 1970, pp. 806-811, respectivamente.

producirse más solapadamente, pues ya operaba. La que rechazaba, era una tendencia o escuela que tenía nombre y apellido.

Se trata del «llamado *método institucional* puesto en práctica por García Gallo», de este marchamo lanzado por Alfonso García Gallo no sólo para cualificar su propia postura y la de los discípulos y discípulas que le siguieran u otros especialistas que se le adhiriesen, sino también para identificar el *Anuario de Historia del Derecho Español*, del que era responsable desde hacía décadas. Tomás y Valiente, hacia finales de la primera fase, rechaza dicho *método* expresamente por su deficiencia de sentido histórico e implícitamente por su carencia de espíritu constitucional. Era posición que había adoptado en algún trabajo propio al que no deja de extenderse el repudio, como ya vimos. No le duelen prendas en esta otra especie de apunte autobiográfico (13). Tomás y Valiente nos recomendaba que no gastásemos mucha tinta con el asunto y el tiempo le ha dado toda la razón. Hoy casi nadie se acuerda de aquel *método institucional*, una ocurrencia tópica, esto es literalmente de tópicos (14), que quería cubrir con penuria la miseria, revestir así la filología autista de fuentes realmente practicada. Sólo funcionó realmente para la identificación escolástica. Ahí se cifraban las razones de un alejamiento respecto al AHDE que lo era también respecto a la HD o a una determinada historia del derecho al menos, pero aquí entonces la imperante (15).

---

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, p. 163, ya citado, pero con manifestaciones también de respeto a A. GARCÍA GALLO, a quien está dedicado el aludido homenaje del mismo *Anuario*, 50, 1980.

(14) Una presentación del *método* ya sabemos que ofrecen las primeras páginas de *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, título que es ejemplo, como también nos consta, de tópico: de hecho bruto considerado constante a lo largo de la historia.

(15) Consecuentemente con lo que ya sabemos, GARCÍA GALLO venía siendo alma del *Anuario de Historia del Derecho* desde los años cuarenta, tras la guerra civil, y digo *alma* porque de derecho no era director en singular; desde la anualidad de 1948 figura como miembro de un Consejo de Dirección junto a José LÓPEZ ORTIZ, José MALDONADO y Álvaro D'ORS; de hecho, dirigía él reservando anualmente un cupo de páginas para el derecho romano bajo la dirección fáctica esta parte de D'ORS. Dirección, no la había estrictamente común y menos la colegiada. LÓPEZ ORTIZ, que era religioso agustino, ni siquiera se dedicó mucho a la historia del derecho después de la guerra civil; en 1940, se crea para él en Madrid una cátedra de *Historia de la Iglesia y del Derecho Canónico*;

Su posición historiográfica, que no será indiferente a la constitucional, la manifiesta más claramente iniciada ya la segunda fase. Desde la época de difícil transición entre el régimen no constitucional y el sistema actual, se había adquirido cierta costumbre en España de aprovecharse un viaje al exterior para hacerse pronunciamientos que aquí hubieran chocado más. Tomás y Valiente viaja a México como historiador del derecho, concede una entrevista sobre la historia del derecho y hace lo propio: se manifiesta con franqueza sobre la profesión y la especialidad. Veamos lo que confiesa a estas alturas, con la fase de HD ya cumplida <sup>(16)</sup>.

Habla de tendencias en España y dice que la hay « renovadora de la historia del derecho », en la cual menciona los nombres de José Manuel Pérez Prendes, Jesús Lalinde y « Bartolomé Clavero, joven historiador de la Universidad de Sevilla, con una orientación muy distinta a la de los anteriores: con una voluntad explícita de conexión con corrientes historiográficas procedentes de la metodología marxista ». No me importa ahora el detalle por la vanidad personal que, de haber leído la entrevista entonces, cuando joven, hubiera indudablemente sentido. Si creo que interesa y no a mí solamente, es porque él viene precisamente a juntarse a tan buena compañía: « Dentro de esta misma vertiente renovadora, aunque acaso con alguna peculiaridad, me situaría a mí mismo ». Se refiere concretamente a la marxista, si para él, como para mí, tal resulta <sup>(17)</sup>.

---

desde 1944, tras presentación por parte del general Franco que ejercía este privilegio, es obispo en la sede de Tuy, Galicia; desde 1969, es arzobispo y vicario castrense. MALDONADO pasa también de la historia del derecho a dicha plaza de historia de una iglesia, la cual acabará convirtiéndose en cátedra de derecho canónico y su titular en canonista. GARCÍA GALLO ha pasado a Madrid tras la guerra ocupando la cátedra de *Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América* que, como indicaré, había sido de ALTAMIRA, exiliado y desposeído. D'ORS es catedrático de Derecho Romano tras ella, profesando desde 1961 en la Universidad de Pamplona, Navarra, perteneciente al Opus Dei, orden seglar católica; su tándem desigual con GARCÍA GALLO al frente del *Anuario* se mantiene hasta entrado los años ochenta, como luego veremos.

<sup>(16)</sup> *Historias. Boletín de Información del Instituto de Investigaciones Históricas. Universidad Nacional Autónoma de México*, 5, 1981, pp. 8-10: *La historiografía y la historia de las instituciones*, resumen de su conferencia de este título pronunciada en dicho Instituto de México, Distrito Federal, el primero de abril de 1981; pp. 39-45: *Entrevista a Tomás y Valiente*.

<sup>(17)</sup> *Entrevista a Tomás y Valiente*, pp. 39-40. J.M. PÉREZ PRENDES es actualmente

Ante el requerimiento de que abundara « en el aspecto relativo a la corriente en la que sitúa su propia obra », esto es, ante una pregunta que no prejuzgaba ni dirigía, así se franquea: « Desde un punto de vista ideológico y no estrictamente historiográfico, creo ser claramente deudor de la historiografía que procede de la ideología marxista; aunque calificarme a mí mismo como marxista 'a palo seco' o sin más adjetivos, no me resulta cómodo; esto es, dentro del marxismo hay también una escolástica ortodoxa y la ortodoxia dentro de cualquier corriente ideológica, a mí me parece nefasta. En este sentido, el que yo considere indudablemente que grandes puntos de vista del pensamiento marxista, del pensamiento del Marx originario o de algunos de los continuadores influye en mí, influye conscientemente, influye voluntariamente, no significa que para calificar mi obra baste, sin más, decir que es la obra de un historiador marxista; esto, repito, no me resulta suficientemente definitorio de mí mismo ». Hoy, entonces, « existe una cierta práctica de un cómodo marxismo » con la que no se identifica <sup>(18)</sup>.

También se confiesa « incómodo » por responder preguntas más concretas acerca de su obra, pero lo hace en una dirección de sentido similar con señalizaciones que ya tenemos: « Cuando me ocupé del derecho penal de la monarquía absoluta, o cuando me ocupé del libro sobre la tortura, aparte de que en sí mismos aquellos

---

catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Jesús LALINDE se ha jubilado en la cátedra de esta especialidad de la Central de Barcelona; yo he vuelto a ser profesor, menos joven, en Sevilla. La entrevista no la he conocido hasta encontrarla en la biblioteca personal de TOMÁS Y VALIENTE.

<sup>(18)</sup> *Entrevista a Tomás y Valiente*, pp. 40-41 y 45, con una corrección manuscrita suya: « del Marx originario » en vez de « del más originario »; sobre todo por el uso de minúsculas, es claro que la transcripción no la corrigió. Si el entrevistador o entrevistadora, que no se identifica, hubiera tenido el reflejo de solicitarle mayores concreciones en dicha matizada adscripción marxista con nombres que más le convencieseran, creo, por nuestras conversaciones, que por aquel entonces hubiera señalado, como historiador, a Albert SOBOUL, y como teórico, a Nicos POULANTZAS, con lo cual, sobre todo con esto segundo, tampoco es que nuestros marxismos, de existir, coincidieran; por entonces, pues de entonces hablo, yo hubiera puesto a Boris PORCHNEV y a Maurice GODELIER. Tampoco estaría esto entre lo fundamental, y no lo digo por la calificación marxista, sino porque ya conducíamos nuestras propias lógicas antes incluso de dejar de mirarnos y reconocernos en las imágenes planas de los espejos de otras, marxistas o menos. Que sea efectivamente menos que más no se deberá, como veremos, a otra cosa que al derecho.

temas me interesaban y me parecían imprescindibles, por lo menos importantes, para conocer la realidad del sistema jurídico de la monarquía absoluta, es decir, los instrumentos represivos de un régimen a fin de cuentas autoritario, la verdad es que me ocupé de ellos en unos años en los que España no gozaba de la debida libertad. Por consiguiente, para censurar o de algún modo criticar o poner de manifiesto la existencia en la España de los años 60 ó 70 de unos instrumentos represivos, resultaba interesante hacerlo en una forma indirecta, siendo imposible otra ». La franqueza también llega al capítulo de los magisterios. Dice sentirse sucesor de historiadores españoles que hubieron de exiliarse, como Rafael Altamira o Claudio Sánchez Albornoz. Por su parte, García Gallo aquí sólo es parte de la historiografía del derecho que no se ha renovado <sup>(19)</sup>. Sus referentes para un abolengo son definitivamente otros. Encontrándose en México, proviniendo de España, profesando la historia del derecho y siendo magistrado constitucional, el recuerdo más significativo resultaba desde luego el de Altamira <sup>(20)</sup>.

Hay otra confesión que tampoco va a cogernos de nuevas. La renovación en curso no sólo es de método, sino también de tiempo: « Hay que llegar a las puertas mismas del presente, entrar en el siglo XIX y buena parte del XX; es allí donde yo me muevo con más placer ». El gusto es del MHDE. « El *Manual* está escrito con una perspectiva digamos progresivamente creciente; a medida que el lector se aproxima al tiempo actual encuentra mayor desarrollo de los temas, de manera tal que, por ejemplo, creo recordar que más de la tercera parte del número de páginas del *Manual* están dedicadas al sistema jurídico del estado liberal, es decir, a estudiar las constituciones españolas, el trasfondo ideológico y el trasfondo de intereses que hay a partir de la revolución burguesa en el estado liberal de derecho; el fenómeno de la codificación en su génesis europea y en

---

<sup>(19)</sup> *Entrevista a Tomás y Valiente*, pp. 39-42.

<sup>(20)</sup> M. PESET, *Juristas valencianos en el exilio*, pp. 158-162, en Albert GIRONA y María Fernanda MANCEBO (eds.), *El exilio valenciano en América. Obra y memoria*, Valencia 1995, pp. 157-179. De Rafael ALTAMIRA, historiador del derecho e historiador sin más, como también jurista que fuera además magistrado internacional, era la cátedra de *Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América* en Madrid que, como vimos, fue parte del botín de la guerra civil.

su fase americana; el estudio de los distintos códigos en España, de la literatura jurídica o de la ciencia jurídica española del siglo XIX. Ésta es, quizá, al menos visto desde fuera, casi diríamos a peso, la novedad en cuanto tal indiscutible » (21).

La marcada preferencia, o el placer que ha dicho, por la historia contemporánea no quitaba en la primera fase nada todavía a su dedicación preconstitucional, a la HD de tiempo anterior. Ha dicho que le interesaban estos temas por sí mismos y esto sigue siendo cierto en 1979. En el último trimestre también solicita y obtiene una beca de investigación para concluir el proyecto más ambicioso que se traía entre manos. Tenía contraído formalmente el compromiso: « Desde hace años preparo un libro sobre renunciaciones y ventas de oficios públicos y su posterior incorporación a la Corona de Castilla (siglos XV a XX) ». Y pensaba cumplirlo: « Trabajo en el libro sin prisas, porque la tarea de investigación no las permite, sin más pausas que las inevitablemente impuestas por la labor docente y por otros ineludibles y no siempre gratos deberes académicos, y con una cierta lentitud, derivada del hecho de tener que extraer la mayoría de los datos de mi obra entre los legajos de los diversos Archivos, generalmente en visitas veraniegas ». En 1979 se propone concluir la obra en un plazo de dos años, a cuyo efecto solicita la beca dicha (22).

---

(21) *Entrevista a Tomás y Valiente*, pp. 41 y 43, no corrigiendo en su ejemplar lo de « fase americana » que no sé a qué puede referirse o qué errata oculta.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Palabras preliminares*, p. 11, a *La venta de oficios en Indias, 1492-1606*, Madrid 1972, pp. 9-12, concluyendo el texto, p. 139, con el anuncio de « otro libro » en prosecución de éste todavía previo a la obra mayor. En los *preliminares* también dice que el compromiso era formal con la institución editora de este libro, el Instituto de Estudios Administrativos, centro público no universitario, que como tal ya no existía en la tercera fase. Era pertenencia de una Escuela Nacional de Administración Pública que había pasado a integrarse en 1977 en un Instituto Nacional de Administración Pública, pero pasando el Instituto de Estudios Administrativos a refundirse en cambio con un Instituto de Estudios Políticos para formarse el Centro de Estudios Constitucionales, centro que está naturalmente interesado, como ya hemos constatado, en otro tipo de colaboración de TOMÁS Y VALIENTE. Mas unos catálogos no se reúnen: el del Instituto de Estudios Administrativos lo hereda el Instituto Nacional de Administración Pública, según cabe verificar por la única modificación de la segunda edición, de 1982, de *La venta de oficios en Indias*, mientras que el *copyright* de *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*, citado, que había sido editado por el

No tenía todavía a la vista el cambio de fase y su horizonte profesional seguía siendo el de la HD, el de toda ella. Es a lo largo del mes de diciembre de 1979 cuando comienza a hacerse a otra idea. Se aprecia bien por el mismo curso de la correspondencia referente a la solicitud y concesión de la ayuda. A principios de mes, todavía se muestra confiado en que hará el trabajo. Avanzando el mismo, empieza a disculparse por la demora en la firma de los formularios de aceptación de un modo que trasluce una expectativa bien diversa <sup>(23)</sup>. Es el TC, y no otra cosa, lo que le separa de la HD, de una historia del derecho a la que nunca como tal retornará. En sus carpetas quedarán no sólo abundantes materiales, sino también guiones con un índice de capítulos más la redacción además de buena parte de una introducción sustantiva y de una porción menor de un primer capítulo.

Este es el esquema de la obertura: «La patrominialización y enajenación de oficios públicos dentro del proceso de formación del Estado moderno. El modelo de Max Weber sobre patrimonialización y ventas de oficios. El modelo concreto de Francia. Lo que se sabe sobre ventas de oficios en Castilla». Una ficha añade que la comparación habrá de hacerse también con «otros países» <sup>(24)</sup>. Hasta una docena de capítulos habrían de recorrer cronológica y

---

Instituto de Estudios Políticos, pasa al Centro de Estudios Constitucionales, el cual cede los derechos para las reediciones, la de 1982 y otra de 1990. En 1979, la beca la solicita al Instituto de Estudios Fiscales, centro del Ministerio de Hacienda, con la posibilidad de que el mismo se encargara finalmente de la publicación del libro.

<sup>(23)</sup> En su archivo hay una carpeta de «Correspondencia con el Instituto de Estudios Fiscales. 1979. Propuesta de contrato no firmada por mi elección y nombramiento como Magistrado TC». Al director a la sazón de este Instituto y catedrático de especialidad de Hacienda Pública en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Complutense de Madrid, César ALBIÑANA, no le oculta la causa de la demora, mostrándose comprensivo y discreto el interlocutor. Quedó también cancelada una primera propuesta de colaboración ya acordada con *Hacienda Pública Española*, la revista del mismo Instituto, sobre *Incorporación o Reversión al Estado de oficios públicos enajenados (1808-1819)*.

<sup>(24)</sup> El caso de Francia se destaca por razones no sólo históricas, sino también historiográficas, por la existencia en particular de la obra de Roland MOUSNIER, *La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII* (1945), París 1971. TOMÁS Y VALIENTE acusó su «insuficiente tratamiento histórico-jurídico» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 42, 1972, pp. 833-834.

sistemáticamente la problemática compleja y variada de dicha práctica histórica de venalidad pública en este caso castellano. Iba a ser una obra realmente ambiciosa. Así se la planteaba por la entidad y la posición del propio asunto. En él confluían las principales motivaciones tanto sustantivas como metodológicas de la HD, de lo que hasta ahora no es una fase entre otras, sino el proyecto vital de su trabajo profesional.

Sustantivamente, la venalidad de oficios ofrece el mismo interés que el valimiento o privanza del poder o incluso que el derecho y el procedimiento penales de aquellos tiempos. Representan formas y suponen instituciones nada ejemplares, formas e instituciones que pueden tanto recordar prácticas actuales de corrupción, prevaricación y represión como contrastar con los requerimientos hoy concebibles frente a tales fenómenos perversos. Esta preocupación de presente está siempre en el transfondo de la elección personal de unos temas históricos, aunque también sabemos que la conciencia y guardia respecto al riesgo de lo que llama *presentismo*, de una reducción de la historiografía a intereses y visiones actuales, está no menos presente en su ánimo guiándole el trabajo. El peligro existe. Lo que hoy pueden ser instintos viciosos y actos corruptos, ayer pudieron constituir virtudes y obras buenas (25). Pero no nos distraigamos. Ahora nos interesa reparar en el fondo de su interés por un tema. Investigaba porque le importaba y en lo que le interesaba. La venalidad le importa y le interesa.

Metodológicamente, la venalidad es un asunto de encrucijada también para unos intereses que no son exclusivamente personales porque pueden importar a una especialidad al menos, tocando al *derecho común*, ya veremos si a más, pues por esto aquí nos ocupará. Lo mismo que los validos o igual que muchas prácticas penales y que muchísimos estilos procesales, la venta de oficios en Castilla no era algo previsto y regulado por la legislación particular. A los mismos efectos normativos, es sustancialmente una costumbre, pero una costumbre que genera jurisprudencia y una jurisprudencia que a su vez, sin poder propio como tal, mira ante todo a aquel *derecho*

---

(25) Para no resultar esotérico, autorremito: *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán 1991.

*común de ayer*, el suyo. Las propias leyes, de darse, se plantean sobre esta base jurisprudencial.

Ocupándose precisamente de metodología, él mismo ofrece la explicación: A « veces la institución cambia no por interpretación de la legislación vigente o por desuso de parte de ella, sino al margen e incluso en contra de las normas. Tal aconteció en Castilla con el fenómeno de la venta de oficios públicos; la legislación castellana (a diferencia, por ejemplo de la francesa) nunca reguló, ni por tanto permitió, la enajenación por precio a particulares de oficios públicos, y sin embargo desde el siglo XIV hasta el XVIII tal práctica es generalísima en Castilla y sobre todo desde el siglo XVI son los mismos reyes quienes más oficios vendieron. Para ello utilizaron el mecanismo de una institución del Derecho canónico, la *resignatio in favorem*, la regularon por medio de normas seculares castellanas y todos (monarcas, juristas y castellanos legos en Derecho) utilizaron este mecanismo » (26). Ese derecho dicho canónico, el derecho de una Iglesia, era parte integrante del *derecho común de ayer*. Ya veremos si puede serlo del *derecho común de hoy*, que es por supuesto el que habrá de ocuparnos. Por ahora, no lo tenemos.

Tomás y Valiente tiene un proyecto que viene haciéndose desde unos comienzos de trabajo autónomo, o incluso desde que se encontraba en una posición todavía dependiente, y ha encontrado además el asunto respecto al que puede realizarlo con plenitud y a satisfacción. No se crea que los objetos de investigación están definidos y disponibles. Para dar con uno que reúna condiciones, hay que saber reconocerlas, sopesarlas, controlarlas y manejarlas. Y Tomás y Valiente se sabe además dueño de la técnica precisa también para el manejo. A las alturas de 1979, no investiga por hacer mérito para una carrera universitaria o para captar unos fondos públicos, como no resulta infrecuente entre profesores y profesoras produciéndose así tantas obras sin mejores utilidades que las de mérito y provecho propios, la promocional y la rediviva. Trabajadores y trabajadoras intelectuales sin compromiso moral con la ocupación propia están así tan preparados como disponibles para cargos públicos que produzcan de paso incremento de ingresos. Con

---

(26) Cito de los inéditos *Fundamentos teóricos del presente Manual*, f. 24, de los que luego me ocuparé.

toda seguridad, no es éste nuestro caso. En dicho año, en 1979, cuando va a concluirse la fase de HD, Tomás y Valiente está animado con su trabajo, lo tiene bien encauzado y no prevé la interrupción ni busca el cambio.

Estamos en el momento crucial, en una encrucijada para él, de finales de 1979, cuando tiene todo este proyecto vital de trabajo profesional ante sí, cuando piensa proseguir de por vida una labor de verdadera envergadura en la historia del derecho. En el último trimestre de este año, primero del curso académico, comienza a ensayar su experiencia docente, que no podría completar ni en la primicia, con su *Manual de Historia del Derecho Español*, con el MHDE. Tiene también iniciada la corrección definitiva, que tampoco ultimaría nunca, de unos *Fundamentos teóricos para una concepción de la Historia del Derecho*, como ya también nos consta <sup>(27)</sup>. Mas se le ofrece la oportunidad de hacer otra cosa y acaba aceptándola. Va a cambiar de profesión aunque en principio piensa que sólo se trata de desdoblirla. Habrá también desdoblamiento, pero entrando un término nuevo, HCE, en el lugar del de origen, HD. El cambio no tendrá retorno. Iremos viendo.

---

<sup>(27)</sup> Son los que habrían de resultar de los recién recordados *Fundamentos teóricos del presente Manual* que no fueron al fin en el mismo; de ellos trataré posteriormente, como ya también he anunciado.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### SEGUNDA PROFESIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO

« Para intentar el estudio histórico me falta tiempo » (1), es expresión que ya sabemos usual de Francisco Tomás y Valiente durante su segunda fase, la del TC que transcurre entre 1980 y 1992. Era magistrado y también luego, desde 1986, presidente del Tribunal Constitucional, lo que prácticamente le exigía toda su jornada de trabajo y casi la de descanso. No fue una experiencia corriente, sino más bien única e incluso irrepetible. Puede decirse que su segunda fase es de magistratura constituyente, más así que constitucional. Tomás y Valiente concurre a la fundación del Tribunal Constitucional como institución y a la creación de la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho: no sólo a la producción de doctrina constitucional de valor normativo, sino también a la misma invención de esta clase de norma jurisprudencial en España. De la experiencia anterior, la de un Tribunal de Garantías Constitucionales introducido por la Constitución de 1931 y que pereció con la República, no se tenía precedentes que sirvieran. Ahora hay que abrir acequia, marcar cauce, originar caudal y mover corriente. Hay que construir la fuente, la fuente misma. Es un trabajo jurídicamente trascendental y personalmente absorbente, al cual se consagró literalmente con éxito institucional y satisfacción íntima. Son doce años de magistratura con seis de presidencia, signo además ésta del acierto de su elección (2).

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 101.

(2) Añado algún detalle de esos que a más de un lector o lectora les resultará superfluo. El Tribunal Constitucional español se compone de doce miembros renovables por tercios cada tres años, con permanencia regular así de nueve. La de doce años fue

Ha descrito él mismo la experiencia: « Aquella fue una aventura apasionante, porque literalmente asistimos (para un historiador la experiencia literalmente es apasionante) al proceso de nacimiento de la institución, esto es, a la traslación de una institución que literalmente, esto es en la letra de la Constitución, existía, y existía también literalmente en el Boletín Oficial del Estado, pero que carecía todavía de realidad institucional en cuanto que no podía funcionar sin unos medios elementales y tenía que inventarlo todo, incluso sus propios símbolos ». Hubo que afrontar y resolver efectivamente las cosas más primarias que no siempre son las menos importantes, como ocurre con la simbología misma. Hasta el edificio de la sede del Tribunal Constitucional se quiso deliberadamente distinto, menos neoclásico o más futurista, que los ordinarios de los tribunales: « Allí nos instalamos y dense ustedes cuenta de que es un edificio elegido por nosotros — al menos por algunos de nosotros — con la intención apenas disimulada de que no se pareciera en absoluto, ni siquiera por fuera, a lo que son habitualmente los palacios de las audiencias provinciales o de los órganos judiciales » (3).

---

excepcional por el nombramiento lógicamente simultáneo de todos los tercios en el momento fundacional. Se sortearon las renovaciones y a TOMÁS Y VALIENTE le tocó dicha estancia más prolongada. La suerte no juega en el acceso a la presidencia, que se elige entre los magistrados y por ellos tras cada renovación y consiguientemente por tres años. TOMÁS Y VALIENTE es elegido en 1986 por nueve votos a favor entre los doce con uno en blanco, el suyo. En 1989 es reelegido prácticamente por unanimidad, pues obtuvo once votos, con el suyo siempre en blanco. Este tipo de votaciones tan poco reñidas a este efecto son hasta el momento excepcionales. Su elección primera, la parlamentaria para magistrado, que fue también por mayoría muy amplia, constitucionalmente exigida por otra parte, me parece menos significativa; se produjo por consenso de los partidos mayores sin la deliberación pública que parlamentariamente cabría esperarse, habiendo propuesto su nombre el partido socialista.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 20, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 31, 1991, pp. 19-33; *Balance de diez años de jurisprudencia constitucional*, p. 43, en el colectivo, *10 anys de jurisprudència del Tribunal Constitucional*, Palma de Mallorca 1993, pp. 17-61, textos de sendas conferencias celebrada la una en Donosti — San Sebastián, en la Universidad del País Vasco, en julio de 1991, y la otra en el Parlamento de las Islas Baleares en febrero de 1992, y que son textos frescos y vivaces que no recoge en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, editados éstos como ya sabemos en 1993. Puede apreciarse, por su estilo, que se trata de transcripción de oraciones, caso en el que me tomo una licencia que en otros ni pensaría: retoco algo, muy poco, puntuación y ortografía.

Hubo también de acordarse el mismo estilo de las sentencias y los autos, de los propios pronunciamientos, el cual se separó igualmente de forma deliberada e innovadora de la práctica judicial tradicional de frase única por encadenamiento de gerundios tan imposible y desesperante para quienes no pertenecen al mundo profesional de la justicia, tan inconveniente para un tribunal que habría de cumplir también una función pedagógica de cara tanto a las profesiones jurídicas en particular como a la ciudadanía en general: « Nos enfrascamos también a discutir la sintaxis de nuestras futuras sentencias y decidimos, no por unanimidad, arrumbar para siempre esos gerundios iniciales de *resultando* y *considerando* (yo me confieso que hubiera sido incapaz de escribir una sentencia con un párrafo encabezado por un gerundio u otro) » (4). En un órgano cuyos miembros proceden de la profesión universitaria y de la judicial comenzaron a prevalecer afortunadamente a estos primeros efectos posiciones más propias de quienes no estaban envidiados por unos estilos muy profesionales, pero dudosamente constitucionales. Se trata de no ser miméticos para poder ser creativos, para poderse ejercer la creatividad que la Constitución, con toda su novedad, requiere.

Así también se plantean las cosas respecto a la fuente. Ha de crearse también como tal la jurisprudencia constitucional: no sólo derecho a su través, sino la fuente misma con carácter previo. Así también recuerda « la creación de una jurisprudencia que va dando sentido, y sentido racional, jurídicamente hablando — pero podríamos decir también sentido progresista políticamente valorando — a la letra de la Constitución ». Y prosigue: « Naturalmente esa necesidad de decir cosas nuevas disminuye con el tiempo a medida que se va creando un *corpus* jurisprudencial que permite referirse a él en cada caso que se le plantea al Tribunal, pero por lo mismo es evidente que en aquella primera etapa el Tribunal tuvo que crear casi todo, desde el punto de vista doctrinal ». Claro que la soledad es relativa, pero resulta casi completa respecto al caso propio: « A veces nosotros encontrábamos que nuestras ideas estaban esbozadas o antedichas, por ejemplo, en la jurisprudencia del *Bundesverfassungs-*

---

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 20 misma.

*gericht* y en la de la Corte Constitucional italiana o del Tribunal austriaco. Teníamos puntos de referencia exógenos, y muy pocos puntos de referencia internos, porque el único que nos hubiera podido servir de antecedente directo y creativo, el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República, dejó muy poca obra doctrinal escrita y la poca que quedó es muy difícil de encontrar. No hemos tenido éxito en encontrar y coleccionar la labor jurisprudencial del Tribunal de Garantías Constitucionales y sobre todo los expedientes y actuaciones judiciales a partir de los cuales el Tribunal actuó » (5).

Vamos encontrando consideraciones y referencias que resultarán preciosas para comprender en la tercera fase la motivación de la HCE y la problemática que le subyace. Recuérdense estas alusiones a otros tribunales o cortes constitucionales cuando veamos luego la concepción de una *cultura común* o incluso de un *derecho común* y la posibilidad con esto de una *historia común* del constitucionalismo. Pero no nos anticipemos. Y no lo hagamos sobre todo porque falta todavía esta misma cuestión previa: porque no hemos concebido aún el propio constitucionalismo. A esto vamos a asistir ahora. Debemos advertirlo y contemplarlo. Acercándose a la tercera fase, Tomás y Valiente está mirando su profesión nueva con ojos de la vieja, con mirada de historiador curtido: « Para un historiador la experiencia es apasionante », como nos ha dicho en un paréntesis. Mas no es esto lo que va a interesarnos todavía. También llegaremos nosotros. Con antelación nos importa que algo ausente en la primera fase, algo que hemos echado de menos en el MHDE, lo tengamos ahora: el concepto de constitucionalismo como toda una categoría integral virtualmente comprensiva del derecho actual. Ya habrá tiempo de que se produzca la vuelta de la historia.

Estamos con la magistratura, con su profesión constitucional.

---

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 21; algo más desglosado, *Balance de diez años de jurisprudencia constitucional*, pp. 46-49. La jurisprudencia editada entonces puede efectivamente confirmar la poca ayuda que como precedente cabe que ofrezca a un Tribunal de composición profesoral y judicial, el actual, otro que había sido de idea más bien política o representativa: Martín BASSOLS, *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías de la II República Española*, Madrid 1981, pp. 87-410.

Va a exigirle realmente trabajo, pero un trabajo que personalmente le compensará, aparte siempre que por el beneficio común, porque le capacitará. Sin perjuicio de la primera, su segunda profesión le rendirá en el sentido, no de que le agote, sino de que le dará fruto y un fruto granado, el que digo del constitucionalismo. El Tomás y Valiente de 1992 será muy distinto del Tomás y Valiente de 1980. No digo que el Tribunal Constitucional le cambió, porque supo evitar el cambio personal, pero profesionalmente puede decirse que la transformación se produjo. Una intensa obra jurisprudencial le hizo asomarse a veces a la historia, pero esto no es ahora lo esencial. Lo que le llevó sobre todo es a entrar y a adentrarse en el constitucionalismo. Comenzó esta experiencia por hacerse presente y por ofrecerle no sólo introducción, sino también formación.

¿Se me entenderá si digo que ahora es cuando aprende, que es ahora cuando se entera? Ahora es cuando se hace con el derecho. Un profesor universitario puede llegar a saber mucho sobre su objeto salvo manejarse con él: salvo dominarlo realmente. Si alguna vez resulta verdad el aserto de que el estudio prepara, pero que sólo la experiencia forma, es en el caso. Se me entenderá seguramente mejor si digo que lo que aprende ahora es derecho constitucional, pero no como una rama más del ordenamiento, como una nueva especialidad que añadir a la suya de historia del derecho, sino como la base y la columna, como el cimiento y la estructura, como el esqueleto de hueso y médula que sostiene y la circulación de aire y sangre que vivifica todo el sistema jurídico. Es así un derecho que no complementará, sino que pondrá en cuestión su misma ciencia previa de historia del mismo. También es verdad que estaba predispuesto y en condiciones. Lo hemos detectado a todo lo largo de 1979. Lo vimos particularmente a propósito de una conferencia sobre la infancia.

Al lector o la lectora actuales introducidos en derecho que no vivieron aquella encrucijada, ya por razón de edad, ya por la de nación, todo eso que acabo de decir puede parecerle muy elemental, demasiado elemental para atribuírselo a Tomás y Valiente. Pero pensemos que fueron realmente otros tiempos y que de su aprendizaje venimos en España, ambas cosas. Cuando la Constitución española por fin advino a finales de 1978 se encontró con una cultura del derecho bastante acomodada en un sistema no constitu-

cional, en un sistema sin principios de derechos y sin contraste de fuentes, sin posibilidad por ejemplo de que la ley pudiera someterse a un test de libertades o de que la justicia se sometiera también a otro control que no fuera el de la ley misma: que pudiese también sujetarse a dicho contraste primario de los derechos. Tuvo que comenzar a pensarse y explicarse entre los mismos juristas que una Constitución no era un documento idelógico al registrar libertades ni uno político al diseñar instituciones: que es siempre norma jurídica y la norma jurídica primera de todo el ordenamiento conteniendo principios situados incluso por encima de ella misma. A efectos prácticos, tuvo sobre todo que venir el Tribunal Constitucional no sólo proclamando doctrinalmente estas cosas tan elementales, sino haciéndolas también jurisdiccionalmente efectivas. El éxito de una labor puede manifestarse en dicha sensación de que hoy parezca elemental lo que entonces no lo parecía, pues entonces no lo era.

Tomás y Valiente también lo recuerda tras referirse a aquellos primeros inventos o descubrimientos de símbolos, edificio y estilos. Lo siguiente fue la creación sustantiva de la jurisprudencia, sentándose unas primeras directrices e insistiéndose cada vez que fuera preciso en ellas: « en el valor normativo de la Constitución Española, en la eficacia directa de sus normas, en la Constitución como marco jurídico dentro del cual caben distintas opciones políticas ». Sigue recordando toda una extensa labor y nos sirve su recordatorio para registrarla nosotros: « Afirmamos aquello de que nada que concierne al ejercicio de los derechos que la Constitución reconoce a los ciudadanos podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal. Definimos el concepto de contenido esencial de los Derechos Fundamentales. Definimos, como buenamente pudimos, qué es esa misteriosa categoría de Ley Orgánica que nuestra Constitución reconoce. Definimos lo que es la autonomía de las Comunidades Autónomas diferenciándola, en la medida de lo posible, del también relativo concepto de soberanía del Estado. Definimos una y mil veces lo que son bases, de qué naturaleza es el concepto de base; qué debe entenderse por constitución económica; qué es un despido discriminatorio y nulo con nulidad radical; qué es la presunción de inocencia, la tutela judicial efectiva... ». En suma, « fuimos creando eso que los juristas llaman doctrina », pero una doctrina ahora

constitucional y de valor normativo, esta jurisprudencia en el sentido más fuerte (6).

Se fue creando doctrina constitucional y así generando también culturalmente constitucionalismo. Es una jurisprudencia que lo va concibiendo, fomentando y construyendo. No se piense que el Tribunal Constitucional tenía esta doctrina por la gracia de su investidura y que así la dispensa. Conforme ha recordado el propio Tomás y Valiente, igual que tuvo que dotarse de unos medios y ponerlos en funcionamiento, hubo de hacerse con un conocimiento y activarlo con un desenvolvimiento. Con base en la Constitución desde luego, pero una base textual sin el aliento cultural de un órgano activo, una base que podría haber languidecido sin esta infusión de vida, con la concurrencia también por supuesto de una doctrina no judicial, de la más sensible que no era entonces mayoritaria, lo que fue aquí generando y definiendo esa jurisprudencia, lo que fue creando, es el constitucionalismo mismo. Es algo que interesa a toda una sociedad, a sus ciudadanos todos y todas, pero algo que ahora particularmente nos importa por lo que pueda muy en concreto interesar a uno de esos ciudadanos, a uno que era individuo de dicho tribunal, a uno de los creadores de dicha jurisprudencia, a Francisco Tomás y Valiente. Tuvo que recrearse a sí mismo como jurista para poder crear ese derecho para todos y todas.

No olvidemos que hasta ahora, como comprobábamos en su MHDE de las mismas vísperas, de 1979, Tomás y Valiente no contaba con una categoría propiamente constitucional para la identificación de todo el derecho de esta índole y no sólo de alguno de sus capítulos. Ahora, integrando y luego presidiendo un Tribunal Constitucional con jurisdicción virtual sobre todo el ordenamiento jurídico, por tenerla particularmente respecto a sus principios, y con

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, pp. 21-22; entre las referencias que no quepa entender directamente en tan apretado recordatorio, una nota no va a despejar la que nos dice misteriosa de la ley orgánica, pero baste indicar que se trata de ley con requisitos cualificados por tocar a derechos, de ahí que se le aluda a continuación; y algo parecido ocurre con la cuestión de las bases: su alusión sigue a la autonomía y a la soberanía pues toca a un criterio constitucional de reserva competencial del Estado.

competencia efectiva sobre su concepción y sus fundamentos, por vía especialmente de amparo de derechos; formando parte de un Tribunal que en España no pertenece al aparato judicial, pero que ejerce así justicia, Tomás y Valiente se hace con la categoría y el empleo del constitucionalismo, con ambas cosas, también con la primera (7). A partir de aquí, solamente con esta base, podrá luego plantearse una historia constitucional que merezca ya el calificativo. Veremos cómo se lo propondrá. La HCE no consistirá en otra cosa.

Igual que la HD no nos ha interesado en sí, tampoco nos interesa por sí mismo el TC, esta fase segunda de Tomás y Valiente. Está advertido desde el principio. El desempeño de la magistratura constitucional puede tener desde luego una especial significación para la concepción ulterior de la HCE, de la obra histórica de este interés constitucionalista. Podría interesar entrar así en el estudio de la jurisprudencia que produjo. Ya me he referido a unas dificultades. Por el carácter colegiado del Tribunal y por su ejercicio efectivo de la colegialidad, no es fácil discernir la obra jurisprudencial estricta de uno de sus individuos. No es tampoco que el obstáculo sea insalvable, pues ponentes y votos se identifican, pero voy aquí prácticamente a soslayarlo (8). Ahí queda toda una obra de Tomás y

---

(7) Su libro dicho de *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, compuesto al final de la segunda fase con textos de la misma según ya sabemos, constituye en todo caso, aun faltando alguno más fresco, una introducción viva tanto a su logro personal como a la institución del Tribunal. Sus dos primeras partes versan sobre « El Tribunal Constitucional y la Constitución » y « El Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado ».

(8) En la Comisión para las *Obras Completas* de TOMÁS Y VALIENTE, de la que formo parte, propuse la inclusión de la obra jurisprudencial, que parece alcanzar a ciento sesenta y una ponencias que lograran mayoría o fueran así sentencias y dieciocho votos particulares, pero los miembros de la misma comisión pertenecientes al Tribunal Constitucional, presidente Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO y magistrado Pedro CRUZ, arguyeron que su trabajo es colegiado de una forma tan efectiva que no permite el aislamiento de un estado de ponencia como obra personal sin vistas o incluso sin resultados ya de deliberación, aparte también de la discreción obligada para sus miembros respecto al proceso interno de adopción de decisiones más allá de lo que se fundamenta e identifica públicamente: sentencias y votos, ponentes y votantes. De hecho, TOMÁS Y VALIENTE no consideraba su obra jurisprudencial como individualizadamente propia. No se le ocurrió registrarla en el *Curriculum vitae* ni incluir pieza alguna del género en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. En todo caso, también es verdad que, existir, existe

Valiente que, igual que en la profesión docente, lo mismo que con las clases, no sólo es escrita, sino también oral: « Quien escribe estos párrafos ha perdido más de una deliberación defendiendo sin éxito » una postura, o la ha ganado, sin que quede siempre el registro en unos documentos públicos, los votos o las sentencias <sup>(9)</sup>. Ahí queda como trabajo así colegiado que nos bastará advertir por lo que va a incidir en la obra más propiamente personal.

Diré así poco, muy poco, pero espero que lo preciso, sobre esa labor jurisprudencial. El capítulo clave en una biografía va a resultar, si no el más breve, tampoco el más extenso como quizá debiera. Y habría que comenzar desde un principio, desde la propia toma de conciencia de una ignorancia, entrando en la intimidad de un examen de conciencia por medirla y un esfuerzo de trabajo por vencerla. Existe toda una historia privada de capacitación, de superación de la incapacidad en que nos había sumido incluso a los estudiosos un régimen no constitucional. Alguna vez me comentó que había hecho en plan intensivo de nuevo la carrera de derecho, o no tan de nuevo pues no resultaba desde luego la misma que cursara en Valencia por los años cincuenta. Supongo que algo exageraba, pero digamos que ahora se licenciaba por el régimen más libre del estudio más privado en derecho constitucional, en todo un sistema jurídico de esta inspiración constitucionalista. No es historia que pueda documentarse, pero conviene recordarla y no olvidarla. A quienes se interesan hoy por el derecho y, si tienen fortuna con los profesores o profesoras, o acierto con los autores o autoras, se introducen fácilmente en un dominio constitucional, al lector o lectora virtuales de esta biografía intelectual, conviene hacer bien presente que entonces las cosas fueron de ese modo. Es preciso no

---

y no sólo como trabajo de equipo: en los votos y bajo las sentencias, junto a sus papeles que en esta parte, por lo de la indiscreción, no he hecho intento de ver. El propio Pedro CRUZ, más capacitado al efecto y más juicioso siempre, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla antes de acceder el Tribunal, tiene el propósito de realizar el estudio de la obra jurisprudencial de TOMÁS Y VALIENTE a propuesta de Paolo GROSSI para los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*.

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio previo*, p. XXXV, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid 1995, pp. XIII-XLVIII, una mínima indiscreción.

olvidarlo para valorar el mismo cambio que vamos a ver en la obra personal de Tomás y Valiente.

Todo ello va a interesar neurálgicamente a su trayectoria. El TC es el término medio de su autobiografía telegráfica. Habiendo ya advertido que no va a recibir aquí esto una atención proporcionada, diré algo más, sin necesidad de adentrarme, sobre la jurisprudencia constitucional, o más bien constituyente, de estos tiempos fundacionales de magistratura de Tomás y Valiente. Es obra suya, pero no sólo suya. Su consideración nos llevaría a problemas innecesarios para la economía de nuestra exposición, la cual sabemos de sobra que se ocupa de una biografía intelectual y no de otras cosas, por muy importantes que desde luego sean. En lo que me detendré particularmente para el transcurso de la vertiente jurisprudencial de esta fase es en unos signos externos más individuales, en aquellos que el propio Tomás y Valiente exteriorizó suscribiéndolos o actuándolos como obra personal. Consideraré luego particularmente aquellos que fueran de carácter historiográfico interesantes a la postre para la HCE.

De la jurisprudencia constitucional e incluso del peso presumible en ella de la presencia de Tomás y Valiente, ya sabemos algo, quizá aquí lo suficiente para un punto, el que hemos visto de la problemática comunitaria y que él no ha dejado además de registrar en su rápido recordatorio. Su posición tan favorable al régimen constitucional de autonomías como recelosa respecto a otra posibilidad que igualmente podía permitir la Constitución cual fuera la de reconocimiento de unos derechos históricos con un principio de título y un resultado de devolución para el sujeto comunitario del caso, esta posición que también ya sabemos no exclusiva suya en el seno del mismo Tribunal Constitucional, es la que inspirará e informará una línea jurisprudencial <sup>(10)</sup>. Le confirma en una posición, aunque no por ello le libraba de unos problemas historiográficos que, tratándose de derechos históricos, podrán incidir ulteriormente en el propio cuestionamiento de dicha misma postura. La tercera fase, la HCE, podrá traernos a este punto. De momento nos

---

<sup>(10)</sup> Baste aquí con remitir, por su intervención y por la controversia, a *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, que es un seminario de 1994 como ya sabemos.

importa dicha ratificación jurisprudencial, mas no historiográfica y quizá tampoco definitivamente constitucional, de la posición de Tomás y Valiente en el capítulo (11).

El otro capítulo visto, capítulo anterior, interesa a unos derechos individuales o puede llegar a hacerlo. Siendo el más importante, como no ha dejado de reflejarse en su recordatorio, es el que más nos desviaría de nuestro hilo biográfico. Quiero particularmente reparar en un extremo que hasta cierto punto ya ha surgido, que puede ser clave y que habrá de interesarnos luego. Me refiero, no directamente a los derechos, sino a la cuestión, que puede resultar históricamente previa, de la interferencia de la ley frente al reconocimiento constitucional de los mismos, de los derechos, por el fenómeno particularmente de la codificación. Y digo que es cuestión ya surgida hasta cierto punto por el uso que hemos visto hacer de un Código, el Código civil o Código por antonomasia, en momento de interpretación constitucional a propósito de las autonomías comunitarias de derecho histórico. El MHDE ya presentaba por su parte la codificación como signo constitucional: « típico exponente del liberalismo auténtico o radical ». Y el Código predecirá a la Constitución en un título de esta segunda fase (12). Mas no anticipemos. Recordemos ahora lo visto al respecto pues puede ser desde luego cuestión clave e interesarnos.

A finales de la primera fase, recién promulgada la Constitución,

---

(11) P. CRUZ, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre autonomías territoriales*, pp. 3348-3349, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Madrid 1991, vol. 4, pp. 3339-3371, y *Espagne. Autonomies territoriales*, pp. 321-322, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 4 (1988), 1990, pp. 313-325, con tratamiento colegiado, sin significar a individuos, pero teniendo, como dije, precisamente previsto el propio Pedro CRUZ ocuparse, en los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, de la significación de TOMÁS Y VALIENTE en esta jurisprudencia.

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 439, en el epígrafe citado de « Principios ideológicos y derechos individuales » de la Constitución gaditana; un añadido de la segunda versión, p. 34, se refiere a Constituciones y Códigos diciendo que « como aquéllas no son sino una expresión de éstos, puede ser sintéticamente denominado (el modo de creación del Derecho propio de un Estado burgués, liberal y unificador), el modo de la Codificación ». El otro título de referencia es naturalmente el de *Códigos y Constituciones*, ya repetidamente citado y que veremos a este mismo efecto.

Tomás y Valiente podía sobreordenarle tranquilamente el Código en materia de autonomías comunitarias. Recuérdese más en concreto que, ante aquel complemento del reconocimiento constitucional de derechos históricos que venía a ser la derogación por parte de la misma Constitución de las leyes decimonónicas entendidas como abolicionarias de fueros vascos con el efecto potencial de una devolución, Tomás y Valiente interponía el artículo de los preliminares del Código civil en el que se dispone que « por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado » (13). Nunca le entusiasmó mi idea de que el título preliminar del Código, con su pretensión de sobreordenarse a todo el ordenamiento y bajo unos supuestos legalistas sin presupuestos de derechos, no cabía en un sistema constitucional que partiese seriamente de éstos. No le convenía, ni a él ni a nadie que yo sepa, mi argumento de que esa parte del Código civil, precisamente esa parte de concepción del derecho, había quedado fuera de juego aunque sólo fuese por otra disposición constitucional derogatoria, la tercera ya citada. Resulta en cambio que el Código regía y que podía así incluso regir sobre la Constitución.

Este tampoco es un punto que vaya a despejarse por la jurisprudencia constitucional, por la constituyente que estamos diciendo. Ha de advertirse que la Constitución española mantiene sustancialmente una justicia de ley mientras la justicia de derechos fundamentalmente, sobre todo aquella que puede chocar con leyes postconstitucionales, se concentra en el Tribunal Constitucional. Planteado el problema, dicha jurisprudencia no deja de recurrir al planteamiento legalista del título preliminar del Código civil, de esta ley preconstitucional, a fin de cancelar así, no desde luego los derechos, sino la alternativa de un amparo más expedito de los mismos por parte de la justicia, esta otra posibilidad que también pudiera abrir una Constitución que, al contrario que el Código, tiene a los derechos como principios. Frente a ley postconstitucional el Tribunal Constitucional se reserva la función del amparo de derechos valiéndose de cara a la justicia de esa ley preconstitucional que es el

---

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos históricos de los territorios forales*, f. 84, conclusión que ya vimos de este trabajo de 1979 que dejara inédito.

Código<sup>(14)</sup>. Lo que ahora nos importa es que un fondo legalista de concepción del derecho que plantea problemas con el principio constitucional de los derechos y que podrá plantearlos por tanto para una historia del constitucionalismo era propia de Tomás y Valiente como va a serlo también de la jurisprudencia constitucional, de esta jurisprudencia constituyente. Era otra convicción que se ratifica.

Hay convicciones problemáticamente constitucionales que pueden resultar incluso reforzadas por la experiencia jurisprudencial de la magistratura constitucional. Veremos que ésta de signo legalista no se tambaleará hasta la tercera fase, hasta que Tomás y Valiente comience a considerar la problemática actualmente historiográfica y potencialmente constitucional del *absolutismo jurídico* en concreto, el fenómeno conforme al cual, según su propia presentación, « el Estado liberal reduce el sistema plural de fuentes, propio del *ius commune*, en el que la doctrina de los juristas tenía un papel creativo preponderante, al imperio de la ley como única forma de creación de Derecho, reduciendo el papel de los juristas al muy vicario de simples exégetas ». Es un punto sintomáticamente recurrente de la tercera fase, como veremos desde luego<sup>(15)</sup>.

La HCE ya veremos también que no será una mera reiteración

---

(14) Para no desviarnos, autorremito: me he ocupado en *Los derechos y los jueces*, Madrid 1988, y me ocupo ahora en *Imperio de la ley y « Rule of Law »: Léxico jurídico y tópica constitucional*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 25, 1996. *Los derechos y los jueces* se lo dedicaba por impreso, junto a Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO, catedrático del Derecho del Trabajo, durante bastantes años en la Universidad de Sevilla, y magistrado constitucional que luego le sucediera en la presidencia, con toda la mala idea: eran los ponentes de las sentencias constitucionales que, como canon de interpretación, como ley sobre leyes, sobreordenaban Código a Constitución.

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio previo*, p. XIV, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones* citados, indicando la fuente de la definición: la obra del ya citado Paolo GROSSI y particularmente, para el capítulo, los suyos de *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* y *Absolutismo giuridico e proprietà colettive* en su recopilación, del propio GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezione medievali e moderne dei diritti reali*, Milán 1992; el primero tiene versión castellana: *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid 1992. Pero es asunto, el de este *absolutismo jurídico* que tan mal suele sonar a los juristas y en particular a los constitucionalistas, al que, por su implicación precisamente constitucional, volveremos como digo.

del TC en clave histórica. En ella tenderán a privar más los derechos y podrán también hacerlo por bases sentadas en esta segunda fase e incluso por posiciones que pueden proceder de la primera. Tratándose directamente de derechos, ni Tomás y Valiente ni la jurisprudencia constitucional sobreordenan el Código sobre la Constitución. A él le vimos resueltamente infraordenarlo, situar el uno bajo la otra, en 1979, en la conferencia sobre la infancia. Es una línea que se ha reforzado con la experiencia de la magistratura, lo que no vamos a dejar de subrayar porque no nos hayamos adentrado ni vayamos a adentrarnos en ella <sup>(16)</sup>. Será punto desde luego esencial para la HCE.

Estamos ahora en la segunda fase y respecto a ella conviene subrayar, más que unas cuestiones todavía pendientes, unos logros: todo lo que implica para Tomás y Valiente una formación jurisprudencial en un constitucionalismo de derechos, todo lo dicho sobre su nueva carrera de derecho y su novísima experiencia de Constitución. Esto es lo que le permitirá concebir la misma empresa de una historia constitucional, la HCE. Podrá llegar también a este proyecto porque, durante la segunda fase, no rompe amarras con la historiografía y en particular con la historia jurídica. Este es el aspecto en el que, como ya he anunciado, nos detendremos especialmente para esta fase. Vamos a ello, que ya llegará también el momento de atar cabos.

---

(16) Francisco Javier PUYOL y María Fernanda de LORENZO (eds.), *La mujer en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1988) y (1989-1993)*, Madrid 1993, referencias de TOMÁS Y VALIENTE, cubriendo toda su magistratura, mediante el « Índice de ponentes ». Y elijo intencionadamente este punto para posible contraste con el descuido historiográfico que ya nos consta y al que volveremos. Entre sus papeles he encontrado una breve exposición puesta en limpio, de media docena de folios, sobre *No discriminación por razón de sexo*, fechada en 1989, con destino a un órgano periodístico y que no sí si llegara a publicarse; hace repaso rápido de jurisprudencia y formulación sumaria de postura: « La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley son instrumentos o medios y no a la inversa ». En cuestión de lenguaje, le parecía literalmente cursi la especificación del femenino, no poniendo en cuestión lo que suele ahora decirse de que el masculino tiene valor múltiple y puede comprender todos los géneros.

## CAPÍTULO TERCERO

### LA PRIMERA PROFESIÓN DURANTE Y TRAS LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

Hemos visto a Tomás y Valiente comenzar una conferencia en 1984 apelando a « mi condición de Profesor de Historia del Derecho » frente a « la más transitoria de Magistrado del Tribunal Constitucional ». También a través de la lectura le hemos escuchado en otra de 1991 referirse a su cambio temporal de profesión en estos términos: « Para un historiador la experiencia literalmente es apasionante » (1). No vamos a decir que durante todo el tiempo de TC se consideró un magistrado interino a la espera de recuperar su verdadera profesión, la de historiador, pero es sensación que a veces tenía y así expresaba. Esto también significa que en principio veía su fase segunda como un paréntesis. Seguía considerándose como profesional de la HD sin perspectivas de cambio en este campo más suyo de la historiografía. Esta posibilidad aún no la concebía.

El magistrado y presidente Tomás y Valiente nunca deja la historiografía completamente de lado. Se esfuerza siempre por sacar tiempo para no desconectarse. Su biblioteca personal sigue siempre sustancialmente siendo de historia y de historia del derecho. Y bastante cosa histórica no sólo publica en esta segunda fase, sino que algo también escribe durante esos años, como ya podemos ir y seguiremos viendo. También hemos visto y veremos que incluso imparte cursos durante unos primeros años. Y hay más. Nunca se ausenta del todo. Sus mismos escritos no históricos de esa época no suelen encerrarse en el presente. No es raro que hagan invocaciones, alegaciones e incluso excursiones a la historia y no por vicio profe-

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978*, p. 9; *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 20, ya citados.

sional o por lastre de la fase anterior, de la HD, sino por el convencimiento de que conviene y aprovecha hacerlo, por esta convicción como historiador.

También le ocurre por entonces la viceversa: que ocupándose de la historia y comenzando a preocuparse sobre todo de la constitucional, tiende a derivar hacia el derecho y hacia el de este carácter muy en concreto (2). No es que ahora confunda planos. Está asegurándose una convicción que conocemos, de la que ya hemos tenido alguna muestra, y que formula más categóricamente en la tercera fase: « No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante » (3). No es así que la historia del derecho se ponga al servicio de la dogmática jurídica para cimentarla, elevarla y construirla, sino que le ofrece sus oficios para ubicarla, entenderla y explicarla, algo bien distinto y que le otorga superior relieve. Lo primero ha sido una función pretérita, un papel que la historiografía ha cumplido durante la época de la codificación (4). Pronto veremos algo más sobre sus ideas acerca de las funciones de la historia del derecho que están tras la formulación. Ahora nos interesa que Tomás y Valiente no se desvinculase y que pudiera tener razones para ello.

Durante la segunda fase, puso verdadero empeño en no perder relación con la historia del derecho. Esto presentaba sus dificultades

---

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Un siglo de historia constitucional de España: 1876-1978*, conferencia organizada y publicada por *El Correo Español — El Pueblo Vasco*, Bilbao 1983, tratando de tres Constituciones, las de 1876, 1931 y 1978, con mayor interés por ésta, por la actual.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, conferencia pronunciada en Buenos Aires, Argentina, en septiembre de 1995, cuyo texto recojo en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, pp. 149-180; la cita es el arranque. Sobre el viaje, *A orillas del Estado*, pp. 253-256. « No hay dogmática sin historia » es también literalmente el primer epígrafe de su *Estudio previo a Comentarios a la Ley de Fundaciones*, citados.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica en la Europa continental*, pp. 431-446, ed. *Historia. Instituciones. Documentos*; más sumariamente en el *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 40-42 en cualquier edición.

pues la coyuntura no era muy boyante para esta especialidad en cuanto, no digo a personalidades individuales, sino a medios colectivos de identificación y comunicación. El órgano principal de manifestación y encuentro de la historia del derecho en España, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, el AHDE que dijimos, ya sabemos que estaba en manos de una dirección muy vinculada a los planteamientos filológicos autistas y jurídicamente además más bien ajena a unos intereses constitucionales, la tendencia que decíamos dominante durante la primera fase de Tomás y Valiente. Otros foros pasables de comunicación y debate, como el de unos *Symposia de Historia de la Administración* que habían venido celebrándose desde 1967, no llegarán ni siquiera a superar el cambio de régimen, del no constitucional al constitucional, por motivos, si no idénticos, similares <sup>(5)</sup>. En el ámbito profesional de la historia del derecho española no hay asociaciones ni encuentros periódicos que funcionen <sup>(6)</sup>. No

---

<sup>(5)</sup> *Bibliografía*, entradas 12, 13, 21, 22 y 56, con fechas de edición de actas; los simposios arrancan con el propósito de celebrarse cada dos años, lo que sólo se cumple en una ocasión; los primeros son en 1967, 1969 y 1972, siguiendo el cuarto y último muy descolgado, como póstumo, en diciembre de 1982, siendo él ya magistrado, y al que asiste no sólo con ponencia, sino también con presidencia de sesión. Los encuentros habían comenzado a organizarlos una Escuela Nacional de Administración Pública a cuya suerte en el periodo constituyente ya me referí. A estos efectos de foros posibles, puede interesar también la entrada 49, colaboración en una *Revista de Historia del Derecho* a iniciativa de J.M. PÉREZ PRENDES que se eclipsa entonces, o las 25 y 39, respecto a otra revista, ésta con vida no discontinua y buena salud, pero que nunca ha intentado ser un órgano propio o privativo de la historia jurídica: *Historia. Instituciones. Documentos*, debida en lo que respecta a esta especialidad a la iniciativa de J. MARTÍNEZ GJÓN. Obsérvese también en la *Bibliografía* la tendencia relativa, pero significativa, a publicar en revistas o acudir a encuentros no específicamente histórico-jurídicos durante unos últimos años de la primera fase. Del lugar de encuentro entre historiadores juristas españoles que pudiera pensarse más natural, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, hablaré en mayor medida luego.

<sup>(6)</sup> El *Curriculum* de TOMÁS Y VALIENTE registra su asistencia a las «Semanas de Historia del Derecho celebradas en Valencia, Pamplona y San Sebastián, años 1965, 1967 y 1970» y basta. Movidas por parte de la especialidad y por una parte de la que se irá distanciando, no es que deje de concurrir; es que nuevas convocatorias no cuajan. Algún intento posterior de resucitar estas semanas no ha tenido especial significación; una última se celebró en la Universidad Nacional de Educación a Distancia en 1983 (noticia en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 53, 1983, pp. 704-712); recibió y guardó sus materiales. En dicha semana también se produjo un intento fallido de

puede decirse que el nuevo tiempo constitucional le hubiera sentado bien a esta especialidad y sus razones habría. Con dificultades y todo, veremos que Tomás y Valiente va a esforzarse por mantener relaciones e intereses con su profesión de origen.

Mas 1980 le supuso realmente algo que en principio toma como una suspensión y que acabará resultándole un abandono. Me refiero a su trabajo más especializado de investigación en la HD, en ésta en concreto, que hubo de interrumpir con su acceso a la magistratura constitucional. En sus carpetas no sólo quedan las páginas de aquella exposición sobre los derechos históricos de los territorios forales. Están también los materiales, guiones y tanteos de redacción para el libro sobre la venalidad de los oficios. Venía realmente acumulando de años trabajo y documentación para hacer la gran obra española sobre el asunto. Mas no había podido cumplirlo a finales de la primera fase, como ya también sabemos. Dejó en suspenso un compromiso para realizarlo en un par de años. Decidirá no hacerlo llegando a la tercera fase o ultimándose la segunda.

Quedan las numerosas páginas publicadas sobre este asunto de la venalidad de oficios (7), pero también los abundantes materiales en carpetas a las que ya no mira salvo como recurso para participar en algún homenaje o para responder a algún compromiso (8). No las reabrirá en la tercera fase para el trabajo sistemático pendiente. Otro tema suyo característico como el de la desamortización, aquel que no se centraba del todo en el terreno jurídico y que le dio autoridad en el campo historiográfico, no lo ha olvidado durante la fase

---

resucitar una *Sociedad Eduardo de Hinojosa* que fuera fundada por historiadores del derecho en 1934 y pereciera enseguida con la guerra civil. A los mismos efectos, no de que no se produzcan logros particulares, que no es ahora la cuestión, sino de que no existan relaciones regulares de especialidad, cabe decir lo mismo de alguna otra iniciativa de este carácter como la *Asociación Española de Historia del Derecho* «Claudio Sánchez Albornoz» fundada en 1985 y hoy activa (noticia de la fundación en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985, pp. 991-992). Son iniciativas en las que no participaba ni a las que hiciera por adherirse.

(7) *Bibliografía*, entradas 13, 18, citado, 19, 25, 30, 32, 34, 44 y 56.

(8) *Bibliografía*, entradas 76, 81, 89 y 90. Entre segunda y tercera fases me hizo el comentario nada compungido de que no volvería de modo sistemático a las carpetas pendientes. Clara ÁLVAREZ me dice que también recibió la confidencia, y aún más: que pensaba sobre la posibilidad de dejar de reeditar el *Manual de Historia del Derecho Español*.

segunda <sup>(9)</sup>, pero tampoco volverá luego, en la tercera, al mismo, salvo indirectamente cuando aborda un asunto como el de las fundaciones para situarlo históricamente respecto al derecho del siglo XIX poco favorable a formas no individuales de propiedad <sup>(10)</sup>.

Procediendo a reflexiones historiográficas en esa época intermedia, en la segunda fase, se sitúa decididamente en la línea de un distanciamiento de la historia menos considerada para con el derecho <sup>(11)</sup>. Se afirma entonces más todavía en una historia jurídica, en ambas cosas, en lo histórico y también en lo jurídico, como todavía veremos. Mas sobradamente ya sabemos que no es a la HD donde volverá tras el TC. Su concentración no va en esa dirección. En su tercera fase tampoco retoma unos *Fundamentos teóricos para una concepción de la Historia del Derecho* que había dejado pendientes de revisión al final de la primera; menos aún se le ocurre volver al MHDE, a su *Manual de Historia del Derecho Español* para revisarlo y ponerlo al día <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> El último abordaje sustancial resulta el realizado a propósito de *Desamortización y Hacienda Pública*, Madrid 1986, trabajos de unas jornadas del verano de 1982, cuyas conclusiones, vol. 2, pp. 779-798, había anticipado: F. TOMÁS Y VALIENTE, *Desamortización y Hacienda Pública. Reflexiones entre el balance, la crítica y las sugerencias*, en la revista *Hacienda Pública Española*, 77, 1982, pp. 15-31; ahora, en 1986, también añade una *Presentación*, vol. 1, pp. 9-11. *La desamortización: un tema de moda* es también presentación suya de por entonces en la revista de divulgación *Historia* 16, 84, 1983, p. 42.

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución española y las Fundaciones*, pp. 30-32, en *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las Fundaciones españolas*, Bilbao 1994, pp. 21-37; *Estudio previo*, pp. XIII-XXV, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, citados, aplicando como sabemos el principio de « No hay dogmática sin historia ». En una conferencia aún posterior, *La nueva Ley de Fundaciones en el marco constitucional español*, en el I *Encuentro de Fundaciones Andaluzas*, Sevilla 18 de octubre de 1995, ascendía más todavía comenzando con disculpas « por remontarme » a tiempos preconstitucionales para entrar con antecedentes amortizadores en la novedad liberal del derecho de propiedad privada, así refractario a fundaciones, característico del primer constitucionalismo. Su primera intervención sobre la materia, la primera citada, es de enero de 1994, en el XIII *Encuentro de Fundaciones Españolas* en Bilbao, País Vasco.

<sup>(11)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La buella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, citado, en oportunidad significada al propio efecto: P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'Incontro di Studio Firenze, 26-27 Aprile 1985*, y a la que todavía volveremos.

<sup>(12)</sup> Ya me referí a esa parte descartada del mismo *Manual* que son los referidos

Desde el mismo principio de su segunda fase, de la del TC, Tomás y Valiente daba muestras de unos intereses más constitucionales a los mismos efectos historiográficos que no quería dejar en suspenso. Desde 1979 y hasta 1985 inclusive, sabemos que está impartiendo cursos cuatrimestrales de *Historia del constitucionalismo* en el Centro de Estudios Constitucionales. También nos consta que ha comenzado a dirigir en el mismo la colección *Clásicos del Constitucionalismo Español* cuyo primer volumen hace su aparición en 1982. Es la serie que luego, desde 1987, se extendió a la historia preconstitucional, presentándose ahora como de *Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español*, pero no por determinación suya en exclusiva. Fallaron colaboraciones para sus primeros planes de clásicos constitucionales y el Centro quiso además refundir, para extinguirla, otra colección de *Pensamiento Español Contemporáneo*, aprovechándose esto para la extensión <sup>(13)</sup>.

Los mismos clásicos primeros no se habían mostrado muy constitucionales que digamos: « ¡Qué le vamos a hacer! Esa era la cera que había y ardía ». Pero los tiempos iniciales de la colección fueron más coherentes. El mismo Tomás y Valiente no dejó de ofrecer ejemplo de unos planes historiográficos al par que constitucionales así trazados y trabajados durante su segunda fase <sup>(14)</sup>. En ella, compartimos el encargo de la organización científica de un

---

*Fundamentos teóricos*, y a que decidió ofrecerlos en 1979 a los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, no pudiendo prepararlos para esta edición independiente por cruzarse la segunda fase. Me ocuparé todavía de ellos.

<sup>(13)</sup> Guardaba borradores de sus primeros planes más coherentes para la colección, sólo en parte cumplidos, pero la evolución puede en parte también comprobarse y seguirse por los mismos catálogos incluidos en las solapas de contraportada, y desde 1987 también de portada, de los propios volúmenes de la colección. El lapsus significativo del *Curriculum*, no corrigiendo nunca la denominación de *Clásicos del Constitucionalismo Español*, ya lo hemos observado.

<sup>(14)</sup> Se ocupó personalmente de la edición y estudio de las *Lecciones de Derecho político* de PACHECO, 1984, cuyo trabajo también recoge en *Códigos y Constituciones*, pp. 31-79: *Joaquín Francisco Pacheco y la codificación penal*, la expresión citada al cierre. Me ponía el precedente, que no entendía muy positivo, de esta colección para que nos planteásemos con más cuidado la posterior de *Historia de la Sociedad Política* en el mismo Centro, a lo que me referiré. Buscando textos más constitucionales, le propuse y aceptó para los *Clásicos* la edición de las versiones y adiciones españolas de *La Constitución de Inglaterra* de Jean Louis DE LOLME, 1992.

magno congreso para 1987 de historia constitucional, sobre los inicios gaditanos del constitucionalismo español o más ampliamente del hispano, *1812: La ilusión constitucional*, que se frustró, no desde luego por desinterés nuestro, sino por problemas que nos desbordaron completamente. Decepcionamos <sup>(15)</sup>.

A los mismos efectos historiográficos, sus intereses de la segunda fase resultan crecientemente constitucionales, pero a la HD también mira y de la HD no se desinteresa durante la misma. Amigo de sus amigos, maestro de sus discípulos, la relación no quería perderla y lograba mantenerla en el terreno personal, pero también por el interés profesional. Volcó todo su esfuerzo por conseguirlo incluso cuando los otros no ponían de su parte o hasta se resentían. Y entiéndanse los plurales de amistad y discipulazgo por supuesto también en femenino. Respecto a su nueva Universidad, la Autónoma de Madrid, a la cual ha accedido siendo ya magistrado y de la cual, como institución joven, es el primer y único catedrático de historia del derecho, no puede ocuparse de cursos regulares ni hacerse cargo de otras responsabilidades, pero intenta ejercer una dirección moral y consigue recabar medios para la biblioteca e

---

(15) B. CLAVERO, *Materiales primeros para una historia constitucional de España*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 841-857, elusivas con los problemas. Sustancialmente se trató de que el presidente a la sazón del Congreso de los Diputados español, patrióticamente ofendido por alguna declaración de Fidel Castro, se negó a compartir presidencia protocolaria del congreso nuestro con el embajador de Cuba, a quien le correspondía como decano en representación de todas las legaciones hispanoamericanas, retirándonos la subvención a la que el Congreso se había comprometido. No sé si Castro cogería la indirecta. Aquí, la otra institución contribuidora principal, el Parlamento de Andalucía, no pudo afrontar prácticamente ya a solas el evento. Se desconvocó con numerosas comunicaciones recibidas que se publicaron a costa de este Parlamento, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, pero nuestras ponencias nunca se ultimaron. No hay carpeta de TOMÁS Y VALIENTE diciéndose a sí mismo aquello de « Obra frustrada por incapacidad para la organización. Lo siento » que se reprochaba tras el fracaso de los *Comentarios socialistas* a la Constitución. Lo hecho de parte mía se integra en C. PETIT (ed.), *Derecho Privado y Revolución Burguesa*, Madrid 1990, pp. 53-85. De la suya no he encontrado trazas, aunque no hay que descartar que comenzara ya a introducirle en unos *Orígenes del constitucionalismo español* de la tercera fase que veremos. El título del congreso, *1812: La ilusión constitucional*, era intencionadamente ambiguo, entre ilusión como entusiasmo e ilusión como engaño, por compaginar nuestras visiones, la suya más positiva y la mía más negativa, del constitucionalismo gaditano.

impartir alguna docencia extraordinaria. Puede mantenerla durante su primer periodo de magistratura, hasta acceder a la presidencia. Son cursos de doctorado que precisamente dedica, entre 1980 y 1985, a la *Historia del constitucionalismo español* y a la del *Pensamiento jurídico español*, con el último año de éste centrado en los siglos XVIII y XIX. Guarda guiones y fichas de estas actividades confluyentes por materia, tanto la de historia constitucional como la de pensamiento jurídico, con otras que ya conocemos (16).

Durante el periodo de presidencia, entre 1986 y 1992, tampoco desconecta. Son años en los que se desarrolla una reforma de los planes de estudio y él está atento a la de su Universidad, con el interés tanto de una perspectiva personal para su retorno como de un compromiso profesional con la historia del derecho. Propuso con éxito la asignatura de *Historia del constitucionalismo* en licenciatura e insistió también en que la novedad no debía hacerse en detrimento de la historia del derecho de tiempo preconstitucional. Aun desde la presidencia más absorbente del Tribunal, no sólo se preocupa, sino que incluso interviene en estas cosas (17). El hecho es así que Tomás y Valiente está ejerciendo sin solución de continuidad como historiador del derecho, pese a que también, si se busca, puede encontrarse algún indicio aparente de desentendimiento.

Me refiero en particular al alejamiento ya visto respecto al AHDE, pero el cual resulta que concluye precisamente en la segunda fase. Tomás y Valiente se reincorpora al mismo, al *Anuario de*

---

(16) Con fecha de 18 de junio de 1996, Clara ÀLVAREZ me remite en forma de carta un cumplido informe, el testimonio más vivaz y cercano, sobre la atención prestada a la historia del derecho por TOMÁS Y VALIENTE desde su primer periodo constitucional; me ha sido de una ayuda a la que unas notas no pueden rendir justicia. Respecto a la confluencia, son los mismos años de los cursos en el Centro de Estudios Constitucionales y de preparación de la voz de *Pensamiento jurídico* de una *Enciclopedia*.

(17) Clara ÀLVAREZ, carta referida de 18 de junio de 1996: «El nuevo plan de estudios no le cogió por sorpresa; de hecho fue él quien promovió y defendió las optativas: (Historia de las) Instituciones de Derecho Público, Historia del Derecho Penal y Procesal y la Historia del Constitucionalismo, de la que quería hacerse cargo desde el principio. De todas redactó el primer programa, muy escueto y rudimentario si quieres, pero pidió hacerlos y los realizó para presentarlos a la Comisión del Plan de Estudios que se reunía en el 90-91. Tomó parte directa en la elaboración del de la troncal, que redactamos Marta y yo y él supervisó». *La troncal* es la asignatura general e introductoria de historia del derecho y Marta es naturalmente LORENTE.

*Historia del Derecho Español*, y lo hace con verdadero empuje, participando ahora en la dirección antes todavía que en la colaboración, desde mediados de los años ochenta, en plena segunda fase y durante el tiempo de presidencia. En 1982 se ha producido la victoria electoral del partido socialista al que no pertenecía ni podía hacerlo, por su condición de magistrado, pero del que se sentía muy cercano y lo que tampoco ocultaba. El Ministerio de Justicia, que es el editor del AHDE y el que puede decidir sobre su suerte sin que exista ningún tipo de estatuto de redacción que pueda interponerse, le consulta primero y encarga luego la organización de una nueva dirección de la revista. Propone las fórmulas que, con algunas vicisitudes, conducen a un consejo que él encabeza por razón exclusiva de antigüedad (18). Entrando en crisis esta forma colegiada de dirección, se hace cargo personalmente de ella en 1992, ya finalizada su segunda fase (19). Durante la misma, su participación

---

(18) *Anuario de Historia del Derecho Español*, 44, 1984, p. 787, y 45, 1985, pp. 5-8, pudiendo perfectamente prescindirse de que en estas noticias figure como editor la « Comisión Permanente del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Centro Superior de Investigaciones Científicas ». Fiables son las noticias sustanciales: en 1984 es nombrado director A. GARCÍA GALLO, que nunca hasta ahora había tenido formal y singularmente la condición, con un Consejo de Redacción en el que TOMÁS Y VALIENTE, que dirigía de hecho la operación, me propuso participar y acepté; como director factual del *Anuario*, como tal, GARCÍA GALLO nunca me había vetado, y hablo de veto pues el veto había sido una práctica, y yo había también participado en el homenaje del mismo *Anuario* de 1980. La noticia de 1985 es la de que GARCÍA GALLO ha presentado su dimisión y el Consejo de Redacción devenido Consejo de Dirección, una dirección efectivamente colegiada. Álvaro D'ORS ha quedado excluido desde la primera remodelación. Tras estas vicisitudes y alguna otra, el Consejo ya de Dirección queda paritariamente compuesto en 1985 por F. TOMÁS Y VALIENTE, J. LALINDE, José Antonio ESCUDERO, B. GONZÁLEZ ALONSO, A. IGLESIA y B. CLAVERO, todos catedráticos ahora de la especialidad.

(19) *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 5-6, figurando ya con mayor franqueza, incluso a efectos de agradecimiento, la entidad editora. A motivos desencadenantes de la crisis me referiré luego. TOMÁS Y VALIENTE organiza ahora un Consejo de Redacción manteniendo parte del anterior de dirección (B. GONZÁLEZ ALONSO y B. CLAVERO) y dando entrada a otros historiadores del derecho españoles (J.M. FONT RIUS, Enrique GACTO, José Luís BERMEJO, Gregorio MONREAL y S. DE DIOS), también a otros no españoles (Paolo GROSSI, António M. HESPANHA y V. TAU ANZOATEGUI) y a un contingente algo menos internacional de historiadores generales (Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, M. ARTOLA, Felipe RUÍZ MARTÍN y John H. ELLIOTT).

como miembro del consejo fue realmente activa. Recuerdo todo esto no tanto para que se dé crédito a las portadillas y notas editoriales del AHDE de estos años, pues de otros no respondo <sup>(20)</sup>, como para subrayar así que Tomás y Valiente no desconectaba de la HD en su fase de TC.

Si se necesitan más testimonios, puedo ofrecerlos personales. Soy testigo presencial del aliciente que experimentó y de la satisfacción que obtuvo por la dirección de un seminario de 1987 sobre un tema tan suyo como el del derecho penal de tiempo preconstitucional abordado desde una perspectiva que tampoco le venía siendo ajena, la religiosa que lo situase lo más posible en la época <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> No sólo interesada, sino también sesgada me parece la *Breve historia del « Anuario »* de A. GARCÍA GALLO, en el citado número extraordinario del *Anuario de Historia del Derecho Español*, 51 bis, 1982, *Historia del Anuario e Índices*, pp. VII-LIII. Ésta de una sola revista es una historia realmente importante para la historiografía española del derecho y está ciertamente por hacer o difícilmente podrá hacerse pues los archivos de una primera época fueron parte del botín de la guerra civil de 1936-1939, y los de la siguiente, la larga interesada en dicha *Breve historia*, no se guardaron o también se nos sustrajeron cuando se produce la transición cuyo motor fuera TOMÁS Y VALIENTE, en la cual no parece que colaborara con mucha lealtad quien cedía una dirección voluntariamente por no querer ejercerla con consejo, como se daba debida cuenta por la correspondiente nota editorial. Quienes seguían identificando en el exterior el *Anuario de Historia del Derecho Español* con la persona de GARCÍA GALLO o los romanistas que hacían lo propio con D'ORS me daban luego la sorpresa de lamentarse porque hubiera dejado de publicarse. Sus cartas resulta que no se nos transmitían. Digo estas cosas, y no las digo todas, porque son de las que puedo responder. Debo también reiterar que TOMÁS Y VALIENTE siempre le guardó consideración a sus « dos maestros », uno de los cuales, FAIRÉN GUILLÉN, le ha sobrevivido. Dejó entregada su participación para el memorial de GARCÍA GALLO que se publicará por la Universidad Complutense dentro de este año 1996; se trata de *El arzobispo de Santiago y las Cortes de 1810*, que citaré.

<sup>(21)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, con *Introducción* suya, pp. 9-10, recordando el título original, como seminario, « durante un tibio verano, el de 1987 », de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en su sede central de Santander: *Delito y pecado en la España del Barroco*, menos procaz desde luego. Las procacidades confieso que fueron mías, aunque para la portada del libro mi idea del personaje tras la imagen genital de una hendidura vertical era de una Magdalena penitente y no de un Sebastián aseado. Alguna suya acabó suavizándola en cambio: su capítulo que lleva en el libro el título de « El crimen y pecado contra natura » se titulaba en el prospecto del seminario « Sodomía y bestialidad ». Morbo había habido y bastante durante el mismo curso, atrayendo la atención de la prensa y más todavía porque ya había accedido a la presidencia del

También es verdad que se trataba de una actividad veraniega que podía servirle de distracción y descanso respecto al trabajo intenso del Tribunal Constitucional. Pero éste no es siempre el caso. Testigo también soy del entusiasmo como recibió la propuesta que le transmití en nombre de Paolo Grossi de que nos hiciéramos cargo de la parte científica de organización de unas jornadas sobre historiografía jurídica hispana en el *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de Florencia, las que efectivamente celebramos en la primavera de 1989. Francisco Tomás y Valiente seguía claramente comprometido con la HD (22).

Si se precisan más recordatorios, sólo añadiré uno bien significado. En 1991 ingresa en la Academia de la Historia, en ésta concretamente y no en la de Jurisprudencia ni en la de Ciencias Morales y Políticas que también existen, y su discurso para la ocasión no puede ser más sintomático de un interés persistente por la especialidad jurídica de la historiografía, por la HD. Manifiesta y recalca que ésta, la historia del derecho, es la razón de su elección, *Martínez Marina*, « su calidad generalmente reconocida de fundador de la Historia del Derecho en España », aparte de que fuera director

---

Tribunal Constitucional. Pero sabía llevar estas cosas sin apuros. En las sesiones se cuidaba de advertir cuándo no compartía alguna posición más aventurada. Y si rehuía a impertinentes, no era a periodistas ni mucho menos a alumnos o alumnas, sino a algún profesor, abogado y luego magistrado con causas entonces pendientes. Como no estaba prevista en principio la publicación, ni siquiera se pensó en grabar los debates. Con trabajos igualmente publicados, también de la segunda fase y en la misma sede, habíamos celebrado en 1982 otras jornadas de materia suya: *Desamortización y Hacienda Pública*, citado.

(22) B. CLAVERO, F. TOMÁS Y VALIENTE y P. GROSSI (eds.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'Incontro di Studio Firenze-Lucca, 25, 26, 27 Maggio 1989*, citado, con un panel acordado entre ambos compuesto de ponencias, aparte las nuestras, de B. GONZÁLEZ ALONSO, A.M. HESPANHA, A. IGLESIA, C. PETIT y E. GACTO, completándose con comunicaciones de Encarna ROCA, V. TAU ANZOATEGUI, S. DE DIOS, Carlos GARRIGA, Josep Maria GAY, Mario Reis MARQUES, Jesús VALLEJO, Francisco PACHECO y, para la publicación, Clara ÁLVAREZ, y cursándose también invitaciones y contándose con las intervenciones de Pedro CRUZ, Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, Raquel RICO y Juan Ignacio FORTEA. Pues voy registrando noticias de homenajes indicativos de afectos, no quiero que pase la ocasión de recordar el de J.M. GAY, compañero y amigo prematuramente desaparecido, en cuyo memorial por publicarse participamos, pues TOMÁS Y VALIENTE ha dejado a este propósito *Las Cortes de España en 1809* (« *Insinuaciones* » de John Allen), que citaré.

de esta misma academia de historia: « No parece despropósito que yo, historiador del Derecho, elija como objeto de reflexión la personalidad de Martínez Marina y lo que fueran los conceptos nucleares y las tesis capitales de su visión de la Historia de España, entendida como Historia del Derecho y de las instituciones ». Con este sentido de pertenencia, se ocupa del padre fundador <sup>(23)</sup>.

Avanzamos en los años de su segunda fase y vengo intencionalmente diciendo, para denominar la posición, HD y no HCE, aun habiendo aparecido incluso cursos de historia constitucional. Mas las propias incursiones personales que Tomás y Valiente efectúa en la historia del derecho entre 1980 y 1992, no digo sólo las cosas que publica en estos años, sino más estrictamente las que realiza durante ellos, tienden a proseguir la manera de la HD sin signos que auguren la HCE <sup>(24)</sup>. Sabemos que estos augurios ya existen en esta fase, pero, fuera de la docencia, se manifiestan sintomáticamente como sugerencias un tanto ajenas a la historia del derecho. Se dirigen a juristas o más concretamente a constitucionalistas y no especialmente a historiadores o historiadoras de esta competencia jurídica <sup>(25)</sup>. No pareciera sino que, a su entender de esta segunda fase, la

---

<sup>(23)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción*, p. 13, a *Martínez Marina Historiador del Derecho*, pp. 13-14. Aceptando iniciativas de la misma Academia de la Historia rememorará posteriormente a *fundadores* más cercanos de la especialidad: *Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España*, y *Claudio Sánchez Albornoz*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, pp. 1065-1088 y 1089-1098, respectivamente.

<sup>(24)</sup> Ya he tenido ocasión de hacerlo notar respecto a su libro *Códigos y Constituciones*, de 1989, que reúne trabajos de entre 1980 y 1988. Sobre las publicaciones de los primeros años ochenta no siempre es fácil discernir cuáles se escribieron a finales de la fase de HD, cuáles pertenecen más propiamente a la de TC y cuáles andan a caballo. Hemos observado el caso de *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, texto escrito en 1977 y publicado en 1982.

<sup>(25)</sup> Como ya también sabemos, « *In dubio pro reo* » se publica originariamente en la *Revista Española de Derecho Constitucional* y se recoge luego en libro de título tampoco histórico, en los *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. La excepción que también dije dentro del libro *Códigos y Constituciones*, el artículo sobre *Los derechos fundamentales en la historia del derecho español*, se dirige igualmente en origen a un público de juristas; la citada *Introducción a los derechos fundamentales* son actas de unas jornadas jurídicas, la décimas de la Dirección General del Servicio Jurídico del estado, antes del Contencioso. La colección puede facilitar y enriquecer la lectura, pero los contextos originales cabe que sean también tanto o más expresivos.

HCE en ciernes, de estarse ya concibiendo, fuera ajena a la HD cumplida.

Ya durante la tercera fase, pero por efecto muy inmediato de la segunda, soy también testigo presencial de su satisfacción ante unas jornadas italianas en homenaje suyo no sólo por el reconocimiento que se le tributaba, sino además por la materia que al propósito se elegía, por haberse concretado ésta en unos términos más de derecho constitucional comparado que de historia del derecho incluso en lo que interesaba a la misma historiografía. Lo soy no sólo por participación, sino también porque el promotor, Andrea Romano, me concedió la confianza de compartir una primera decisión, la de ampliar o no el reconocimiento. Se dirigía no sólo a la historiografía jurídica, sino también al constitucionalismo español, y estuvimos de acuerdo en que Tomás y Valiente personificaba por sí solo ambos, la historia del derecho como el derecho de la Constitución <sup>(26)</sup>. Se descartó la posibilidad de que se sumasen otros historiadores o juristas homenajeados en el mismo acto. Fue una ocasión señalada en la que Tomás y Valiente también ofrece la impresión no sólo de que el compromiso constitucional es para él lo principal, sino también de que el mismo no confluye a estas alturas con la HD. El homenaje resulta sobre todo por lo primero y esto puedo atestiguar que le satisfizo <sup>(27)</sup>.

La reunión referida en el *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* florentino le había ofrecido una óptima ocasión de pronunciamiento en 1989, en una fecha ya bastante avanzada de la segunda fase. Se ocupa de la evolución de la

---

<sup>(26)</sup> A. ROMANO, *Una vita per la scienza, per la democrazia, per la pace*, en A. ROMANO (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici. Atti di un Convegno in onore di Francisco Tomás y Valiente (Messina, 15-16 Marzo 1993)*, pp. 257-262. Andrea ROMANO es ordinario o catedrático de historia del derecho en la Universidad de Messina y decano de su Facultad de Ciencias Políticas.

<sup>(27)</sup> A. ROMANO (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, una las actas del doctorado o laurea honoraria, que su *Curriculum Vitae* no dejaba naturalmente de registrar, con un seminario por la ocasión de dicha formulación que tiende justamente más a lo directamente constitucional que a lo constitucionalmente historiográfico. La lección doctoral de TOMÁS Y VALIENTE la citaremos.

historiografía jurídica española concluyendo, no desde luego con un « inventario general » ni « menos aún con un juicio universal », mas sí con « la exposición de algunas características apreciables a mi entender en esa colectiva labor ». Entre ellas se encarece una superación definitiva del medievalismo que permite ya incluso plantearse « la reivindicación » de la edad contemporánea, de este coto hasta ahora de los juristas positivos, para la propia historia del derecho. Así constata que « crece, desde la década de los sesenta, el número de trabajos nuestros sobre Códigos, Constituciones, juristas e instituciones del siglo XIX », en lo que entiende que hay que perseverar y abundar: « No se trata de expulsar a nadie de un terreno privativo de nadie. Pero sí de considerar el sistema de la codificación, nacido a finales del XVIII, como un gran fenómeno histórico-jurídico del que a nosotros incumbe dar razón histórica » (28). Bien está, pero ¿por qué esa falta de acento constitucional? ¿Por qué esa caracterización del sistema jurídico contemporáneo como *sistema*, no de constitucionalización, sino *de codificación*? Para la fecha en la que estamos, hacia finales de su segunda fase, es esto esencialmente lo que ahora, en una relectura, me salta a la vista.

Tomás y Valiente parece ahí producirse como si la historia constitucional en la que ya podría estar pensando, una historia del derecho contemporáneo bajo el prisma constitucional que le es propio, no pudiese ser parte de la historia del derecho ni pudiera así esperarse de sus especialistas, como si éstos y éstas estuvieran irremisiblemente condenados a permanecer reclusos en el mundo de la HD y de todos los MHDE, inclusive el mejor que es sin duda el suyo. Unos historiadores e historiadoras de especialidad jurídica sin experiencia constitucional no tendríamos redención. La historia contemporánea que así se nos figura como historia del *sistema de la codificación* no es otra que la HD que ahí, en el MHDE, se encierra. Recordemos la forma como se encerraba. Allí no encontramos ni siquiera una categoría distintiva de la historia constitucional como historia de un sistema contemporáneo. *Historia constitucional* allí significaba historia institucional del Estado y de un Estado que comienza por ser preconstitucional. Ya hemos anunciado, pero

---

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español*, pp. 39 y 42-43.

todavía no hemos visto, que Tomás y Valiente adoptará luego la denominación de *historia del constitucionalismo* para identificar la historia constitucional una vez que también mantendría dicho otro sentido de esta expresión. A los efectos historiográficos, no puede decirse que ya tuviera todavía una identificación *constitucional*. En lo que respecta a la historiografía, es carencia segura de la primera fase y probable incluso en la segunda.

Ha hablado en Florencia, durante la segunda, de « trabajos nuestros sobre Códigos, Constituciones... ». *Código* precede. Del mismo año de nuestro encuentro del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* florentino, es su libro *Códigos y Constituciones, 1808-1978*. Se trata de una reunión de trabajos de historia contemporánea del derecho todos ellos originalmente publicados y casi todos ellos realizados durante su segunda fase. El título que adopta no es el de *Constituciones y Códigos*, no menos ni más eufónico, sino exactamente ese de *Códigos y Constituciones*. No piensa en *Constitucionalismo y codificación*, sino en la inversa, *Codificación y constitucionalismo*. Como no estamos en matemáticas, el orden de los factores puede que altere el producto. Se entiende que la característica distintiva del derecho contemporáneo es el fenómeno legislativo de la codificación y no así la sustancia jurídica, esto es ante todo de derechos, de la constitucionalización. Ésta segunda se considera una vertiente de la primera hasta el extremo de entenderse que el constitucionalismo obligadamente, si no es que llega a requerirla, la agradece. Tal es el transfondo del título (29). Volvamos a recordar, pues importa desde luego en este punto, que

---

(29) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, volumen de 1989 del que ya hemos citado la mayoría de sus capítulos: Francisco Joaquín Pacheco y la *codificación penal*, el segundo, de 1984; *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, el quinto, de 1980; *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, el sexto, de 1988; *El « Estado integral »: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada*, el séptimo, de 1987, recordando fechas de primera publicación; quedan el primero, pp. 9-30: *Aspectos generales del proceso de codificación en España*, de 1988; el tercero, pp. 81-109: *Los supuestos ideológicos del Código civil: el procedimiento legislativo*, de 1985, y el cuarto, pp. 111-124: *La codificación, de utopía a técnica vulgarizada*, también de 1985. Que hubiera podido, de la primera fase, no recoge las *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, excluidas no sé si por la insuficiencia bibliográfica dado el transcurso de más de una década o por

a finales de la primera fase, recién promulgada la Constitución, Tomás y Valiente podía sobreordenarle tranquilamente el Código y que esto pudo incluso suscribirlo en esta fase segunda, la constitucional. Todo ello quedó expuesto.

No es que sea inocente un título como el de *Códigos y Constituciones* o que resulte bonito un pensamiento como el de *Codificación y constitucionalismo*. Puede haber un lastre histórico para la misma posición constitucional. Pero éstas son cuestiones con las que tendremos que vérnoslas, pues él se las vió, en una tercera fase. De momento nos interesa ir advirtiendo que no existe incomunicación entre la vertiente constitucional y la historiográfica de su obra, esto que será tan decisivo para la misma posibilidad de planteamiento de la HCE, de su historia constitucional, pero también advirtamos que durante la segunda fase, pues ya veremos en la tercera, la comunicación no llega a un grado de intercomunicación, de intercambio fluido y constante entre ambas vertientes. Produciéndose constitucionalmente parece ser en esta época más riguroso que manifestándose historiográficamente. En un segundo tiempo de la segunda fase, cuando como magistrado ya está operando con una idea muy neta de la categoría constitucional y de sus requerimientos, como historiador no pareciera sino que todavía le falta la misma concepción del constitucionalismo, esto de lo que habrá de partir su proyecto de HCE. Puede ser que por entonces le faltara tiempo no sólo para el trabajo historiográfico, sino también para la reflexión histórica, para esto que podrá resultarle decisivo y que veremos plantearse en la tercera fase.

Por los tiempos de la reunión de Florencia y del libro de *Códigos y Constituciones*, por unos años en los que Tomás y Valiente se mueve bastante más en el mundo jurídico que en el historiográfico, por dicho segundo momento de esta segunda fase, por el periodo de la presidencia, se pudiera estar ya produciendo un distanciamiento interior de motivación constitucional respecto a la HD o incluso podría estarse ya manifestando de algún modo el mismo ante audiencias no historiográficas. Ante ellas es cuando aplica en momentos un rigor constitucional también a la historia. Entonces ya

---

un distanciamiento metodológico todavía poco detectable, al menos en el volumen. Es libro sin prólogo: sin dirección a un público.

habla de *historia del constitucionalismo* de un modo más distintivo, aun sin elaborar todavía la categoría <sup>(30)</sup>. Podemos venir apreciando que su idea aún incipiente de renovación de una historia constitucional, si está formándose durante la segunda fase, no es por el mantenimiento de contactos con la HD, sino directamente por su experiencia jurisprudencial en el TC. Las páginas *in dubio pro reo* que de modo más preciso anuncian la innovación, hacen su entrada por las precisiones históricas que vimos para centrarse acto seguido en la problemática correspondiente de la jurisprudencia constitucional.

De esta experiencia jurídica viene ahora, si no dicho conocimiento histórico, la precisión que el mismo comienza a alcanzar, este rasgo que podrá resultar premonitorio de una nueva manera, la de una fase tercera. Llegaremos por su transcurso a la HCE, a una historia que se distingue de la HD por esta razón ante todo de haber pasado a través del TC. Hasta en los medios de la historia general, sin cualificación jurídica, puede llegar a apreciarse el potencial historiográfico de la experiencia constitucional de Tomás y Valiente, de esta virtualidad cercenada por el asesinato <sup>(31)</sup>. Y no es cosa ante la que se haya mostrado especial aprecio, y más bien por falta de percepción que por reciprocidad, en los medios españoles de la

---

<sup>(30)</sup> Se habrá advertido la expresión en títulos tanto de estos años de la segunda fase, así el de *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español* o el del curso de mediados de los ochenta sobre *historia del constitucionalismo español*, como también de la primera fase: *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español* o *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*. Pero, por el contenido de la exposición, su uso parece más ocasional en 1977 y más intencional en 1988. La precisión vendrá luego, como veremos. No sé lo que pesaba el atractivo del título para él cuando, al final de la segunda fase, me decía entre bromas y veras que le gustaba más mi modesta *Evolución histórica del constitucionalismo español*, de 1984, que mi afanoso *Manual de Historia Constitucional de España*, de 1989, aunque éste es el que luego le fuera más útil para sus cursos. En mi distinción no entraba para nada lo preconstitucional. Respondía a razones distintas, entendiendo por *constitucionalismo* toda una cultura y por *constitucional* el derecho más estricto; por ello me parecía y parece más fallida la *Evolución*.

<sup>(31)</sup> M. ARTOLA, *Tomás y Valiente: obra incompleta*, en la revista *Claves de Razón Práctica*, 62, 1996, pp. 2-7, mas no, ya prácticamente vencida la experiencia constitucional, en su *Discurso de contestación* a F. TOMÁS Y VALIENTE, *Martínez Marina Historiador del Derecho*, pp. 87-99.

historia del derecho. Las excepciones contrastan <sup>(32)</sup>. En el tercio del derecho constitucional con intereses historiográficos tampoco parece apreciarse siempre el extremo <sup>(33)</sup>. Ya veremos que puede haber razones para esta ceguera más extraña.

« De la HD al TC y de éste a la HCE », sabemos que Tomás y Valiente no regresa íntimamente en su tercera fase al mismo lugar de la primera, pero profesionalmente es ahí, a la historia del derecho, donde vuelve. No hay otra posibilidad o no parece haberla. No se le ocurre plantearse la de pasar a la docencia del derecho no histórico, como luego consideraremos. Cátedras de historia constitucional no existen en España. Puede haber cursos, que tampoco es que sean muy abundantes ni siquiera a estas alturas en la Universidad española, y Tomás y Valiente los imparte. Ha tenido la previsión de introducir la materia de *Historia del Constitucionalismo* y es la asignatura de la que se hace cargo. No se encarga de ningún curso más general de *Historia del Derecho*. En realidad, no ha impartido ninguno de este carácter desde la publicación del MHDE, desde su exposición por escrito y publicación en libro. Pero los mismos cursos que puede impartir de historia constitucional han de plantearse como alternativas internas a la historia del derecho: como si no pudiéramos salir así nunca de la HD. Será éste su intento. Mas su lugar profesional de regreso, menos el anímico, no es otro que la misma HD.

El mismo tipo de interés que ha mantenido por ella durante la segunda fase lo tiene en la tercera. Puede revitalizarse e incluso

---

<sup>(32)</sup> Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibersitatea, *Homenaje al profesor D. Francisco Tomás y Valiente — Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia*, pp. 39-45, intervención de C. PETIT (p. 41: « La profesión era más claramente que nunca un simple modo de ser ciudadano »), y 71-74, de Antonio SERRANO (p. 73: « Dignificó y constitucionalizó » la historia del derecho). Es un punto que me encarecen tanto Clara ÁLVAREZ como Marta LORENTE.

<sup>(33)</sup> Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibersitatea, *Homenaje al profesor D. Francisco Tomás y Valiente — Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia*, pp. 63-65, intervención de Joaquín VARELA, situando su proyecto de *Manual de Historia Constitucional Española* en relación « honrosísima » con un « clásico » más bien aficionado como historiador y no muy constitucional como jurista, Luís SÁNCHEZ AGESTA, lo que desde luego es un extremo menor al lado de la presencia efectiva en un memorial no comparable, por celebrarse en el País Vasco, con tantos otros de aquellas fechas.

incrementarse, mas no por unas necesidades docentes que intentaba personalmente conducir hacia la historia constitucional, sino por otras razones y principalmente, a efectos prácticos, por la decisión ya referida de hacerse cargo unipersonalmente de la dirección del AHDE, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, el órgano de la especialidad que iba a cumplir entonces y ya ha cumplido los setenta años, pues publicó su primer número en 1924. Tomás y Valiente entiende que la responsabilidad del AHDE es más que la dirección de una revista y con esto también ahora reverdece y se incrementa un interés por mantener, recuperar o rehacer la propia tradición disciplinaria <sup>(34)</sup>. Siempre lo había tenido compaginándolo con la atención despierta y el diálogo atento para con las posturas menos tradicionales <sup>(35)</sup>.

Respondía al convencimiento de que el tracto de especialidad encerraba sentido incluso para la propia identificación científica: « No es posible comprender cuáles son los problemas conceptuales, que no meramente metodológicos, de la Historia del Derecho, sin tener muy presentes los hechos principales de la propia historia de la Historia del Derecho » <sup>(36)</sup>. Nunca rompería drásticamente, ni siquiera en su fuero interno, con la HD. « La ciencia es una delicada

---

<sup>(34)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Introducción a Eduardo de HINOJOSA, El elemento germánico en el Derecho español* (1910 en alemán y 1915 en castellano), Madrid 1993, pp. VII-X; también sus diversas notas prosopográficas, como las referidas respecto al mismo HINOJOSA y a SÁNCHEZ ALBORNOZ, en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63-64, 1993-1994, y el *A modo de saludo* a otras revistas españolas de historia del derecho en el número 65, 1995, o antes también su *Evocación de don Ramón Carande*, en el *Anuario* 57, 1987, pp. 1099-1103. Dado el carácter celebrativo que quiso imprimir a la sección de *Historiografía* del número del setentenario, el de 1993-1994, respecto en particular, con rememoraciones varias, a SÁNCHEZ ALBORNOZ, principal fundador del *Anuario*, no creyó oportuno incluir mis páginas historiográficas que se publican después, con introducción y debate suyos, en el número especial sobre *Historia y Derecho* de la revista *Historia Contemporánea*, 12, 1995, al que ya me he referido y que aún veremos. E interesa a este efecto también su discurso académico de 1991 sobre *Martínez Marina Historiador del Derecho*, citado.

<sup>(35)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica de la Europa continental; Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España; Escuelas e Historiografía en la Historia del Derecho español*, citados. También, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 36-67. Sobre estos escritos trataré todavía luego.

<sup>(36)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, p. 607, arrancando.

simbiosis de tradición y superación », dijo refiriéndose al pensamiento jurídico en la historia expresando algo que inspira y define su propia posición <sup>(37)</sup>. La ruptura en este terreno que dice científico era una posibilidad que no cabía en su misma postura vital: « Somos memoria de nosotros mismos, de lo que hemos sido y hemos hecho, y tenemos que apoyarnos en el suelo firme de la memoria reflexiva para orientarnos en el futuro » <sup>(38)</sup>. Entre HD, TC y HCE, su posición tiende puentes consigo mismo como lo hace con los demás, de un modo que no renuncia a la evolución de las propias convicciones ni las acalla. Así, sin rupturas pero con innovaciones, se planteaba la misma dirección de la revista. Insistía en que sus páginas « están a la disposición de todos los historiadores del Derecho, y a la de los historiadores no juristas preocupados por nuestros temas », los primeros siempre en primer lugar <sup>(39)</sup>.

Hasta tal punto no quería quebrar en lo mínimo un tracto que, cuando accedió a la dirección unipersonal del AHDE, rechazó terminantemente la primera propuesta que le hice. Le propuse una ligera modificación del nombre, sugiriéndole el de *Anuario Español*

---

<sup>(37)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, p. 405.

<sup>(38)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso del nuevo doctor*, p. 74, ya citado, el otro doctorado honorífico, el salmantino, que tampoco dejaba de figurar por supuesto en su *Curriculum*, y que resultara para él especialmente emotivo, con discurso laudatorio, reproducido como necrología en *Derecho Privado y Constitución*, 8, 1996, pp. 8-12, de B. GONZÁLEZ ALONSO, catedrático que le había sucedido en Salamanca. Puedo testificar sobre la iniciativa. Salustiano DE DIOS y Javier INFANTE, catedrático también el primero y profesor de orden inmediato, titular, el segundo, ambos igualmente de Historia del Derecho en Salamanca y discípulos, como sabemos, se lo propusieron durante una ocasión similar: *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi. Madrid-Miraflores, del 11 al 14 de enero de 1994*, Madrid 1995, cuyo encuentro fue en ocasión de la investidura de GROSSI como doctor honorario de la Universidad Autónoma de Madrid por iniciativa de TOMÁS Y VALIENTE.

<sup>(39)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *A modo de saludo*, p. 1080, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 1079-1080, olvidándose en esta última apelación de un tercer género, los juristas metidos a historiadores, al que también queríamos atraer, pero entre quienes aquí encontramos una acogida para una historia jurídica no retrospectiva bastante menor que en parte, sólo en parte y bien minoritaria, de la historiografía, como puede detectarse por los mismos números últimos del *Anuario*. Y como no podía ser menos en quien tenía finalmente más discípulas que discípulos, entendamos al efecto el femenino en el masculino, las historiadoras del derecho entre los historiadores del derecho.

de *Historia del Derecho* en vez de *Anuario de Historia del Derecho Español*. Él sólo se permitió el cambio no sé si más sutil, pero desde luego que más útil, de unas señas de identidad. Hace la encuadernación más dura y el color más visible (40). Mi sugerencia reconozco que hubiera afeado la cita anagramática, colocando la sigla casi impronunciable AEHD en lugar de la plausibilísima AHDE. Su determinación era la de que la revista respondiera a sus letras intermedias, a su corazón de HD, y que éste no se trasplantase a las extremidades. También así su compromiso de la tercera fase con el AHDE lo era todavía en buena parte con la HD de la primera fase.

Órgano gremial de la historiografía jurídica financiado directamente por el presupuesto público, no era pensable que el AHDE se convirtiera en una revista de historia constitucional, con el efecto excluyente del caso, y Tomás y Valiente ni se lo planteaba. Otra ocurrencia mía, la de trasladar el AHDE del Ministerio de Justicia al Centro de Estudios Constitucionales, le pareció y me hizo ver enseguida que era un auténtico disparate. Se la hacía con vistas a una evolución similar a la prevista para la colección de *Historia de la Sociedad Política* que habíamos creado en dicho Centro y que, como luego explicaré, se presentaba de tal forma más inespecífica, pero con idea última de fomentar la historia constitucional. Mas perderíamos presupuesto arriesgando incluso la subsistencia de la revista que teníamos y que, con toda su tradición, era todo menos nuestra. A él no le preocupaba el detalle de que el AHDE hubiera acabado siendo una publicación ministerial, pues el Ministerio nos respetaba.

---

(40) La encuadernación de cubierta dura de los números 63-64, 1993-1994, y 65, 1995, fue iniciativa suya con el propósito ante todo práctico de la ligadura de unos volúmenes realmente gruesos, de 1440 y 1236 páginas respectivamente, aprovechando para cambiar el color butano tradicional un tanto apagado por un granate más encendido. No quiso ninguna otra señal que pudiera entenderse como presagio de una nueva época. Encuadernación y volumen no sé si podrán mantenerse, ya no digo como señales de novedad, sino ni siquiera materialmente. Pudiendo disponer el Ministerio de Justicia de la revista, como ya sabemos, y habiéndose producido en 1996, con la misma ya sin director, un cambio de gobierno de socialista a conservador, la situación es de incertidumbre, aunque se ha aceptado en principio la propuesta del Consejo de Redacción de nombrarse una dirección presidida por E. GACTO, catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Murcia.

Y a mí no se me ocurrían fórmulas menos arriesgadas de financiación ni menos precarias de respeto.

Lo que también asumíamos es que tampoco teníamos todavía capacidad o acaso confianza para crear una revista prescindiendo de la dependencia pública. También consideramos y descartamos la posibilidad de fundar directamente una nueva de historia constitucional, de proponerle más bien la fundación al Centro de Estudios Constitucionales aprovechando que una revista menos justificada suya, la *Revista de Historia Económica*, andaba en trance de pasar al sector privado <sup>(41)</sup>. No sé si desconfiábamos del ensayismo doctrinal y la insensibilidad historiográfica imperantes aquí en este campo de la historia constitucional, o si no queríamos atosigar con continuas propuestas al Centro de Estudios Constitucionales, un centro al fin y al cabo no historiográfico.

Respecto al AHDE, a lo más que él sustantivamente llega, aparte señales, es a lo que encontramos en el último número que pudo dirigir, el que le produjo el contento del primero en cuyo resultado realmente se reconocía como director, el de 1995. Hizo su aparición a principios 1996, poquísimas semanas antes del asesinato. Ahí puede verse la novedad de un tema monográfico que se inaugura además con el de los inicios gaditanos del constitucionalismo español. No iba a darse en todas las anualidades: « Quizá cada dos o tres números, y siempre *rebus sic stantibus*, aparezca en el *Anuario* esta modesta innovación » del asunto monográfico <sup>(42)</sup>. Y no sería además siempre sobre edad contemporánea, sobre tiempo constitu-

---

<sup>(41)</sup> La *Revista de Historia Económica* se funda en el Centro de Estudios Constitucionales en 1983 por razones que sabrán sus promotores, pues una *Presentación*, en el primer número, pp. 9-10, sólo dice al respecto que dicho Centro « ha percibido la oportunidad de un proyecto de este tipo y ha decidido patrocinarlo », y porque desde entonces hasta hoy en día dicha revista se ha caracterizado por su indiferencia ya no digo a la historia constitucional, sino a la jurídica sin más, inclusive la de interés económico. Por su éxito también tal, económico, la misma se encuentra desde 1992 en fase de transferencia al sector privado « en colaboración con el Centro de Estudios Constitucionales ». Respecto a otra fundación ulterior de revista por el propio Centro de Estudios Constitucionales, la de *Derecho Privado y Constitución*, la cual se gesta durante el periodo de dirección de F. LAPORTA y nace en 1993, en tiempo de su sucesor L. AGUIAR, unas explicaciones, debiéndose menos, se ofrecen más, en el primer número, pp. 9-11.

<sup>(42)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, p. 10, a *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995.

cional <sup>(43)</sup>. Tomás y Valiente tenía claro que la revista era, Ministerio mediante, del gremio y que debía así seguir siendo sustancialmente de HD. Quería también desde luego infundirle su impronta, pero de modo limitado: con esa prudencia autorrestrictiva. En todo caso, como director del AHDE más que como profesor, pensaba seguir en estrecho contacto y firme compromiso con la historia del derecho.

Estaba satisfecho con el AHDE de 1995 porque contenía, surgida del mismo seno de la HD, una HCE no sólo suya. Su iniciativa del tema monográfico no es que hubiera tenido una respuesta apabullante, pero resultaba incisiva, e incidía además en cuestiones de su preocupación. Había también tenido en los últimos tiempos una satisfacción parecida por el resultado de otra iniciativa suya, la de unas jornadas ibero-italianas de 1994 en homenaje a Paolo Grossi que también miraban de algún modo, con perspectivas de mayor amplitud, a los orígenes del constitucionalismo <sup>(44)</sup>. La historia del derecho parece que se mostraba acogedora, pero el hecho es que no acababa de hacerse la idea de que su mundo profesional de procedencia tenía indefectiblemente que ser su universo personal de llegada y destino. No acababa de acomodarse. No quería recluirse.

Definitivamente la HD no constituía ya su mundo o por lo menos, si no queremos decirlo de una forma con la que no se hubiera reconocido, no lo era ni mucho menos en exclusiva. No lo era profesional. No era su mundo ni siquiera la HD que había personalmente practicado, cuánto menos la habitual española, aun-

---

<sup>(43)</sup> Me consultó el proyecto de una sección monográfica para 1998 sobre un cuarto centenario: la Monarquía en la coyuntura sucesoria entre Felipe II y Felipe III de la Corona castellana (I y II de la aragonesa y de la portuguesa), descartando así la idea de aprovechar un 98 de tiempo constitucional, el del primer centenario de las independencias, respecto a España, de Cuba, Puerto Rico y Filipinas que es «el 98» por excelencia de la historia española; era un número mediante el cual quería fomentar la colaboración de historiadores generales de intereses institucionales barajando la posibilidad de que coordinara P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO. Consideraba también alternativas, pues entre sus papeles encuentro una ficha, «AHDE 1997 ú 8», con previsión de un índice sobre el derecho en la literatura clásica castellana, la de los siglos XVI y XVII, y de colaboradores como J.L. BERMEJO y E. GACTO. Sigue sin ser historia contemporánea, pero tampoco muy estrictamente HD.

<sup>(44)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE y otros, *De la Ilustración al Liberalismo*, citado.

que no sólo española desde luego. No lo era la historia del derecho que no había soltado amarras con una tradición canónica ni acusaba recibo alguno de unas revisiones europeas, de unos replanteamientos, no desde luego de unas continuidades también exteriores. Deliberada y concienzudamente, Tomás y Valiente estaba últimamente procediendo a la lectura de una historia del derecho que removía los cimientos de sus convicciones más firmes en fase de HD, convicciones como la del carácter secundario de la cultura jurídica respecto a otros fenómenos sociales más materiales o como también la del primado de la ley como fuente más característicamente constitucional de producción del derecho. La revisión de fondo estaba abierta <sup>(45)</sup>. En todo ello, tanto en la apreciación mayor de la cultura como en la devaluación menor de la legislación, en una cosa como en la otra al fin y al cabo vinculadas, ocurría además que redundaba su experiencia jurisprudencial de segunda fase. Lo menos que puede decirse es que estaba receptivo sin dejar de estar polémico, signos ambos, y más si unidos, de vitalidad <sup>(46)</sup>.

La HD de su primera fase no era ya su inclinación ni siquiera profesional. Quiere investigar y enseñar, pero historia constitucional y una historia constitucional que ya no identifica con la parte correspondiente de la HD ni de su MHDE. Sólo por compromiso aceptaba ahora atender en conferencias o en encuentros alguna cuestión de tiempo anterior. Cuando tiene la posibilidad, es historia

---

<sup>(45)</sup> Interesando a ambos extremos, aunque la entrada sea medieval, F. TOMÁS Y VALIENTE, reseñas de Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, 1139-1145, y en *Saber Leer. Revista crítica de libros*, 94, 1996, pp. 1-2; sobre el que seguía: según registro de su ordenador personal, trabajó en la traducción de este *ordine giuridico* las mismas vísperas de su asesinato. También interesa al efecto dicho de una revisión su *Laudatio a Paolo Grossi*, en *De la Ilustración al Liberalismo*, pp. 29-42, anticipada en la edición no venal del acto protocolario: P. GROSSI, *Discurso de investidura de doctor «honoris causa»*, Madrid 1994, pp. 5-20; el discurso de GROSSI es *En busca del orden jurídico medieval*, también incluido en *De la Ilustración al Liberalismo*, pp. 43-65, constituyendo introducción de entidad propia a su *Ordine giuridico*. La traducción de TOMÁS Y VALIENTE la ha proseguido Clara ÁLVAREZ y ya habrá aparecido: P. GROSSI, *Orden jurídico medieval*, Madrid 1996.

<sup>(46)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, en la revista *Historia Contemporánea*, 12, 1995, pp. 17-23, el número parcialmente monográfico, coordinado por J.M. PORTILLO y Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, sobre *Historia y Derecho*; también *Presentación*, en *De la Ilustración al Liberalismo*, pp. 9-23, fechada ésta en su último verano, el de 1995.

constitucional lo que propone y ofrece. También dedica a ella los seminarios o cursos extrauniversitarios a cuya impartición se le invita durante el breve espacio del que dispone en esta tercera fase. Todo esto lo iremos viendo a su debido tiempo. No corramos tanto. Hay todavía algo por considerar incluso antes de llegar a la HCE. Tengamos paciencia.



CAPÍTULO CUARTO  
DE VUELTA  
DE LA HISTORIA EN EL DERECHO

Hay asuntos que interesan poco y que no se hace por entender mucho fuera de la profesión universitaria, pero que dentro de ella pueden llegar a ser, si no decisivos, al menos relevantes para una obra intelectual, con lo que así conviene noticia para situarla, entenderla y aprovecharla. La relevancia es muy variable según los casos, pero en el nuestro, en el de Tomás y Valiente, podemos venir apreciando que alguna tiene. Pues a los asuntos que ahora me refiero es al de la existencia de disciplinas académicas y al de su pertenencia en concreto, entre ellas, a una definida como la *Historia del Derecho*, a lo cual se ha unido su dedicación temporal, pero de tiempo tan extenso como intenso, a otra que se conoce como *Derecho Constitucional*. En estos marchamos se encierra toda una serie de señas de identidad y problemas de reconocimiento de los que, en cuanto que académicos, el lector o la lectora hacen seguramente bien en desentenderse. Nos van a importar sólo en la medida que afecten a la obra de Tomás y Valiente y no a toda ella, sino a la que pudiera acabar interesando a la HCE, a nuestra incógnita todavía por ver y a la que enseguida llegaremos. He pedido paciencia.

La relevancia de este asunto es relativa en el caso de Tomás y Valiente por algo que ya conocemos: por lo que podemos llamar, con todas las reservas, su autodidactismo. Como él mismo nos ha recordado, la vinculación universitaria a una disciplina académica suele serlo también a un determinado entendimiento de la misma por razón de escuela, a una forma concreta de concebir y abordar su materia a efectos tanto de investigación como de docencia por parte del magisterio o del grupo de pertenencia. Digo así disciplina porque no se trata sólo de especialidad: porque la escuela sobre todo

viene a reforzar una dependencia de la obra propia con respecto a la relativamente colectiva. Pero este reforzamiento o esta verdadera disciplina es lo que por fortuna tenemos constatado que no se da en el trabajo intelectual de Tomás y Valiente. Desde época temprana le hemos visto definirse no sólo su propio objeto de investigación, sino también la orientación tanto de su estudio como de su docencia. Y lo de afortunadamente lo digo por la clase de alternativas magisteriales o escolásticas que entonces se le ofrecían y a las que así supo, repito que por fortuna, sustraerse. Ya hablé de alivio de nuestro trabajo en la primera oportunidad de advertir esto.

Los historiadores de la ciencia suelen usar la palabra un poco fea de paradigma para identificar el fenómeno de los encuadramientos intelectuales e institucionales de la investigación y transmisión de conocimientos sobre una materia, los cuales tanto delimitan el campo de visión como marcan los ángulos de observación, pudiendo acabar incluso por determinar lo perceptible y lo indagable: por reducir y hasta por inventar la realidad que se estudia y que se enseña. El paradigma conviene que se atienda para comprender una obra puesto que puede situarla ofreciendo el contraste que sirva para precisar sus posibilidades y su alcance.

Sin la palabrota tan fea de paradigma, que prometo no usar más en adelante, ya venimos de hecho apreciando este género de circunstancias, pero ahora se trata de especificarlas algo más antes de entrar definitivamente en la HCE, en el proyecto de tercera fase, y de proceder a esto en base siempre a la propia obra de Tomás y Valiente. Puede que entonces se hagan estallar costuras y no podríamos apreciarlo bien sin conocer mejor los mismos zurcidos. Son cuestiones que tal vez deberíamos haber contemplado al principio, pero que ahora podrán entenderse mejor, aunque sólo sea por poder yo exponerlo más confiadamente con criterios que ya no tendré que explicar. Ya también sabemos que no todo planteamiento de su obra nos interesa, sino tan sólo aquel que, por activa o por pasiva, nos ayude a abordar y entender la HCE, nuestro enigma todavía.

Sabemos a estas alturas bastantes más cosas. Los últimos años de la primera fase, los años de redacción de la MHDE, es un tiempo de reflexión disciplinar, o metodológica si se prefiere, por parte de Tomás y Valiente. Mientras que prepara y ultima su exposición de conjunto de la HD, se interroga sobre qué sea y para qué sirva esta

disciplina académica o asignatura universitaria que define su primera y más constante profesión. La pregunta inicial, la que se cuestiona el ser de la propia ciencia, de la historia del derecho en el caso, puede que sorprenda al lector o lectora ajenos a estas lides, por lo que conviene señalar, sumariamente desde luego, un par de cosas o acaso tres.

Dicha cuestión constituía una obligación curricular por aquellos tiempos. Se debía plantear y resolver en los ejercicios de concurso a cátedra y Tomás y Valiente lo había tenido así que hacer en 1964. Pero al cabo de más de una década, si seguía con ello, es porque pensaba que lo merecía. También ocurre que la historia del derecho, aun siendo sustantivamente historia, es una disciplina situada en las facultades jurídicas, por lo que plantea más concretamente el problema de su entidad y función en el contexto de estos estudios: si puede y debe seguir siendo una especialidad de la historiografía o ha de serlo en cambio del derecho.

Y hay una tercera cosa. La misma historia en sí como el despliegue de sus especialidades son cuestiones igualmente problemáticas. Como parte de las que suelen llamarse ciencias sociales o humanas, las que estudian la sociedad o la humanidad, no es pacífica su misma condición científica. El objeto de estas presuntas ciencias no está dado y ellas mismas lo conforman. La experiencia humana es continua y la historiografía produce una cesura al distinguir el pasado. Dentro de ella también se da una parcelación entre objetos históricos, como el derecho, cuya procedencia tampoco es que sea un dato histórico, sino predicado propio. Son problemas efectivos para el planteamiento de una obra y Tomás y Valiente no los rehuye. No es profesor que se acomodara en la disciplina académica tras acceder a la cátedra.

Se comprenderá ahora su abordaje cuando andaba por los comienzos de la redacción del MHDE, de la realización de esta suma: «Una primera cuestión acerca de la cual hay que definirse es la concerniente a lo que podríamos denominar el estatuto científico de nuestra disciplina. Frecuentemente se elude el problema diciendo que la Historia del Derecho es una asignatura bifronte», es decir, doblemente científica, como historia y como derecho. Hay quienes acentúan o incluso quien afirma con exclusividad el carácter jurídico como ciencia de esta especialidad historiográfica. Pero su posición es

otra: « Parece sin embargo preferible mantener la tesis de que la Historia del Derecho es una de las especialidades de la ciencia de la Historia. El pasado no tiene existencia real; la Historia no estudia *el pasado*, sino partes de la realidad que entonces hubo; una de esas secciones o elementos componentes de la sociedad pasada es el Derecho ». Mas esto no quiere a su vez decir que el objeto se escinda del resto de un pasado humano. Le especialidad debe ocuparse « en construir una Historia social del Derecho, es decir, en una Historia que no separe el objeto específico » respecto a la sociedad correspondiente. Ha de hacer esto sin olvidar a su vez tampoco « la dimensión valorativa que todo Derecho encierra ». En suma, « núcleo normativo y técnico, base material y techo ideológico », ordenamiento, intereses y valores, « constituyen una realidad de tres niveles » para esta especialidad historiográfica (1).

En esto último, en la cualificación historiográfica de la especialidad, pone el acento frente a quienes entienden que la misma debe centrarse mayormente todavía en el conocimiento del derecho y puede así presentarse como ciencia, no historiográfica, sino jurídica. Se trata particularmente de un frente que ya conocemos y sobre el que no es necesario que nos detengamos: el del llamado *método institucional* de García Gallo, cuyo rechazo fundamentalmente, con buenas razones según vimos, interesa, pues el motivo jurídico ahí resulta más bien una coartada para enrocar la especialidad en el derecho huyendo de los rigores de la historiografía (2). Pero no es el único caso que intenta situar esta especialidad en el terreno jurídico antes que en el historiográfico, más que en el mismo o, sencilla-

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho y Derecho*, pp. 65-66, en un encuentro del verano de 1975 sobre *El Primer Año de Derecho*, como sabemos. La entrada será similar en el apartado preliminar sobre « Historia e Historia del Derecho », del *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 27 en cualquier edición, encareciendo: « El tema (del *status* científico de nuestra disciplina), aunque pueda parecer una cuestión academicista y sin interés práctico, es importante, sin embargo, desde un punto de vista metodológico ».

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, pp. 161-166, aun con el reconocimiento del magisterio, p. 163; páginas que son prácticamente coetáneas a las de *Historia del Derecho y Derecho*.

mente, y no en él <sup>(3)</sup>. También lo hace aquí alguien, un « joven » por lo visto, que « no está vinculado a García Gallo por razones de discipulado académico, no comparte, sino que critica sin recato, la posición conceptual de éste y, en concreto, su concepción de la Historia del Derecho, y, por otro lado, escribe desde fundamentos ideológicos muy distantes, por no decir antagónicos, a los de García Gallo ». Era mi caso: « Entiendo más lo que rechaza que lo que defiende » <sup>(4)</sup>.

Interesa aquí su posición y no la mía. En ella, con la ocasión, se reafirma: « El derecho del pasado deberá ser estudiado como pieza integrante de cada sociedad, en conexión con ella, como realidad pretérita, con método propio de historiadores y con otros pertenecientes a la peculiaridad técnica de aquel objeto » en el tiempo. Ahora, en la ocasión, tampoco deja de anteponer la idea de una historia no sólo por secciones o elementos de un pasado como tal inexistente, sino global de este tiempo pretérito, de sus diversas formaciones sociales: « El estudio de estas sociedades es el objeto total de la ciencia de la historia. El estudio de cada una de sus realidades sectoriales constituye el objeto de cada una de las únicas historias posibles, que son las historias *especiales*, una de las cuales sigo pensando que es la del Derecho ». Para comprenderse una insistencia que pudiera parecer innecesaria, recuerdo que por mi parte no sólo impugnaba más frontalmente la posibilidad de tal historia total, sino que también defendía la necesidad de que la historia del derecho concurreniera con otras especialidades jurídicas, antes que con las historiográficas, si de verdad pretende entrar en el conocimiento de su objeto específico, no otro que el derecho <sup>(5)</sup>.

Historia total, que era una expresión muy de moda por entonces, es historia general, pero no genérica, sino integradora de especialidades. La que tradicionalmente se conoce con este otro

---

<sup>(3)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica en la Europa continental*, pp. 448-450.

<sup>(4)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientación de la Historia del Derecho en España*, pp. 614-615.

<sup>(5)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientación de la Historia del Derecho en España*, p. 616, encontrándose expuesta mi posición atacada básicamente en *Historia, ciencia, política del derecho*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 8, 1979, pp. 5-58.

calificativo de general ni atrae ni convence a Tomás y Valiente: « Lamento no saber con certeza qué es », pues « no conozco especialistas en la totalidad », tales presuntos generalistas. « Cosa bien diferente de esa historia general es la historia total, unitaria o integral que se postula como ciencia en construcción, entiéndase bien (o al menos así lo entiendo yo) en perpetua y utópica construcción », pues esa totalidad, « aun siendo una realidad, aun siendo una cada determinada formación social histórica, no es posible estudiarla toda de una vez, no es posible la investigación global. De ahí la necesidad ineludible de las historias particulares », de las especialidades de la historia, como la jurídica (6).

Tomás y Valiente no se llama a engaño respecto a la historiografía. No se engaña ni siquiera con la que pretende ser integradora de unas especialidades con vistas a la reconstrucción de unas totalidades: « En el muy importante coloquio organizado en Granada en 1973 por el profesor Pérez Prendes y su Departamento, los historiadores juristas españoles, y los no juristas, tuvimos ocasión de presenciar la actitud que podríamos calificar de interés abierto hacia la Historia del Derecho de historiadores como Witold Kula y Pierre Vilar. No obstante, en los *Problemas* del primero, la atención y la importancia que concede a la Historia del Derecho es mínima, y lo mismo puede decirse de Vilar, tanto a propósito de su obra de conjunto como de su más reciente escrito polémico *versus* Althusser » (7). Tiene dudas sobre las posibilidades científicas de la historia como saber presuntamente global, integral o total; abriga reparos

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Nuevas orientación de la Historia del Derecho en España*, p. 620, subrayando *no es posible estudiarla toda de una vez, no es posible la investigación global*.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, p 169; el congreso de 1973, ya citado, cuyas actas, con debates incluidos, se encuentran publicadas en *Revista de Historia del Derecho*, 1, 1976, pp. 15-49: Pierre VILAR, *Histoire du Droit, Histoire Totale* (versión castellana en su *Economía, Derecho, Historia*, Barcelona 1983), y pp. 303-319: Witold KULA, *Histoire du Droit, Histoire Économique*. Las obras concretas aludidas son, de P. VILAR, *Historia marxista, historia en construcción. Ensayo de diálogo con Althusser* (1973), Barcelona 1974, y de W. KULA, *Problemas y métodos de la historia económica* (1963), Barcelona 1973. Las referencias a estos autores por parte de TOMÁS Y VALIENTE se hace en el contexto de una toma y medida de distancias respecto a la historiografía de confesión marxista por la razón fundamental de su mínima sensibilidad y escasa apreciación para con el derecho.

que incluso se basan en la noticia de dificultades, si no equivalentes o ni siquiera similares, también existentes en el ámbito de las ciencias naturales o de objeto no social (8), pero sobre todo tiene la constancia de las deficiencias de la historiografía no especializada, incluso de la más integradora, respecto al derecho. No creo que se produjera un desencanto, pues no parece haberse hecho ilusiones. Sólo la historiografía jurídica acude, o está al menos en condiciones de acudir, cuando no también en disposición, al estudio de su objeto específico, el derecho en el tiempo.

Volvió a recalcarlo con referencia al autor que tenía, seguramente con justicia, como el más ambicioso en estos menesteres de la construcción de una historia integral, Fernand Braudel (9). Algo más de una década más tarde del congreso recién aludido de Granada, tuvimos un encuentro similar en Florencia sobre *Historia social y dimensión jurídica*, tomando él la ocasión para plantear la desatención inconfesada e injustificada, inconfesable e injustificable, de dicha historiografía por el derecho (10). Puede abundar en sus ideas: « No existe una *Historia general* y unas ramas o especialidades entre las cuales la Historia del Derecho tuviera que obtener carta de naturaleza. Ni existen tampoco unos historiadores *tout court* y unos historiadores juristas defensores, frente a aquéllos, de sus discutidos derechos de ciudadanía. Tampoco hay unos historiadores de la totalidad, y otros, inferiores, de las partes. Los historiadores del Derecho y de las instituciones cultivamos una perspectiva necesaria para el entendimiento de las sociedades pretéritas, y debemos decirlo y hacerlo sin mala conciencia, sin complejos de inferioridad sustitutivos de periclitados imperialismos, hoy detectables en algún otro tipo de Historia. No hay *historiadores auténticos* y discutibles historiadores del Derecho. Para contribuir a una Historia global, que es una utópica integración de perspectivas convergentes siempre

---

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones sobre la Historia*, pp. 134-144, que ya sabemos que eran páginas originalmente escritas para el *Manual*.

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones sobre la Historia*, p. 132.

(10) P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, el encuentro de 1985 ya citado cuyos ponentes fueron, de parte no jurídica, Jacques LE GOFF, *Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile*, pp. 23-63, y Cinzio VIOLANTE, *Storia e dimensione giuridica*, pp. 65-125, y de parte jurídica Mario SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, pp. 127-148.

*in fieri*, toda Historia parcial (y toda Historia es parcial) es necesaria. La que nosotros hacemos lo es » (11).

No estamos ante la reivindicación de una profesión, la de historiador, cuando ya estaba ejerciendo otra, la de magistrado. O no se trata fundamentalmente de esto. Estamos ante la expresión de una conciencia del valor de la historia del derecho de cara a la historiografía, frente en el que Tomás y Valiente verdaderamente incide. ¿Y respecto al otro flanco? ¿Qué nos dice con referencia al posible interés de la especialidad para el derecho mismo? Algo tiene que decirnos desde un primer momento: « En el siglo XIX nuestra disciplina tuvo una vertiente pragmática importante y orientada en muchas ocasiones hacia la *vocación legislativa* », esto es, al servicio de una legislación a la que se llegara por medio no tanto de determinación política como de elaboración doctrinal, de una labor de construcción jurídica que se vertiera finalmente en códigos, mas, añade enseguida, « en nuestro tiempo, esa finalidad ha desaparecido ». Ahora, « la Historia del Derecho tiene que justificarse mediante la teoría y no por su utilidad práctica (que es muy escasa) ». A los efectos docentes que son jurídicos, « en relación con los estudiantes a cuya formación debemos contribuir, la Historia del Derecho se justifica en cuanto les vacuna contra cualquier tipo de dogmatismo », siempre que se opere « no *reduciendo* su objeto a una realidad *pura*, químicamente aislada, asépticamente considerada,

---

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, p. 270, primera de una serie de conclusiones. Comprobando, como rasgo así no sólo marxista, la desatención a la especialidad y, sobre todo, a su objeto en dicho caso bien representativo, puede contrastarse lo que aún escribía en los inéditos, que ahora consideraré, *Fundamentos teóricos del presente Manual*, f. 59: « El hombre al hacer cultura, crea instituciones, vehículos al mismo tiempo de libertad, de seguridad y de opresión y dominio. Por eso es tan apasionante y tan patética la Historia de las instituciones. Por eso hay que proclamar, repitiendo una frase de F. Braudel, *el papel eminente de la Historia de las instituciones* », sin cita, como es estilo del *Manual* al que estos *Fundamentos* se destinaban. Encuentro la referencia original en Fernand BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales. La longue durée* (1958), p. 47, en sus *Écrits sur l'Histoire*, París 1969, pp. 41-83: « Si l'on accepte que ce dépassement du temps court a été le bien le plus précieux, parce que le plus rare, de l'historiographie de vents dernières années, on comprendra le rôle éminent de l'histoire des institutions », entre otras: « Hier, elles ont sauvé notre métier », con virtud así ya pasada; versión castellana en F. BRAUDEL, *La historia y las ciencias sociales*, Madrid 1968.

sino descubriendo los diferentes estratos del Derecho y abriéndolos en sus múltiples conexiones sociales » (12).

El interés jurídico es, cuando menos, triple o incluso cuádruple: « El Derecho en su conjunto necesita ser aplicado y comprendido históricamente. Sólo sabiendo cómo ha llegado a ser lo que es, lo conoceremos bien. La Historia del Derecho surge así como necesidad postulada, ya no por motivos dignos, inmediatos y prácticos, sino por otros más desinteresados, más especulativos ». Puede también cubrir dicha finalidad pragmática característica de su primer maestro, Fairén Guillén, como ya vimos. « Pero además ocurre que el hombre es un ser dotado no sólo de memoria individual, sino colectiva. En cuanto tal no puede partir del presente para conocerlo. La función formativa de la Historia del Derecho es por ello ineludible para el juristas en formación ». « Finalmente, si sabemos que el Derecho es un producto social, que se da en un presente delimitado por coordenadas de tiempo y espacio, y que dentro de la sociedad en que está vigente recibe influencias procedentes de otros sectores de esa misma realidad social, y emite influjos hacia la sociedad entera, la Historia del Derecho, si estudia a éste como realidad técnica, peculiar, irreductible a cualquier otra, pero influida por los sectores de la sociedad más cercanos (lo político, lo cultural, lo económico...), prestará un enfoque enriquecedor al entendimiento intelectual y profundo del Derecho » (13).

En el cuadro resultante, entre concepción historiográfica de la historia del derecho y finalidad jurídica de su existencia universitaria, se sitúa el MHDE, su *Manual de Historia del Derecho Español*. En realidad, el conjunto de sus escritos entre teóricos y metodológicos cuya producción se concentran en los años finales de la primera fase responden a la confección del MHDE. No proceden de sus ejercicios de cátedra de 1964, que tenía por superados en este orden (14). Eran de nueva factura a dicho concreto propósito de esclarecimiento introductorio para una exposición de conjunto. Sólo

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho y Derecho*, p. 68.

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historiografía jurídica en la Europa continental*, pp. 466-467, ed. *Historia. Instituciones. Documentos*.

(14) En una carta de 3 de octubre de 1975, a la que me referiré luego pues trata de estas cosas, me decía respecto a un capítulo de mi proyecto al mismo propósito de

una mínima parte de lo que entonces escribió a este efecto se publica finalmente en el mismo MHDE, en un par de capítulos iniciales: « Conceptos preliminares » y « La historiografía jurídica española hasta la actualidad ». Otra encuentra salida de forma dispersa. Y una que había de ser importante, *Fundamentos teóricos del presente Manual*, en buena parte no se edita, quedando en 1979 pendiente de una corrección nunca ultimada <sup>(15)</sup>.

Dichos *Fundamentos teóricos* se extienden sobre el dilema de una *Historia del Derecho* entre una historiografía que ya no la considera y una doctrina del derecho que ya no la necesita. Entre la una y la otra, entre los peligros de reducirse a disciplina historiográfica sin entidad jurídica o a disciplina del derecho sin entidad de historiografía, se le afirma como ciencia historiográfica con objeto muy específico que le caracteriza y obliga: « La solución no puede consistir, a mi juicio, ni en concebir por reacción la Historia del Derecho como ciencia jurídica, ni en independizar la Historia de las instituciones político-administrativas de la Historia del Derecho, sino en conservar aquélla como parte de ésta, y en construir una Historia del Derecho como rama de la Historia de tal modo que ni se disuelva en Historia política o social, ni se reduzca a Historia de la economía o a Historia de la cultura (peligros también reales), ni estudie el Derecho aislándolo de la sociedad en que haya surgido. Hay que lograr una integración de la Historia del Derecho en la Historia, que no consista en una mera yuxtaposición de la nuestra junto a las otras especialidades, y que respete y destaque la especificidad y la importancia de nuestro objeto y la consiguiente adecuación y peculiaridad de nuestros métodos » <sup>(16)</sup>.

Esto último es esencial. Los *Fundamentos teóricos* se ocupan de

---

cátedra: « Me recuerda bastantes páginas de la parte primera de mi *Memoria* de 1963 (hoy impublicable) ».

<sup>(15)</sup> Ya conocemos todo esto, inclusive la existencia de dicho texto en 68 holandesas mecanografiadas de *Fundamentos teóricos del presente Manual* que en pequeña parte se publica en la obra dispersa de los años de confección del *Manual* y que en la mayor debía haberse convertido en unos *Fundamentos teóricos para una concepción de la Historia del Derecho* para los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, impidiéndolo en 1980 el acceso a la magistratura constitucional.

<sup>(16)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Fundamentos teóricos del presente Manual*, f. 9, suprimiendo por mi parte una remisión interna, « como veremos », en el inciso del paréntesis.

ello a ambos efectos de especificidad e importancia de objeto y adecuación y peculiaridad de método. El Derecho, con mayúscula según su estilo, presenta unas características intrínsecas complejas de estructuración sistemática y cambio no sistemático, de formación tanto de sistemas como de instituciones de evolución propia, sin cuya constancia y conocimiento, sobre todo de lo segundo, lo más contingente, no cabe plantearse su historiografía. Y este objeto histórico presenta igualmente una característica tampoco extrínseca de entidad y operatividad sociales que no deben así ignorarse para su misma investigación. Necesita un *estudio conectivo*, un *método conectivo* o una *visión conectiva* por tener una *condición conectiva*: « El estudio conectivo que aquí se postula significa que, puesto que el Derecho no se explica a sí mismo, sino que los impulsos que le hacen ser como es proceden del equilibrio de fuerzas existentes en una sociedad dada y de la vigencia social de unos u otros criterios ideológicos, no es posible comprender por qué el Derecho es como es, sino a través de sus conexiones con el resto de la sociedad a la que pertenezca y a la que trate de organizar » (17).

Todo esto se formula como orientaciones que no deben formalizarse en una teoría previa a la propia historiografía pues con ello se atentaría contra la propia historia, contra la entidad histórica del propio objeto: « La forma de relacionarse, de derivar el Derecho a partir de otros órdenes de la realidad y de influir sobre la sociedad que organiza puede cambiar y de hecho ha cambiado a través de la historia », con lo cual « al historiador del Derecho puede resultarle contraproducente partir de una teoría muy precisa y definida acerca del Derecho y de su función social ». Y lo mismo vale con respecto a la entidad más intrínseca del objeto: « Debe partir de una noción (previa e hipotética si se quiere, pero metodológicamente orientadora) del Derecho como unidad compleja e inescindible ». He aquí, en el derecho, un *núcleo* que, con todas sus modalidades históricas precisamente, debe centrar la especialidad. Todo lo dicho le mira. Se trata de conocer unas realidades jurídicas con la dimensión social que no les resulta así externa: « La Historia de las instituciones no puede hacerse examinando sólo su componente

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Fundamentos teóricos del presente Manual*, ff. 11, 45, 48 y 49.

formal, jurídico-normativo, sino que es imprescindible averiguar cómo se aplicaron las normas, cómo se interpretaron por los juristas y por los simples ciudadanos que por ellas se rigieron » (18).

Muy sintéticamente encontramos la posición en los preliminares de la MHDE: « La Historia del Derecho es Historia, pero no debe confundirse con otras ramas de la misma ni perder su identidad al relacionarse con la Historia política o la económica. La especificidad del objeto propio de la Historia del Derecho impone exigencias ». No es una especialidad al alcance sencillo de la historiografía: « El historiador del Derecho debe ser, además de historiador, jurista », bien que jurista cuidadoso « de no trasladar sin más los conceptos jurídicos válidos para la actualidad y propios de la presente ciencia jurídica », sino jurista capaz de « entender y exponer cuáles eran los conceptos jurídicos propios de cada sociedad », a cuyo efecto debe partir de uno general mínimo, de un « concepto instrumental y provisional », de lo que sea el mismo derecho como factor que « ordena unas relaciones sociales, defiende unos intereses y utiliza determinados criterios de valoración » o propia legitimación (19). Así siempre entiende que, para definir y activar la especialidad, puede haber un concepto de derecho por encima de la historia, como objeto así de la historiografía, pero con dicho cuidado también siempre de reducirlo a una mínima expresión para no hipotecar su investigación, comprensión y explicación o su misma exposición docente.

La importancia que le venía confiriendo a la cuestión de definición del derecho podía resultar indicativa de la entidad jurídica que entendía en una especialidad historiográfica. « ¿Qué es el Derecho? Si ya lo sabemos de modo cierto, indubitable y completo, el estudio de lo que ha sido es superfluo, y nada añadiría a lo que ya creyéramos saber. Si, por el contrario, pensamos que un concepto satisfactorio de Derecho sólo lo podremos formular después de haber estudiado su historia, entonces ¿cómo podemos buscar en el pasado un objeto de cuya consistencia no tenemos noción clara?

---

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Fundamentos teóricos del presente Manual*, ff. 9, 11, 12 y 25, esto último subrayado.

(19) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 23-28 en cualquier edición.

Para romper el círculo vicioso es necesario formarse un concepto provisional e incompleto de Derecho » (20). « Como no existe una óptica jurídica (al menos yo no creo en ella), no es posible formular un concepto filosófico abstracto del Derecho que fuese simultáneamente intemporal y válido para todo tiempo y lugar, es decir, para cada sociedad. Precisamente los conceptos acerca del Derecho deben elaborarse sobre los conceptos que la Historia nos proporcione. ¿Cómo romper el círculo? A mi modo de ver, elaborando un concepto válido para encuadrar en él, o excluir de él, realidades contiguas del presente y del pasado » (21).

Por todo lo que veremos, creo que de momento interesa más la pregunta que la contestación. Y digo por lo que vendrá, pues no llegará a una respuesta menos ambigua sino circunscribiéndose a un periodo, al constitucional precisamente. Ahora lo que advertimos es que su interrogación sobre el derecho resultaba esencial para la identificación de la propia especialidad. La historia del derecho es historiografía, pero una historiografía que debía así encontrar la forma de radicarse y centrarse desde un inicio en el derecho mismo. No es un personaje en busca de autor, una entidad historiográfica en busca de identidad jurídica. La identificación había de tenerla de antemano. Reaccionaba frente a la insinuación de que no cabe establecer ningún concepto de derecho, por mínimo que fuera, para una historia espacial sin delimitación temporal. Le parecía que así se desdibujaba, si no incluso que se desfiguraba, la especialidad (22).

---

(20) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho y Derecho*, p. 66.

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Historia del Derecho e Historia*, p. 171.

(22) Preparando y consultándole la memoria para mi concurso a agregación de cátedra de 1976, el texto entonces todavía inédito que conducirá a *Historia, ciencia, política del derecho* citado, en el cual negaba la posibilidad de sentar noción alguna de derecho por encima de la historia o por delante de la historiografía, me respondía en la carta referida de 3 de octubre de 1975 subrayando el carácter precisamente pragmático de la posición: « Es útil teóricamente ese concepto *generalísimo* (o mínimo o aproximativo o provisional o modelo) de Derecho »; « el proceso liberal tendente a sacralizar su propio sistema jurídico y a sacralizar también un imaginario DS de Roma, en realidad construido por y para ellos — los liberales — mismos, es algo perfectamente claro. Por supuesto, pienso también yo así. Pero eso no equivale a negar la posibilidad y la utilidad teórica de trazar un concepto instrumental (una categoría necesaria y universal) de D<sup>o</sup>. Tal crítica, por justa que sea (y lo es), sólo sirve para indicar que dicha construcción no puede ni debe consistir en la transposición a un plano pretendida (pero falsamente)

Con todo lo visto, Tomás y Valiente se sitúa en un contexto universitario, en el institucional y en el intelectual. En este cuadro hay que entenderlo. La posición facultativa de la historia del derecho como materia jurídica presenta el peligro de reducción a disciplina de cultura sin entidad historiográfica. Es un riesgo no sólo teórico, sino también efectivo, pues, aunque de diversas maneras, sus dos maestros universitarios, tanto Fairén Guillén como García Gallo, han incurrido en él plenamente. Se teme el *presentismo*, esta reducción de la historiografía a utilidad actual, al que aboca en particular la posición del primero. Y se marcan sobre todo distancias respecto al segundo (23). Bajo su hégira, la historia del derecho ha perdido sustancia cultural y se encuentra desprestigiada, especialmente esto, a efectos universitarios, ante la historiografía más solvente. Tan buen historiador como jurista y en un contexto que tiene por dada la finalidad jurídica de la especialidad situándola en la correspondiente facultad, el empeño de Tomás y Valiente se cifra en una reivindicación historiográfica, pero esto nunca se produce a costa de la otra identidad, la de carácter jurídico. Ésta otra la sostiene no sólo por exigencia profesional que hiciera suya, sino también por convicción propia. La historia del derecho es historia para conocimiento del derecho. No es que la una le atraiga y el otro sea obligado, como tampoco que la primera le guste y el segundo le interese. Ambas cosas le atraen y obligan; ambas le gustan e interesan.

La historia del derecho sirve al conocimiento del derecho en sus aspectos incluso más intrínsecos. Así también lo formularía más

---

absoluto o categorial lo que no es sino una concepción jurídica muy concreta, muy parcial en cuanto propia de un sistema: el liberal ».

(23) A la primera noticia que tuvo respecto a mi planteamiento jurídico de la historiografía del derecho, que fue también en 1975 por mi proyecto dicho de memoria, respondía en la citada carta: « Me sorprende la conclusión de que la HD sea *ciencia jurídica*. Percibo, por supuesto, la diversidad de punto de partida y de argumentación que hay — obviamente — entre esta conclusión y la tesis coincidente en la conclusión de García Gallo. Pero creo que la conclusión es lógicamente equivocada y funcionalmente inconveniente », pensando hoy aun por mi parte que esto segundo prevalecía. Entonces, tras la discusión epistolar, me invitó a explicar y debatir mi posición a una sesión de los seminarios que celebraba quincenalmente los jueves por la mañana en su cátedra de Salamanca. Bien dije que al llegar a dicho concurso de 1976 mi deuda ya era insalvable.

tarde, como ya sabemos, en relación a la dimensión jurídica más técnica de cultura intelectual y material: « No hay dogmática sin historia » puesto que « los conceptos y las instituciones » son « consecuencia de procesos históricos » (24). En la tercera fase es en esto en lo que insistirá, pero en la primera también lo hacía, como venimos viendo, en una extensión. Además de estudiar su objeto, la historia del derecho contribuye a través de su investigación específica, *conectivamente*, al conocimiento de la correspondiente sociedad: « Cuando investigamos acerca de los validos del siglo XVII o sobre los secretarios de Estado y del despacho, sobre los corregidores o las comunidades, sobre la venta de oficios públicos o la burocracia de los Austrias, sobre el Consejo Real de Castilla o sobre los juicios de residencia, sobre el Derecho penal o el proceso penal del Antiguo Régimen, o — ya dentro de otra etapa y de otro tipo de sociedad — sobre la desamortización o los delitos políticos; cuando estudiamos todos estos temas, lo hacemos ciertamente en cuanto historiadores del Derecho, pero al mismo tiempo con la preocupación de lograr no sólo un conocimiento de nuestro objetivo específico (el Derecho), sino también la comprensión y la explicación de la sociedad señorial o de la sociedad liberalburguesa », este otro objetivo que sería más propio, pese a su confesado escepticismo, de la historia total (25).

Durante su primera etapa, la de HD, lo cierto es que Tomás y Valiente se inclina fuertemente hacia la historiografía, pero sin dejar nunca de estar situado en la órbita del derecho. Si para entrar en la segunda fase, la de TC, ya hemos visto que ha debido realizar una especie de salto, éste no se debe a que pase del mundo de la historia al del derecho, sino a que pasa, respecto al segundo, de unos conocimientos no muy constitucionales, por jurista formado en

---

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, p. 149, citado, reduciendo por mi parte ahora la cita, y abriendo por la suya una exposición que habremos todavía de ver. La expresión literal de « No hay dogmática sin historia » sabemos ya también que es el primer epígrafe de su *Estudio previo a Comentarios a la Ley de Fundaciones*.

(25) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado*, pp. 13-14, en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, pp. 13-35; originalmente fue trabajo para el I *Symposium Internacional sobre la Inquisición Española*, de 1978.

tiempos tales y por historiador preferente de periodos preconstitucionales, e incluso de una concepción no categóricamente constitucional del derecho, al universo del constitucionalismo. Si durante su segunda fase, también hemos apreciado una especie de disociación entre su profesión constitucional y su devoción historiográfica, esto tampoco es porque la una esté en el mundo del derecho y la otra en el de la historia, sino porque la segunda, falta de tiempo para el trabajo y la reflexión, no se desvincula todavía de las concepciones jurídicas de la primera.

Pero de ese modo Tomás y Valiente también se mantiene siempre en el campo de la historia. Ya sabemos que nunca lo abandona. Por su segunda profesión, la constitucional, por la experiencia y la capacitación que para él supone, por esto no se plantea un cambio de campo. En su tercera fase, volverá a la *Historia del Derecho*, aunque no lo haga a la HD. Ya también veremos. Lo que ahora indico es que ni siquiera se le ocurre plantearse un paso al *Derecho Constitucional*, a esta otra especialidad universitaria. Menos todavía podría haberse planteado la ocurrencia respecto al *Derecho Procesal*, la especialidad al fin y al cabo de su primera vocación universitaria.

Aparte la práctica imposibilidad o extrema dificultad de una reconversión de este tipo en una Universidad tan corporativamente estanca como la nuestra, Tomás y Valiente podía seguirse sintiendo siempre más en casa con la historia. El derecho constitucional que ha profesado y el derecho procesal que ha ejercido como magistrado no son exactamente el *Derecho Constitucional* ni el *Derecho Procesal* de factura universitaria, los cuales sólo representan unas ramas entre otras del ordenamiento. Ocurre con el *Derecho Constitucional* aun habiéndose redefinido con tal calificativo de alcance no sólo general, sino también jurídico, frente a su identificación anterior como *Derecho Político*. Rama aún más particular es un *Derecho Procesal* que ni siquiera se ha reformulado más constitucionalmente como *Derecho Judicial*. Para Tomás y Valiente, ni el derecho constitucional ni el derecho procesal han sido ramas, sino raíz y tronco. El primero, por la vía de los derechos, presta la base e informa el espíritu de todo el ordenamiento. Es una concepción que, llegando la tercera fase, pudiera ser que se mantuviera mejor en el ámbito de la historiogra-

fia, de una historiografía constitucional, que en el del propio derecho de esta identificación nominal <sup>(26)</sup>.

El *Derecho Constitucional* no es tan sólo que sea uno más entre otros por ubicación institucional, en unos planes de estudios y en unas estructuras de departamentos, sino también que sus cultivadores y expositores, ellos y ellas, suelen acomodarse a la posición, como nuevo *Derecho Político*. Pensemos en los dos problemas mayores con los que Tomás y Valiente ha entrado en la fase de TC y con los que también ha salido, los que realmente lo son: los derechos individuales y las autonomías comunitarias. El constitucionalismo universitario suele tratarlos conforme a unos datos normativos, los de la jurisprudencia constitucional y la legislación postconstitucional, sin confrontarlos por sí mismos como derechos y así principios: sin contrastar por ellas mismas ni jurisprudencia ni legislación con esos cánones constitucionales. La propia problemática de los derechos *históricos* de los territorios *forales* que preocupa a Tomás y Valiente, no suele existir para la doctrina profesoral de dicha disciplina jurídica. Y las libertades no se tratan como tales, como principios informadores del ordenamiento, sino como resultantes del mismo.

---

(26) Vuelvo a consignar algunos datos probablemente superfluos para el lector o la lectora más al tanto. El *Derecho Constitucional* es en España especialidad joven, tan joven como la Constitución, y al tiempo vieja, tan vieja como un *Derecho Político* de intereses más ideológicos, politológicos o sociológicos que jurídicos, del cual procede con una bifurcación alternativa de *Ciencia Política* que no ha servido para despejar el campo. La falta inicial de concentración jurídica de un *Derecho Constitucional* permitió la invasión de un *Derecho Administrativo* de sensibilidad constitucional lastrada por su propio objeto de especialidad, las Administraciones Públicas, esto es, el Estado y una parte secundaria suya, no los individuos y sus derechos de libertad. La deficiencia común respecto a ésta permitió también la continuidad de otras especialidades académicas, como un *Derecho Civil* o un *Derecho Procesal*, sin replantearse a la luz de unos requerimientos constituyentes en sus campos primarios del derecho de personas y de la justicia, cuestiones constitucionales donde las haya de las que un *Derecho Constitucional* no acaba de hacerse cargo. Esto no define enteramente la situación, como puede particularmente comprobarse en las revistas que publica el Centro de Estudios Constitucionales, pero la caracteriza, como también cabe detectarse en ellas (*Revista de Estudios Políticos, Revista de Administración Pública, Revista Española de Derecho Constitucional, Derecho Privado y Constitución...*). En este medio y con lo que todavía diremos sobre las cuestiones sustantivas, puede quizá entenderse mejor lo que señalo como experiencia de TOMÁS Y VALIENTE acerca de la virtualidad más bien exclusiva de una historia del derecho que fuera constitucional.

Puede comprobarse particularmente en manuales y revistas de esta otra disciplina, lugares donde tampoco es rara la historia constitucional más insustancial por servicial al derecho establecido. No señalo excepciones, que las hay y significadas, porque estoy caracterizando la posición predominante, no digo paradigmática por guardar la palabra de evitar la palabrota.

El hecho es que las grandes cuestiones constitucionales pendientes podrían abordarse y tratarse mejor desde una disciplina historiográfica, la *Historia del Derecho*, que desde la suya propia y específica, el *Derecho Constitucional*. El caso es que Tomás y Valiente vuelve en la tercera fase al campo histórico, pero también así al jurídico. Profesionalmente, de una forma o de otra, el derecho es su constante. En la tercera fase no se planteará cuestiones de identidad, cuyo debate queda en cosa de la primera. Da ahora por supuesto que su mundo es el jurídico y en él centra su labor histórica. Lo hace, lo hará como veremos con los debidos pormenores, de una forma mucho más resuelta y consecuente que en sus primeros tiempos. Ya no insistirá siquiera en motivos anteriormente muy suyos como el de que no cabe la compresión del derecho sin conocimiento de su sociedad o de que lo primero debe emprenderse para el abordaje de lo segundo. Va a olvidarse de su *método conectivo*. En el doble escalón que comenzara diseñando por debajo y por encima del orden jurídico más técnico, el de la base social de unos intereses y el del techo ideológico de unos valores, ahora mirará más a éstos y además por sí mismos, por su entidad intrínsecamente jurídica, y no como ideología. Los derechos en los que cobran cuerpo unos valores tampoco se remitirán ahora, como en el MHDE, a un ámbito ideológico. De una forma y de otra, como valor y como ordenamiento, es el derecho ahora el que centra, el que le centra como veremos.

Recordemos, pues viene al punto, la forma como se hacía unas previsiones en la primera fase respecto al estudio más específico de la historia constitucional. Permítaseme la repetición. En relación a la Constitución jurídicamente más interesante, por su interés en los derechos, de la historia española, la de 1869, nos decía: « Debe ser estudiada más a fondo, en conexión con los manifiestos y programas de 1868, con lo que ya sabemos acerca de los partidos de entonces, con el pensamiento político y con la rica y en parte duradera

legislación complementaria de dicho texto; todo ello, por supuesto, engarzado con el juego apasionado y apasionante de las clases y los grupos sociales a través de la agitada vida política » de su momento. Tampoco dejaba de señalarse, si se recuerda, la necesidad del estudio más jurídico, pero ésto no parecía el más interesante en comparación sobre todo con la conexión social: « El historiador del Derecho constitucional no puede limitarse a un enfoque sociohistórico de cada Constitución, sino que ha de descender al estudio, acaso menos brillante pero no menos necesario, estrictamente jurídico » (27). En la tercera fase veremos que las tornas aquí cambian a favor del aspecto que entonces se consideraba literalmente « menos brillante », el jurídico. Siempre, en todo caso, se le tiene por necesario.

Vamos a ver también, ahora que corresponde por fin entrar en la tercera fase, en la HCE, que Tomás y Valiente comienza por escribir una *Exposición de motivos* a fin de aclararse sus objetivos. Entre otras cosas, se pregunta cuál sea su público, el público al que ahora quiere dirigir una historia constitucional, esta concreta historia jurídica. Se interroga sobre quienes puedan ser destinatarios de su obra historiográfica y constitucionalista, de la obra de historia del derecho que ahora va a plantearse. Es otra forma de interrogarse acerca de cuál sea la naturaleza de su trabajo, acerca de este extremo que ahora directamente no afronta. ¿Se dirige a historiadores, lo hace a juristas o quizá a ambos, a unos y a otros al tiempo? Esto último será y también algo, bastante, más.

Un fin de dicha historia, « ni el primero ni el principal », es el docente. Buscaría en primer lugar el mismo tipo de público del MHDE, el del alumnado de derecho. Pero esto aquí sólo es una parte y no ahora, como ha dicho, la primordial. Así prosigue: « Bien es cierto, sin embargo, que este libro no ha sido escrito pensando sólo en los alumnos como destinatarios exclusivos ni quizá prefe-

---

(27) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Notas para una nueva historia del constitucionalismo*, pp. 79 y 87, citado antes más ampliamente. La tesis doctoral de historia constitucional bajo dirección suya que ahí anunciaba, y que no se hará como ya dije, versaba precisamente, es de suponer que con estas orientaciones, sobre dicha Constitución de 1869, de la cual él mismo nos advertirá en la tercera fase su interés principal, no otro que el de los derechos.

rentes. Todo autor al escribir se dirige a un público determinado con quien dialoga y cuyo rostro tiene delante. En este caso los perfiles del *lector ideal* no están claros, porque el libro está pensado tanto para un público de alumnos universitarios propios o ajenos, como para juristas e historiadores a quienes pudiera servir de instrumento auxiliar o incluso para el lector culto, curioso y desocupado, liberado de servidumbres propias del especialista, al que acaso — ¡ojalá! — interese »<sup>(28)</sup>. Lo dice con ironía, pero parece estar así pensando en un público no sólo de juristas e historiadores, de estudiantes o especialistas, ni tampoco solamente de gente docta, interesada y ociosa, sino en uno potencialmente general, en un público sin cualificaciones, como el de los artículos de prensa a cuyo género también volverá en esta tercera fase.

Espera una apertura de audiencia en la que no pensaba durante sus anteriores fases. ¿Tiene alguna base para ello aparte la de que ahora era una figura conocida? ¿Habrá novedades intrínsecas, en la misma obra, que justifiquen esa esperanza? Veremos que es posible. Su historia de derecho ya no va a tener como objeto tan sólo el de carácter más técnico de un ordenamiento. Viniendo a concebirse ahora como historia constitucional, mirará ante todo, no al sustrato de una sociedad, sino al firmamento de unos valores: a la constelación de los derechos, de unos derechos de libertad, a esto que, correspondiendo a todos y todas, puede interesar a todos ellos y ellas, a todos nosotros y vosotras. La dirección de la obra será así más general y por razón esto, no de historia, sino de derecho: no porque se nos considere a todos y todas potenciales historiadores, sino porque somos todos y todas virtuales juristas: conocedores y ejercientes de nuestros derechos, jugadores y árbitros de nuestras libertades, legisladores y jueces de nosotros mismos. En esta fase, la tercera, y en la medida en la que se atiene a la historia constitucional, ya no habrá ni siquiera problema sobre el concepto de derecho. Podrá tenerse ahora nada « instrumental y provisional ». Se le tendrá cierto. La cuestión no volverá. Los derechos serán el concepto de derecho; lo serán sólo y precisamente para la historia constitucional.

---

<sup>(28)</sup> La *Exposición de motivos* que cito es un texto manuscrito suyo del que, pues constituye un primer pórtico de la HCE, enseguida daré detalles y me ocuparé.

¿En qué mundo estamos? Llegaremos a vernos en uno que no es ni el de la historia ni el del derecho de la primera fase, ninguno de éstos entre los cuales se planteaba el dilema disciplinario. Pero esto tampoco quiere decir que arribemos a otra galaxia. Estamos siempre en el mundo del derecho, de un derecho que ya no es cosa sólo de especialistas, por lo que tanto su investigación como, y sobre todo, su enseñanza no se plantearán ahora igual que antes. Tomás y Valiente volverá a investigar, pero de otra forma, para volver a enseñar, pero de otro modo. Piensa de nuevo y con mayor alcance en la enseñanza, en esta actividad que sólo ha dejado, y además a desgana, durante sus años de presidencia, ni siquiera durante toda la segunda fase. En la tercera podrá pensar en resarcirse. La instrucción universitaria es elemento importante, aunque « ni el primero ni el principal », para una docencia que quiere en el fondo ser ya simplemente ciudadana.

Hay una pieza que no encaja en este cuadro de tercera fase. En su último año, en 1995, último porque así lo deciden los asesinos, accede al Consejo de Estado. Su *Curriculum* ya vimos que no deja de registrarlo. Es una institución de derecho y aquí no radica el desajuste. Mas al final de año acepta convertirse en consejero permanente y presidente de sección, lo cual resulta incompatible con el desempeño de la cátedra. No había tenido tiempo todavía para realizar mínimamente su proyecto de HCE, la incógnita a la que ahora llegamos. ¿Cómo pudo dar ese paso con todo un plan de investigación y docencia por realizar? ¿Comenzaba una cuarta fase abortando así el despegue de la tercera? No le dejaron respondernos, pero intentaré hacerlo con los indicios legados, sin suplantarle nunca. Dejaba la Universidad a poco más de tres años de haber vuelto con el ánimo de quedarse <sup>(29)</sup>, pero esto no tenía por qué

---

(29) Hizo el intento de incorporarse a un tipo de Universidad distinto al que había vivido, tipo distinto además a peor, o no a mejor, en lo que toca al ejercicio del magisterio que más podía ahora interesarle, el de formación más especializada. Puedo decirlo pues no siento la más mínima nostalgia por la Universidad que conocí del régimen no constitucional donde campaban discriminación y arbitrariedad. Ahora, el doctorado no acaba de cobrar la debida entidad fuera del trabajo de tesis y, sobre todo, un régimen de profesorado, uniendo la cooptación y la falta de habilitación docente tradicionales a novedades de los años ochenta, la localización y la reducción a pruebas mínimas de los concursos, favorece la captación, promoción y multiplicación del

comportar que abandonase su proyecto de tercera fase, la HCE. Ya veremos.

Estaba todavía en su despacho de profesor de historia del derecho en la Universidad, esperando a la celebración de unos exámenes pendientes, cuando le asesinaron. Conversábamos por teléfono unos minutos antes. En los últimos días no lo habíamos hecho, pese a las novedades, por haber estado él aquejado de una afección bronquítica que le privó de la voz durante un par de semanas. Era la primera vez que acudía a la Universidad tras la enfermedad. Me insistió en que teníamos que vernos para hablar con tranquilidad de todos los cambios que se avecinaban. Sabía que quería que tratásemos sobre la sucesión de la cátedra, pues él definitivamente la abandonaba <sup>(30)</sup>. No pensé entonces ni creo ahora que quisiera plantear la sustitución en la dirección del AHDE, del *Anuario de Historia del Derecho Español*. Esto no era incompatible con su puesto flamante en el Consejo de Estado y además representaba el último cordón umbilical con la vida profesional de HD. Tenía planes para futuros temas monográficos. Pero me insistía en que los asuntos a tratar eran varios e importantes. Yo le dije: «Tenemos tiempo».

---

personal menos solvente. TOMÁS Y VALIENTE no se permitió críticas públicas frontales de una reforma debida a gobierno socialista, pero votó así con los pies. Su marcha al Consejo de Estado implica su renuncia definitiva a participar en un juego del que le había tenido alejado el Tribunal Constitucional. Luego veremos si podía afectar a su trabajo personal, que es lo que aquí nos importa. Por esto no me extendo en explicar unos factores cuya mera enunciación sólo le dirá algo al lector o lectora profesional de la Universidad. Por si hay curiosidad, autorremito: *Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia en el derecho*, en P. GROSSI (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive. Atti dell'Incontro di Studio Firenze 6-7 novembre 1992*, Milán 1993, pp. 357-400.

<sup>(30)</sup> Sobre el punto, que me parece importante, no por lo que pueda personalmente concernirme, sino por lo que pudiera realmente significar para sus últimas perspectivas, hay testimonios más bien discrepantes que prefiero no personalizar no vaya a entenderse que desmiento a nadie. Unas instancias de su Universidad, la Autónoma de Madrid, aseguran que TOMÁS Y VALIENTE buscaba fórmulas para no quemar sus naves, pero otras insisten en que tenía decidido dar paso a la sucesión, por lo cual me inclino. Para valorar más objetiva que subjetivamente testimonios, he tenido en cuenta que, para el ordenamiento universitario actual, las competencias en este género de materias corresponden, no a instancias de centros, sino a los Departamentos de especialidades, a la especialidad o área propia por lo usual en último término.

### SECCIÓN III

## AFÁN CONSTITUCIONAL

La dinámica y compleja estructura del mundo en que vivimos exige que todos aprendamos a hacer compatibles varias identidades colectivas, porque pertenecemos a entidades políticas y culturales superpuestas entre sí. Todo individuo necesita sentirse integrado en un grupo, en un yo colectivo, en un *nosotros*. Pero ninguna identidad colectiva es total, ni sería bueno que pretendiera serlo.

Francisco Tomás y Valiente,  
*Nacionalismos en broma y en serio*, 1994



CAPÍTULO PRIMERO

HISTORIA DE CONSTITUCIÓN  
O HISTORIA DE ESTADO A UN TIEMPO

Llegamos a la sección principal, a la tercera fase de un modo ya pleno. Llega Tomás y Valiente. Ha salido del TC en 1992 no sé si con la determinación íntima tomada de no volver a la primera, a la HD. En tiempos iniciales de la magistratura, se consideraba como en un estado interino que tan sólo pusiera en suspenso su condición permanente de historiador del derecho. En los que comenzaban a ser postreros, hablaba de sus perspectivas de regreso a tal permanencia con una ilusión que no parecía encerrar reservas. Esto aún ocurría en la reunión de Florencia sobre la historiografía jurídica hispana de 1989. Por entonces pensaba incluso en retomar el trabajo sobre la venalidad, esa obra magna que ya sabemos pendiente entonces y abandonada finalmente <sup>(1)</sup>. No fue el único abandono, como también nos consta. Conviene recordar el estado de excelente esperanza como dejó su trabajo de HD en 1980. Pero TC no ha pasado en vano. Va a dejar más huella de la prevista en su misma obra historiográfica. Aquel mismo estado interesante de finales de HD puede que resultara irrecuperable antes de que lo percibiera y reconociera.

Una actitud de despegue respecto a la HD, a su obra personal pendiente de historiografía del derecho, puede efectivamente que no

---

<sup>(1)</sup> Clara ÁLVAREZ, carta citada de 18 de junio de 1996: « Por entonces (a finales del 90 o principios del 91) había decidido ya que no volvería sobre lo que hasta el 85 fue su principal proyecto, la venalidad de oficios, en la que trabajó y recopiló información durante muchísimo tiempo ». También me dice que posteriormente aceptó orientar trabajos, pero no participar en propuestas de investigación, que también recibió, sobre la materia. La reunión aludida de Florencia es por supuesto la de *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*.

viniera previéndola. La misma obra historiográfica que ha conseguido hacer durante la segunda fase mantiene todavía continuidad con la primera. Resulta sustancialmente prosecución de la HD. Pero otra posibilidad venía incubándose para la propia historia del derecho gracias a la experiencia jurisprudencial e ignoro hasta qué punto podía estar durante ella emergiendo a su conciencia o solamente se le hace viva cuando entra de nuevo en contacto con la docencia más regular y en menesteres de la investigación más constante. El hecho constatable es que, concluida la segunda fase, pronto se manifiesta. En 1993 está planteándose claramente la HCE.

Cumplida la fase de TC, sus cursos, tanto los universitarios como los ofrecidos en otras sedes, ya sabemos que son ahora de la materia de historia constitucional, o historia del constitucionalismo como él prefería, desde un principio. Se ocupa de ella en la licenciatura no sólo de derecho, sino también de ciencias políticas, no de ciencias historiográficas. Imparte incluso cursos de jurisprudencia constitucional como créditos de doctorado (2). Pero también se había encargado de seminarios de este tipo, de historia del constitucionalismo, en el Centro de Estudios Constitucionales si recordamos, durante los primeros años de la magistratura, antes de acceder a la presidencia. Mas ahora se concentra y lo hace así ante todo en el constitucionalismo: en su jurisprudencia como en su historia. No es solamente por sacar provecho de una renta de situación, de los conocimientos adquiridos durante su segunda fase, la de TC. Tampoco es tan sólo porque la materia cultivada por docencia y por investigación en la primera fase, la de HD, haya perdido atractivo. Se trata de todo esto y de bastante más. Lo decisivo no es nada de lo dicho. En lo que toca a la historia, tiene una nueva que ofrecer. Abriga esta alternativa. Quiere producirla y brindarla pensando en el provecho, no de la oferta, sino de la

---

(2) En la tercera fase, en su Universidad, la Autónoma de Madrid, su primer programa de doctorado bianual, de 1992-1993 y 1993-1994, es precisamente de *Jurisprudencia constitucional*; el siguiente, de 1994-1995 y para 1995-1996, ya es de entrada en historia constitucional: *La transición del Antiguo Régimen al Régimen Liberal*, el asunto de la *revolución burguesa* sin el identificativo titular de nuevo. En la licenciatura imparte *Historia del Constitucionalismo*.

demanda. Entiende que hay una necesidad y quiere atenderla. Sus papeles son elocuentes.

Fecha el primero de diciembre de 1993, con esta precisión para un inicio que así se resalta, dejó manuscrita una presentación a una historia constitucional española todavía por hacer, introducción a la que además singulariza, como ya hemos anunciado, con el título de sabor jurídico de *Exposición de motivos* (3). Algo nuevo le movía pues esta suerte de comienzo por la primera página parece un proceder no usual en él. En el mismo MHDE, en su cita de encabezamiento (4), puede verse que no quería hacer muchas migas con este tipo interno de presentaciones. Lo proclama abiertamente en ocasiones: « No me gustan los prólogos. Ni leerlos, ni anticipar en ellos el contenido de mis libros, ni escribirlos para los ajenos » (5); « no me gusta ver el trailer de una película » (6). « Los prólogos se escriben casi siempre cuando ya lo están los libros que presiden, de manera que más tienen de epílogos que de otra cosa » (7). Esta pieza pensaba que debía efectivamente dejarse para el final, para cuando ya estuviera escrita la obra, pero con el objeto de plantearse ante todo su necesidad.

Aunque los preliminares, llámense o no prólogos, puede venirse observando que no son raros en sus libros propios (8), para los

---

(3) Ya advertí que el archivo personal de TOMÁS Y VALIENTE no guarda régimen clasificatorio general que pueda guiar la cita. Una carpeta sin identificación, por la sencilla razón de que estaba viva y aún no había sido así archivada, guarda notas y esquemas de HCE que ahora aprovecho. Todavía, en el cambio de fase, no utilizaba personalmente ordenador y, cuando al final se decide, lo toma más como receptáculo pasivo de textos ya hechos que como colaborador inteligente en su confección.

(4) « Yo quiero que un libro, al menos del lado de quien lo ha escrito, no sea más que las frases de que está hecho: que no se desdoble en el prólogo, ese primer simulacro de sí mismo », que es cita de Michel FOUCAULT encabezando el *Manual* en todas sus ediciones, también tras la tercera que, como ya conocemos, añade una *Nota introductoria*. Y ya sabemos también que hubo un proyecto de prólogo descartado.

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 240, iniciando uno, que aquí reproduce, a M. GARCÍA PELAYO, *Escritos políticos y sociales*, Madrid 1989.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, a A. CARRETERO, *El antiguo Reino de León*, p. 13.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, p. XI, a J.M. JOVER (ed.), *Historia de España Menéndez Pidal*, vol. 25 citado, pp. IX-XLVIII.

(8) De sentido prologal, *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*

agradecimientos y otras expresiones personales o toques autobiográficos, ni que tampoco es que falten para los ajenos <sup>(9)</sup>, para los relativamente tales de tesis doctorales <sup>(10)</sup>, y para los colectivos <sup>(11)</sup>, entendía que resultan usualmente superfluos por pretenciosos e incluso contraproducentes por disuasorios, porque ni siquiera suelen servir para animar a la lectura. Su eventual necesidad era una decisión última. Los mismos prólogos de sus obras propias pueden perfectamente haberse escritos, como los de las ajenas, al final, aunque deban ir al principio. Un buen libro nace a cuerpo limpio como el individuo, aunque no se presente luego en sociedad tan

---

presenta *Introducción* desde la primera edición, 1963, ampliada en la segunda, 1982; *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, 1969, también la tiene, como *El marco político de la desamortización*, 1971, presenta *Palabras preliminares*, con breve adición en la segunda edición, 1972, igual lo primero que *La venta de oficios en Indias*, 1972; *La tortura en España*, 1973, tiene *Introducción*, ampliada en la segunda edición, 1994, como también la tiene *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, 1982; *El reparto competencial*, 1988, presenta *Prólogo*. Aparte la primera versión del *Manual*, el primer y único libro propio que no lo tiene es uno que, por su carácter más misceláneo respecto además ya a época constitucional, lo hubiera quizá agradecido: *Códigos y Constituciones*. Su *Martínez Marina Historiador del Derecho*, su discurso de ingreso en la Academia de la Historia, 1991, tiene *Introducción* además de *Preliminar* académicamente obligado. Tienen *Presentación* sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, 1993, como *Prólogo* también presenta *A orillas del Estado*, 1996. Y *prólogo y epílogo* veremos que tendrá su *Tríptico*, un discurso de 1993.

<sup>(9)</sup> Aparte, pues no son prólogos, estudios preliminares más sustanciosos, la mayoría de los pocos que hizo, pues sólo queda algún otro que también podrá verse en las *Obras Completas*, están registrados o se registrarán en el curso de estas notas: *Escritos políticos y sociales* de GARCÍA PELAYO, 1989; *Gracia, merced y patronazgo real* de DE DIOS, 1993; *El elemento germánico* de HINOJOSA, ed. 1993; *El antiguo Reino de León* de CARRETERO, 1994; *Historia de España* de SOLDEVILA, ed. 1996. Perteneciendo a la colección *Historia de la Sociedad Política* que en momentos casi codirigíamos para el Centro de Estudios Constitucionales, conozco en algún caso sus razones para hacer público de este modo, aun con protestas como las citadas, aprecio y reconocimiento.

<sup>(10)</sup> De las siete tesis doctorales dirigidas por él y publicadas, ya sabemos que sólo prologa las dos de tiempo constitucional, *Delitos políticos* de FIESTAS, 1997, e *Infracciones de la Constitución* de LORENTE, 1988.

<sup>(11)</sup> También están prácticamente registrados en estas notas: tiene *Introducción* suya nuestro *Sexo barroco*, 1990, como la habían tenido nuestras *Desamortización y Hacienda*, 1986. Un nuevo tipo de *Presentaciones* más sustantiva ensayaba últimamente: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65; *Historia Contemporánea*, 12, y *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, las tres de 1995.

desnudo. Ésta era su regla. Mas ahora la incumple comenzando por la redacción del prólogo cuando nada del libro estaba aún escrito. Alguna razón tendría.

La empresa que afronta es nueva pues no se trata de prosecución ni de reedición alguna de nada suyo. No lo es como sabemos de la parte contemporánea del MHDE. Todas no las tiene consigo. Se trata ante todo de aclararse a sí mismo. He aquí entonces una *Exposición de motivos* de un estilo realmente más franco, por más explicativo, que el usual de su modelo legislativo. Así se presenta: « Como es sabido, las leyes suelen ir precedidas de preámbulos en los que se explican cuáles han sido los motivos que han impulsado al legislador a elaborarlas y qué objetivos se persigue al promulgarlas, de modo que esa exposición inicial informe a los destinatarios de la ley del sentido global de la misma y sirva para interpretar el texto legislativo a la luz de la intención y la voluntad de su autor ». Y así se procede: « Puesto que las Constituciones son leyes (y aún las de rango superior entre ellas) y este libro de Constituciones trata, no parece inadecuado que comience con una explicación de los motivos que han movido a su autor a escribirlo y de los objetivos que con él pretende conseguir ».

« En primer lugar », señala horizonte, escenario y programa: « Se ha querido escribir una Historia del constitucionalismo en la que cada texto constitucional sea puesto en relación con posibles modelos vigentes allende nuestras fronteras, se examine cómo se forma a lo largo de su proceso constituyente, con atención especial a sus decisiones políticas fundamentales, se interprete como técnica jurídica como un proyecto de Estado y se valore como norma vinculante y preeminente o, en su caso, como programa (o simple proclama) declarativo de propósitos de dudoso valor jurídico ». Esto último lo indica porque « el concepto de Constitución ha variado y su significado no ha sido el mismo en 1789, en las décadas del liberalismo doctrinario, en la época entre las dos guerras mundiales o en nuestros días » y porque todo lo que incida en un terreno constitucional, incluso lo que contradiga el concepto, habrá de ser objeto de consideración. « Una opción purista podría haber consistido en estudiar sólo aquellos textos constitucionales que en su momento cumplieran el *mínimo constitucional*, esto es, las exigencias que en cada tiempo permitieran reconocer como Constituciones

verdaderas a textos que así fueran denominados por el legislador ». Es un punto de vista que depuraría tanto como falsearía: « La historia está hecha de realidades auténticas y de meras apariencias, y el historiador debe dar cuenta de unas y otras para contribuir a diferenciarlas ». De todo ello tratará así el libro.

Su objeto primordial es el Estado, cuya presentación sigue: « El Estado como forma de organización del poder político es el producto histórico todavía no acabado de la intersección, la lucha y el equilibrio inestable de muy diversos factores. Es la superación, por la elevación a niveles de máxima generalidad, de la lucha entre unas clases y fuerzas sociales cada una de las cuales ha actuado y actúa en defensa de intereses parciales. Es también la objetivación en términos jurídicos de unas ideas y unos valores que las minorías dirigentes exponen y difunden. Es un aparato institucional desde el cual se ejerce el poder con mayor eficacia que la lograda en construcciones históricas anteriores. Y es asimismo el resultado de la autonomía relativa del poder político, de la lógica y la dinámica propias, y hasta cierto punto autónomas, de la política, de cuya peculiar realidad ya nos hablaron, cada uno con su voz, Maquiavelo o Hobbes antes que Benjamin Constant o Carl Schmitt ». Es con todo el Estado una realidad con su propia continuidad « por debajo de las oscilaciones constitucionales » y con indiferencia, « en ocasiones », a ellas. Es una historia estatal que ha de mirarse para la misma historia constitucional. Así va concretándose argumento:

Por debajo o al margen de las Constituciones, según los casos, estudiamos la construcción institucional del Estado en estos campos:

i). En primer lugar el relativo a las libertades públicas de los ciudadanos reconocidas en cada Constitución.

ii). En segundo término, aludiremos a la regulación legal de la organización del poder judicial o de la Administración de justicia, como con terminología equívoca y no indiferente se dirá durante mucho tiempo. En este campo de problemas es fundamental saber hasta qué punto hubo una potestad reglamentaria subordinada a la ley (principio de legalidad) y si hubo o no, y en su caso bajo qué líneas doctrinales, un control jurisdiccional de los actos (y de cuáles) de las Administraciones públicas (jurisdicción contencioso-administrativa). No es posible saber si el Estado liberal era o no, y hasta qué punto, un Estado de Derecho sin conocer, al menos en una primera aproximación, qué pasaba, qué se legislaba y qué se hacía, en esos aspectos fundamentales.

iii). Pero hay un tercer problema ineludible: el de la organización

territorial del poder del Estado. Qué se ha entendido por España, por nación española, y cómo se han proyectado estos conceptos en la Constitución o fuera de ella, es una cuestión que no debe quedar al margen de una Historia del Constitucionalismo español.

Son temas concretos, pero también amplios. « El autor de este libro » añade que no ambiciona tratarlos en toda su extensión y profundidad: « Sólo ha pretendido romper fronteras, abrir ventanas y aproximar al estudio de la Constitución formal y escrita, a la constitución material o real del Estado en unos campos fundamentales y prioritarios », campos que son los dichos, esto es, las libertades, la justicia y la organización territorial en el sentido de la composición nacional, la cuestión comunitaria que ya sabemos. Todos ellos quieren abordarse a partir no sólo de las Constituciones y derecho derivado suyo, sino también del Estado, de todo lo que constituye no sólo formal, sino también material o realmente al mismo.

La *Exposición de motivos* concluye con cosas que ya conocemos o de cuya existencia tenemos noticia. De una parte, se produce la dedicación a un público y su figuración bastante amplia, como vimos. De otra, encontramos la autobiografía telegráfica, pero ahora la versión descifrada que al principio anunciamos: « Finalmente, una confesión personal. Quien ha escrito este libro fue hasta 1980 un profesor universitario con dedicación *full time*. Desde febrero de 1980 hasta julio de 1992 fue magistrado, en principio, y Presidente después del Tribunal Constitucional, tarea también de dedicación exclusiva que le obligó y le permitió *leer* la Constitución de 1978 con mentalidad y preocupaciones bien distintas a como hasta entonces había estudiado las Constituciones españolas anteriores. Al regresar a la Universidad y a la enseñanza ha pretendido proyectar sobre su trabajo docente aprendizajes técnicos y experiencias vividas durante esa etapa intermedia. Este libro es el resultado bueno, malo o mediocre de todo ello ». Llegamos a la HCE como resultante exactamente tanto de la HD como del TC, de ambos elementos sumados, pero con ese realce de la pieza intermedia, del aprendizaje y la experiencia constitucionales. « De la HD al TC y de éste a la HCE », parece que por fin llegamos, con el desglosamiento, a la obra.

Tal y como ahora se anuncia por la *Exposición de motivos*, hemos visto que comienza el diseño de HCE por la referencia a una base social lo mismo que en los tiempos del MHDE, pero esto se introduce a un efecto muy concreto en el que parece agotarse. Ya no se trata del *método conectivo* que dejara inédito en los *Fundamentos teóricos* de 1979. Si hay conexión, ahora sirve para anteponer al Estado, este Estado que la propia historia podía por sí rendir en aquella primera fase, como comprobaremos más tarde. Hay un momento de la motivación en el que la exposición constitucional parece transmutarse en epifanía del Estado. Mas no es así. La materia propia, aquella que realmente quiere tratarse, se define de un modo exquisitamente constitucionalista. Si hay ampliación, ahora es interna en unos términos de *derecho comparado* o mejor, por lo que veremos, de *derecho común*. Los temas principales son las libertades, la justicia y la cuestión comunitaria. En todo caso, tenemos también al Estado como premisa obligada de la Constitución, como una especie de mediador necesario del derecho, de todo el derecho, de los derechos incluso. Según la presentación, lo suyo es esta mediación, este servicio a la Constitución comenzando por las libertades. Así pueden casar unas piezas que fuera del conjunto podrían parecer que están a la greña. Es un anuncio de las claves en las que estamos entrando.

Así se proyecta una historia constitucional, la HCE que ha de materializarse en un libro manual, pero no un manual convencional. Se destina a la ciudadanía y no sólo al alumnado. Por esto también representa una novedad respecto, en lo que aquí nos importa, a la obra anterior de Tomás y Valiente. Ni por estilo ni por materia, el MHDE ya no tiene sentido alguno fuera si acaso, y esto en precario, de su función docente <sup>(12)</sup>. La HCE va a tenerlo resueltamente. Es una diferencia que se piensa y expone con claridad. Lo que parecen

---

(12) Mas como obra suya, y obra suya principal, no dejará de incluirse en las *Obras Completas*, con criterio que me parece acertadísimo. Y soy consciente de que mi afirmación puede parecer que contradice un juicio suyo claramente expresado, el que se encierra en la decisión de publicar para divulgación, como vimos, *Los «derechos históricos» de Euskadi* que no es más que todo un capítulo del *Manual de Historia del Derecho Español*. Pero aquello fue una decisión de primera fase y ahora estamos en la tercera, cuando íntimamente tiene por desahuciado ese manual y con ello decidido la sustitución, no el complemento, por otro muy distinto.

menos claras son unas novedades de contenido, la forma como se van a articular y exponer unos motivos tan exquisitamente constitucionales en relación al conjunto de un sistema y a partir del sujeto estatal antepuesto. Ni siquiera queda todavía claró si la exposición será de secuencia cronológica o de construcción sistemática, lo que ya reviste importancia para la misma concepción y no sólo presentación de la materia.

Aun con tales incertidumbres y con la reserva expresa de que difícilmente podrá realizar la obra, la HCE, a satisfacción, a una satisfacción historiográfica por el estado de la investigación que no podrá superar con sus solas fuerzas, Tomás y Valiente parece bastante resuelto a emprenderla tras haber fijado sus motivos. El objetivo constitucional puede cubrirse: « Sólo ha pretendido romper fronteras, abrir ventanas y aproximar al estudio de la Constitución ». Póngase en futuro: romperá, abrirá y aproximará fronteras, ventanas y al constitucionalismo respectiva y conjuntamente. Es lo que va a hacer a continuación. Está resuelto. Mas el caso es que no procede. No hay indicios de que prosiguiera de inmediato más allá de un fragmento de *Introducción* más sustantiva que veremos luego y que tampoco es seguro que constituya la prosecución contigua de la *Exposición de motivos*. No se adentra en la confección de la HCE a continuación y conforme a esta EM, a tal explicación de unas motivaciones.

O lo hace, pero tomándose su tiempo y por etapas. Un trabajo más monográfico suyo de 1995, del que ya sabemos algo y al que volveremos todavía <sup>(13)</sup>, acerca de los orígenes gaditanos del constitucionalismo español sigue en realidad las primeras indicaciones que hemos encontrado en la *Exposición de motivos*: « Se ha querido escribir una Historia del constitucionalismo en la que cada texto constitucional sea puesto en relación con posibles modelos vigentes allende nuestras fronteras, se examine cómo se forma a lo largo de su proceso constituyente, con atención especial a sus decisiones políticas fundamentales... ». He aquí precisamente lo que ahí se hace. « Cada texto constitucional » es de momento justamente el que puede tenerse por primero, el de la Constitución de Cádiz. Y ese

---

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, I, *De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, citado.

mismo trabajo, con el que quería además iniciar todo un libro sobre *Los orígenes del constitucionalismo español* como tampoco dejaremos de ver, queda trunco, pues sólo constituye expresamente una primera entrega cuya prosecución le impidieron. Sin atenerse ya de modo estricto al anuncio de la *Exposición de motivos*, parece que iba a demorarse en el estudio de tales *orígenes* por franquearle el camino a la HCE, sin abandonar así el proyecto mayor. En ellos puede que hubiera ya comenzado a trabajar, dentro de lo que entonces cabía, durante la segunda fase <sup>(14)</sup>.

Dejaba ahora reposar el plato principal del menú, mientras que se ocupaba de las entradas, a fin de que madurase la receta. Mantuvo la idea de un libro sobre *Los orígenes del constitucionalismo español* a pesar de unas desagradables vicisitudes editoriales a las que luego igualmente me referiré. Tampoco por causa alguna se olvidaba de lo que era el proyecto matriz, el verdaderamente importante, el de la HCE. Mantenía su determinación de realizarlo aún tomándose finalmente con calma y más ahora que, pasando de la Universidad al Consejo de Estado, ya se encontraba sin las obligaciones docentes que podían venir urgiéndole. Era evidente que no le satisfacían no sólo ya su MHDE, su sección de *El sistema normativo del Estado liberal*, sino tampoco mi *Manual de Historia Constitucional de España* <sup>(15)</sup>. En fin, el caso es que unos *orígenes* como otros avatares podían entretenerle, pero no distraerle. Sus mismos cursos de historia constitucional le habían venido sirviendo para ir reflexionando y planeando.

En sus pocos últimos años, en esta tercera fase que brutalmente le abreviaron, iba engrosando una carpeta con esquemas y apuntes

---

<sup>(14)</sup> Recuerdo nuestros trabajos así no tan perdidos para el congreso frustrado, al que ya me he referido, 1812: *La ilusión constitucional*, aquel previsto para 1987 que se desconvocó casi a última hora por problemas digamos en resumidas cuentas que protocolarios.

<sup>(15)</sup> « Bibliografía: mi Manual y el de Pipo » es recordatorio usual en sus apuntes para la primera clase de historia constitucional de la tercera fase. Con mi alias alude sin lugar a dudas al *Manual de Historia Constitucional de España* (1989), no a la *Evolución histórica del constitucionalismo español* (1984) que me decía apreciar más. También suele anotar para la recomendación oral la edición de *Constituciones históricas* (1989) de Raquel RICO. Las bibliografías para el alumnado son naturalmente más generosas y pluralistas, sin juicio crítico particularizado por escrito las que conozco.

para la HCE. Pese a la *Exposición de motivos*, se comprueba que estuvo realmente vacilando sobre un índice, sobre si el orden de la exposición había de ser de una secuencia diacrónica o de alguna construcción sistemática. Son fichas sin fechas, sin esta posibilidad de ordenación, que no ofrecen la impresión de que comenzase por una opción, la cronológica más simple, para decidirse por la otra, la constructiva más compleja. Parece que probaba y, con ocasión de los cursos, de los universitarios y de los más sueltos en otras sedes, experimentaba. La segunda opción, la sistemática, le atraía evidentemente más, ensayando variantes, pero también le planteaba visiblemente más problemas. El desbroce y trazado de la *Exposición de motivos* no le habían franqueado una entrada.

Entre las fichas varias que guardara con esquemas muy sumarios para el libro en ciernes, encuentro una más precisa que indica título: *Problemas de la historia del constitucionalismo español*, y calcula extensión: «Máximo 300 páginas». Para la identificación de la materia, como hemos visto también en las expresiones de la *Exposición de motivos*, prefería definitivamente *historia del constitucionalismo* frente a *historia constitucional* por entender, por seguir entendiendo según sabemos, que esto segundo puede tomarse en un sentido de constitución material del Estado, y de un Estado que puede ser también preconstitucional, y así aplicarse a la historia institucional de dicho tiempo anterior, mientras que lo primero, *el constitucionalismo*, se refiere con mayor exactitud al sistema y a la cultura estrictamente constitucionales. Ahora es cuando tiene la precisión. Así identifica una historia constitucional que antes no tenía identificada, como vimos <sup>(16)</sup>. HCE definitivamente significa *Historia del Constitucionalismo Español*. Al título añade en la misma ficha entre corchetes, como dudando de que formase parte, una indicación de fechas, 1808-1978, quizá todavía una vacilación acerca de su grado de precisión. *Problemas* es el término que preside, lo

---

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dois libros para una misma historia*, pp. 1255-1258, a las que volveremos luego. Vimos que una idea inespecífica de la *Historia constitucional* existía en la primera fase figurando incluso, como tendencia historiográfica, en el *Manual*, sin el contraste entonces, aunque ya se usara también la expresión, de la *Historia del constitucionalismo* específica que sólo ahora propiamente concibe.

cual anuncia un carácter esencialmente sistemático y además selectivo. La misma ficha presenta este índice:

0. Introducción.
1. La serie de Constituciones.
2. El valor de la Constitución.
3. Continuidades y discontinuidades.
4. La forma política del Estado.
5. Los poderes políticos.
6. Los jueces.
7. La cuestión religiosa.
8. Los derechos.
9. ¿Civil o militar?
10. ¿Qué es España?

La ficha añade poco más que algún apunte de tono coloquial, como éste: « *El valor de la Constitución*. Valor de valía, no de valentía. ¿Cuánto vale la Constitución vigente? ¿Por qué y para qué vale? ¿En qué consiste su valía? », o como éste otro que respecto a « *¿Civil o militar?* » anota el recordatorio para sí mismo de hacerlo con los libros « que tú tienes ». Hay otra ficha con lo que resulta una variante de dicho esquema con algún otro epígrafe directamente problemático, entre interrogantes, y el epígrafe general casi idéntico de *Problemas de historia del constitucionalismo español*:

1. Introducción.
2. La serie cronológica de Constituciones.
3. La forma política del Estado.
4. ¿Absolutismo jurídico o continuidad del Antiguo Régimen?
5. La cuestión religiosa.
6. El sistema de poderes políticos.
7. Los jueces.
8. ¿Qué es España?
9. Derechos y libertades.
10. Partidos políticos.

En este esquema, aparece entre los problemáticos un epígrafe más bien extraño, el de *¿Absolutismo jurídico o continuidad del Antiguo Régimen?*. No siempre es fácil saber qué idea se encierra bajo la mera formulación de un título, pero alguna cosa podemos

deducir. Por su posición, no se refiere desde luego a una cuestión preconstitucional. Por su tenor, un llamado *absolutismo jurídico*, esta posibilidad de poder absoluto sobre el derecho mediante la ley al que ya nos referimos y sobre el que tendremos que volver, se plantea como una posibilidad de tiempo constitucional, aun considerándose la eventualidad de una alternativa, la de que pueda resultar un fenómeno de continuidad respecto al sistema precedente. Efectivamente, desde su fase primera, la de HD, Tomás y Valiente viene considerando el *absolutismo* como un régimen preconstitucional que ha alcanzado su *plenitud* a las mismas vísperas del tiempo constitucional y que viene a ser eliminado por las Constituciones (17). Ahora su HCE se plantea otra posibilidad bien diversa. Advirtámoslo de momento tan sólo, pues es punto al que habremos de volver. Comprobaremos que se lo merece.

Esta versión del índice aparece en conjunto algo más desglosada en soporte de folio y no de ficha como el resto. Un par de capítulos tienen cierto desarrollo de un índice interno. En el tercero viene a contenerse, dentro del programa sistemático, otro cronológico. Así tenemos «La forma política del Estado: Monarquía nacional, Monarquía soberana, el fracaso de la Monarquía democrática y de la República improvisada, la Monarquía soberana otra vez, la República autonómica, la Dictadura militar y la Monarquía parlamentaria». En el capítulo octavo, «¿Qué es España?», el otro entre interrogantes, se agrega: «Nacionalismo español y nacionalismos periféricos», cuestiones así plurales que se añaden a la singular. Hay otra ficha con identificación expresa para el libro, ésta con el título de *Esquema Manual*, que ofrece más directa y sencillamente el índice cronológico:

1. Posibilidades de una coyuntura crítica.
2. La Monarquía afrancesada.
3. La Monarquía templada.
4. La Monarquía administrativa.

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 21: «La plenitud del absolutismo», que es el capítulo penúltimo de época preconstitucional, seguido por «La crisis del Derecho al final del Antiguo Régimen», entrando ya a continuación la nueva sección: *El sistema normativo del Estado liberal*.

5. De la Monarquía demócrata a la República federal.
6. Monarquía oligárquica y caciquismo.
7. La República autonómica.
8. El franquismo.
9. La Monarquía parlamentaria.

Estamos como previsión expresa del manual escrito ante un proyecto diacrónico donde más difícilmente podrán identificarse y tratarse, individualizarse y analizarse los *problemas*. Distinto es el caso de los cursos orales, para los cuales sigue más regularmente unos programas en principio cronológicos, como el de éste esquema último, pero desarrollándose mediante apuntes con visos de que podían fácilmente producirse remansos para la identificación y el tratamiento, la individualización y el análisis, durante el transcurso de las explicaciones. Respecto a los planes del libro, lo que ahora nos importa, no sé cuáles sean anteriores o cuáles posteriores. Ya también dije que estas fichas no están fechadas y dudo que resultara seguro datarlas por la carpetilla o el sobre donde en casos aparecen junto a materiales o programas para un curso identificado. Encuentro de este modo esquemas sistemáticos que se prestan mal a este objetivo directamente docente, mientras que el cronológico que se refiere expresamente al *Manual* pudiera servir en efecto mejor a tal otro propósito. Junto a papeles de un curso de 1993-1994 sobre *Historia del Constitucionalismo*, historia constitucional en su forma de identificación, en la Universidad Autónoma de Madrid, su universidad de la tercera fase o también, aunque no ejerciendo, de la segunda, encuentro este esquema o este índice así también de sumario:

1. Supremacía de la Constitución.
2. La autoridad de los derechos.
3. La forma del Estado.
4. La estructura territorial del Estado.
5. Poder para legislar.
6. Poder para gobernar.
7. Poder para juzgar.

Ya sería un reto incitante para un manual, pero parece un desafío exorbitante para un curso. La misma ficha añade entre

corchetes una clave: « Cfr. John Ph. Reid ». Estamos ciertamente ante una adaptación de los títulos de la serie de *Historia Constitucional* de dicho autor (18), con lo que el lance resulta todavía más comprometido. Aparte su carácter de historia muy particularizada de una revolución jurídica entre el constitucionalismo británico y el estadounidense, respecto a las cuestiones generales que aquí nos interesan, el modelo de referencia plantea ante todo, como primeros problemas de la historia constitucional, problemas tantos historiográficos como constitucionales, los de la constitución de unos poderes a partir de un derecho, los de legitimidad de los mismos a partir del reconocimiento de los derechos. El modelo no se refiere de entrada a *poder*, como los capítulos quinto a séptimo de este esquema, sino a *autoridad*, como su capítulo segundo. Trata así, igual que de la *Authority of Rights*, la autoridad de los derechos, de la *Authority to Legislate* o de la *Authority of Law*, de la autoridad para legislar o de la autoridad del derecho. Se ocupa de la legitimidad de los poderes antes que de los poderes mismos. No los da como constituidos por la historia, sino que los considera como constituibles por el derecho. Así realmente eleva la problemática de una historia constituyente o de la constitucional.

Otro epígrafe de un esquema ya citado, aquel más bien extraño que aparecía entre interrogantes formulándose la problemática del *absolutismo jurídico*, apunta también bastante transparentemente, aunque de otra forma, a la cuestión misma de la legitimidad en concreto de la ley como poder, como fuente primordial y preeminente del derecho, si no exclusiva y excluyente, en tiempo constitucional, de esta posición legalista en la que Tomás y Valiente, como vimos, podía haberse sentido incluso reforzado, aun salvándose derechos, por la jurisprudencia constitucional. El problema afecta a la presunción constituyente de la codificación, a la anteposición que

---

(18) John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vols. I, *The Authority of Rights*, II, *The Authority to Tax*, III, *The Authority to Legislate*, y IV, *The Authority of Law*, Madison 1986-1993; del mismo, que también pudiera ahí interesar, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution* y *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*, Chicago 1988 y 1989. De la *Constitutional History* no llegó a conocer el cuarto volumen.

vimos del Código respecto a la Constitución. Parecía ahora querer reducirse este alcance de la cuestión mediante el añadido visto de una alternativa menos inquietante: *¿Absolutismo jurídico o continuidad del Antiguo Régimen?* Puede así que fuera una secuela preconstitucional a superar por el constitucionalismo y no un fenómeno constitucional a revisar en el mismo. Caben otros entendimientos de dicho epígrafe interrogativo, como el de que una persistencia del Antiguo Régimen dicho, con su sistema más jurisprudencial que legalista o con su verdadera pluralidad de fuentes, pudiera históricamente impedir el absolutismo constitucional de la ley, pero Tomás y Valiente venía de otro entendimiento del derecho preconstitucional. Cuando más tarde le veamos advertir cosas como la presencia histórica de la costumbre con valor constitutivo del orden jurídico, podremos pensar en que también cabría entender dicha formulación de otro modo.

Lo que para el planteamiento de referencia, el que identifica un *absolutismo jurídico* de tiempo contemporáneo, es ilegitimidad de la reducción política del derecho por efecto de la entronización constitucional de la ley que se produce particularmente con la codificación, para él pudiera todavía ser secuela histórica de un *absolutismo* precedente, esto que no produce problema para la versión codificada del constitucionalismo y no lo pone en cuestión. Aunque no lo consigne la ficha, o en este caso el folio, la posición también tiene nombre y apellido y lo tiene para Tomás y Valiente. Como él mismo nos ha indicado, se trata de Paolo Grossi, quien, para escándalo constitucional, ha puesto en circulación actualmente dicho epíteto de *absolutismo jurídico* referido al derecho codificado y no al anterior <sup>(19)</sup>. Y no digo que ha creado este motivo pues ya se dio

---

(19) Además de lo ya citado por TOMÁS Y VALIENTE y como introducción más específica, P. GROSSI, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Barcelona 1991, mirando la cuestión de fuentes más que la de los derechos, pero con tales implicaciones constitucionales, aun interesándole éstas menos; la edición citada es no venal de la Universidad Autónoma de Barcelona con ocasión del doctorado honorífico del autor, cuyo texto castellano no se divulgó a continuación mediante publicación en el *Anuario de Historia del Derecho Español* por no lograr la mayoría en una dirección que entonces era realmente colegiada. Salvo el apoyo de TOMÁS Y VALIENTE y mío, no cometeré la indiscreción de revelar los votos. Le ofreció el texto al *Anuario* C. PETIT, promotor del doctorado. Original en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 64, 1991, pp.

precisamente durante el siglo XIX frente a la codificación misma. Por su alcance para el concepto constitucional y por su significación para Tomás y Valiente, es extremo y es autor que retornarán, mientras que otros tópicos y otras obras podrán ir perdiendo en cambio relieve <sup>(20)</sup>.

Aparte los mismos modelos de referencia, de los que aquí en sí no nos ocupamos como venimos advirtiendo, ahí, en tales esquemas de influencia confesada una, la de Reid, y otra, la de Grossi, que no dejará de confesarse, Tomás y Valiente tenía un esbozo que entrañaba realmente todo un reto: el de situar al Estado, a sus poderes, no por delante, sino por debajo de la Constitución. Mas no encuentro desarrollo alguno de esta posibilidad que, si parece disiparse en los tres últimos capítulos sobre poderes, está contenida en los dos primeros sobre supremacía de la Constitución y autoridad de los derechos, sobre ambas cosas, también y en dicho lugar sobre los derechos con este plural que inequívocamente significa derechos de libertad, estos derechos constitucionales subjetivos. Y en cualquier caso, con todo ello, no parece un esquema pensado para un curso.

---

5-17; traducción inglesa en *Italian Studies in Law. A Review of Legal Problems*, 2, 1993; versión y edición alemana en *Tübinger Universitätsreden. Reihe der Juristischen Fakultät*, 3, 1992, y edición sueca, con versión distinta en alemán, en *Rättshistoriska Studier*, 19, 1993. El caso fue uno de los que acentuaron la división y precipitaron la crisis de la dirección colegiada del *Anuario*; el otro principal interesaba a un trabajo de V. FAIRÉN GUILLÉN, el primer maestro universitario de TOMÁS Y VALIENTE como sabemos, cuya propuesta, tras debate también largo, resultó rechazada con su voto a favor y el mío en contra; son páginas que pueden igualmente conocerse: V. FAIRÉN GUILLÉN, *Die Rechtliche Mittel gegen Angriffe und Eingriffe in die Persönliche Freiheit von den römischen Interdicta über die Lex Baiuvariorum bis zum spanischen Rechts des Mittelalters*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)*, 109, 1992, pp. 335-352.

<sup>(20)</sup> La composición de TOMÁS Y VALIENTE, su idea de codificación comprensiva de constitucionalización y con absolutismo antecedente e inicialmente concurrente, se había sentido particularmente reforzada por el tratado de Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. (I y único), *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia 1976, pero, con su propia lógica que es la que aquí importa, no proceden ni dependen de él. Interesa ahora menos que mi intento de distinción, *Codificación civil, revolución constitucional*, se encuentre en *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid 1991, pp. 61-128.

Pero no tengo elementos ni para situar esta serie de fichas más allá de lo que las mismas indican.

Hay otras con índices que no sólo parecen más factibles, sino que contienen la previsión que, entre la *Exposición de motivos* única y los esquemas múltiples, parece ser la que comenzó a seguir. En ambas, pues son dos, encuentro señalado a estilo suyo, con un círculo rojo característico, el único capítulo que llegó finalmente a escribir y que por esto veremos, el de *Estado e Iglesia*, el así denominado finalmente abandonando el epígrafe de *Cuestión religiosa*. Andaba todavía con indecisiones serias, pero parece que por estos esquemas se hallan sus últimas previsiones respecto al modo, si no todavía de confeccionar, al menos ya de articular, la HCE, su materialización en libro. Veamos los dos esquemas a los que me refiero, o las dos variantes de uno mismo que en realidad son:

1. Valor de la Constitución y sistema de fuentes.
2. La nación: soberanía y organización.
3. Forma política del Estado.
4. Estado e Iglesia.
5. Sistema de libertades y derechos: sus garantías.
6. Poder legislativo y sistema electoral.
7. Poder ejecutivo y su relación con el ejecutivo.
8. Los jueces.
9. El Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso-administrativa.

La otra versión es algo más, poco más, desarrollada, lo que tampoco tiene por qué significar que pudiera ser la última o de momento definitiva. Ofrece incluso en algunos puntos la impresión de estar peor articulada, pero también ocurre que algún otro parece mejor definido para las perspectivas que se vienen marcando. HeLa:

1. El valor de la Constitución y sistema de fuentes.
2. El sujeto constituyente: España y su estructura.
3. Estado e Iglesia.
4. Los derechos declarados: sus límites y sus garantías.
5. Poder legislativo: uni o bicameralismo.
6. Poder de ejecutar las leyes.
7. Los jueces: administración de justicia o poder judicial.

8. La forma política del Estado.
9. Sistema de fuentes.
10. Soberanía y poder constituyente.
11. Sistema electoral.

Siendo uno de éstos dos el esquema con el que estaba finalmente trabajando, no me atrevería a asegurar que estemos ante el índice cabal. Me hace pensar esto la postergación que aquí sufren los derechos con anteposición expresa además del Estado y la nación, la de España, en concordancia desde luego con planteamientos suyos a los que todavía volveremos, pero en contraste también con otros esquemas propios. No me extrañaría que la otra visión hubiera vuelto para por fin quedarse: los derechos de libertad al principio y la nación, « ¿Qué es España? », al final. Es un orden de factores importantes todos que altera no menos importantemente el producto. Mas como la mayoría de los guiones no están fechados, seriados ni circunstanciados, como mis ubicaciones son presuntivas, no puedo decir cuál era el último que tenía en mente y mucho menos por supuesto cómo habría quedado el definitivo. El recuerdo de nuestras conversaciones me confirma que había abandonado para el manual definitivamente cualquier idea de exposición cronológica y que estaba decidido a construir una de tipo sistemático y muy selectiva de materias claves, pero no me dice más.

No creo que lo más interesante e incluso lo procedente sea empeñarse en conocer lo ya imposible, con el riesgo grave siempre de prestarle ideas a Tomás y Valiente. Lo apasionante es entrar en su laboratorio y contemplar su trabajo: ver cómo realizaba unos experimentos y se esforzaba por descubrir unas fórmulas. Hay incluso balbuceos no menos emocionantes. Estaba atreviéndose con algo nuevo, nuevo ante todo para él, signo máximo de vitalidad. A la resolución que no llegó no podemos llegar los demás y menos en su nombre. Tenemos que ceñirnos a lo que dejara.

Encierra bastante. Incluso sólo con la *Exposición de motivos* y con unos índices todavía más sumarios, pues es lo único que dejara de un plan de conjunto o planteamiento general del *manual* estricto, junto a un fragmento de *Introducción* y un solo capítulo aparentemente concluso, cosas que veremos luego, incluso con elementos tan cortos y contados, puede apreciarse que estamos ante bastante más

que unos meros intentos de reordenación de cuestiones o unos simples ensayos de cambios de secuencia. Miraba a una concepción propia, a una explicación original, a una exposición inédita. Queda esto, que es algo si sabemos manejarlo, si sabemos ante todo entenderlo a la luz de su obra y también de su vida.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA O DERECHO COMÚN DEL CONSTITUCIONALISMO

En el AHDE, el *Anuario de Historia del Derecho Español*, de 1995, en el primero que realmente llevaba su impronta como director y esto particularmente por su parte monográfica dedicada a la Constitución de Cádiz, a estos inicios de un constitucionalismo español, Tomás y Valiente publicaba, como ya sabemos, un artículo que constituía la primera parte de un trabajo y a su vez el primer capítulo de un libro (1). Era el anuncio de todo un proyecto truncado por el asesinato. Estaba pensando en ofrecer unos *Orígenes del constitucionalismo español* con carácter previo a su HCE, como forma de ir introduciendo tanto como madurando. Con esto no sólo pudiera ocurrir que se demorase en unos comienzos, los españoles, sino también que así se recluyese desde el propio inicio en un caso, el español. Es un efecto anunciado por la E de la HCE, pero no lo es inmediato ni obligado conforme a alguna indicación que ya nos ha ofrecido la *Exposición de motivos*. Vayamos viendo.

Pensaba, como aperitivo, en un libro sobre *Los orígenes del constitucionalismo español* cuyo núcleo principal habría de ser la versión completa del trabajo de AHDE, del que se quedó en una primera parte. Ultimó, y no digo que anticipó pues en su mayoría quedaron póstumos y así sin prosecución, algunos estudios sectoriales sobre estos primeros tiempos con la idea seguramente de no reducirse a la publicación dispersa, sino de utilizarlos también para integrar el volumen (2). Con la segunda parte del trabajo principal

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, I, *De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, citado.

(2) *El arzobispo de Santiago y las Cortes de 1810, Las Cortes de España en 1809*

que no había empezado todavía a redactar <sup>(3)</sup>, tendría previsiblemente el libro bastante mayor unidad que el otro suyo compuesto sobre tiempo constitucional <sup>(4)</sup>. Llegó a formalizar contrato con una editorial en su último otoño, el de 1995. No mantuvo la decisión por una circunstancia ajena a sus motivaciones historiográficas y constitucionales. Después de lo que pasó con *La ilusión constitucional*, con aquel congreso cancelado a última hora, y lo que pasa ahora con estos *Orígenes*, se diría que el constitucionalismo gaditano resulta por lo menos un poco gafe.

La empresa le remitió, como anexo al contrato, un formulario comprometiéndole a unas ventas anuales mediante influencia sobre el profesorado y recomendación al alumnado. Naturalmente ofendido, no lo cumplimentó, limitándose a demorar su respuesta y a dirigir una cuidadosa carta pasadas ya las navidades: « Mi reciente nombramiento como Consejero permanente de Estado puede modificar sustancialmente el cumplimiento del contrato, ya que me veo obligado a cesar en mi condición de catedrático en activo. Es claro

---

(« *Insinuaciones* » de John Allen), *El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 21, 1995, y *Estudio Preliminar* en Agustín de ARGÜELLES, *Discursos*, Oviedo 1995, pp. IX-CXXXVI, son estudios de la tercera fase interesantes a estos orígenes y destinados de primera intención a diversas sedes, el primero al memorial de GARCÍA GALLO y el segundo al de Josep Maria GAY, como ya dije. Primero y tercero los recojo en *Constitución: Escritos de introducción histórica*, pp. 47-98 y 99-113. Los cuatros se incluirán en las *Obras Completas*.

<sup>(3)</sup> Sólo el *Estudio Preliminar* de los *Discursos* de ARGÜELLES, citado, puede anunciar si acaso algo de la prosecución de la *Génesis de la Constitución de 1812* que nunca tendremos; quedando satisfecho, quiso darle un título más sustantivo a dicho estudio, el de *Argüelles en Cádiz*, pero se impusieron las reglas de la colección donde se incluye, los *Clásicos Asturianos del Pensamiento Político*. Esto lo cuenta en la presentación del libro: F. TOMÁS Y VALIENTE y otros, *Discursos de Agustín de Argüelles*, Oviedo 1996, pp. 15-35. Para la segunda parte del trabajo principal había reunido y ordenado materiales, así como pergeñado algunas notas, pero no había comenzado todavía a escribirla. Tenía también apalabrado un trabajo sobre otros materiales constitucionalistas tempranos para la colección de *Textos Clásicos del Pensamiento Político y Social del País Vasco*, pero tampoco parece que hubiera arrancado.

<sup>(4)</sup> Me refiero obviamente a *Códigos y Constituciones*, citado, el libro que, siendo misceláneo y el primero que pudiera decirse de historia constitucional, hubiera quizá más agradecido el prólogo que precisamente es el único en no tener, salvo la primera versión del *Manual* para la que igualmente hubiera resultado, como vimos, comprometido.

que la promoción, difusión y recomendación del libro se verán alteradas de modo sustancial al cesar yo como docente. En modo alguno quisiera perjudicar a la Editorial (...) por esta circunstancia desconocida, como es obvio, por Vds. y para mí cuando firmamos el contrato. Por consiguiente yo estoy dispuesto a rescindirlo sin compromiso de ningún género, teniendo además en cuenta que no me sería difícil publicarlo en alguna institución oficial sin ánimo de lucro como podría ser acaso el Centro de Estudios Constitucionales » (5).

Ignoro si quería hablarme ya también de esto al insistirme en la última conversación telefónica que mantuvimos sobre cosas pendientes sin especificar de momento. La alusión final de la carta era indudablemente a la serie de *Historia de la Sociedad Política* que él me había ayudado a plantear en el Centro de Estudios Constitucionales y que venía funcionando desde 1990 bajo mi dirección. Debía de imaginar mi acogida porque yo había querido crear dicha serie como colección de historia constitucional pura y dura y él me recomendó la prudencia de conferirle una identidad más amplia sin perjuicio de ir progresivamente derivando, de conformidad con las existencias, hacia dicho terreno del constitucionalismo. Él ya tenía la experiencia, que conocemos, de que la colección que dirigía en el mismo Centro de Estudios Constitucionales había sufrido la evolución contraria: planteada como *Clásicos del Constitucionalismo Español* devino *Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español*. De la nueva, pensamos bastante la denominación, pero teniendo siempre bien claro ambos, también él, que no queríamos una colección de HD (6). Sé lo que me digo cuando aseguro que no estaba dispuesto a regresar al mismo sitio.

Tampoco queríamos una colección de historia española, reduc-

---

(5) A la espera de una respuesta que no le llegó, era una carta viva en carpeta a mano, todavía no archivada. Sólo tras su asesinato la editorial del caso volvió a interesarse y ahora sin condiciones. Su libro póstumo *A orillas del Estado* estaba siendo todo un *best-seller*, con reediciones y edición ahora también por el *Círculo de lectores* de distribución muy amplia directa a suscriptores.

(6) El planteamiento fue realmente de tres y sería injusto no recordarlo. El director entonces del Centro de Estudios Constitucionales, el citado FRANCISCO LAPORTA, no sólo nos apoyó albergándonos, sino que contribuyó más sustancialmente al proyecto de la colección.

tivamente tal. España por supuesto que entraba, pero sin reducirnos a ella. Una obra como sus *Orígenes del constitucionalismo español* podría haberse acabado editando perfectamente en una serie como la *Historia de la Sociedad Política*, en esta colección que trazamos entre ambos sin previsión de que fuera a ceñirse a España. Más bien preveíamos lo contrario según puede apreciarse en la especie de manifiesto anónimo, escrito por mí y revisado por él, que viene publicándose en la solapa de portada de los primeros volúmenes. Una historia tal, una historia que no se reduce al constitucionalismo, pero que indudablemente lo abarca, entendíamos que había de plantearse en unos términos no nacionales ni estatales, sino de una forma global para comunidades y territorios que, a lo ancho como mínimo de Europa, comparten una cultura común antes incluso de venir a participar en la de carácter constitucional. Mas una cosa tampoco quita la otra. La colección no se reduce a España, pero la abarca. En ella caben trabajos delimitados nacional o estatalmente. Con este tipo de encuadramiento más característico suyo, mas con plena constancia y conciencia también de un escenario más amplio, Tomás y Valiente emprendía su historia constitucional, su HCE.

Los ensayos iniciales, unos *Orígenes*, como la obra construida, la HCE, habían de ser españoles: historia constitucional de la Nación española o del Estado español, pero esto no entrañaba una clausura. « Historia del constitucionalismo español o del constitucionalismo en España », es anotación de trabajo suya. No es lo mismo exactamente una cosa que la otra. No es igual calificar nacional o estatalmente desde el inicio un constitucionalismo que referirse a él genéricamente añadiendo que el tratamiento se aplicará a una Nación o a un Estado. Estaba planteándose quizá una alternativa. Con su forma siempre de identificar la historia constitucional como *historia del constitucionalismo* por mantener un sentido más inespecífico de la primera, podría tratarse de un dilema entre historia constitucional española e historia constitucional general con aplicación a España. Podría también constituir una forma de modular la primera empresa, la historia de constitucionalismo español, con atención a la segunda, la historia del constitucionalismo sin más. Tomás y Valiente tiende a esto, pero también ensaya lo otro.

La HCE, su historia constitucional de tercera fase, quiere incuestionablemente ser historia estatal o nacional, como inquévo-

camente señala la E de *España*, la Nación o el Estado, de *español*, el constitucionalismo, o de *española*, la historia constitucional, esa misma E que no comparece explícitamente en su autobiografía teigráfica, « De la HD al TC y de éste a la HCE », hasta esta tercera fase, la E que expresamente no figura, aunque pueda desde luego entenderse, ni en la HD, la *historia del derecho*, ni en el TC, el *Tribunal Constitucional*. Pero este signo tan gráfico no tiene por qué encerrar el significado de que una historia haya de recluirse en unas fronteras. No lo había hecho la HD. No lo hace su sumando, el MHDE, aquel *Manual* que se anuncia *Español*, de una historia del derecho tal. No iba a hacerlo entonces la HCE. Que Tomás y Valiente ensayara en su tercera fase algún intento de elevarse a una historia constitucional general, que pudiera entonces plantearse también esto, interesa no sólo por sí, sino también y aquí en mayor medida por lo que pueda ayudar a la ubicación del caso español, del modo de entenderse por parte de su historia constitucional siempre en concreto.

En unas conferencias de la segunda fase y otra de la tercera que ya conocemos, Tomás y Valiente se plantea la relación, pero también y sobre todo la distinción, entre el *ius commune*, el *derecho común de ayer*, y el derecho constitucional, el *derecho común de hoy* (7). La tercera ocasión, de 1994, es más específica. Nos dice que el *de ayer* constituye « el factor común de integración », « un elemento cultural común por debajo de diferencias » (8). En una cultura jurídica de valor así normativo consistiría aquel « denominador común » de los ordenamientos europeos bajomedievales y modernos que el MHDE nos decía. Era una « jurisprudencia doctrinal y judicial » que cobra dicho valor de derecho efectivo como ha explicado, con detalles aquí innecesarios (9), entre aquella presentación de primera fase que ya vimos y la reflexión que viene ahora en la tercera y vamos a ver acto seguido.

---

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado, Las garantías de los ciudadanos y el papel del Tribunal Constitucional y El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, citados.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, pp. 8-9.

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El pensamiento jurídico*, p. 341 para la expresión y las siguientes, pp. 341-380, para el tiempo del *derecho común*, el *de ayer*.

En la referida conferencia de 1994, Tomás y Valiente explica que dicho *derecho común de ayer* entró en crisis por su incapacidad de evolución constitucional, pero que encontró sucesión en el *derecho común de hoy*, un derecho que, similarmente común, viene a ser el de este otro carácter, el de un fondo de derechos: « Hoy los Estados democráticos de Derecho lo son en Europa porque y en la medida en que reconocen la primacía de los derechos fundamentales, los configuran como intocables por el legislador, que debe respetar su contenido esencial y exigen que el resto del ordenamiento normativo del Estado se interprete en función de la mayor eficacia de tales derechos ». Así puede especificar: « Mejor que Estado de derecho, quizá Estado de los derechos. Cultura común, porque entre las Constituciones vigentes el núcleo concerniente a los derechos admite préstamos notorios e influencias que se repiten en cadena », particularmente ahora también a través de la jurisprudencia y de una jurisprudencia igualmente tanto doctrinal como, con su mayor efectividad, judicial, pero jurisprudencia diversa a la histórica, al *derecho común de ayer*, por la misma diversidad de sus principios. He aquí el *derecho común de hoy* más efectivo y concreto: una « doctrina constitucional en buena parte común a todos los Estados dotados en Europa de Tribunal Constitucional, como Alemania, Austria, Italia, Portugal, España, o de órganos en parte asimilados en Francia o Bélgica, a los que se están incorporando los países liberados inmediatamente antes o después de la caída del muro de Berlín » (10).

Aun con la reiterada mención de los Estados, pero de unos Estados debidos a derechos de libertad, ¿no se están abriendo unas perspectivas más amplias, por encima de ellos mismos, en lo que interesa a la propia historia constitucional? Tenemos el sustrato anterior de una cultura jurídica, la del *derecho común de ayer*, que no conviene, pese a su misma diversidad, olvidar, si queremos entender la dimensión jurisprudencial del derecho que hoy puede volver constitucionalmente a interesar o que no debería haber dejado de hacerlo en beneficio del mismo constitucionalismo, de un constitucionalismo excesivamente confiado en la historia al Estado y a sus

---

(10) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, p. 11.

leyes. Tenemos el entendimiento del mismo derecho constitucional no como una rama posible del ordenamiento, como secuela de un *Derecho Político*, lo que queda bien lejos, mas tampoco como el ordenamiento mismo, como el conjunto del derecho establecido por la Constitución, la legislación y demás normas del Estado. Por encima de todo ello, el derecho constitucional, *derecho común de hoy*, puede ser ante todo cultura, una cultura efectivamente común, con esta capacidad, si no de superar, al menos de traspasar Estados. Estamos también así alejándonos del concepto más legislativo de Constitución que vimos darnos a la *Exposición de motivos*, esto es, a la misma presentación de la HCE, aquella presentación que precisamente se redactaba antes de producirse una obra que lo cuestionaría.

Tomás y Valiente dejó escrita la voz *Constitución* para una *Enciclopedia*. Es una reflexión general de la tercera fase y posterior también a la detención de la HCE, de una redacción que había comenzado con dicho empuje <sup>(11)</sup>. He aquí cómo puede entrar en un apartado que, tras otros de « Los orígenes » y de « Conceptos histórico, sociológico, racional-normativo y mínimo de Constitución », lleva el título de « Supremacía de la Constitución y control de constitucionalidad de las leyes ». Así entra: « Hubo una cultura predominantemente política de la Revolución francesa, y hubo una cultura jurídica de la Revolución americana como sustrato predominante de aquella revolución constitucional. Entre los tres vértices del triángulo formado por Gran Bretaña, Francia y los nacientes Estados Unidos hubo corrientes de pensamiento comunes, como el iusnaturalismo y la doctrina de los derechos naturales. Pero por debajo de influencias circulares entre Francia y la Unión, John Phillip Reid ha puesto de manifiesto la mayor y más profunda

---

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, voz *Constitución* en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, *Filosofía Política*, II, Elías DÍAZ y Alfonso RUÍZ MIGUEL (eds.), *Teoría del Estado*, Madrid 1996, pp. 45-61, voz que convierto en capítulo inicial de *Constitución: Escritos de introducción histórica*, pp. 29-46. La redacción manuscrita de la voz, ya ultimada de esta forma según su práctica de resistencia hasta última hora a la mecanografía y al ordenador, está fechada en septiembre de 1994, con lo que atendía la conminación de un telegrama de finales de julio guardado junto a la misma: « Cierre definitivo enciclopedia uno octubre elías díaz ruíz miguel ». El volumen de la *Enciclopedia* aparece póstumo y dedicado a su memoria.

relación de dependencia de la *culture of constitutionalism* norteamericano con la historia tradicional británica y con algunos de sus principios en ella destacados, como su judicialismo y la finura de un sentido jurídico pragmático y casuístico que informa el constitucionalismo anglosajón » (12).

He ahí el constitucionalismo como *cultura*, como un encuentro o también eventualmente desencuentro entre la *cultura jurídica* de la Revolución americana y la *cultura política* de la Revolución francesa, ambas exactamente revoluciones, la una como la otra *revolución constitucional*. Estamos alejándonos a pasos agigantados de tantas cosas, algunas tan caras también para mí como aquella imagen de primera fase de la *revolución burguesa*. No se cambia el calificativo de la revolución tan sólo porque ahora estemos con Constitución y antes con desamortización, o desvinculación, sino también y sobre todo porque valoramos las cosas finalmente de otro modo: porque es *la Constitución* la que ahora define *los conceptos elementales y las bases del sistema*; porque es su planteamiento el que revoluciona una sociedad y su presencia, o la resistencia que provoca atrayendo hacia su campo, la que configura y caracteriza una época. No tenemos postergadas la desamortización o la desvinculación por moda ni por capricho. En las mismas ocasiones últimas ya señaladas en las que vuelve lateralmente a estos temas, la imagen histórica de la vertiente abolicionista de la *revolución* ya no resulta tan positiva como en la fase de HD o como en el propio MHDE. Ahora se le mira desde el punto de vista de derechos que fueron afectados (13).

Más política o más jurídica, más legislativa o más judicial, como cultura se produce ante todo ahora la comparecencia del constitucionalismo. En un apartado final sobre « La Constitución, los valores y los derechos fundamentales », la misma voz constitucional no deja de precisar los principios que dan aliento y vida a una cultura tal:

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución*, pp. 50-51, ed. *Enciclopedia*, donde pueden contrastarse otras voces de materia cercana, pues es volumen de *Teoría del Estado* como hemos indicado. A la obra de J.P. REID ya me he referido.

(13) Me refiero a su abordaje histórico ya citado del derecho de fundaciones: F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución española y las Fundaciones*, pp. 30-32, y, sobre todo, *Estudio previo*, pp. XIII-XXV, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*.

« Constitución y derechos fundamentales son indisociables » (14). Lógicamente no estamos ante una evidencia de hecho, como si no hubiera habido y no pudiera haber Constituciones sin dicho rasgo distintivo así de acentuado, sino que nos encontramos ante un imperativo de cultura, ante el principio que distingue la cultura constitucional. ¿No estamos también con todo abriendo una geografía constitucional ajena o al menos previa a los Estados, una geografía de derechos en la que los Estados podrán venir a situarse, pero que los mismos no trazan ni controlan? ¿No se nos está abriendo toda una posibilidad de historia constitucional sin Estado, quiero decir que no dé por preconstituídos los Estados?

Me consta que una formulación en tales términos que pueden prestarse a equívocos no la suscribiría Tomás y Valiente, pero también sé que compartiría la idea de fondo. Puedo prescindir incluso del condicional pues late y se le detecta en su obra última. Hay una historia constitucional que resulta *común* porque es ante todo *cultura* y porque así no se sujeta de entrada a los Estados, sino más bien lo contrario: porque, a favor o a la contra, cabe que dé cuenta de los mismos, que pretéritamente los explique y actualmente los rijan. Es la cultura que puede hoy reconocerse como jurisprudencia, como una jurisprudencia constitucional de valor incluso finalmente normativo. Estamos así abriendo un horizonte no de la que suele decirse *historia comparada* o de *derecho comparado* y que lo que compara es Estados más o menos individualizados o más o menos agrupados, sino otra que podemos denominar *historia común* o de *derecho común* y que puede ya comenzar a aprenderse en la experiencia histórica del tiempo preconstitucional, de un tiempo de *ius commune* antes que de derecho español o cualquier otro ordenamiento en este sentido objetivo y con esta clase nacional o estatal de particularización. Cabe una *historia común* del constitucionalismo igual que hay un *derecho común* del mismo.

No era esa *historia común* la que Tomás y Valiente estaba exactamente emprendiendo para el tiempo de Constitución. No se planteaba una historia del *derecho común de hoy*, del constitucional, sino la del derecho particular de España, de su constitucionalismo.

---

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución*, p. 58, ed. *Enciclopedia*; entre los tres apartados citados y éste final hay uno cuarto: « Rigidez y reforma de la Constitución ».

Mas esto ya sabemos que tampoco implica alternativa excluyente. Si no emprendía una « historia del constitucionalismo en España », tampoco se reducía a una « historia del constitucionalismo español ». En la misma *Exposición de motivos*, si se recuerda, aparecía al principio algo que aquí pudiera ser importante y que luego parece haberse evaporado a lo largo de la serie vista de esquemas. No me refiero ahora a la base social que ahí servía para preconstituir un Estado siempre presente como premisa que tenía por obligada para su historia constitucional, sobre lo cual habremos todavía de volver, sino que hago referencia a esta otra indicación primera: « Se ha querido escribir una Historia del constitucionalismo en la que cada texto constitucional sea puesto en relación con posibles modelos vigentes allende nuestras fronteras ». No puedo saber el juego que esto daría en la HCE cumplida, pero es un elemento de cierta importancia en los apuntes de sus cursos de la tercera fase. He aquí un tipo de introducción usual en ellos:

1. Las cuatro opciones posibles en la España de 1808.
2. La Constitución histórica de Inglaterra como modelo.
3. Qué son, y cuáles, las leyes fundamentales.
4. El concepto racional-normativo de Constitución.
5. La independencia de las colonias y la Constitución de los Estados Unidos de América.
6. La Revolución francesa y sus textos constitucionales: la Declaración de 1789, las Constituciones de 1791 y 1793 y el epílogo napoleónico.
7. Algo más que un triángulo geográfico: Inglaterra, América y Francia.
8. Reflexiones sobre la Revolución francesa, la Constitución de Inglaterra y los derechos del hombre.
9. Constitución política y estructura social.

Tras lo cual, sólo tras ello, se entra en la historia particularmente española. La misma problemática social que en la *Exposición de motivos* preconstituía el Estado llega aquí solamente al final de la introducción, en el momento que habría de ser de transición entre historia común e historia particular. En la primera pueden tener un protagonismo mayor, con unos derechos, unas nociones constitucionales menos estatales. Es una posibilidad que barajaba tal vez

incluso en alguno de los momentos o en alguna de las versiones de la HCE, pues dicho esquema de introducción, común en los cursos, conoce también un inicio de redacción escrita y anotada que parece destinarse a libro. Bajo dicho título de *Introducción*, las redactadas son pocas páginas que enuncian « las cuatro opciones » que se le presentaban a España en 1808 (continuismo sin más, Constitución bonapartista, Constitución histórica o leyes fundamentales propias con la modelación característica del ejemplo inglés, y Constitución de nueva factura, de modelo revolucionario francés) y pocas páginas que entran a continuación algo en el constitucionalismo británico.

Estas páginas llevan ese título sencillo de *Introducción* que no ayuda a situarlas. Pudieran ser incluso la prosecución a la *Exposición de motivos*, parte de aquel primer proyecto de HCE. Llevan un eco o tal vez un augurio de la voz de *Constitución*. Y es introducción que podía estar ya exponiendo en unos cursos de historia constitucional española que luego proseguían de la forma cronológica que la HCE no iría en cambio a adoptar. El programa más desarrollado de su asignatura de *Historia del Constitucionalismo* de tercera fase presenta, con una prosecución ya diacrónica, este primer tema:

1. Las cuatro opciones posibles en la España de 1808.
2. La Constitución histórica de Inglaterra.
3. El concepto racional normativo y el concepto mínimo de Constitución.
4. La Constitución de U.S.A. 1787: la supremacía de la Constitución y la *judicial review*.
5. La Declaración de 1789 y la Constitución francesa de 1791.
6. El concepto de *leyes fundamentales* como opción constituyente.
7. La Constitución de 1808.

La *Introducción* la tendría también en cuenta, aun reduciéndola, para introducir con historia común el trabajo de historia particular sobre la Constitución de Cádiz publicado en el AHDE de 1995, en este último número que para él era un primero. El libro de *Orígenes del constitucionalismo español* que habría de integrar como parte principal dicho artículo pudiera haber así igualmente comenzado por la *historia constitucional común*, por el *derecho común de hoy*, por este derecho constitucional de alcance general y de carácter

antes cultural que normativo y antes también normativo que legislativo. Una historia general previa a la particular no era ni trámite ni adorno, pues incidía en la propia categoría constitucional. En el mismo número del AHDE sobre el constitucionalismo gaditano hay trabajos verdaderamente retardadores en este orden de cosas circunscrito al caso <sup>(15)</sup>.

Es horizonte que se estaba abriendo. Por las citas de las notas, la *Introducción* incompleta es también intento de su tercera fase, posterior a 1992, pero no pertenece tampoco a los tiempos más últimos, aquellos en los que le hemos visto apuntar cosas como « Cfr. John Ph. Reid » y atender además el apunte, por estar realmente procediendo no sólo a unas lecturas que desbordaban efectivamente fronteras, sino también a una reflexión por encima de ellas. Se trata de Reid y de toda una historiografía constitucional anglosajona que podía ofrecerle un par de cosas que ahora valoraba especialmente: por una parte, precisión constitucionalista para la historia constitucional; por otra, sensibilidad historiográfica para la preconstitucional. Las reiteraciones no son redundancias. Le interesaba la presencia y el juego de los derechos en la historiografía anglosajona del constitucionalismo y le atraía también la forma como puede plantearse y desenvolverse sin ignorar un tiempo preconstitucional de cultura teórica y práctica no indiferente al mismo resultado histórico del constitucionalismo, comenzando por el primero <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Se trata particularmente de M. LORENTE, *El Juramento Constitucional*, un verdadero reto para la presunción normativa de carácter constituyente, y de C. GARRIGA, *Constitución, Ley, Reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)*, otro reto no menor respecto a las presunciones normativas ulteriores, en dicho monográfico del *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 585-632 y 449-531 respectivamente. TOMÁS Y VALIENTE puso todo su empeño en rescatar el primer trabajo de otro destino y guardaba en carpeta viva una primera versión mecanografiada del segundo extendida a todo el siglo.

<sup>(16)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812*, I, *De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, p. 18, nota 11, muy expresiva al efecto, particularmente respecto a Howell A. LLOYD, *Constitutionalism*, en J.H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Political Thought, 1450-1700*, Cambridge 1991, pp. 254-297. Clara ÁLVAREZ, carta citada de 18 de junio de 1996: « Le gustó particularmente el capítulo *Constitutionalism* de H.A. Lloyd, en el tomo que dirige Burns para la Cambridge sobre la historia del pensamiento político. Compendiaba lo que deseaba hacer en sus primeros artículos *serios* como los llamaba medio en broma — era consciente de haber vivido de

Se insinúa un *derecho común de ayer y, sobre todo, de hoy* que no se trasluce todavía cumplidamente en los esquemas de la HCE. En dichos índices puede observarse que tal cuadro más general tiende a desvanecerse cuando viene el proyecto a ceñirse más particularizadamente a España. Para la determinación de ésta misma, « ¿Qué es España? », hay versiones que la relegan a unos términos postreros, pero sin abrir por ello los primeros a una historia más amplia. Aparte una « Introducción » que resulta en los índices una incógnita, comienzan en el caso por un capítulo de « La serie de Constituciones » entendiéndose las españolas. Otras versiones clausuran antes la posibilidad de una historia común. « La nación: soberanía y organización » o « El sujeto constituyente: España y su estructura » son también capítulos iniciales, como igualmente vimos. Todo esto puede ser signo desde luego de que Tomás y Valiente tenía ya tomada la decisión de atenerse más estrictamente a España, pero también puede serlo de que no le faltaba conciencia del fallo de integración de un dominio tan problemático como el de una *historia constitucional común*, una historia nada imaginaria, como él mismo señalara, y ciertamente por hacer. Una cosa, la historia particular, tampoco excluye la otra, la historia común. Incluso puede que, como ya enseñara la historia anterior del *ius commune*, del *derecho común de ayer*, la requiera. Era consciente de la necesidad y estaba debatiéndose con ella.

A Tomás y Valiente se le planteaba muy particularmente el problema de la identidad de la Nación y del Estado de los que quería tratar. Ya podía por sí hacerlo presente una historia constitucional definitivamente española planteada desde el punto de partida de dicha conciencia de una *historia constitucional común*. La deficiencia de ésta no le hacía rehuir un tratamiento. Ahí están unos epígrafes para testimoniarlo. Eran cuestiones por afrontar y pensaba hacerlo. Dejemos nosotros el Estado para más tarde, pues tendremos más elementos, y miremos tan sólo de momento la Nación. Algo ya sabemos. A ella tendía a proyectar la misma idea de formación histórica antes que constitucional aplicable al Estado. Le hemos visto expresamente hacerlo. Pero ni una ni otra aplicación le satisfaría finalmente. La ocurrencia es más propia de la primera fase, de la HD, aunque la repitiera

---

rentas en el flanco historiográfico durante su etapa en el TC, por eso trataba usualmente temas que dominaba — como el que escribe en el AHDE de este año ».

en la segunda y tampoco faltase en la tercera. Mas la HCE habría precisamente de cuestionarla. He aquí las anotaciones que encuentro en un folio suelto de carpeta viva y así de los últimos tiempos:

¿Qué es la nación? Es la sociedad actual de individuos iguales que asume la soberanía y, ejerciéndola, organiza los poderes del Estado.

Actual: no se define por la historia. Es la del presente.

Individuos: no estamentos, no señoríos.

Iguales: formalmente. Un solo ordenamiento simple con igualdad ante la ley y con igual ley para todos.

Soberanía: el poder político pleno: jurisdicción, ejército, legislación, impuestos, paz y guerra.

Poderes: tres y divididos.

Estado: el aparato de los poderes.

Si no se define por la historia, ¿cómo se delimita? Por su hasta ahora común dependencia de quien ejercita o detentaba la soberanía: el rey.

Por ello, uno y otro hemisferio, las Américas y las Españas: un sólo rey, una misma nación.

(De donde, si no se reconoce al rey, se rompe el vínculo: independencia naciones americanas).

Estamos indudablemente con todo esto ante un apunte directo de historia constitucional y no de doctrina, aunque ya también sabemos que Tomás y Valiente no separaba una cosa de la otra. Aparte acontecimientos históricos aunque sean constitucionales, pues en ello aquí no entramos, ¿qué tenemos? Pues encontramos precisamente la cuestión de una identidad actual y no histórica de la Nación que delimita no sólo un presente, sino también una historia. No estamos ante la evidencia de una retroproyección porque, a continuación, la Nación que se nos define para un inicio constitucional no es evidentemente la de una actualidad. Lo que importan son los criterios de una definición más que su resultado, pero también acto seguido encontramos que la regla inicial puede no ser la actual. Una identificación entre Nación y Monarquía puede intentar constitucionalmente aplicarse a realidades sustancialmente plurinacionales, a unas realidades constataadas y reconocidas también por Tomás y Valiente y no sólo para unos tiempos iniciales, como ya sabemos.

Una nación así lo que puede resultar es una ficción. El reconocimiento de la posibilidad también es suyo. Tomás y Valiente impartió en 1993, como ya sabemos, un cursillo de *Cuatro lecciones de Historia Constitucional, 1812-1978*. A la luz de sus papeles, lo

preparó a conciencia. La cuarta y última lección, como ya también indicamos, estuvo dedicada a la cuestión que podemos decir plurinacional en su vertiente constitucional: « De las Españas de Cádiz al Estado de las Autonomías ». En el resumen publicado puede leerse: « La ficción de integrar en la nación española a los españoles de Ultramar sólo podía conducir al (o al menos influir en el) proceso de independencia de las nuevas naciones americanas ». ¿Se ha superado con esto el concepto monárquico nacional tan problemáticamente constitucional para pasarse al que tiene por más inequívocamente tal, al de « la sociedad actual de individuos iguales que asume la soberanía »? Responde: « El problema político de la pluralidad constitutiva de España no sólo no encontró solución, sino que quedó olvidado, cuando no negado como inexistente ». Y no digamos, porque él no dice, de « las nuevas naciones americanas » (17).

Tomás y Valiente procuraba matizar al máximo la cuestión mientras que llegase el momento de tratarla en la HCE o porque conviniera incluso esclarecerla antes de adentrarse en ésta. Pero son sobre todo urgencias políticas las que le llevan, en la tercera fase, a los pronunciamientos más claros: « España es una realidad histórica, un producto de la historia »; « las naciones son y sólo son eso, realidades construidas en la historia y, en cuanto tales, de contenido y caracteres variables. La historia es libertad, no destino, y los sujetos colectivos que la hacen no son entidades definidas desde la eternidad o desde unas inmutables bases naturales, sino flexibles y relativas construcciones políticas, lingüísticas y culturales ». Mas España es también una « realidad histórica », lo cual implica no sólo rechazar que sea una ficción, sino también y para él sobre todo « negar otros modos metahistóricos, metafísicos o teológicos de entenderla », rebatir el nacionalismo que la sitúa sobre la propia historia. No va a « practicar ningún culto en el supuesto altar de España ». Ésta es para él nada más, pero también nada menos, que una « nación entendida como comunidad de historia, de una historia plural y compleja; como comunidad de lengua común, no necesariamente única; como comunidad de cultura de la que somos beneficiarios ». Es España con todo, y sobre todo para él con dicha pluralidad y

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historia constitucional española, 1812-1978*, pp. 29 y 30.

complejidad internas, con dicha falta de uniformidad y con dicha forma de comunidad, « una vieja nación » (18).

En una ocasión significada de la segunda fase, en la que se trataba de explicar estas cosas de una « vieja nación » a un público militar, se había ocupado del « problema constitutivo de España » como cuestión de « relación entre el todo y las partes ». La nación común vendría gestándose desde unos tiempos medievales, en los que todavía sería « una superestructura cultural y minoritaria », para afirmarse con la formación de la « Monarquía hispánica » a finales del siglo XV, la cual supone la constitución de un Estado: « El nacimiento del Estado en torno a la Monarquía coincide así con la unificación política de los reinos hispanos », de unos reinos que no pierden por esto personalidad propia. Nación se diría entonces tanto la común como la particular, la política como la cultural. Las Constituciones llegarán sin saber componer esta formación compleja. Los foralismos, tampoco. Hay conclusiones: « Cualquier forma de fuerismo es, por anacrónica, reaccionaria »; « España es anterior a su unificación bajo un poder político y, desde entonces, se ha organizado con arreglo a criterios variables, pero todos ellos compatibles con su unidad ». La Constitución actual ofrece una buena fórmula. Entre cosas que ya hemos visto, como los fueros, y cosas que veremos, como el Estado, Tomás y Valiente tenía una historia de la nación. Había pensado incluirla en uno de sus libros. Pero en la tercera fase no hace por recuperarla (19). Las cuestiones parecen todavía más complejas.

---

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Raíces y paradojas de una conciencia colectiva*, pp. 192-198, en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 109-208, conferencia de finales de 1992 en la Universidad Carlos III de Getafe, Madrid, siguiendo ilustración.

(19) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Fundamentos históricos del tema autonómico*, pp. 17-19, 22 y 26, en *Las Autonomías en España*, Madrid 1983, pp. 13-30, texto desarrollado y anotado de una conferencia en el Centro de Estudios para la Defensa Nacional, centro público militar, en octubre de 1982. Para el libro que resultará *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, planteó de primera intención la inclusión de estas páginas y las de *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, siendo la editorial, a sugerencia de Manuel PÉREZ LEDESMA, catedrático de Historia Contemporánea de la Universidad Autónoma de Madrid, la que propuso circunscribirlo a la edad moderna con el título, tampoco definitivo, de *Juristas e instituciones del Antiguo Régimen*. El segundo trabajo entonces excluido se recoge luego, como sabemos, en el libro *Códigos y Constituciones*, mientras que éste de *Fundamentos históricos del tema*

Con los elementos definitorios susodichos de pluralidad, complejidad, diversidad y comunidad de esta « vieja nación » española, los pronunciamientos de Tomás y Valiente son perfectamente compatibles con otros que ya conocemos, pues vienen de la primera fase, y que a primera vista pudieran parecer contradictorios: España es, « lleva quinientos años siéndolo, una especie de amalgama de naciones, una suerte de nación de naciones »; « comparto plenamente la idea de España como nación de naciones »; « hace mucho tiempo que defendiendo, como tantos españoles, la idea de España como nación de naciones o como una sociedad política compleja ». Son pronunciamientos que pueden entenderse incluso complementarios lo mismo que responder igualmente a urgencias políticas aunque ni la intención ni el contexto siempre se correspondan <sup>(20)</sup>. « España: ¿Nación de naciones? », es un « tema monográfico » que ofrece a la consideración de alumnos y alumnas su programa de *Historia del Constitucionalismo* en la Universidad Autónoma de Madrid.

Hablo, para sus pronunciamientos, de urgencias políticas, pero esto Tomás y Valiente no lo hubiera con seguridad admitido. Lo dicho responde a sus convicciones más constantes, sobre todo por lo que tiene de defensa de la Constitución en vigor, pero esto no quiere decir que respondiese a las necesidades historiográficas, al planteamiento de la historia constitucional que se traía entre manos. Con tales seguridades, sobraría el propio trabajo, su mismo desvelo. En sus manifestaciones públicas hay unas certezas por afirmar que en sus papeles privados de tercera fase pueden tornarse, si no dudas por despejar, cuestiones por estudiar, cuestiones así abiertas.

Para unos tiempos iniciales de la HCE, para los *Orígenes del constitucionalismo español*, ya vimos cómo la consistencia de la pluralidad y la precariedad de la unidad se acentuaban en la primera entrega, la única que pudo realizar. Recordemos que entonces, en el

---

*autonómico* no vuelve a hacer por divulgarlo de esta forma. Y no suele remitirse al mismo. No he tenido conocimiento hasta que, para esta biografía, Clara ÁLVAREZ me advirtió de su interés.

<sup>(20)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 40; *Prólogo*, p. 13, a A. CARRETERO, *El antiguo Reino de León*, y *A orillas del Estado*, p. 92, citas ya hechas, correspondiendo aquí más la tercera: pertenece a un artículo de periódico, *La dialéctica entre unidad y diversidad*, de principios de 1994, que parte de la historia para acudir a la política vasca.

trabajo sobre el constitucionalismo gaditano que no pudo concluir, por una parte se le venía a la vista la fortaleza del orden propio de unos territorios y, por otra, contemplaba que en la preparación del parlamento constituyente, antes de que éste pudiera ni siquiera deliberar sobre el asunto, se adoptaba la decisión de unificar: « No habrá en adelante sino una Constitución, única y uniforme para todos los dominios que comprende la Monarquía española, cesando desde el momento de su sanción todos los fueros particulares de Provincias y Reynos », era la determinación. La Nación, una nación constitucional, se le revelaba entonces resultado menos de historia que de poder. Por esto, mientras que realizaba este trabajo, pudo decir también aquello de « disparate fue, históricamente hablando, y por no entender la pluralidad compleja interna de España, lo que hicieron las Cortes de Cádiz » al respecto, una palabras impensables en sus tiempos anteriores <sup>(21)</sup>.

Son palabras que también acusan la persistencia de una convicción de fondo: una historia, la historia de la pluralidad, no constituye derecho, aunque aconseja política. Por esto es por lo que, como ya sabemos, se dice en la primera fase que « el foralismo fue siempre (y es ahora), una actitud reaccionaria, antiliberal y regresiva » <sup>(22)</sup> y se repite en la segunda que « cualquier forma de fuerismo es, por anacrónica, reaccionaria », como acabamos de ver. Esto significa que la constitucionalización de unas autonomías no es un reconocimiento debido, sino una alternativa constituyente, la apropiada, pero no la obligada. Recordemos también: la « soberanía que reside en el pueblo español no reconoce herencias históricas limitativas, aunque sí ilustrativas, ni instituciones históricas copartícipes de la soberanía, ni pseudolegitimaciones historicistas y doctrinarias » <sup>(23)</sup>. Esto quiere decir que el único sujeto colectivo de derecho propio constituido por la historia es la Nación española. Otros no quedan excluidos o son incluso encarecidos, pero están a la disposición de la determinación constituyente de esta única nación propiamente

---

<sup>(21)</sup> Son expresiones ya citadas: *Génesis de la Constitución de 1812*, p. 88; *Uniformidad y diversidad*, ed. *Uniformidad o diversidad*, p. 47.

<sup>(22)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 37, ya citado, suprimiendo por mi parte ahora una condicional del paréntesis.

<sup>(23)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978*, p. 28, citado.

dicha, la escrita por ello usualmente con mayúscula. A los efectos historiográficos, todo esto implica que la Nación, una Nación histórica, sigue preconstituyéndose a un Estado, al Estado constitucional.

Incitado por quienes acentuamos mayormente el carácter contemporáneo tanto del Estado como, en cuanto que sujeto político, de la Nación, por quienes adicionalmente acusamos la anteposición usual de tales entidades por parte de la historiografía más que por la historia, una operación cultural de efectos así no cognoscitivos, sino constituyentes, preconstituyentes de Nación y Estado por vía de cultura; incitado por quienes tenemos estas ocurrencias, Tomás y Valiente reafirma y matiza raíces en la historia: « ¿Preconstitución del sujeto España-Nación-Estado? Yo pienso que no, sino historia de la memoria de un espacio y de un nombre en su recorrido a veces contradictorio. Pienso que ni la Nación como creación jurídico-política elaborada desde finales del XVIII fuera y dentro de España, ni el Estado como forma de organización del poder político nacen *ex nihilo* en las Cortes de Cádiz. Antes del Estado liberal hubo otra forma de Estado, el de la Monarquía absoluta, distinto al posterior, como éste lo es al actual. Quizá mejor que afirmar que la Nación es hija del Estado, sea entender que Nación y Estado son hijos de la historia » (24). La composición histórica de fondo sigue siendo la de que un Estado *absoluto*, ya España, es superado por un Estado *liberal*, la España constitucional. Sobre la cuestión volvía porque era desde luego clave para la HCE, para su proyecto de historia constitucional. También a dicho mismo efecto volveremos aquí luego en lo que toca más particularmente al Estado.

Tenemos que volver y revolver. Recordemos todo el conjunto de lo visto respecto a la problemática historiográfica y constitucional, ambas cosas, del reconocimiento de derechos históricos por parte de la actual Constitución española. Es todo un acontecimiento que, en cuanto tal, Tomás y Valiente quería poco menos que reducir a « gesto simbólico », una vez que la propia Constitución permitía un régimen de autonomías y a fin de que éste no implicase la aceptación de derechos colectivos preconstitucionales. Vimos cómo podía

---

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, a *Historia Contemporánea*, 12, 1995, citada, p. 20.

frente a esto afirmarse que dicho reconocimiento constitucional lo es de « un principio de identidad », de « un *a priori* material que pretende reconocer un hecho existencial preconstitucional », de « un hecho existencial de vocación nacional previo a la Constitución », de unas naciones así que pueden perfectamente ser Cataluña o el País Vasco en el seno de la española (25). ¿No decía también Tomás y Valiente que España es una *nación de naciones*? No vamos a concluir por esto que las posiciones no sean divergentes, pues subyace toda la problemática no sólo de concepción política de sujetos colectivos, sino también de los requerimientos a estos efectos de los principios constitucionales que son los derechos, mas tan sólo a recalcar que son precisamente eso, problemáticas.

Todo son problemas, pero a ello voy. Tomás y Valiente los tenía realmente abiertos. Su historia constitucional, la HCE, iba a afrontarlos. Ella misma había de llevarle a cuestionarlo todo, prácticamente todo, si no lo estaba en buena parte ya haciendo. No se me oculta que también se resistía en capítulos como éste de la Nación, o como el del Estado que veremos, pero estaba poniendo los elementos de toda esta puesta en cuestión. La HCE, pese a la propia E y gracias tanto a la C como a la H, le motivaba y movía al cuestionamiento. No digo que hubiera ya llegado a él o ni siquiera que estuviera muy cerca. También creo que, si pensaba darse un respiro como ya sabemos, era también por el agobio de estar impartiendo cursos sobre materia que andaba cuestionando. El cuestionamiento seguiremos todavía comprobándolo. Quedan cuestiones claves: un capítulo ya escrito de la HCE, unos fragmentos sobre los derechos y la justicia y lo que publicara y dijera, lo que pensara, sobre el Estado, clave entre las claves.

---

(25) *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, pp. 917 citadas, intervención en debate de M. HERRERO DE MINÓN.

## CAPÍTULO TERCERO

### PARTE APARENTEMENTE ULTIMADA: ESTADO E IGLESIA

El cursillo de 1993 formado por *Cuatro lecciones de Historia Constitucional, 1812-1978* se completaba, antes de la cuarta « De las Españas de Cádiz al Estado de las Autonomías » que ya conocemos, con las tres siguientes: « De la Monarquía constitucional a la parlamentaria », « De las libertades individuales a los derechos fundamentales » y « De la Administración de Justicia al Poder Judicial ». Tenemos un resumen publicado y unos apuntes inéditos de esta actividad, pero todo esto resulta insuficiente para lo que ahora nos interesaría: la colación de nuevos materiales de la fase de HCE sobre capítulos conocidos claves como el de los derechos y las garantías o como también el de la estructura comunitaria. Tampoco hay papeles posteriores para tratar esta última cuestión sin arriesgarme a especulaciones. Hay algunos para poder asomarnos a la otra, a la de la garantía de los derechos. Contamos, como ya dije, con un capítulo escrito del manual de esta tercera fase, de la HCE, con uno solo, el cual interesa al Estado y a otro tipo de comunidad, a la Iglesia católica, y el cual podrá así también importar a la cuestión estatal. Puede convenir ver primero éste para intentar mirar luego, con los materiales disponibles, al más importante de las garantías. Y volveremos todavía al Estado antes de concluir mirando, como Tomás y Valiente miraba, al derecho.

Para su obra inconclusa, concluir desde luego es un decir. El único capítulo de la HCE escrito es efectivamente el de « Estado e Iglesia » (1). Parece realmente ultimado, aunque no lleve notas. El texto guardado en el ordenador las tiene indicadas, pero no incor-

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estado e Iglesia*, capítulo que incluyo en *Constitución*:

poradas. En el correspondiente impreso se han tachado todas. En un cuadernillo las encuentro manuscritas, no resueltas por completo ni puestas en limpio. Están en un estado todavía de trabajo. « El texto del concordato de 1851 lo tengo yo en el librito del INEJ (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos), pegado en apéndice. Lo veo y cito por él », es por ejemplo una. Se refiere a menudo a libros « míos », como « mi autobiografía de Jefferson », por tenerlos en su biblioteca personal. Pero digo que el capítulo está aparentemente ultimado porque las notas sólo son de referencias, no de matices, argumentos ni debates, y por la razón sobre todo de que parece haberse decidido por eliminarlas. A esto se debería que las tachara. En una ficha de entre aquellas de los índices anota: « ¿Bibliografía? ». Era la duda de recurrir a un aparato de notas o a un apartado bibliográfico conjunto o por capítulos. No optó por lo primero. Así podemos decir que tenemos de un capítulo de la HCE el texto finalizado e íntegro. O que tal parece, pues ya veremos.

Hay un primer interrogante que me planteé respecto a este capítulo cuando hice la comprobación de que era la única parte escrita de la HCE, la única sustantiva, aparte una *Exposición de motivos* que parecía abandonada y una *Introducción* que aparecía a medias y también así descartada. ¿Por qué este comienzo? Pensé en la entidad del propio capítulo, en una entidad no reflejada en su título. Tratando de « Estado e Iglesia », habría de tratar de una libertad tan primaria como la de conciencia; por ello habría comenza con él: porque, primando finalmente las libertades, era el capítulo que interesaba a la primera de entre ellas, primera cosa que efectivamente comparecía en un aparato primitivo de citas (2). Mas ésta fue una suposición mía que no viene exactamente avalada por ninguno de los índices.

Como « Cuestión religiosa » o como « Estado e Iglesia », la

---

*Escritos de introducción histórica*, pp. 115-148, y que aparecerá también desde luego, como todo lo ultimado, en las *Obras Completas*.

(2) En el cuadernillo de notas nunca desarrolladas y finalmente eliminadas como he dicho, la primera, conforme a la misma aparición de la referencia en el texto, es ésta: « John Locke, tolerancia, mío, págs. 60, 79 y *passim* », remitiéndose así a las *Cartas sobre la tolerancia* de LOCKE, primer pensador de alcance que, hacia finales del XVII, situara la cuestión en un terreno de derecho de libertad.

posición de este capítulo nunca se eleva tanto en los índices, aunque también es verdad que, entre una y otra denominación, tiende a hacerlo hasta el punto de resultar casi un capítulo institucional primero, tras la Constitución y el sujeto constituyente, en uno de los últimos esquemas, como hemos visto. Parece un retorno. Recordemos que « Estado e Iglesia » venía inmediatamente tras el capítulo de « Las Constituciones Españolas » en la edición primera del MHDE para postergarse luego a un penúltimo lugar, delante del de « La ciencia del Derecho », el último siempre éste. Se reproduce ahora una elevación que pudiera responder a la suposición dicha, a la razón de libertad, pero que cabe también que se deba a un motivo que mira al Estado: al de su afirmación respecto a una Iglesia, la católica, lo cual puede constituir realmente en España, en la constitucional, una cuestión primaria. Esta segunda era la razón que operaba en el MHDE respecto a la ubicación del capítulo, sin perjuicio de que la preocupación por la libertad estuviera presente en otros. Sabemos que en la primera edición el único punto que observaba respecto a derechos en la Constitución de Cádiz era la falta de libertad religiosa (3). Como ambas cosas, también la de libertad, se encuentran realmente ahora en el capítulo y como no tenemos la HCE para apreciar todo su sentido, voy a situarlo, a fin de valorarlo, en el curso de la obra historiográfica de Tomás y Valiente.

Su obra se ocupa efectivamente del asunto de la Iglesia católica en tiempo constitucional desde la primera fase, la de HD. Temprano le alcanza, pero no por motivación de libertad. El hilo que le conduce primeramente al tema es el de la desamortización y a propósito además de la crítica de un estudio de posición eclesiástica, con lo que el abordaje resulta un tanto escorado (4). Pero Tomás y Valiente afronta más sistemáticamente el asunto durante su propia primera fase, por los años de madurez de la misma, en el lugar

---

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 439, ed. 1979, y siempre, pero desde 1980, p. 440, con el añadido que vimos respecto a los derechos en general. El capítulo eclesiástico ya sabemos que es el 26, ed. 1979, y el 35, ed. 1981.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, reseña de Juan PÉREZ ALHAMA, *La Iglesia y el Estado (Estudio histórico-jurídico a través del Concordato de 1851)*, Madrid 1967, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 37, 1967, pp. 612-617.

previsible y dicho: dentro del MHDE, de su sección de *El sistema normativo del Estado liberal*. Había de afrontarla aunque sólo fuera por el imperativo de una exposición que ha debido considerar con anterioridad el derecho canónico histórico. Ahí ya teníamos un capítulo de esta materia y de título incluso igual más un subtítulo. El título completo era, si recordamos, «Estado e Iglesia: Derecho concordatario». También por los mismos años aborda el asunto con ocasión de un encuentro internacional, como ponencia sobre el caso de España que dejara inédita o incluso parte en borrador (5).

El texto inédito también se centra en la cuestión concordataria, lo que ya pudiera estarnos indicando que se trata de un asunto de relaciones institucionales y no de libertades. Pero no es esto lo que de partida encontramos. Dicho texto comienza por un apartado sobre «Estado liberal e Inquisición», una entrada quizá algo extraña por el segundo término, a través del cual ya había tenido algún acercamiento muy temprano al tiempo constitucional (6). Resulta más amplia de lo que parece anunciar. Este inicio de donde parte es del arranque colonial del constitucionalismo estadounidense. Allí se habría producido el establecimiento del «principio fundamental de libertad religiosa y de tolerancia» no sólo entre una mayoría, sino también «para quienes observaran un credo minoritario, o para los disidentes o incluso para los judíos y paganos» (7). Lo cual se entiende que resulta bien pertinente: «Estos hechos son conocidísimos, desde luego, pero conviene aludir a ellos porque sólo así podremos comprender que la primera batalla de los liberales espa-

---

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Cambios institucionales y dinámica concordataria en España*, texto de 1978 que, sólo en parte mecanografiado, no está ultimado del todo. Consta en el mismo que lo preparó para el encuentro de la Universidad italiana de Parma, *Coloquio italo-español sobre relaciones entre el Estado y la Iglesia*, al que acudió en septiembre de dicho año de 1978, según registraba en su *Curriculum*. Por el estado a medio ultimar como se encuentra, no se incluirá en las *Obras Completas*.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 34, 1964, pp. 417-462.

(7) Como es texto que permanecerá inédito, puede interesar la autoridad que entonces manejaba al efecto: era todo un clásico como la edición de Adolfo POSADA, con traducción y estudio suyos, del JELLINEK, *La declaración de derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, Madrid 1908.

ños a la hora de construir el Estado liberal consistió necesariamente, no en establecer la libertad religiosa, sino en suprimir la Inquisición ». Este preámbulo propio también gaditano y la introducción colonial previa forman un solo epígrafe que compone con los apartados consecutivos el siguiente índice:

1. Estado liberal e Inquisición.
2. Libertad religiosa y Constituciones.
3. El desmantelamiento institucional y patrimonial de la Iglesia del Antiguo Régimen.
4. Las nuevas bases institucionales.
5. Del Concordato de 1953 hasta la situación actual.

Situación actual era aquí entonces, en 1978, la constituyente, la que desembocaría a finales de año en la Constitución vigente. Al final tampoco dejan de recuperarse expresamente unos principios: « Se ha abierto en mi país una etapa nueva. No sería pertinente tratar de describirla aquí y ahora. Sólo conviene insistir en que se intenta crear un Estado democrático y social de Derecho, con garantías constitucionales hacia las libertades individuales y con pretensiones de aplicar el principio de igualdad en el mayor número posible de ámbitos. Por ejemplo, en el religioso ». Pero a continuación, ya concluyendo, se reflexiona, no sobre estos principios de libertad y sus requerimientos constitucionales, sino sobre unas relaciones institucionales: « ¿Tiene sentido dentro de un Estado que garantice no sólo libertades, sino también igualdades, un nuevo Concordato entre él y la Iglesia católica? ». La ponencia trataba de « Cambios institucionales y dinámica concordataria ».

El capítulo del MHDE también de lo que trata es de « Derecho concordatario », de relaciones concordadas entre « Estado e Iglesia ». Esto como título y lo otro como subtítulo sabemos que es su denominación. Aquí tenemos además alguna explicación de que nunca hiciera por publicar o de que ni siquiera mecanografiara por entero la ponencia de 1978. En lo sustancial ha resuelto el capítulo. Puede incluso decirse que aquí es donde la misma se encuentra impresa y en limpio. Aunque quizá se tenga más fácilmente a mano y a la vista, reproduzcamos el índice de « Estado e Iglesia: Derecho concordatario » del MHDE:

1. Estado liberal, Iglesia católica e Inquisición.
2. Libertad religiosa y Constituciones.
3. El desmantelamiento de la Iglesia del Antiguo Régimen.
4. Las nuevas bases concordatarias: el Concordato de 1851.
5. El Concordato de 1953.
6. El Código de Derecho Canónico de 1917 y la reducida importancia del ordenamiento canónico en la sociedad actual.

Bingo: sin aparato de notas y con una sumarisísima orientación bibliográfica final en cambio, el grueso del capítulo procede de la ponencia. Se sintetiza la exposición al máximo y se agrega noticia sobre el derecho canónico que en el encuentro internacional podía darse por sabida. Tampoco puede descartarse desde luego la inversa, mas nos basta la relación: la ponencia es desarrollo del capítulo o éste es síntesis de aquel. Por el tenor de ambos, parece lo segundo. Esto me lo hace también pensar que se duda todavía sobre el índice, apareciendo un encabezamiento tercero tachado sobre «Desamortización y dotación de culto y clero» y «Exclaustración» con la vacilación a su vez del orden entre estos dos epígrafes, en el caso de la ponencia. Además, en unos esquemas de mediados de los setenta, cuando ya avanzaba en otras partes del MHDE, este capítulo presentaba todavía una estructura distinta, sin el arranque de la Inquisición y sin la transición del desmantelamiento:

1. El Derecho Canónico: preceptos constitucionales sobre la confesionalidad o aconfesionalidad del Estado.
2. La Codificación del Derecho Canónico: el *Codex Iuris Canonici* de 1917.
3. Los Concordatos de 1851 y 1957.

Todo esto también implica que el capítulo sobre «Estado e Iglesia» de la MHDE, el cual constituía al respecto su historia constitucional de la primera fase, gravita en mucha mayor medida sobre unas relaciones institucionales sin juego prácticamente para el derecho de libertad. Resulta éste una posición más, bastante tímida y nada prioritaria para unas Constituciones muy contadas. El preámbulo americano ha desaparecido y tampoco se desemboca en la recuperación de unos principios. Al contrario de lo que puedan

hacer otros como ya sabemos, este capítulo no concluye en la Constitución vigente <sup>(8)</sup>, sino en el Estado presente: « El *ius canonicum* era parte integrante del *ius commune*, cuya generalización por toda la cristiandad desde la Baja Edad Media ya hemos estudiado. Pero a partir del siglo XIX el Estado tiende a no reconocer más Derecho que el emanado de sí mismo y el concertado en virtud de tratados firmados con otras entidades soberanas (una de las cuales puede ser la Santa Sede vaticana). Aquella vigencia plena, integradora y creativa del *ius commune* ha desaparecido por el positivismo estatal » <sup>(9)</sup>. Ahí queda el asunto.

Tomás y Valiente regresa tras la segunda fase, tras el TC, para el reto de la tercera, para la HCE. No extrañará a estas alturas que no se trate propiamente de regreso. El trasplante que hemos visto entre la ponencia y el capítulo dentro de la primera fase no va desde luego a producirse entre fases distintas. ¿Qué podía ofrecer el « Estado e Iglesia » del MHDE al « Estado e Iglesia » de la HCE? Como en otros casos vistos, no parece que mucho. Mediaba toda una experiencia constitucional que también podía incidir, por vía de libertad, en un capítulo como el eclesiástico. En su periodo de magistratura, el Tribunal Constitucional hubo de enfrentarse con cuestiones tan neurálgicas para la misma rúbrica de « Estado e Iglesia » como la libertad de enseñanza. Mas aquí miramos su obra historiográfica. No faltan durante la segunda fase ocasiones para afinarse este capítulo histórico con el afilador del derecho constitucional, del derecho de libertad, aunque no se ve que se aprovecharan particularmente al propósito <sup>(10)</sup>. En todo caso, regreso a la HD ni realmente al MHDE ya sabemos de sobra que no cabe.

Tras el TC, tenemos no sólo el capítulo de « Estado e Iglesia » de la HCE. También contamos, para seguirnos situando, con el texto anotado de una conferencia pronunciada con ocasión del año

---

<sup>(8)</sup> La edición primera hacía una alusión al derecho vigente por parte concordataria, no por la constitucional (p. 469, con referencia al Concordato de 1953: « Siendo en el momento de escribir estas páginas un régimen jurídico a revisión negociada, no parece pertinente exponer aquí su contenido »), lo que luego desaparece sin más.

<sup>(9)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 470-471, ed. 1979, ó 618, ed. 1981.

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, y en general el libro *Códigos y Constituciones* que lo incluye.

internacional de la tolerancia, el de 1995, en el mes de noviembre, la cual además enfoca de un modo resueltamente histórico (11). La historia le sirve para algo que ya le conocemos, para aquello que hacía respecto a *In dubio pro reo*: para proceder a la distinción más rigurosa entre las tolerancias preconstitucionales y la tolerancia constitucional, ésta, y no aquellas, derecho de libertad. Históricamente, nos explica, «la tolerancia entra así en el terreno de la economía del poder, o con más precisión, en el de su ejercicio. Forma parte del arte de gobernar. Su campo semántico estaría compuesto por términos tales como equidad, benevolencia, flexibilidad, corrección pacífica. Por otra parte, vista por quien la recibe, la tolerancia consiste en una omisión del castigo a la que el beneficiario no tiene derecho, pero que debe fomentar en su ánimo gratitud, arrepentimiento y una mejor disposición hacia el futuro, en el que no debe repetir lo ahora tolerado o disimulado» (12). No estamos evidentemente ante una tolerancia propia del tiempo constitucional.

Pero una tolerancia parecida, porque tampoco constituye derecho, aunque algo más digna, pues no persigue directamente la subordinación, no es raro que se formule y encuentre por tiempo constitucional. Y no es lo peor. También cabe, pues ha cabido, la más pura intolerancia en esta época de Constituciones. «No nos hagamos ilusiones retrospectivas. El planteamiento que subsiste es el binomio antitético entre Verdad religiosa y libertad de pensamiento. Durante gran parte del siglo XIX, en el plano constitucional del Estado, no cabe la tolerancia, ni la del poder político, ni la establecida entre ciudadanos en un terreno que continúa regido por la

---

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Ensayo sobre la tolerancia y su historia*, editado en la colección póstuma *A orillas del Estado*, pp. 229-250. La conferencia se pronuncia en el mes de noviembre en un ciclo sobre la tolerancia de la Facultad de Teología de Burgos. En manuscrito lleva el título de *Pequeño ensayo sobre la tolerancia, su historia y sus contrarios*. Por las fichas veo que fue un texto bastante pensado y elaborado.

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Ensayo sobre la tolerancia y su historia*, p. 232. Para este punto de la tolerancia histórica, remite expresamente al apartado correspondiente, el tercero del capítulo séptimo, de *L'ordine giuridico medievale* de GROSSI, donde encontramos en efecto la exposición del concepto, pero imprimiéndole TOMÁS Y VALIENTE su propio giro: dicha tolerancia, la histórica de derecho canónico, se presenta como un valor positivo por parte de GROSSI.

jerarquía y el poder de la Iglesia », explica y a continuación ilustra refiriéndose a España. Cuando adviene aquí la tolerancia, también resulta limitada para una perspectiva de libertades: « Démonos cuenta que de libertad de cultos se habla y esa es la libertad que se tolera, porque nadie postula ni menos aún logra la libertad de conciencia o la libertad religiosa ». Así tenemos, « la tolerancia como mal menor » y la cuestión de religión reducida a « cuestión eclesiástica », a dicha permisión de otros cultos como libertad admisible. El campo semántico ahora es el mismo de los burdeles: « El lenguaje es cruel en sus analogías. Al mismo tiempo y en el mismo país en que hay tolerancia de cultos, hay *casas de tolerancia*, porque supuesto que el pecado de la carne es inevitable, mejor tenerlo secreto y controlado: tolerado » (13).

La tolerancia constitucional es en cambio el derecho, el derecho de libertad se entiende, de una libertad que en rigor, por ser derecho, no precisa ya de tolerancia. He aquí su conclusión: « La libertad es ya derecho, y en cuanto tal lo que a ella atañe, y muy en particular a la libertad de conciencia, no es ni debe ser objeto de tolerancia ». Abunda: « Aun a riesgo de parecer provocativo, lo cual puede parecer inapropiado para quien, como yo, ya no es un adolescente, diría que, donde hay derechos, y derechos fundamentales, queda menos espacio para la tolerancia. Si ésta ha sido en sus formas sucesivas una forma de coexistencia con el pecado y/o con el error o con la diferencia peyorativa, y en consecuencia algo generosamente otorgado a quien ningún derecho tenía a ser tratado así, no parece que se pueda seguir hablando de tolerancia ». « Donde hay derechos fundamentales y se tiene la posibilidad real de exigirlos y hacerlos cumplir, la tolerancia resulta insuficiente, queda empequeñecida, y para seguir siéndolo tiene que ser otra cosa de lo que durante siglos ha sido y se ha pretendido que fuera. No puedo evitar que las actuales prédicas sobre la tolerancia me parezcan anacrónicas, tardías en buena medida. Porque quien antes pidió sin éxito la tolerancia, hoy tiene el derecho fundamental a ser lo que quiere ser,

---

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Ensayo sobre la tolerancia y su historia*, pp. 235, 241 y 243.

a pensar y opinar libremente y a exigir respeto, donde antes pedía tolerancia » (14).

Le he dejado en exclusiva la palabra por no arriesgarme a debilitar su rigor actual. Recuérdense sus expresiones citadas de la primera fase, allí donde se refería a unos inicios constitucionales en unas colonias hablando del establecimiento de un « principio fundamental de libertad religiosa y de tolerancia » como si fueran equivalentes. No es lo mismo introducirse en la historia constitucional con una o con otra idea de lo que sean sus categorías. Se ofrece una imagen bien distinta del mismo caso español con un entendimiento o con el otro. Frente a la intolerancia, la tolerancia es un valor, pero éste no se mantiene respecto al derecho de libertad. Para la misma historia española, no cabe desde luego duda de lo primero, del valor de la tolerancia en un contexto ajeno a los derechos. Ante la celebración de un quinto centenario, el de 1492, Tomás y Valiente dejó escrito que hubiera sido mejor la conmemoración del de 1478, porque entonces se consagró la intolerancia, con el establecimiento de la Inquisición hispana, y al cabo del medio milenio, en 1978, la Constitución española reconoce la libertad de conciencia (15).

Mas ahora ya estamos en la historia constitucional y ésta tiene sus exigencias. El remedio de la tolerancia palidece ante un derecho de libertades. De ahí proviene la precisión. No es la única, como ya sabemos. Ya no es para nosotros ningún misterio que este rigor, este requisito preciso para hacerse una buena historia constitucional o una historia constitucional sin más, Tomás y Valiente lo ha logrado, no en la fase de HD, sino en la del TC, no en la de trabajo historiográfico, sino en la de experiencia constitucional.

La constatación puede que no resulte muy halagüeña para quienes tenemos la historia del derecho por profesión y creemos que la misma también nos inviste de competencia para la historia constitucional. Mas Tomás y Valiente parece estar justamente diciéndonos que sin la profesión constitucional en su doble sentido, sin la posición, el conocimiento, la experiencia, el sentimiento y la creencia constitucionales, no cabe historia constitucional; que ésta

---

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Ensayo sobre la tolerancia y su historia*, pp. 246-247.

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Deux années décisives*, p. 9, en Jean Pierre DEDIEU (ed.), *Les deux éveils de l'Espagne (1492, 1992)*, París 1991, pp. 7-13.

no puede reducirse a la historia del derecho extendida a la edad contemporánea. Como también podía decirles a los juristas que no puede consistir en derecho retroproyectado sin comprensión ni sensibilidad historiográficas. Llegando a la redacción efectiva de la HCE, podía venir a comprobar que la posición moral no basta para la historia constitucional, pero que es un requisito; que desde el cinismo o el escepticismo puede hacerse quizá historia del derecho y quizá una buena historia del derecho, pero no de Constitución; que puede que no signifique en fin lo mismo *historia* para una historia y para la otra, para historia del derecho y para historia del constitucionalismo. Ahí teníamos la tradición, ya menos actualidad, de que los constitucionalistas profesionales que menos creían en el constitucionalismo, los que mejor se habían aquí acomodado a un *Derecho Político*, era quienes venían a practicar la historiografía constitucional. Podría todo esto con autoridad pensarlo y decirlo hacia un lado y hacia otro, a diestra y a siniestra, porque llegó a reunir las condiciones.

Llegamos por fin, con ellas, al capítulo de « Estado e Iglesia » de la HCE, a la HCE efectiva. Mas el gozo cae en un pozo. Leído a estas alturas, parece un paso atrás y que no se aplica a fondo. No se regresa desde luego a los términos institucionales del MHDE, a su extensión a tiempo constitucional de la HD. Esto es impensable y no ocurre. El mismo capítulo tiene ahora presente el derecho de libertad. Así comienza: « La relación entre el Estado y la Iglesia católica es un problema constante en el constitucionalismo español desde sus inicios hasta la actual Constitución. El reconocimiento o el desconocimiento constitucional del derecho a la libertad religiosa ha dependido de los avatares de esa relación entre poderes ». Y así concluye: « Las libertades de los individuos priman ya sobre las relaciones entre poderes ». Entre la consideración de partida y la de llegada, tenemos sumaria noticia de la posición de la libertad en los arranques constitucionales previos al español y tenemos cumplida explicación de la evolución española respecto a la creencia y ejercicio de la religión a través de las Constituciones como respecto a las relaciones más o menos concordatarias del Estado con una Iglesia, la católica. Al contrario que en el MHDE, ahora también sucintamente se expone el derecho constitucional vigente al respecto, con la entrada que esto supone para los mismos principios de libertad. Si

sigue centrándose en unas relaciones entre poderes, es porque entiende que incluso en el siglo XX « el problema de las relaciones Estado e Iglesia continuó presidiendo el de la libertad religiosa o de conciencia » (16).

No es éste un capítulo paragonable al de MHDE. Quiero decir que no admite comparación por la entidad historiográfica y el valor constitucional muy superiores del capítulo de HCE. Pero en la concepción de una estructura no estamos tan distantes. El hecho es que sigue primando la afirmación de un Estado respecto a una Iglesia, más que la posición de unos derechos de libertad de los individuos o de las comunidades que forman, no sólo la católica y no sólo las eclesíásticas, respecto a unos ordenamientos propios. La misma elevación del capítulo en el índice no estoy muy seguro de si finalmente responde, en la HCE, a consideración de una primera libertad, o más bien todavía, como en el MHDE, a la afirmación del Estado en este frente importante de la Iglesia. « Estado e Iglesia », este mismo título recidivante, puede ser otro dato expresivo. Ha habido un periodo intermedio de otra titulación, la de « Cuestión religiosa », que podría tal vez estar pensando en alguna alternativa. No puedo asegurarlo. Pero tenemos sobre todo la conferencia acerca de la tolerancia con un rigor que parecía anunciar otro tratamiento.

Paso atrás quizá no haya. Recordemos que la conferencia sobre la tolerancia es de su último otoño, de noviembre de 1995. El capítulo de la HCE sobre « Estado e Iglesia » estaba seguramente ya escrito. Si la primera abre el horizonte, el segundo no era entonces tan definitivo. No digo que fuera a ponerse a reescribirlo tras el año internacional de la tolerancia, tras su reflexión sobre el asunto. Tal vez ni siquiera la conferencia iba a incidir directamente sobre un capítulo ya tan hecho. De volverse sobre él, sería por otra razón. Lo que no descarto es que la prosecución de la HCE, con los derechos de libertad ya siempre pujando, podría haberle fácilmente llevado a la revisión del capítulo de marras comenzado por su título. En su estado actual, no está concebido ni realizado desde la perspectiva

---

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estado e Iglesia*, pp. 115, 133 y 148.

constitucional de unos derechos de libertad que hubieran tenido tal vez que comenzar por despegarse de la posición del Estado.

Desde esa perspectiva, podría quizá que la misma Iglesia del caso, la católica, se sometiera mejor a estudio constitucional, a un estudio que, en cuanto tal, tenga en cuenta como derechos de libertad no sólo el individual sino también el comunitario, un derecho así propio de la misma Iglesia que plantearía entonces el reto de su constitucionalización. Quizá su caso no se mantuviera como una referencia externa para el propio constitucionalismo. En el mismo estudio más monográfico de unos *orígenes del constitucionalismo español*, la Iglesia aparece con un rostro refractario que le sería connatural (17). No habría para ella un destino constitucional como el del Estado. No se considera cuestión la evidencia de que no se acabe de integrar, por deficiencias internas, en una exposición de ese signo constitucionalista. También estamos desde luego ante un efecto de la delimitación española. En fin, a lo que nos importa ahora y evitando siempre especulaciones, el caso es que tenemos un capítulo escrito de la HCE, pero que no podemos darlo por definitivo a la vista de la propia obra de Tomás y Valiente.

No podemos porque, si está planteado, no está resuelto conforme a sus posiciones más rigurosamente constitucionalistas. Si esto es así, si el capítulo definitivamente no puede decirse que responda al derecho de libertad en su ámbito, ¿por qué, vuelvo a preguntarme, fue el primero que escribiera? Sólo tengo a estas alturas una respuesta: porque podía parecerle el más fácil una vez sobre todo que se evitaba la complicación constitucional interna de la Iglesia manteniéndola como algo en sí ajeno a los requerimientos de libertades del propio constitucionalismo. La facilidad podía ser engañosa. Por esto no descarto que el capítulo, tal y como estaba, hubiera comenzado a desentonar conforme se fueran realizando otros de dificultad sabida. Nunca tendremos el contraste. O lo tenemos solamente en la medida insegura de una obra tan inconclusa que ningún pasaje puede darse por definitivo. Abierta estaba y abierta queda. Nadie tiene derecho a cerrarla.

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El arzobispo de Santiago y las Cortes de 1810*, citado, pero es una constante, pues no era otra la perspectiva de sus estudios sobre la desamortización.



## CAPÍTULO CUARTO

### Y PARTE APENAS PERGEÑADA: LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS

No hay más escritos de la HCE. No aparecen en ordenadores, ni en el de casa ni en el de la Universidad, ni tampoco en carpetas, ni en pantalla ni en papel. Pero durante los breves años de la tercera fase, desde que impartiera las *Cuatro lecciones* y redactara la *Exposición de motivos* en 1993, Tomás y Valiente no dejó de producirse respecto a materias de la HCE, ofreciendo resultados que miraban probablemente al proyecto. El poco tiempo vivido de la tercera fase fue de verdadera densidad biográfica. Había salido de la Presidencia del Tribunal Constitucional con una autoridad que era ante todo moral o, si se prefiere, ciudadana, pudiendo además ahora manifestarla con una libertad que no había debido permitirse y no se había permitido durante su magistratura. « Cuando he dejado de ser magistrado del Tribunal », cabe incluso que defienda su propia obra jurisprudencial: « Cualquier acusación contra mí de actuar ahora como juez que juzgó y como defensor del juez que juzgó está, pues, justificada » (1).

Como figura pública de significación constitucional, se ve así muy solicitado para encuentros, seminarios y conferencias. Entre prodigarse y retraerse, entré el compromiso y la inhibición, no parece que dudara aun a costa del proyecto de trabajo propio. Tampoco eran cosas que tuvieran que andar reñidas. A vueltas continuamente con cuestiones constitucionales y con su proclividad o incluso, a su entender, necesidad de abordarlas históricamente, el

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La resistencia constitucional y los valores*, p. 648, nota 40, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1995, pp. 635-650, coloquial en el contexto.

compromiso puede servir al trabajo. Aparte siempre la reflexión, de poder, aprovechaba, no limitándose a la presencia física y manifestación oral, sino pasando al estudio por menudo y a la exposición por escrito. Hay ocasiones en las que la invitación aceptada era directamente a un texto. Así también se adentraba en cuestiones propias de la HCE, anticipando estudio. Algunas muestras ya conocemos. Pueden cobrar un valor inesperado tras la interrupción criminal, con su vida, del proyecto.

Tenemos así más páginas que no pueden desde luego suplir nunca el libro, pero que cabe que nos ayuden a entender el proyecto porque ya se pensarán incluso, aunque provisionalmente, para el mismo. Algo parecido a lo que hemos visto en una primera fase entre una ponencia y un capítulo, puede que fuera a darse también en esta tercera. La posibilidad precisamente se perfila respecto al asunto mayor de los derechos y sus garantías o más particularmente respecto a éstas en su vertiente judicial básica. No es tampoco que haya mucho. El apartado me temo que, con su importancia, va a resultar particularmente insuficiente. Pero encuentro bastante para abordar este asunto de la justicia. No tenemos el capítulo correspondiente de la HCE ni siquiera en una versión no del todo convincente, pero contamos con materiales para interesarnos. Tratemos de situarlos como ya sabemos.

Retornemos a la primera fase, al MHDE, a su sección de *El sistema normativo del Estado liberal*. No hay en él un capítulo de derechos y garantías. Lo hay de la justicia bajo el título de « Codificación del derecho procesal », lo que ya parece anunciar un tratamiento meramente institucional <sup>(2)</sup>. Mas ya anuncié al principio que no es así. El capítulo comienza con un apartado de « Consideraciones introductorias » que entre otros extremos subrayan « un punto que con demasiada frecuencia suele dejarse en la sombra, a saber, la enorme vinculación entre Derecho procesal y Derecho constitucional », una « íntima relación » que aquí expresamente se asume como « principio metodológico para interpretar más de un

---

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 31, ed. 1979, ó 29, ed. 1981.

problema » (3). Un segundo apartado del capítulo, o primero sustantivo tras dicha introducción, se titula « Preceptos de rango constitucional sobre el poder judicial » y versa sobre la separación e independencia de la justicia en relación con otros poderes, el legislativo y el ejecutivo. La cuestión de los derechos y sus garantías sólo llega al abordarse « La codificación del Derecho procesal penal », en su primer apartado sobre « El proceso penal del Antiguo Régimen y la reacción contra el mismo » (4). Entra de una forma que ya sabemos más bien optimista, propia de esta primera fase.

Entra así: « Desde la segunda mitad del siglo XVIII se generalizó una campaña contra el proceso penal inquisitivo y contra sus piezas básicas: contra la tortura, el secreto de la acusación y la total o parcial indefensión del reo. Es entonces cuando realmente se acepta el principio de la presunción de inocencia en favor de cualquier ciudadano y es también a partir de las primeras declaraciones de derechos y las más tempranas Constituciones cuando se institucionalizan las normas básicas de un nuevo tipo de proceso penal, con la preocupación fundamental de que el desarrollo del mismo no conculque nunca las garantías constitucionales en favor de los derechos del individuo », aunque « en España tardó mucho en realizarse una reforma profunda del proceso penal », lo cual es signo de « la escasa sinceridad del liberalismo español en cuanto hiciera referencia a la defensa de los derechos del individuo frente al Estado » (5).

La entrada es completamente congruente con la obra de primera fase de Tomás y Valiente. Le hemos visto corregirse durante la segunda en el trabajo sobre *In dubio pro reo* en lo que toca a la misma predicación y no sólo a la eficacia del principio constitucional de presunción de inocencia. Ahora nos interesa hacer notar el modo parcial y limitado como hacen su entrada los derechos y sus garantías en el campo de la justicia. Para la España de la época, quiero

---

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 555-556, ed. 1979, ó 520-521, ed. 1981.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 556-558 y 566-567, ed. 1979, ó 521-523 y 531-532, ed. 1981.

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 567, ed. 1979, ó 532, ed. 1981.

decir del momento cuando se escribe y publica el MHDE, sólo su aparición en el campo judicial y su significación en la vertiente penal reviste una gran importancia. Pero ahora estamos considerándolo desde la perspectiva de una tercera fase y no de la primera. Ya nos hemos situado en el momento más exigente de la HCE y lo hemos hecho así además gracias al propio Tomás y Valiente, al de las fases segunda y tercera.

Durante la fase segunda vino el bicentenario de la Revolución francesa y participamos en una celebración dedicada precisamente a la justicia. Tomás y Valiente titula su intervención « De la Administración de Justicia al Poder Judicial ». Comienza marcando el contraste entre justicia histórica y justicia constitucional, debiendo conformarse ésta como poder entre poderes y tendiendo a hacerlo todavía como dependencia administrativa. Mas la revolución ofrece también otra alternativa: « Se configura la idea de un juez popular elegido para ejercer la función de la justicia por un tiempo determinado, pero elegido por el pueblo. Y junto a esta idea de juez elegido por el pueblo, aparecen otras ideas complementarias en clara consonancia con ella: la idea del jurado, la idea del arbitraje que se fomenta y se potencia, y la idea del juez de paz como individuo del pueblo que ejerce funciones judiciales o, al menos, conciliatorias ». Es una alternativa que no parece encajar en la concepción de la justicia como poder que se entiende más propiamente constitucional, un poder tan funcionalmente independiente como orgánica y normativamente sujeto a ley, a la determinación de otro poder o del propio pueblo a través del mismo, un poder el de la justicia que así requeriría mayor institucionalización. En esta perspectiva sigue situando Tomás y Valiente su historia judicial (6). De la jurisdicción que más le toca se preocupa también a efectos historiográficos (7).

Ya en la tercera fase, en 1993, Tomás y Valiente imparte, como ya sabemos, un seminario de *Cuatro lecciones de Historia Constitu-*

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *De la Administración de Justicia al Poder Judicial*, pp. 21 y 27, en Centro de Estudios Judiciales, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid 1990, pp. 11-31.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El sistema europeo de constitucionalidad*, en *Saber Leer. Revista crítica de libros*, 21, 1989, pp. 8-9, a propósito de P. CRUZ, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

*cional, 1812-1978*. También ya nos consta que las dos lecciones intermedias se titulan « De las libertades individuales a los derechos fundamentales » y « De la Administración de Justicia al Poder Judicial », lo mismo ésta tercera que la conferencia de la Revolución francesa. Pero ahora, en un ciclo de su responsabilidad, viene antecedida por la cuestión de los derechos. Su entrada en el campo de la justicia ya no es, como hemos visto en el MHDE, « frente al Estado ». Se introducen ahora con mucho mayor alcance: « Habría que analizar el papel de las declaraciones de derechos, entendidos como límites al poder del Estado, pero también como justificación de la existencia de éste, concebido precisamente como instrumento artificial para su defensa ». Esto es nuevo en su obra historiográfica y encierra un enorme potencial: los derechos no artificiales, pues no le gustaba decir naturales por evitar equívocos, como razón de ser del artificio constituido por el Estado. En sus apuntes de esta misma lección se detiene en ello, pero no con carácter general ni para el caso de España: « Cómo nacen los nuevos Estados », los Unidos de Norteamérica y « la nueva Francia ». Es una conferencia de la que quedaría satisfecho pues la repitió en América (8).

La otra lección de 1993 que ahora nos interesa, la tercera, no repite la del bicentenario de la Revolución francesa pese a la identidad del título. Sus apuntes acusan una elaboración nueva. Pero a lo que ahora nos interesa y con la exigencia de la tercera fase, no acaba de renovar. No trae causa de la conferencia segunda. La problemática histórica de la justicia constitucional no se plantea a partir de la materia previa de los derechos y sus garantías. La alternativa de la revolución no comparece. La cuestión sigue tratándose entre poderes. El progreso se entiende « hacia un poder judicial independiente », hacia la justicia que llega con la Constitución actual. « ¿Perfección? No, claro que no », también anota (9).

---

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historia constitucional española, 1812-1978*, pp. 27-28. Sus apuntes indican que la impartió también en Buenos Aires, Argentina, algo más de un año más tarde, en junio de 1994; se trata de una ocasión en la que ofreció un curso de historia constitucional de mayor extensión, durante un mes, que fue transcrito, pero la transcripción me comentó que no le convenía y parece que ni la corrigió ni la guardó, pues no la he localizado entre sus papeles y la organización no me da cuenta.

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historia constitucional española, 1812-1978*, pp. 28-29.

Del mismo año 1993, de finales como sabemos, es la *Exposición de motivos*. Por no estar continuamente remitiendo y por la significación también que puede ahora cobrar la referencia, conviene repetir la previsión que hacía respecto a las dos primeras cuestiones principales, entre tres, de la HCE, de una historia constitucional que entonces se planteaba como estudio de « la construcción institucional del Estado ». Hela: « En primer lugar el (campo) relativo a las libertades públicas de los ciudadanos reconocidas en cada Constitución. En segundo término, aludiremos a la regulación legal de la organización del poder judicial o de la Administración de justicia, como con terminología equívoca y no indiferente se dirá durante mucho tiempo. En este campo de problemas es fundamental saber hasta qué punto hubo una potestad reglamentaria subordinada a la ley (principio de legalidad) y si hubo o no, y en su caso bajo qué líneas doctrinales, un control jurisdiccional de los actos (y de cuáles) de las Administraciones públicas (jurisdicción contencioso-administrativa). No es posible saber si el Estado liberal era o no, y hasta qué punto, un Estado de Derecho sin conocer, al menos en una primera aproximación, qué pasaba, qué se legislaba y qué se hacía, en esos aspectos fundamentales ».

No sólo nuestras cuestiones actuales se elevan conjuntamente, guardando una secuencia que tampoco acaba de formularse como conexión intrínseca. También ocurre que el capítulo de la justicia expresamente se amplía al del poder normativo que puede compartir el ejecutivo y al del control jurisdiccional al menos de este otro poder, pues nada se dice del legislativo al respecto. Un principio de legalidad, esta posición incontrastada de la ley, parece la garantía constitucional de todo este capítulo dilatado de la justicia. Aunque explícitamente no se diga, en todo ello debe estar pesando la preocupación por los derechos, la anteposición de su cuestión, esta presencia tangible que no existía en el MHDE, en aquella primera fase.

Tomás y Valiente venía últimamente ocupándose de la cuestión añadida, la de sujeción legal y control jurisdiccional del ejecutivo. La institución del Consejo de Estado que había desempeñado históri-

---

El interrogante final en sus apuntes inéditos que desarrollan algo el resumen publicado.

camente, en el siglo XIX, este género de funciones, sin haberlas perdido luego del todo, ejercía sobre él un verdadero atractivo. Le sugestionaba por la razón historiográfica, que tampoco era ajena a la política, de poder observar y ejercer una forma de control interno de un poder tras la experiencia mayor de la jurisdicción constitucional. Se había acercado a su historia durante el siglo XIX con una llamada de atención sobre la importancia del organismo y la riqueza de sus papeles sin entrar en problemas constitucionales de los derechos y las garantías de cara a su posición administrativa y a su competencia jurisdiccional <sup>(10)</sup>. Se ha ocupado también de unos comienzos gaditanos en los que, por su diverso carácter y cometido, eran otros los problemas que un consejo de igual denominación presentaba <sup>(11)</sup>. Y guardaba apuntes de un seminario sobre unos inicios de la jurisdicción contencioso-administrativa, donde anota: « Esto es lo que yo ahora sé o veo claro » <sup>(12)</sup>. Estaba realmente sobre el asunto cuando accedió a dicho Consejo. La cuestión recuérdese que llega a entrar con entidad propia en los índices de la HCE. Como título de un capítulo acaba apareciendo el epígrafe de « El Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso administrativa ».

Existe finalmente un texto de sumo interés para el presente capítulo. Se trata de una conferencia pronunciada en Argentina en su último verano, a principios de septiembre de 1995, una de las ocasiones que aprovechó para recapitular y redactar. El escrito se encuentra articulado, anotado y mecanografiado, así ultimado. Trata conjuntamente de justicia y derechos, de su relación: *Independencia judicial y garantía de los derechos*. Es una exposición directamente constitucional, no historiográfica, pero se inicia, como él pensaba que se debía, por la historia, por la de tiempo constitucional, por un

---

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico*, en Consejo de Estado, *Inventario de los Fondos de Ultramar, 1835-1903*, Madrid 1994, pp. 9-91, trabajo que puede ser el primero de objeto histórico de la tercera fase, pues está suscrito en noviembre de 1992.

<sup>(11)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, citado. El texto lo redacta tras un seminario de 1995 sobre estos orígenes en el Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>(12)</sup> *Los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa*, que es seminario de noviembre de 1994 en Gasteiz-Vitoria, País Vasco, cuyos apuntes guardaba en un legajo vivo con más materiales para el estudio del Consejo de Estado.

apunte por tanto de HCE <sup>(13)</sup>. Hay novedades para el caso español porque se las está aportando una historiografía en buena parte todavía inédita que se mueve precisamente en la órbita de su magisterio <sup>(14)</sup>. Aunque Tomás y Valiente nunca había abandonado la biblioteca y había vuelto incluso al archivo, bien que no al mismo de la HD, también es verdad que había llegado a ese punto en el que los buenos maestros ya aprenden por reflexión propia más que por trabajo propio, por reflexión ante todo sobre el trabajo relativamente ajeno de quienes, habiéndose formado con uno, han madurado y se han reproducido <sup>(15)</sup>. Contaba con discípulos y discípulas de primera y siguiente generación trabajando en materia constitucional tan dispuestos a suscitarle nuevos problemas como a cuestionarle viejas soluciones, la mejor de las colaboraciones para la HCE que se planteaba.

Las novedades son de historia española, de sus particularidades, más que de historia constitucional, de su problemática. Se trata, por ejemplo, de la evidencia de que el primer constitucionalismo español

---

<sup>(13)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, citado. Recuérdese que del arranque precisamente de este texto es la cita ya hecha de la necesidad de la historia para « la dogmática ».

<sup>(14)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, p. 151, nota 6: « Fernando Martínez y Reinaldo López están elaborando sus respectivas tesis doctorales en la actualidad bajo la dirección de Marta Lorente sobre la organización del poder judicial y la responsabilidad de los jueces respectivamente sobre materiales inéditos y de gran interés ».

<sup>(15)</sup> Clara ÁLVAREZ, carta citada de 18 de junio de 1996: « Decidí también, el año siguiente de su incorporación, presentar una idea: el Seminario de profesores, en sesiones mensuales, donde cada uno expondría las investigaciones en curso y a los que se invitó asimismo a algunos otros que no formaban parte del área. ¡Tendría que haber visto como disfrutaba exponiendo y haciendo observaciones! Era fascinante observar con qué humildad sometía sus trabajos y recogía las opiniones que se emitían allí. Estos seminarios continuaron hasta el final. Y otra novedad consistió en los cursos de doctorado, con programa bianual, que impartíamos todos. Desgraciadamente, en una reunión celebrada a principios de marzo, todo esto desapareció. De su entusiasmo con el Anuario eres testigo y confidente, así que no diré nada sobre el asunto. Pero sí me gustaría hacerte constar la extraordinaria importancia que supuso para él el descubrimiento del Archivo del Congreso ». La reunión referida de marzo es de 1996, tras el asesinato. Su archivo principal de HD era el de Simancas, Castilla-León, el fundamental de la Monarquía histórica. En el del Congreso le introdujo Marta LORENTE, quien ha tenido además la iniciativa de dichas investigaciones de historia judicial constitucional.

se aleja tanto de su propia regla de independencia judicial como para valorar sobre todo en el juez la lealtad política. Pero ahora y por lo que también importa a la historia particular, nos interesan cuestiones más generales, comenzando por la del nexo entre derechos y justicia. Con toda su proximidad, a resultas de la exposición de Tomás y Valiente, parece que no puede producirse la conexión directa porque prima el principio de legalidad, porque este primado, esta relación del juez con la ley antes que con los derechos, se entiende como la garantía eminentemente constitucional de los mismos.

Así introduce en términos históricos el extremo: « En la filosofía política de la que surge el constitucionalismo europeo liberal los derechos individuales o naturales, como entonces solían ser denominados, cumplieron un papel motriz central. Los derechos del hombre y los del ciudadano, según una dicotomía interesada en beneficio de la burguesía como clase dominante, eran el fin del Estado, y el Derecho, entendido como el conjunto de las leyes emanadas de un poder legislativo, que era político, representativo y, por ende, superior en su función, era el instrumento para el goce de los derechos. El binomio nuclear estaba constituido por la ley y los derechos, no por el juez como tutor de éstos ». De esta forma es como arranca un apartado último precisamente titulado « Los Tribunales ordinarios como tutores de los derechos fundamentales » (16).

La cuestión así finalmente se la plantea como propia, no sólo del derecho, sino también de la historia constitucional. Ahora contrasta una indiferencia histórica: « Quizá por un ingenuo legalismo revolucionario que impulsaba a aquellos políticos, filósofos y juristas a creer que lo que estaba en el universo de las leyes estaba ya y por lo mismo en el mundo real, o quizá por desconfianza en unos jueces procedentes con frecuencia del Antiguo Régimen », tenemos que « no hay una preocupación activa ni una búsqueda para conseguir que los derechos declarados estuvieran garantizados », que no se produce « una vinculación entre jueces y derechos » en los constitucionalismos de matriz francesa, pasando a explicar cómo la cues-

---

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, p. 175.

ción se aborda, mediante jurisdicciones especiales y procedimientos extraordinarios, ya en el siglo XX y particularmente en la Constitución española vigente (17). En lo que interesa a la historia, aparte presunciones como la de ingenuidad, lo que importa es que la cuestión se le hiciera así presente como tal problema histórico desde los mismos orígenes de la posición constitucional de unos poderes.

Parece que la misma identificación del problema de la relación entre derechos y justicia por causa del cortocircuito de la ley, no por su existencia, sino por su mediación no contrastable judicialmente, se realiza mejor en clave historiográfica que en la actual. Una constatación del mismo punto y con trazos además fuertes también existe en el único capítulo escrito de la HCE: « Así, si el individuo tiene derechos, el Poder tenía atributos: el hombre sin atributos. Y como los atributos del Poder son límites de los derechos del individuo que quedan en manos del legislador ordinario, los derechos constitucionales del individuo resultan meras apariencias » (18). Es constatación que se hace respecto a la Constitución española de 1876 que, con sujeción explícita de derechos a ley, vino a suceder a la de 1869, bajo la cual ya había comenzado a producirse la interferencia. Reconociendo derechos, ésta daba entrada como garantía a la justicia para verse enervada tanto en el reconocimiento como en el aseguramiento por el cortocircuito de una legislación que no respondía a las mismas expectativas y que no estaba sujeta a contraste por parte de la misma justicia. Para apreciarse el trecho recorrido, contrastemos nosotros lo que antes, en la primera fase, en tiempos de la HD y de aquella historia constitucional contenida en el MHDE, nos decía Tomás y Valiente con referencia a la misma Constitución de 1869.

A finales de la primera fase, ni siquiera teníamos la precisión respecto a la concepción, posición y significación de los derechos en dicha Constitución de 1869, donde entonces lo que podía verse era « una cierta dosis de entusiasmo utópico » en lo que toca a la formulación de los mismos y alguna « conversión de las afirmaciones candorosas o ingenuas en garantías jurídicamente exigibles » en lo

---

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, pp. 175-180.

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estado e Iglesia*, pp. 131-132.

que interesa a su amparo por la justicia <sup>(19)</sup>. En el MHDE ya sabemos que derechos individuales y principios ideológicos compar-ten apartado. Es contexto en que resultan explicables dichas expresiones. Aunque no faltaban indicaciones como también ya vimos, no se apreciaba ni siquiera propiamente la presencia efectiva de la justicia en el mismo título constitucional de unas libertades. En la segunda fase, Tomás y Valiente ya había situado con precisión la posición constitucional de los derechos en 1869: « Los derechos *ilegislables* y las libertades públicas son el verdadero fundamento del nuevo sistema »; « se trata de derechos que la Constitución no crea, sino que reconoce, cuyo ejercicio garantiza »; « ninguna Constitución española había tenido tan definido este propósito y lo cumplió con tanto cuidado como la de 1869 », pero sin reparar tampoco todavía en la clave judicial que podía enervar, pese a la propia Constitución, tales mismos derechos <sup>(20)</sup>. En la fase de HCE al menos esto se detecta, aunque tampoco es que acabe de tratarse distintamente en las ocasiones de que dispuso.

Dichos términos y conceptos propios de la primera fase, los de utopía, candor e ingenuidad, o los de ideología y de una dogmática equivalente según vimos, términos y conceptos referentes a los derechos, son tan inimaginables los unos como impensables los otros en una tercera fase. Si ahora, en la tercera, todavía hace uso de alguna de esas expresiones, como la de dogmática que ya hemos comprobado, no presenta tal connotación de ideología más bien vana. Estamos en un punto clave, como clave constitucional que es, del trayecto recorrido. La preocupación por los derechos viene realmente de la primera fase, pero no es de entonces su concepción estrictamente constitucional y no lo es no sólo por sí misma, sino también y, a la hora de la verdad del derecho que es la eficacia de la justicia, sobre todo por la falta de nervio de su entendimiento de la función judicial antes de pasar la experiencia de la segunda fase, antes de desempeñar la magistratura constitucional, una magistratura de derechos. En este terreno de los derechos que más riguro-

---

<sup>(19)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, p. 144.

<sup>(20)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del derecho español*, pp. 167-171.

samente puede decirse hoy jurídico, el progreso entre fases salta a la vista. Es más que apreciable, tanto que no parece todavía haberlo asumido de forma consecuente y plena en sus propios esquemas de historia constitucional de la tercera fase, en su proyecto de HCE.

Donde no acaba de asumirlo es en clave jurídica aun cuando ya esté adoptándose en la historiográfica. Es el derecho constitucional actual y sus limitaciones también constitucionales lo que puede estorbar la consecuencia. La conferencia argentina de 1995 sobre la justicia puede también mostrarlo pues, aun con el planteamiento histórica dicho, su exposición no es historiográfica, sino directamente jurídica: *Independencia judicial y garantía de los derechos*. Es de carácter general, pero se ciñe a España: «La independencia judicial no puede venir aislada, no tiene consistencia si no es dentro de un determinado Estado y como pieza de un sistema de poderes, garantías, derechos y deberes o responsabilidades», por lo que entiende que tiene sentido dicho atenimiento al caso español (21).

Presenta así una justicia sustancialmente de ley sin problema constitucional de derechos. Una independencia, la propia, y una jurisprudencia, la del Tribunal Constitucional, garantizan que la justicia no se sujete a otra cosa que a ley y que la ley se sujete a derechos. Las posibilidades abiertas por la propia Constitución para una competencia conforme a ley de la justicia respecto a derechos aseguran la conexión entre jurisdicciones, la judicial y la constitucional, sin detrimento de la propia independencia. Tanto es así que «dependencia exclusiva de los jueces a la ley e independencia del poder judicial son categorías mutuamente reconducentes», necesaria la una, la dependencia de la justicia respecto a ley, de la otra, la independencia de la propia justicia (22).

Esto también implica que la justicia sea profesional, y que haya de serlo, sin juego posible para aquellas alternativas en las que reparaba con ocasión de la Revolución francesa: «Como en el Estado de nuestro tiempo la separación orgánica de poderes en lo concerniente al legislativo y al que tradicionalmente se llamaba

---

(21) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, pp. 156-157.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, p. 160.

gubernativo o ejecutivo ha pasado a ser o una utopía imposible o un anacronismo superado por el Estado de los partidos, la separación o independencia del poder judicial resta la única posible, precisamente porque el reclutamiento de quienes lo integran se realiza al margen del juego de fuerzas electorales, tan legítimo y consustancial al proceso de formación de la voluntad política popular, como ajeno en nuestro sistema a la provisión y nombramiento de jueces y tribunales. De este modo, la falta de representatividad no sólo no es causa de falta de legitimidad, sino que, en cuanto significa desvinculación de otros poderes y de los partidos que están en la base, es garantía de independencia y de que la plena legitimidad de ejercicio se ha de conseguir por el sometimiento de cada juez al imperio de la ley en el desempeño de la jurisdicción » (23).

Del imperio de la ley, con el Código, al imperio de la ley, con la Constitución, el círculo parece que se cierra. Y digo que parece porque no lo hace. Dichas expresiones no tienen a estas alturas sentido sino dentro del contexto de un constitucionalismo de derechos. Esto creo que hay que repetirlo pues puede siempre olvidarse. En ningún caso se está diciendo que se haga justicia conforme a ley y perezcan los derechos. Muy al contrario, se están intentando articular las piezas de un régimen constitucional concreto a fin de ajustarlas de un modo garantista para los derechos. Pero al mismo tiempo se infieren principios constitucionales para la justicia misma, principios como el reiterado de la sujeción a ley. ¿No estamos regresando a la posición inicial más legalista, aquella que colocaba un Código de ley por delante de una Constitución de derechos? La respuesta, en el contexto, es indudablemente negativa, pero el principio queda como tal formulado y resulta además, aunque limitado, operativo. Ya lo dijimos al referirnos a la jurisprudencia constitucional.

La exposición de principios constitucionales, y no sólo de un régimen constitucional, se atiene al caso español actual, situándose así los unos, los principios, igual que lo otro, un régimen, en la perspectiva de la Constitución vigente en España: adoptándose tanto sus planteamientos como sus soluciones. Como la misma sujeta expresamente la justicia al *imperio de la ley*, aun sin dejar desampa-

---

(23) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, pp. 160-161.

rado a los derechos, dificulta, cuando menos, la concepción más rigurosamente constitucional de la justicia como función de derechos. Tomás y Valiente detecta el extremo, pero, dentro de perspectiva constitucional tan determinada, no tiene no sólo solución, sino tampoco problema. Cuando en clave historiográfica no acaba de producirse la conexión definitiva entre derechos y justicia será efectivamente porque la misma relación tampoco es que acabe de existir en un ordenamiento presente. « No hay dogmática sin historia », ha comenzado proclamando esta conferencia como ya sabemos. Una vinculación realmente se mantiene, pero tampoco se sabe si en detrimento o a favor de un esclarecimiento conjunto, de la historia como derecho y del derecho como historia.

Sólo estamos ante unos apuntes y sería injusto esperar que realizaran lo que la HCE se planteaba y no pudo hacer. No creo que sea justo pensar que un planteamiento constitucional como el recién visto iba a pasar limpiamente al capítulo correspondiente de su historia constitucional. En la misma conferencia hay elementos de pasado, que se arrastran desde la HD, y otros de futuro, que miran a la HCE. Para apreciar la distancia recorrida, no olvidemos que en estos extremos Tomás y Valiente proviene de la más plena asunción del Código como prototipo, incluso por delante de la Constitución, del derecho contemporáneo, con la implicación legalista y antijudicialista, de derecho y frente a derechos, del caso. Recordemos que esta composición ha resistido incluso a la segunda fase. Sólo ahora tenemos propiamente presente la problemática relativa a derechos y justicia, gracias así esto más a la reflexión historiográfica que a la experiencia constitucional. Puede también ocurrir finalmente de este modo porque en el pasado, con lo que otros han llamado el *absolutismo jurídico*, indicando la exclusiva más estricta de la ley como dispensadora del derecho a la justicia, el fenómeno es más grave, pero también porque respecto al presente sigue operando una identificación con el orden vigente que implica no sólo la aceptación constitucional de sus instituciones, sino también la asunción intelectual de sus categorías (24). No estamos ahora en la perspectiva del *derecho común* constitucional.

---

(24) Aunque no se le aluda expresamente en esta ocasión, hago mención intencionada de dicha temática del *absolutismo jurídico* característica hoy sobre todo, según ya

Con todo esto, no creo lanzarme a especular si añado que la construcción del capítulo o de los capítulos específicos de la HCE sobre los derechos y la justicia así como la propia composición general y elaboración completa de esta historia le hubieran conducido a enfrentar unos problemas que de momento, a los efectos historiográficos, prácticamente tenía tan sólo identificados y que así aún permanecían por razón de que se encontraban neutralizados a unos efectos constitucionales, los del orden constitucional vigente. Mas la historia pujaba y con ella los problemas. La identificación estaba hecha. Lo que no era poco. Se trata de cuestiones que llanamente no existían, como tales problemas, en la HD, en aquella fase del MHDE. Recuérdese el más que sintomático descuido cometido entonces respecto precisamente a los derechos y la justicia en un apartado además tan importante como el de la Constitución de Cádiz. Allí lo vimos. También ya de sobra sabemos que tales cuestiones sólo han venido a tratarse, como problemas, aun con todas sus hipotecas, en la fase del TC. Ahora, en la de HCE, como han encontrado concepción, pueden tener formulación: « Todos los poderes del Estado y muy en especial el judicial deben estar ordenados a conseguir el mayor respeto y eficacia de los derechos de los ciudadanos y en particular de los derechos fundamentales ». Lo sentaba así de taxativamente en un artículo de revista política de 1995 (25).

Tomás y Valiente no cejaba. No iba a hacerlo por acceder al Consejo de Estado a costa de dejar la Universidad. Ya sabemos que

---

sabemos, de Paolo GROSSI, porque, según todavía comprobaremos, está especialmente en estas fechas en el ánimo de TOMÁS Y VALIENTE.

(25) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Cuestión de principios*, en *Temas para el debate*, 7, 1995, pp. 28-31, recogido en *A orillas del Estado*, pp. 127-135, cita en p. 132, formando parte en esta colección de un capítulo sobre *El Poder judicial*, pp. 119-145. La revista de origen, *Temas para el debate*, órgano oficioso de una izquierda del partido socialista, le ofreció en su fundación, en el otoño de 1994, integrarse en su Consejo. Me preguntó que me parecía, le respondí que mal, que no era lugar para él, y me replicó que ya había aceptado. Sería una de esas cosas accesorias en las que discrepábamos; la fundamental en la que coincidíamos se encierra entonces indudablemente en la cita. La sede original, con un público partidista en apuros ante acciones judiciales, también interesa para una forma de edición que, haciendo uso de recuadros descontextualizadores, no parece exactamente ni fiable ni imparcial, pero ignoro lo que él pensara a este delicado respecto.

buscaba fundamentalmente tranquilidad y tiempo, la una para la reflexión y el otro para el estudio. Proyectaba también a este propósito reducir su presencia en la vida pública. Se enfrentaba al desafío pendiente de un libro importante no sólo para el alumnado, sino también y sobre todo para la ciudadanía, una obra que solamente él estaba capacitado para escribir. Sabiéndolo, siendo consciente, como una responsabilidad justamente se lo tomaba. No dejaría de afrontar capítulos tan comprometidos como el de los derechos en relación con la justicia, o la justicia en relación con los derechos. Respecto al mismo, nada más puedo ni debo decir. Si « no es fácil interpretar el silencio » <sup>(26)</sup>, imposible es el definitivo. Si debe haber conclusión, sea como la del capítulo anterior: ninguna. Sólo él podía, como pensaba que debía, extraerla. Los asesinos se lo han impedido.

---

(26) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, p. 245.

## CAPÍTULO QUINTO

### UNA INCIERTA PREMISA: LA UBICUIDAD DEL ESTADO

De las *Cuatro lecciones* de 1993 hay una que no hemos contemplado, precisamente la primera: « De la Monarquía constitucional a la parlamentaria ». No vamos ahora a introducirnos en la historia particular de la monarquía española en tiempo constitucional. De las intimidades domésticas ya sabemos que aquí no nos ocupamos. Pero dicha lección, tratando de la Monarquía, trata al fin y al cabo del Estado, « un Estado definido y construido como un Estado social y democrático de Derecho, cuya forma política es la Monarquía parlamentaria », actualmente (1). Resulta así el Estado lo primero, por delante de los derechos, de la justicia y de las comunidades.

La forma por la sustancia, parece que estamos ante una metonimia. La Monarquía lo que hace ante todo es fungir de Estado. Observemos que las cuestiones tratadas en las *Cuatro lecciones* coinciden prácticamente con las que formula a los pocos meses, a finales de dicho mismo año de 1993, en la *Exposición de motivos*, de la HCE. Y digo lo de prácticamente no porque no sean las mismas, sino porque la primera aparece de diverso modo. En esta motivación las cuestiones recuérdense que eran tres: los derechos, la justicia y la comunidad, las mismas de las tres últimas lecciones, pero pareciendo como premisa de todas ellas el Estado, con aquella identificación que vimos entre historia estatal e historia constitucional. Bajo la veste de la Monarquía, con esta investidura, no es otra cosa lo que ya encontramos en las *Cuatro lecciones* como lección primera.

Tampoco es cosa que nos vaya a sorprender a estas alturas.

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La historia constitucional española, 1812-1978*, pp. 26-27, el resumen como sabemos.

Podemos venirlo comprobando. Si algo caracteriza externamente a Francisco Tomás y Valiente es su identificación primero historiográfica y luego constitucional con el Estado. Y digo ahora externamente pues ahí radica la cuestión. ¿Qué entiende sustancialmente por Estado? ¿Qué entiende a los efectos que aquí nos importan de su plan de HCE, de esta historia constitucional-española o, como él sabemos que prefería, historia del constitucionalismo español? O qué entiende sin más bajo el concepto incluso actual de Estado, pues esto será lo que se refleje en su historia constitucional que es también estatal. Esto será lo que en su caso pese. Con toda la importancia que ya podemos venir detectando y que ahora vamos a comprobar de esta cuestión del Estado en su obra e incluso en su vida, nunca nos ofreció una tratamiento frontal de la misma <sup>(2)</sup>, pero no la rehuye en absoluto y sus escritos están plagados de indicaciones y consideraciones al respecto. Veamos por tanto. Contemplemos lo que él nos dice, pues es lo que aquí interesa <sup>(3)</sup>.

Una identificación de Tomás y Valiente con el Estado fue en primer lugar historiográfica. Volvamos todavía al MHDE. En la sección antecedente inmediata a la constitucional, *La formación y persistencia de los sistemas normativos construidos sobre el Derecho Común (Siglos XIII a XVIII)* que es la cuarta, en su primer capítulo, « Factores permanentes y ejes del cambio en la sociedad y en el Derecho durante los siglos XIII al XVIII », figura este apartado:

---

<sup>(2)</sup> Pudiera haberle ofrecido ocasión en la segunda fase la *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por ARTOLA pues, como ya dije, TOMÁS Y VALIENTE ejerció una especie de dirección de su parte jurídica, entre cuyas grandes voces no podía faltar la de marras, pero fue el director acreditado quien se reservó el capítulo: M. ARTOLA, *El Estado*, en dicha *Enciclopedia*, vol. 2, pp. 93-163, con un emplazamiento histórico similar al que ahora vamos a ver, pero que, de otro estilo, no asimilemos. TOMÁS Y VALIENTE ya vimos que se reservó una voz tan significativa como *El pensamiento jurídico*.

<sup>(3)</sup> Repito esto por excluir lo más expresamente en este punto cualquier asimilación de otras posiciones cercanas. Se podría pensar hacerlo respecto a los discípulos pues, sobre todo quienes entre ellos y ellas más se dedican a las instituciones políticas de la edad moderna, parten sustancialmente del planteamiento del maestro y en un caso al menos de un modo asiduo y no mimético: S. DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid 1993, pp. 415-426, últimamente. Procuero cumplir siempre con la advertencia de que aquí lo que nos interesa es, por encima incluso de los mismos problemas en cuestión, el pensamiento de TOMÁS Y VALIENTE.

« La tendencia a la concentración del poder político. La aparición del Estado », aparición que se ubica en un tiempo más corto entre finales del XV y principios del XVI: « Se unen todos los territorios bajo una misma Monarquía. Desde entonces hay un Estado español » (4). Así de categóricamente hacía tal Estado su aparición en la historia, en la HD se entiende. Ya hemos también observado que el MHDE se caracterizaba por no preconstituir a España o por no hacerlo al menos expresamente, y esto pese a su título de *Manual de Historia del Derecho Español*.

En cuanto a la aparición del Estado y de un Estado español, Tomás y Valiente se cuidaba ciertamente de situarla con mayor rigor de lo que era y de lo que incluso sigue siendo usual, no proyectándolo a tiempos antiguos ni medios en el seno de una historiografía del derecho español que inventaba con facilidad tanto Estados visigóticos como Imperios medievales hispanos o que incluso preconstituía al Estado sin más como sujeto de la historia. Y tampoco es que fuera ni sea una originalidad española. Él lo sabía por experiencia propia pues había dedicado sus desvelos a un grueso manual de *Instituciones de la antigüedad* que se despachaba con un buen menú de Estados, desde *el Estado espartano* hasta *el Estado carolingio*, permitiéndose él, Tomás y Valiente, un signo discretísimo de discrepancia con esta tan temprana epifanía (5). Nada resulta ciertamente más lejos de su planteamiento. Para su entender estamos

---

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 176-178, cita que en esta parte es válida para cualquier edición.

(5) Jacques ELLUL, *Historia de las Instituciones de la Antigüedad. Instituciones griegas, romanas, bizantinas y francas*, traducción y notas de F. TOMÁS Y VALIENTE, Madrid 1970. Las notas llegan sobre todo, y amplias, con la Hispania visigoda; una bibliográfica acerca de sus « aspectos políticos », p. 511, ofrece el signo: « Si Torres señaló y destacó la naturaleza jurídico-política del Estado (?) visigodo, Sánchez Albornoz subrayó y estudió después las vinculaciones privadas de carácter prevasallático ». El interrogante entre paréntesis, naturalmente suyo, es el signo patente al que me refiero. Sus referencias eran a Manuel TORRES LÓPEZ, *El Estado visigótico. Algunos datos sobre su formación y principios fundamentales de su organización política*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 3, 1926, pp. 307-465, y a C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *En torno a los orígenes del feudalismo*, Mendoza, Argentina, 1942. Al cabo del tiempo, en la reseña citada de *Saber Leer*, TOMÁS Y VALIENTE recurre a signo similar para admirarse de la comparecencia del *Estado romano* en la obra que actualmente contiene la más categórica impugnación del medieval: el *Ordine giuridico* de GROSSI, el *Orden jurídico* que ya está traducido.

en cambio ante uno de los « conceptos históricos » que son tales no sólo « porque han surgido en un determinado momento de la historia », sino también y « muy especialmente porque designan realidades que han surgido ellas mismas en un tiempo y en una sociedad concretos, en la historia » (6).

Es la consideración que le llevaba a dicho anágrafe, al registro de nacimiento del Estado entre los siglos XV y XVI, entre el cuatrocientos y el quinientos. Así también lo reafirma desde la consideración de la estructura política del siglo siguiente: « Entre los distintos términos posibles para denominar al Estado del siglo XVII opto por el calificativo de absolutista. El Estado apareció como realidad consolidada y operante hacia fines del siglo XV, si bien hundía sus raíces en fenómenos ocurridos durante los dos siglos anteriores. El eje en torno al cual se construye es la figura del Príncipe » (7). Hay una gestación bajomedial y hay una aparición altomoderna. Ya hemos asistido anteriormente a la explicación de esta epifanía, pues la ofreció en varias ocasiones. Así ha quedado históricamente identificado y registrado el Estado.

Es la concepción que tenderá a mantener más o menos matizada a lo largo de sus diversas fases. Lo manifiesta durante la segunda: « El concepto de Estado es, pues, un concepto histórico en un triple sentido: porque surge en un momento dado, porque responde a la necesidad de denominar una realidad entonces naciente y porque él mismo tiene su propia historia teorizadora ». El momento de aparición puede matizarse, pero no se mueve: « El Estado es el tipo de organización política de la modernidad europea que surge a finales del siglo XV como proyecto o tendencia », institucionalizándose « a lo largo de los siglos XVI y siguientes » (8). En la tercera fase entra

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones sobre la Historia*, p. 146; es otro caso claro de páginas escritas en la primera fase y publicadas en la segunda, pues ya sabemos que fueron originalmente redactadas para el *Manual*.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo* citado al vol. 25 de la *Historia de España Menéndez Pidal*, p. XXV, de primera fase, como sabemos, aunque la publicación se produzca también entrada la segunda. El término concreto de *Estado absolutista*, y no exactamente *absoluto*, lo toma expresamente de Perry ANDERSON, *El Estado absolutista* (1974), Madrid 1979.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, pp. 251-252.

reafirmando la posición: « La Monarquía absoluta fue la primera forma histórica del Estado, de modo que lo que hubo que construir después no fue, como muchos opinan, *el* Estado, sino *otro* Estado » (9). El *absolutismo* es preconstitucional y preconstituye *el Estado*. He aquí ya también lo esencial finalmente: lo que hubo que constituirse en tiempo constitucional. La cuestión histórica del Estado no es sólo eso, histórica. Pero entremos también por la historia.

La epifanía de un Estado moderno, ya no antiguo ni medieval, tampoco dejaba de cuestionarse, según es bien sabido. A finales todavía de la primera fase, Tomás y Valiente recibe la sorpresa. Puedo testimoniarlo. Entre doctor y estudiante, o ya mejor entre doctor avezado y doctor bisoño, mantuvimos correspondencia sobre el tema, de la que creyó oportuno dejar constancia (10). Lo hacía en un trabajo que para sí titulaba *El Estado del siglo XVII*, aunque no fuera éste el título público, y donde se pronunciaba directamente sobre el asunto (11). Lo hace para rechazar resueltamente mi postura: « El nervio del pensamiento de Clavero estriba (si yo lo he entendido bien) en reservar el término Estado hasta que aparezca, ya en el siglo XIX, una instancia de poder que monopolice el poder político ». Exactamente, es lo que yo afirmaba y él negaba: será en la edad

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lo que no sabemos acerca del Estado liberal*, p. 138.

(10) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, p. 18, nota 35.

(11) El trabajo *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII* figura en su *Curriculum vitae* como *El Estado del Siglo XVII: el Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, y se registra en el *Manual*, p. 179, como *El Estado absolutista: el gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos*, pero el título de *Estado* en cualquiera de sus formas no lo encuentro en lugar alguno ni del volumen donde se incluye, tampoco en el prólogo que es suyo como sabemos, ni de la separata con la que me obsequió. En su archivo, la carpeta con la versión manuscrita lleva esta identificación: *El Estado absoluto durante el siglo XVII (El gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos)*. En el contrato, de octubre de 1975, el título es *El gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII*. Lo de *Estado*, con unas u otras especificaciones, era su título y lo otro, propuesta editorial. Procediendo del *Curriculum*, es el título de *El Estado del siglo XVII*, con el resto como subtítulo, el que aparece en la *Bibliografía* citada de A. ROMANO (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, entrada 48 de *Saggi e relazioni congressuali*. El lapsus del *Curriculum* no puede ser más significativo.

contemporánea cuando se constituya *el* Estado y no *otro* Estado (12). Mas él estaba entonces, ahora veremos si luego, especialmente empeñado en la afirmación del Estado preconstitucional (13).

Como era y es pauta en la historiografía, ni él ni yo éramos por entonces conscientes de la implicación que aquí más nos ha de importar, la estrictamente constitucional, aquella que supone la preconstitución del Estado y la falta de cuestionamiento de sus poderes en la historia constitucional, la que plantea la legitimidad del poder como cuestión previa naturalmente al poder mismo y como cuestión referente obligadamente a derechos. Cuando en la primera fase escribió algo tan terminante como que mi negación de la existencia de un *Estado moderno*, aparte de ir « contra la realidad institucional », es un « reduccionismo » que « no sirve para nada » (14), ninguno sospechábamos que podía servir precisamente para identificar, situar y abordar la problemática más radicalmente constitucional, por constituyente, del Estado contemporáneo al no dar por constituídos sus poderes, la cuestión que asomaba cuando Tomás y Valiente hacía anotaciones como aquella ya vista de « Cfr. John Ph. Reid », el autor que se ocupa en términos históricos de la *autoridad de los derechos* antes que de la de unos poderes. El problema que debatíamos lo creíamos entonces, como se sigue hoy generalmente creyendo, exquisitamente histórico.

Si aquí tratásemos tan sólo y por sí misma de la obra historiográfica de Tomás y Valiente sobre el tiempo preconstitucional, tal vez apreciaríamos una tendencia contraria a la que interesa al

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, p. 10; en la versión manuscrita el rechazo es todavía, si cabe, más terminante.

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*, pp. 31-67, ed. 1982, parte reelaborada en esta edición respecto a la primera, 1963, frente a lo que acostumbraba. En *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, que se escribió en 1977 aunque se publicara en 1982, pero en una fase de corrección de pruebas que se acerca más a esta segunda fecha, se remitía a dicha nueva versión de *Los Validos* para el debate sobre el Estado preconstitucional: p. 19, nota 69. La obra que reconocidamente le guiaba entonces, la de P. ANDERSON citada, la cual había llegado a sus manos después de 1979 (p. 18, nota 40), no es que fuera particularmente jurídica, y no por marxista, pues ya sabemos que el marxismo no tiene esta exclusiva.

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, p. 18, nota 37.

periodo constitucional: el Estado va a remitir para aquel periodo histórico mientras que se reafirmará respecto al contemporáneo. Veremos ambas cosas y por su orden. La remisión histórica será apreciable, aun sin llegarse nunca al mutis definitivo del Estado preconstitucional, una retirada que no podrá producirse fácilmente porque su presencia no es sólo frontal y nodal, sino también tangencial y capilar. El trabajo que para sí tenía un título de Estado, *El Estado del siglo XVII*, públicamente ostentaba el de *Gobierno de la Monarquía y Administración de los Reinos*: la Monarquía, como el todo, tiene gobierno; los Reinos, como las partes, tienen administración. Era un trabajo en que luego se hacía presente con plenitud el Estado, pero esta presencia ya podía estar operando en la composición del título. Igual que intentará distinguir constitucionalmente al máximo entre *soberanía* de Estado y *autonomía* de comunidades, historiográficamente ya distinguía entre *gobierno* de Monarquía y *administración* de Reinos, entre *derecho político* de la una y *derecho administrativo* de los otros que también resultaba. Y estaba entre las predilectas suyas una expresión bien implicada: *el todo y las partes* (15). Pero no es necesario que aquí entremos por estos recovecos más o menos solapados y, para el lector o lectora no especialistas, supongo que cansinos.

Tras dicho trabajo sobre *El Estado* o *La Monarquía*, no deja de pronunciarse directamente en sede tanto historiográfica como constitucional. A los primeros efectos, los que ahora tratamos, lo hace en la tercera fase con ocasión de un comentario sobre un par de libros que suscitan incisivamente el problema (16). Es el lugar donde

---

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos*, para la referencia historiográfica, y, para la constitucional o mixta, *Soberanía y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978*, éste también ya citado. El primer título, aunque sea de sugerencia editorial, es significativo pues en sí no lo rechaza, asumiéndolo de grado cuando menos como subtítulo. *El todo y las partes* era expresión que se significaba sobre todo, como vimos, en sus *Fundamentos históricos del tema autonómico* y como epígrafe de sección de los *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. También la introduce y aplica en su obra jurisprudencial: A. RODRÍGUEZ BEREJO, *Francisco Tomás y Valiente, Presidente del Tribunal Constitucional*, p. 16, en *Temas para el debate*, 17, 1996, pp. 1517.

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dos libros para una misma historia*, citado, siendo el par de libros el de P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragments de Monarquía. Trabajos de historia*

también se planteaba la distinción entre *historia constitucional* e *historia del constitucionalismo*, la cual, según la entendía, afecta neurálgicamente al asunto. Partamos también de un esclarecimiento para ir al otro. Se empieza por las demarcaciones: « La Historia constitucional termina donde comienza la Historia del constitucionalismo, salvo en aquellos países (Gran Bretaña) donde esa última no existe por no haber tenido ni tener una Constitución escrita ». Es así el constitucionalismo escrito o codificado el que marca la existencia de una específica *historia del constitucionalismo* que sería la historia más estrictamente constitucional. La dicha por él tal, la *historia constitucional*, es historia preconstitucional, historia de un « orden jurídico » que « justificaba poderes, reconocía derechos, privilegios, franquicias, libertades a sujetos plurales, e institucionalizaba mecanismos e instancias para conocer, estudiar, defender, reproducir los derechos de cada cual ». Resulta historia de unas « sociedades plurales porque estaban constituidas por una diversidad de ordenamientos jurídicos parciales, cada uno de ellos dotado de su propia lógica, de su carta de naturaleza y de sus mecanismos de reproducción » (17).

¿Donde cabe aquí el Estado? De momento nominalmente no comparece: « En la cumbre estaba el monarca, cuya pretensión de situarse por encima de los poderes y los derechos, como creador y

---

*política*, Madrid 1992, y el citado de J.M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en la Provincias Vascas, 1760-1808*, de 1991. Este comentario bibliográfico de *historia constitucional* lo había adelantando y pudo debatirse en un seminario de la primavera de 1994 en Sevilla.

(17) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dos libros para una misma historia*, p. 1255, extendiéndose en esta parte el comentario a otro par de libros: S. DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real*, citado, y A.M. HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, con una referencia ulterior más genérica a la colección a la que, junto al volumen de PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial*, pertenecen: « Lo mismo podía decirse (que son de *historia constitucional*) de otros (libros) publicados en la colección dirigida por Bartolomé Clavero », la de *Historia de la Sociedad Política* del Centro de Estudios Constitucionales. Me llamó y sigue llamando la atención que la remisión no se concretase para el libro de la misma colección que puede poner más seriamente en cuestión la figura del monarca como *creador* de derecho. Me refiero a Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid 1992. Mas ya sabemos de sobra que no son las nuestras, sino las suyas, las ideas que aquí interesan.

legitimador último de privilegios y derechos, como dispensador del cumplimiento de leyes y derechos, como creador de unas y de otros constituía un polo dinamizador del sistema y una tendencia creciente hacia un absolutismo siempre resistido ». Parece que así, con tal figura del monarca, se anuncia la aparición del Estado, pero las dificultades para que la comparecencia se produzca vienen realmente a incrementarse: « Era aquel un orden jurídico-político heterogéneo. No era posible sumar unidades para formar mayorías porque las únicas unidades irreductibles a otras menores, los individuos, no eran sujetos principales de derechos, sino por modo secundario en cuanto integrantes de tal o cual *ordo*, estamento, *corpus* o cualquier otra entidad supraindividual » (18).

Pudiera parecer que o acaba de comparecer el Estado o resulta un pandemonio, pero no, pues con todo ello y en todo ello tenemos *constitución*, « una constitución que hay que entender como material e histórica, y además como, en gran parte, consuetudinaria. Material en el sentido de que no existía una ley escrita en la que formalmente se definieran poderes, órganos, derechos. Histórica porque la legitimidad que cada sujeto colectivo enarbolaba no dimanaba de un inmediato proceso constituyente, sino de viejas situaciones originarias, reales o míticas, a partir de las cuales se fueron conservando y actualizando poderes y derechos. Consuetudinaria porque una de las fuentes creadoras del derecho y de derechos admitida por todos en principio, aunque con distinto valor según los tiempos, y en función del interés de cada cual, era la costumbre, cuanto más antigua mejor ». Así tenemos definido el objeto de la *historia constitucional*. Así: sin que se haya producido la presencia del Estado (19).

De hecho, el primer Estado que en esta exposición comparece es el de tiempo y mundo constitucionales, al producirse la entrada en la que llama *historia del constitucionalismo*, la cual comienza diciéndonos que se dedica « al estudio del nacimiento del Estado liberal, de sus Constituciones concebidas como Códigos con parte o elementos orgánicos y parte declarativa de derechos ». Pero no sigue con este orden de razonamiento, pues su comentario es sobre libros

---

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dos libros para una misma historia*, p. 1256.

(19) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dos libros para una misma historia*, pp. 1256-1257.

de *historia constitucional*, sino que damos marcha atrás: « Es la constitución política de aquella Monarquía lo que interesa », pero, es su primer interrogante, « ¿de aquella Monarquía o de aquel Estado? ». Responde: « Si ha habido, como no podía ser de otra manera, un proceso histórico de formación del Estado, esa construcción estatal (*State building*) no puede restringirse a, ni identificarse con, el momento emergente del Estado liberal, el de las Constituciones escritas, las sociedades concebidas como agregación de átomos individuales componentes de la nación, y el *absolutismo jurídico* tal como lo define Grossi, mejor que sus epígonos, sino que tal proceso ha de enlazarse con la tendencia a la concentración del poder político en torno al monarca soberano y pretendidamente absoluto, tendencia que arranca por lo menos desde el siglo XVI ». Así es como adopta y postula « un concepto histórico de Estado tan amplio que abarque el proceso histórico de su formación y de sus transformaciones » (20).

Tal y como ahora lo expone, no está muy claro si la entrada del Estado es histórica o historiográfica, si resulta de la evidencia observada o de la posición del observador: si se trata de una forma de ver o de un objeto visto. No es lo mismo tampoco que el *absolutismo jurídico* sea una fórmula de Paolo Grossi para entender más analítica y críticamente el fenómeno de la codificación como que resulte una concepción de la misma época para la comprensión y el manejo de presente, del de ellos (21). Esto y no aquello tiene valor de evidencia. Ya observamos en cambio cómo es tendencia de la historiografía la adopción y postulación de primeras categorías sin recurso todavía al material histórico. Lo hicimos respecto al MHDE.

---

(20) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Dos libros para una misma historia*, pp. 1257-1258. Las páginas más cercanas en España sobre *absolutismo jurídico* de Paolo GROSSI, que ahora aparece con menos reservas, nunca sin ellas, ya las conocemos: *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, 1991; otras suyas y de sus epígonos pueden también encontrarse en números de los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* desde 1988.

(21) Permítaseme, como epígono, otra autorreferencia: creo comprobar lo segundo en *Ley del Código. Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 23, 1994, pp. 81-194.

Es *presentismo*, dicho con la expresión que hiciera suya (22): el primero y último, el metodológico.

El efecto ahí parece que lo tenemos. En dicho comentario bibliográfico el Estado preconstitucional no viene por testimonio de la historia, sino de mano del historiador. De la primera resultaría una ausencia que acto seguido el segundo remedia. De hecho, en esta tercera fase, no falta alguna exposición de Tomás y Valiente sobre el orden político preconstitucional que evita cuidadosamente la mención del Estado. Y esto ocurre además por efecto muy directo de atender las evidencias de la época para la propia precisión de unas categorías. El que aparece en sus carpetas vivas como el último texto concluso suyo a este respecto, una conferencia de finales de 1994 sobre el elemento central de dicho orden constituido por *la Corte* (23), no produce ni una sola vez dicha mención de la palabra *Estado* por sí y exenta. Y eso que Tomás y Valiente sólo contempla en esta conferencia una corte política (24).

Sólo comparece por cita ajena o como componente de un sintagma en el que otro término es el que rige, el del Consejo de Estado. Y no es tampoco algo que fuera inadvertido pues alguna razón expone: « Una característica de la mentalidad de nuestro tiempo es el esfuerzo por distinguir las categorías de lo público y lo privado, pero tal preocupación no era propia de los hombres que

---

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Martínez Marina Historiador del Derecho*, p. 79, doblemente ya citada, con una manifestación muy suya que también se citó: « Es cierto que el presentismo, entendido como invasión indebida del presente en la obra del historiador, puede ser un pecado metodológico funesto ».

(23) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Corte en la dinastía de los Austrias*, conferencia pronunciada el 10 de noviembre de 1994. Veo también una carpetilla de « Compromisos en curso » de buena parte del año 1995 y principios de 1996, en la cual, aun con algunos recordatorios suficientes sólo para él, no parece haber entradas para dicha historia preconstitucional. Y no la hay que haya dejado textos ultimados, según comprobación más concienzuda de Marta LORENTE para las *Obras Completas*. En ellas podrá verse el texto de la conferencia, pues quedó listo.

(24) Hago esta precisión porque TOMÁS Y VALIENTE no afronta aquí la cuestión de *las Cortes* judiciales, no menos cortes entonces, personificando al monarca, a los mismos efectos de capitalidad, o más bien de capitalidades que así encima resultaban plurales. Si la complicación, aquí innecesaria, quiere añadirse, autorremito: *Sevilla, Concejo y Audiencia. Invitación a sus Ordenanzas de Justicia*, pp. 9-25, en *Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla*, Sevilla 1995, pp. 5-95.

componían la sociedad del Antiguo Régimen ». Tampoco le faltan oportunidades para la mención y prefiere la perífrasis: « aparato político-administrativo de poder real centralizado » o « poder político institucionalizado » y no, en sus palabras, *el Estado*. El Estado preconstitucional parece haberse desvanecido finalmente. Hace además el mutis por atenderse a las manifestaciones de la época, a su comprensión y manejo de la realidad propia, antes que a las concepciones de la historiografía, a su conocimiento y uso de realidades posteriores, a estas necesidades. Así, con dicha consideración de la cultura histórica, procede en esta ocasión de *la Corte* Tomás y Valiente. Cuando así no lo hace, cuando no tiene ese cuidado sobre el que todavía volveremos, comparecen en sus palabras « el poder del Estado » y « la maquinaria del Estado », toda la « Monarquía absoluta » como un « tipo de Estado » (25).

Un eclipse se produce, aunque no acabe de ser total. Por su efecto, le hemos visto también plantearse la preconstitución del Estado como cuestión más estricta del tiempo de Constitución, este punto clave. Entre los asuntos introductorios del curso ordinario de historia constitucional del cuatrimestre académico a caballo entre 1993 y 1994, anota: « El Estado: su formación histórica. Polémica sobre desde cuando hay Estado ». Ahí continuaba presente el tema. No se compromete con el término cuando se refiere por esta época a la Monarquía preconstitucional con alusión expresa a « la reciente polémica sobre el Estado (o su inexistencia) durante el Antiguo Régimen » (26). El paréntesis que marca una posibilidad es suyo. Tomás y Valiente no mantuvo la seguridad de que el Estado español fuera un sujeto rendido limpiamente por la historia preconstitucional. En los términos más básicos de Nación, le hemos visto formular

---

(25) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El poder político, validos y aristócratas*, pp. 142 y 153, en M<sup>a</sup> del Carmen IGLESIAS (ed.), *Nobleza y sociedad en la España moderna*, Oviedo 1995, pp. 141-154, que es conferencia también de 1994, para la aparición; pero confróntese con la versión segunda de *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*; o hágase también la comparación entre comentario bibliográfico en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 1071-1078: *El Santo Oficio de la Inquisición, entre el secreto y el espectáculo*, con *Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado*, citado.

(26) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, p. 18, a S. DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real*, pp. 15-19.

incertidumbres tanto como también expresar certezas. No hace falta que repitamos.

Tomás y Valiente reforzó su convicción de que el Estado es un prerequisite de la historia constitucional sin descartar nunca expresamente que pudiera serlo histórico. Dicho en los términos más sencillos ya conocidos, concebía la historia constitucional como historia estatal. No hace falta que nos detengamos en esto, pues lo hemos visto del modo más elocuente y para la tercera fase, la de HCE, no ya sólo para la primera, la de HD. En la misma *Exposición de motivos* de 1993 encontramos del modo más gráfico, mejor que en las *Cuatro lecciones*, cómo los mismos temas principales de una historia constitucional, el de las libertades y su primacía, el de la justicia y sus funciones, y el de la comunidad política y su estructura, se presentaban como otros tantos capítulos de «la construcción institucional del Estado», sujeto así previo a la propia materia histórica. La cuestión no resulta tanto el Estado preconstitucional como el constitucional. O dicho de otra forma, puede que el primero finalmente se reduzca a función del segundo, del Estado entonces sin más. Puede que convenga ver el asunto de un modo más conjunto. Así proseguimos.



## CAPÍTULO SEXTO

### Y PREMISA CONSTITUCIONAL: EL ESTADO O LOS DERECHOS

Estamos en la fase, la tercera, en la que Tomás y Valiente regresa a la Universidad de veras. No piensa de momento en posibilidades como la que luego se le plantearía del Consejo de Estado. Ha vuelto en 1992 a un lugar profesional muy distinto al que dejara en 1980: « Esta ya no es, para mal o para bien, una Universidad de Catedráticos », pero esto, como ya sabemos, no es cosa que le arredrase. Volvió, como hijo pródigo del hogar que consideraba suyo, con la intención de quedarse. Una ocasión muy señalada le ofrece la posibilidad de manifestarlo y de pronunciarse sobre la institución universitaria y sobre algo más que aquí ahora en mayor medida nos importa, sobre el Estado precisamente. Su Universidad, la Autónoma de Madrid, le encarga la solemnísima lección inaugural del año académico 1993-1994.

Tomás y Valiente pronuncia un discurso realmente sentido que llama *Tríptico*, tríptico que lo componen, no la HD, el TC y la HCE, sino *la Universidad, la Historia y el Estado*. Habla de un regreso que también es permanencia. Lo es, tras un « voluntario y muy digno exilio extracadémico » por causa de una « tarea intelectual y política apasionante y honrosísima », de un profesor « que lo fuera de materias muy vinculadas con la Historia, el Derecho y el Estado » y que ahora ofrece « sus reflexiones acerca de tres realidades problemáticas: la Universidad, a la que he vuelto; la Historia como oficio intelectual y como mar en el que todos navegamos, y el Estado, cuya entidad y fines tan discutidos se hallan en nuestros días » (1).

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo (Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado)*, Madrid 1993, pp. 5-7. Este discurso se editó en

La tercera pieza del tríptico es la que aquí evidentemente nos importa. Se nos dice realidad problemática y entidad debatida. Se nos agrega que es « una realidad histórica, un instrumento artificial creado por los hombres para apaciguar sus miedos y sus luchas, organizar sus intereses contradictorios o comunes desde una instancia superior, proteger derechos y libertades, y distribuir bienes y servicios con los que compensar y disminuir injustas desigualdades reales ». De Estados, hay una verdadera variedad. « Por fortuna hemos superado divinizaciones fascistas o comunistas », lográndose en nuestro caso « un Estado social y democrático de Derecho » menos problemático. Si ahora se percibe « una crisis actual del Estado », esto no supone « una encrucijada entre el ser o el no ser, sino una cuestión de medios y fines ». Hoy estamos especialmente ante el « gran reto » de una « función integradora », de una « integración estatal » que « no consiste en aniquilar a ninguno de los diferentes componentes de la sociedad política, sino en mantenerlos juntos en beneficio de todos y con respeto a todos », a cuyo fin los Estados también deben integrarse entre sí <sup>(2)</sup>. El artificio sirve para esto, para el respeto común, para la garantía mutua, para la intercomunicación, para la convivencia, para el derecho podríamos decir en suma siguiendo el mismo hilo del pensamiento de Tomás y Valiente. Él prosigue entonces con unos problemas del Estado: de dependencia internacional más económica que jurídica y de corrupción interna confundiendo definitivamente privado y público, lo que ya no remonta a la venalidad de tiempos sin la base de esta distinción. Ya no comete el *presentismo*.

Ya está centrado en el Estado. ¿Por qué en tal grado, cual broche de un tríptico tan personal? ¿Por qué es tan suya, tan característica del Estado, una « función integradora » que también

---

Internet tras su asesinato: *Cantoblanco. Noticias de la Universidad Autónoma de Madrid*, 7, 1996, p. 12.

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo*, pp. 14-18; menos intenso, también interesa *El Estado entre lo supraestatal y lo infraestatal*, ya citado, que es posterior y dejara inédito; aparecerá en las *Obras Completas*. En la colección *A orillas del Estado* hay también escritos interesantes a estos propósitos.

se documenta en la historia reciente? (3). Pero no es la evidencia de la historia la que ahora justifica, sino el desafío del presente. ¿Por qué la respuesta actual ya más que histórica, pero actual siempre, es el Estado? Quiero decir por qué no el Derecho, con la mayúscula que él prefería; por qué no, entendido así el Estado, decir Derecho. Parece un paso simple y deseable, pero, si Tomás y Valiente no lo daba, sería por algo. No identificó su *Tríptico* con las tres hojas de *la Universidad, la Historia y el Derecho* que hubieran sido tan lógicas para el mismo caso de su currículo personal. Dijo y, si lo dijo, fue porque quería decirlo, *la Universidad, la Historia y el Estado*. De esto quiso exactamente tratar y de ello exactamente trató sin perjuicio de que la tercera pieza, la de Estado, pudiera identificarse en su concepción propia con el Derecho: Estado de Derecho, o quizá mejor entonces Estado como Derecho, o mejor todavía Estado-Derecho, estado por fin derecho, estado político identificado finalmente con derecho constitucional, con un derecho de derechos, derecho de libertad no desigualitaria, como él también subrayaba.

« Todos los poderes del Estado y muy en especial el judicial deben estar ordenados a conseguir el mayor respeto y eficacia de los derechos de los ciudadanos y en particular de los derechos fundamentales », sabemos que sentaba en un artículo de 1995 (4). « Mejor que Estado de derecho, quizá Estado de los derechos », también nos consta que propuso en una conferencia de 1994 para definir un *derecho común* constitucional (5). « Constitución y derechos fundamentales son indisolubles », nos ha dicho igualmente de forma que no deja espacio para el Estado fuera de este parámetro (6). Son indicaciones nada incidentales que hemos venido encontrando a lo largo de una biografía y que no está de más que recordemos en este preciso momento.

En el mismo MHDE, en aquella primera fase, ya había utilizado,

---

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « Estado integral »: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada*, ya citado.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 132, ya citada.

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El « ius commune europaeum » de ayer y de hoy*, p. 11, ya también citada.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, voz *Constitución*, p. 58, ed. *Enciclopedia*, igualmente ya citada.

para identificar entonces « una tendencia general en la historia de las sociedades enclavadas en lo que suele llamarse civilización europea u occidental », la « fórmula » *Estado igual a Derecho* (7). Para el mismo desafío del presente, en fase ninguna ni ante situación ninguna, no veía ni reconocía, no estaba dispuesto a considerar ni admitir, más *razón de Estado* que el Derecho, que el derecho de derechos (8). Afirmaba la institución de poderes que constituye el Estado, pero siempre con dicho fundamento y objetivo del orden jurídico que ha de serlo de derechos, con esta religión precisa: « No pretendo oficiar ante el altar de ningún dios total, de ningún ídolo en nombre del cual se pueda sojuzgar o aniquilar al hombre, al individuo real. Ni trato de entronizar al Estado, institución ni divina ni natural, sino artificio ingeniado por los hombres para apaciguar sus miedos y para, bajo la forma de Estado de Derecho, limitar el poder político y garantizar los derechos humanos » (9).

Tomás y Valiente anteponeía con intención el término de Estado al de Derecho. Sus razones de fondo ya no son ningún misterio tras todo lo dicho. Entiende realmente que el Estado es la premisa, si no ya histórica, constitucional. Lo es entonces como garantía de los derechos. Ya la ley, ya la justicia, unas garantías las constituye, ofrece, cubre y asegura, puede constituirlas, ofrecerlas, cubrirlas y asegurarlas, el Estado. Tomás y Valiente no le encontraba sentido a un término como el de derechos naturales porque entendía que para el derecho no hay más naturaleza, no hay más carta de naturaleza, que el artificio constituido por el Estado. Si éste le interesaba e incluso le atraía era en función de ello, en función siempre del derecho. El atractivo que irradiaba para él no sólo el Tribunal Constitucional, sino también el Consejo de Estado, radicaba en dicha función de sujeción de poder a derecho, en su observación y en su ejercicio, en su experiencia y en su estudio. Que el primero se vinculase a derechos y el segundo sólo a Derecho no le parecía que marcara una diferencia decisiva cuando ambos ya se situaban en un

---

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 29, para cualquier edición.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Razones y tentaciones del Estado*, artículo póstumo en el diario *El País*, 15-II-1996; podrá verse en las *Obras Completas*.

(9) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Raíces y paradojas de una conciencia colectiva*, p. 192.

mismo sistema constitucional de derechos. No le entusiasmaba mi opinión de que el Consejo de Estado actualmente resulta, como dependencia gubernamental que es, un organismo de denominación e incluso de encaje dudosamente constitucionales <sup>(10)</sup>.

Mas por venirse a un sistema constitucional, tampoco todas las instituciones le motivaban igualmente <sup>(11)</sup>. El Consejo de Estado lo hacía sin género alguno de duda. Su discurso de ingreso en el mismo, el de principios de 1995 todavía compatible con la cátedra, lo tomó Tomás y Valiente como ocasión para una afirmación historiográfica <sup>(12)</sup>. Poco más de un par de meses solamente tras aquel texto sobre *la Corte* en el que *el Estado* de tiempo histórico realmente se esfumaba, parece que recapitula: « No es fácil ponerse de acuerdo acerca del momento del nacimiento del Estado. Hoy es moda discutida entre los historiadores sostener que sólo desde las revoluciones burguesas desde finales del XVIII y primeros decenios del XIX puede hablarse en rigor del Estado. No comparto esta tesis ». Lo que piensa es en cambio que el Estado ha existido con entidad bien propia desde los siglos precedentes.

Le cedo la palabra en exclusiva por evitar la tentación de un

---

<sup>(10)</sup> Hago otro sumario inciso que para el lector o la lectora al tanto sería superfluo si no fuera controvertido. Como en el régimen no constitucional precedente había una especie de Senado, el Consejo Nacional del Movimiento o partido único, con escaños reservados a designación directa por parte del general Franco, facultad también ejercida por el rey Juan Carlos en las primeras elecciones que resultaron constituyentes sin haberse convocado como tales, el régimen constitucional establecido en 1978 no admite senatorías vitalicias para el destino y aprovechamiento de experiencia de personas que hayan desempeñado las más altas responsabilidades. Sentida la conveniencia, pues no la necesidad, la única posibilidad de esta índole no temporal es la de tracto constitucionalmente no revisado de un Consejo que se dice *de Estado* sin serlo ni poder pretenderlo en un Estado *constitucional*: Estado constituido por parlamento y justicia antes que por gobierno, ello a mi entender como digo, pues no al de TOMÁS Y VALIENTE y tampoco sólo al de él. Su sucesor ya citado en la presidencia del Tribunal Constitucional, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, le ha sucedido también en el Consejo de Estado.

<sup>(11)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, al facsímil de *Colección de las Leyes, Ordenanzas, Plantas, Decretos, Instrucciones y Reglamentos expedidos para gobierno del Tribunal y Contaduría Mayor de Cuentas desde el Reinado del Señor Don Juan II hasta el día* (1829), Madrid 1988, pp. III-XII.

<sup>(12)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso de ingreso en el Consejo de Estado*, como consejero electivo o eventual, pronunciado el 31 de enero de 1995, inédito que se incluirá también en las *Obras Completas*.

debate en el que ya no puede participar: « Ha habido Estados, en un principio como construcción ideal y después como tendencia progresivamente triunfante, desde que confluyen poco a poco varias causas de heterogénea naturaleza: la defensa del poder político como realidad sustantiva, y con ello la defensa de la autonomía de la política como ámbito dotado de su lógica propia, lo que lleva a hablar y discutir de la razón de o del Estado; la personalización de ese poder en la figura del Príncipe; el esfuerzo por crear en torno a él un aparato institucional superior y cualitativamente distinto al de los señores feudales y de las corporaciones de toda índole, justificado y compuesto por un conjunto de regalías o marcas de la soberanía, y por determinados órganos, entre ellos el Consejo de Estado, situados en lo que podemos denominar la esfera institucional de la Monarquía, y finalmente la tendencia a atribuir al Príncipe y al complejo institucional que de él depende, no a la costumbre o a la tradición, la creación del Derecho ». El mismo anágrafe ya no resulta así tan claramente datable: « Como estas causas no fueron simultáneas y todas ellas encontraron resistencias, no hubo un momento fundacional del Estado, un parto del que se levantara acta, sino un proceso. Y una primera forma de Estado, la de las Monarquías absolutas, cuyo titular, el Príncipe soberano, creaba Derecho y, por lo mismo, al menos en ciertos casos, se consideraba no sometido a un Derecho que era producto de su voluntad, sino desligado, *id est ab solutus*, de las normas ». En virtud de esto, durante un tiempo todavía preconstitucional, « el Estado no nace como Estado de Derecho ». Lo que es finalmente un punto esencial: « Nacer, nació. Quiero decir que no es eterno, ni natural, sino una determinada forma histórica de organización del poder político, un producto histórico humano, no una realidad natural, sino artificial, un artefacto, un artificio. No se hizo el hombre para el Estado, sino el Estado para el hombre ». Es la cuestión clave de la implicación constitucional que al principio del debate se nos escapaba a ambos. Ante esta problemática definitivamente explícita, no es que el punto previo de la existencia preconstitucional del Estado me parezca indiferente, por la tendencia precisamente a preconstituirlo, pero lo creo relativamente secundario. Como él finalmente también lo creía, que es lo que nos importa. Huelga realmente volver aquí al debate historiográfico.

Ya sabemos que a Tomás y Valiente no le gustaba hablar de los derechos como naturales, pero fue creciente en su tercera fase su inclinación a considerar la otra cara de la moneda: el artificio del Estado, su carácter no natural. El Estado resulta no sólo realidad histórica, como afirma desde la primera fase. Es además artificial, un artificio humano en defensa propia. La naturaleza es la humanidad misma: « La realidad natural es el hombre, el Estado es un artificio, un invento, un producto del ingenio humano, pero no una realidad natural a la que haya que subordinarse, sino un instrumento en función del hombre, del hombre individualmente considerado como persona o de la sociedad donde los hombres coexisten, conviven » (13). No es una filosofía que Tomás y Valiente esté improvisando. Es el pensamiento generativo de la cultura constitucional al que está ascendiendo.

En su tercera fase, Tomás y Valiente acude a los mismos orígenes históricos de una antropología constitucional, de una concepción del ser humano como individuo y sujeto de libertades con la correspondiente invención del Estado como criatura al servicio de esta humanidad de derechos. Viene a estos orígenes que nos remontan a mediados del siglo XVII (14). Lee y explica así en concreto el *Leviathan* de Hobbes, el original y no sólo traducciones y glosas, con dicho determinado propósito de afirmar una artificialidad, la del Estado, que predica una naturalidad, la del individuo y la humanidad, la de sus libertades y derechos: « Todo es artificial en ese cuerpo artificial, empezando por el alma, la soberanía », refiriéndose al Estado por supuesto (15). No sólo es efectivamente que el Estado

---

(13) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Balance de diez años de jurisprudencia constitucional*, p. 48.

(14) El libro donde planteé esta operación, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, pp. 15-59, en *nuestra* colección de *Historia de la Sociedad Política*, se lo dediqué por impreso con toda la peor intención del mundo: « A Paco Tomás y Valiente, por la razón única, la media », la *razón de individuo* entre la *de Estado* y la *de historia*, única razón, la de individuo, para un afecto como única también para una historia y una política del derecho, si constitucionales éstas.

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Soberanía y autonomía en las Constituciones de 1931 y 1978*, pp. 183-185, elevando así con la introducción el asunto. La edición original que cita del *Leviathan* de HOBBS es la de Richard TUCK, Cambridge 1991, reimpresión de 1994, lo que puede indicar que cuida que sea autorizada, pero también que es así de

sea histórico y en este sentido contingente. Es una fábrica humana y de esta forma funcional. Su función son los derechos.

« El Estado es un artificio, un artefacto, *an artificial body*. Pero no un artificio caprichoso, sino necesario, porque si el estado del hombre fuera de la sociedad fue la guerra, 'y no la guerra simplemente, sino la guerra de todos contra todos', y si, por otra parte, 'el primer dictamen de la razón es la paz', es necesario que los hombres inventen el Estado, que resulta así *a voluntate humana conventionibus pactionibusque hominum constitutum* según expresión de Hobbes. Poco importa ahora que el motor del pacto constitutivo del Estado fuese el miedo o la defensa de la libertad y la propiedad. Importa así subrayar que el Estado es un invento necesario y artificial con el que los hombres tratan de dominar el caos por medio del orden, la guerra por medio del Derecho en garantía de los derechos. Ni el poder ni el Estado son ídolos. El hombre, realidad natural e histórica es el que cuenta y no es él quien ha de estar al servicio de aquellos falsos dioses, sino éstos, el poder y el Estado, los que existen para el hombre » (16). ¿Hace falta comentario? El Estado es necesario, pero convencional, « constituido voluntariamente por convenciones y pactos de los hombres » según la cita latina de Hobbes, Es criatura del hombre y no producto de la historia. Su contingencia no depende de albur histórico, sino de determinación humana.

Hágase la comparación. Compárese esto con lo que antes ha dicho respecto a la *constitución* preconstitucional, al orden político intrínseco de aquella sociedad histórica de cuerpos, estamentos y otras formas de « entidad supraindividual » sin existencia del individuo como sujeto de derechos, todo esto que ha quedado expuesto en el capítulo anterior. Tal *constitución* histórica aparecía y operaba como una realidad natural: como producto de la tradición o de la

---

reciente su lectura del original, habiendo manejado hasta ahora traducciones, a lo que me inclino y que me parece especialmente expresivo de dicho viaje a la semilla. Su ejemplar personal lleva fecha de adquisición de abril de 1995. La edición de Peter LASLETT de los *Two Treatises of Government* de LOCKE, Cambridge 1960, reimpresión de 1993, la ha adquirido en marzo de 1994.

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, p. 20, en *La jurisdicción constitucional española. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Madrid 1995, pp. 13-34.

costumbre, no como criatura de la humanidad o responsabilidad de la sociedad. Era desde luego también realidad histórica y humana, pero concibiéndose y manejándose como dicho producto natural. La problemática específicamente constitucional, una problemática que comienza por la concepción del individuo como sujeto de derechos y en consecuencia del Estado como artificio político, representa la contrapartida de la constitucionalidad histórica. Y nótese que no estoy añadiendo nada a expresiones de Tomás y Valiente. Sólo intento atar algún cabo que él no pudo porque estaba en ello cuando le arrebataron la vida. ¿Qué resulta? A mi entender, a entender ya mío, ocurre que se estaba perfilando un escenario del Estado incompatible con la *constitución* preconstitucional, y un escenario tan constitucional como histórico porque atiende ante todo a las mismas fuentes en su doble sentido, a unos orígenes y a su cultura, a la forma como entonces se concibieron las cosas.

Me atrevo a pensar que, a estas alturas, Tomás y Valiente también creía que la cuestión del Estado es problema de tiempo contemporáneo y punto o casi. Ya hemos visto hasta qué extremo tendió finalmente a diluirse en su obra histórica la presencia de un Estado preconstitucional. Vuelve a afirmarse en esta clave historiográfica, pero no precisamente en momento ni en sede historiográficos. En la tercera fase no han faltado incluso signos de una datación precisa, como si volviéramos a la primera. En 1992, se celebró en España, entre otros fastos, el de su propio nacimiento, la nación de la Nación, situándosele en términos de Estado, de unión política, allá por la fecha que había hecho suya el MHDE: en 1492 para mayor precisión. Estamos así celebrando el *V Centenario de la Unidad de España*. Tomás y Valiente participa, pero no adopta la efémerides. Menos lo hace con dicha fecha que con tal alcance político, por muy tradicional que sea, por mucho que se impute a una tradición que no se remonta más allá del siglo XIX, de nuestro tiempo contemporáneo, resulta un puro dislate incluso para sus pretensiones. Comienza por dejar fuera de España a un territorio de derecho propio y de una cultura histórica vasca, y hoy parcialmente tal, como el de Navarra, cuya incorporación dinástica es notoriamente posterior. Ante estas tesis, Tomás y Valiente prefiere ahora plantearse las cosas en unos términos más intencionadamente

históricos (17). Esto es aquí un inciso. Para él, si todavía no lo era, ya se acercaba.

Pero aquello era en 1992 y ya habíamos llegado a 1995. La tercera fase, los pocos años que pudo vivir de ella, es un tiempo realmente acelerado para Tomás y Valiente. Hay veces que debemos mirar hasta el mes cuando dice o escribe algo. No tenemos una evolución lineal, sino una verdadera encruzijada. Es una hégira realmente grávida. Todavía nos faltan unas últimas palabras, de principios de 1996. Son las de su segundo discurso ante el Consejo de Estado, el de la toma de posesión de plaza permanente y de una presidencia de sección que ya resultaban incompatibles con la profesión universitaria. No entra en el campo de la historia, como el primero, pero puede en especial interesarnos precisamente por ello (18).

En este discurso de 1996, la afirmación estatal es más directa y más dramática: « En momentos en que parece ingenuo o pasado de moda seguir creyendo en el Estado, yo quiero renovar mi creencia », mas « no en cualquier tipo de Estado, sino en éste que los españoles nos dimos a partir de la Constitución », « nuestro Estado de Derecho, nuestro Estado de los derechos y las libertades », sin el cual

---

(17) De noviembre de 1992, ya en la tercera fase, es su participación, de la que guardaba tarjeta, en un *Ciclo de Conferencias sobre el V Centenario de la Unidad de España*, ciclo que llevaba el título de *España, 1492*, usual en aquel año festivo; se celebra, con patrocinio público, en el Ateneo de Madrid, centro cultural privado, pero su conferencia él la define más neutramente: *Los comienzos de la Monarquía hispánica*, no redactando o no conservando él, o no encontrando yo, texto. En su contribución escrita a la celebración del « descubrimiento » de América, *Deux années décisives*, citados, registra a efectos internos no sólo la persistencia de una diversidad, sino también la exclusión de otra superior: la expulsión de la población judía y la conquista de la Granada musulmana, acontecimientos ambos igualmente de 1492 tan notorios como olvidados en la efemérides oficial. Respecto al cumplisiglos, también hay que decir, para no ofender sentimientos de nadie, que por aquí no ha sido últimamente la única fiesta feliz de nación: si España pretende haber cumplido cinco, Cataluña ha celebrado diez, su milenario redondo.

(18) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Discurso de toma de posesión en el Consejo de Estado*, como consejero permanente y presidente de sección, del 18 de enero de 1996, « casi exactamente un año día por día » del anterior, igualmente inédito e igualmente previsto para sus *Obras Completas*, donde podrán localizarse en su momento con facilidad las citas que siguen pues estos discursos no son textos extensos.

éstos y éstas no pueden tener existencia garantizada. No le parecen « de recibo los lamentos de plañideras interesadas en favor de la sociedad civil, como si ésta fuera la víctima del Estado o como si fuera posible su pacífica existencia sin la del Estado que de tan irresponsable manera se denigra ». Es el Estado que comprende y legitima « un complejo de instituciones » entre las que figura « ésta, por ejemplo », el Consejo de Estado, una institución cuyo « poder es el consejo; su arma, el Derecho; su instrumento, el trabajo; su premio, el prestigio, eso que los romanos llamaban *auctoritas* ».

Tomás y Valiente ahora confiesa que « cree en el Estado » y que « no se avergüenza de hacer pública no su fe, pues no se trata de convicciones asumidas más allá de la razón, sino su creencia » (19). *Razón de Estado*, y una razón constitutiva, son para él los derechos, su garantía, no lo dudemos. El Estado desde luego se reafirma, pero nunca así cualquier Estado, sino el que se identifica con el Derecho que se entiende a su vez como derechos. El episodio referido de la medalla rechazada constituye, si hiciera falta, prueba, y prueba constituida en su momento procesal, cuando representaba un riesgo y así acreditaba una convicción. No es anécdota, sino categoría. El Estado con el que se identificaba Tomás y Valiente es el Estado constitucional con el calificativo en su sentido más jurídico, como expresión no sólo de Derecho, sino también de derechos. Así y hasta el punto de acabar no concibiendo derecho alguno sin el Estado, acentúa también conceptos: « Non si può pensare ai diritti fondamentali senza pensare allo Stato, né rafforzare quelli senza rafforzare lo Stato. L'indimenticabile ed ineludibile paradosso consiste nel fatto che per rendere realtà quei diritti umani dichiarati da e nei confronti dello Stato è necessario lo Stato. Lo Stato crea Diritto e deve rispettare e garantire i diritti, ma senza lo Stato non esistono né il Diritto né i diritti: c'è soltanto il caos » (20).

---

(19) Las manifestaciones anteriores son del *Discurso* de enero de 1996; esta profesión de creencia, ya que no de fe, en el *Prólogo*, p. 9, a *A orillas del Estado*, que está fechado pocas semanas antes, a finales de diciembre de 1995. Habla en tercera persona de sí mismo por recurso literario como autor del libro.

(20) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Lectio magistralis*, p. 275, en A. ROMANO (ed.), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee*, pp. 263-278; original: *Los derechos y el Estado*, p. 169, en sus *Escritos sobre y desde el*

Llegados a este punto de identificación extrema en términos constitucionales, me queda, a nuestros efectos historiográficos, una duda. Es la del nexo entre unas afirmaciones del Estado, la pretérita y la presente. Ya he argumentado mi impresión, que no puedo dar por conclusión, de que la misma problemática historiográfica del Estado preconstitucional reverdece por efecto del problema sin más del Estado constitucional, del problema de su constitución. Dudo sobre el carácter decisivo o sólo adicional de esta motivación. No estoy muy seguro si la reivindicación histórica no vuelve a ser o no es ahora en exclusiva una proyección de la posición actual, sobre todo por el contraste bien marcado de un texto historiográfico tan cercano como el de *la Corte*. Que en un par de meses Tomás y Valiente girara de posición y lo hiciera además frente a la misma lógica última de su obra, me hace pensar que en esto fue decisiva la interferencia del presente, la que se manifiesta más directa y dramáticamente en el discurso de una año más tarde <sup>(21)</sup>.

En el discurso primero de los del Consejo de Estado efectúa expresamente presunciones que parecían ya canceladas por la conferencia sobre *la Corte*, no sólo por su contenido, sino también y ante todo por su método. En ella infiere los conceptos a partir de las mismas manifestaciones de la época, viniendo así finalmente su cultura propia, la histórica, al primer plano que no le veíamos desde luego ocupar en la fase de HD, en el MHDE. Recurre por ejemplo, para la misma precisión del concepto de corte, al *Tesoro de la lengua castellana o española* de Sebastián de Covarrubias, un registro donde también podría comprobarse que en expresiones como *razón de Estado* o en denominaciones como la misma del *Consejo de Estado*,

---

*Tribunal Constitucional*, pp. 159-171: « No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquéllos sin fortalecer al Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea Derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni Derecho ni derechos: sólo hay caos », ante lo que me he permitido una corrección en la versión italiana: « diritti dichiarati da lo Stato » y no « per lo Stato ».

<sup>(21)</sup> En la propia colección *A orillas del Estado*, en sus artículos periodísticos del año 1995, pueden verse signos suficientes de la coyuntura política que le condujo a las manifestaciones más dramáticas del discurso de 18 de enero de 1996, ni un mes anterior a su asesinato.

en ambas de las cuales acabamos de ver presumir a Tomás y Valiente la existencia histórica del Estado, no supondrían entonces este sentido institucional <sup>(22)</sup>. Pero en la conferencia, y no en el discurso, es donde está ejerciendo de historiador. Al contrario de lo que detectamos en la segunda fase y como hemos visto respecto a la justicia, puede que Tomás y Valiente se estuviese ahora efectivamente produciendo con más rigor en clave histórica que en la presente. Sugiero todo esto, menos que asegurarlo desde luego, por lo que importa a la obra en progreso de la HCE: porque no era definitivo el dato de la preconstitución del Estado. No lo era sobre todo por la presencia actualmente constitucional y potencialmente también historiográfica de los derechos.

He sugerido también que, por venirse al sistema constitucional, todas las instituciones no le motivaban como el Consejo de Estado. La Monarquía indudablemente que también lo hacía no sólo como forma de Estado y del Estado propio, sino por sí misma como institución que ya también pertenece al orden constitucional. El acto inaugural del curso 1993-1994 de la Universidad Autónoma de Madrid lo presidieron los reyes, circunstancia de la que se hace cargo el *Tríptico* de Tomás y Valiente con un calor que excede lo protocolario: « Con vuestra presencia, Majestades, habeis contribuido no sólo a solemnizar este acto sino también a dignificar las funciones propias del oficio universitario » <sup>(23)</sup>. Había razones que no eran solamente ni de consideración institucional en abstracto ni de aprecio personal en concreto. Aunque nos movamos con todo esto por terrenos menos historiográficos, creo que conviene también registrarlos para entender cumplidamente su forma de identificación con el Estado, esto que interesa a su historiografía.

Tomás y Valiente vivió como magistrado constitucional, siendo Manuel García Pelayo presidente del Tribunal, el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 que estuvo cerca de acabar y que casi suspendió el joven sistema constitucional español. Era tan joven que el Tribunal Constitucional se hallaba todavía literalmente en su

---

<sup>(22)</sup> Sebastián de COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid 1611, voz no sólo de *Corte*, sino también la de *Estado*, donde comparece el *Consejo*, y la de *Razón*, donde se menciona la *de estado*.

<sup>(23)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo*, p. 23.

infancia, con mucho aprendizaje hecho, pero sin haber arrancado a hablar todavía. Estaba a punto de hacerlo. Lo recuerda él mismo: « El cuadernillo con nuestras primeras sentencias estaba a punto de salir a la calle aquella misma noche del 23F en qué ocurrió no sé qué revuelta de sables que no recuerdo en este momento muy bien, porque las cosas a veces pierden importancia cuando fracasan, aunque el perder importancia no quiere decir que debemos perder memoria de ellas » (24). Se distanciaba con ironía, pero por supuesto que no se olvidaba. El golpe de Estado habría dejado al Tribunal Constitucional no sólo afásico, sino también inédito. Escarbemos más en su recuerdo pues encontraremos motivos de su particular afecto a otra institución de Estado que también podría considerarse en principio problemáticamente constitucional, la Monarquía. Él le guardaba consideración sin aparente problema.

He aquí cómo rememoraba su vivencia: « Las noticias eran contradictorias. García Pelayo llamó a la Zarzuela y se puso a disposición del Rey. A las ocho (de la tarde), estábamos solos en su despacho; conectamos con Radio Nacional: las notas del toque de diana, el famoso *Quinto, levanta*, nos erizó la piel. Minutos antes alguien había irrumpido en el despacho del Presidente diciéndonos, según él para tranquilizarnos, que la Guardia Civil había tomado San Sebastián y que los tanques de la División Brunete bajaban por la Castellana. Don Manuel me dijo: *Valiente, esto se ha acabado*, nos dimos un abrazo y nos marchamos, sin escoltas porque alguien había dado orden de que se retiraran, a nuestras casas. Horas después, tras la intervención del Rey, lo llamé por teléfono: el susto había pasado » (25). A lo que ahora nos importa, la Monarquía concreta española podía identificarse con el Estado concreto español, ambos

---

(24) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 21.

(25) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 248-249. No creo que haga falta aclarar unas referencias suficientemente expresivas en el contexto si es que se plantea alguna duda como pudiera ocurrirle al lector o lectora no español: Radio Nacional es medio del Estado, Guardia Civil es cuerpo militar de policía, *Quinto, levanta* es toque castrense, San Sebastián es ciudad vasca, División Brunete es el principal contingente militar cercano a la capital y el rey aparece en televisión pasada la medianoche con uniforme militar comunicando que, en apoyo de la Constitución, ha dado orden de acuartelamiento.

constitucionales, y tal identificación, que lo era así también y ante todo con la Constitución concreta española, con su Derecho concreto de derechos, presentaba una dimensión no sólo intelectual, sino también emocional (26).

En un contexto contitucional de derechos, que no en otros, Tomás y Valiente había llegado a una identificación tan mental como vital entre Estado y Derecho, o quizá sea mejor decir, para su misma posición aun invirtiendo sus términos, entre Derecho y Estado. El orden de los factores ya sabemos que puede alterar desde luego el producto, pero en esto no está tan claro. No es *A orillas del Derecho*, o quizá mejor entonces *En el cauce del Derecho*, sino *A orillas del Estado*, su último título. Quiso con toda intención un apelativo y no el otro, aun siendo el mismo producto buen testimonio de su posición antes jurídica, por constitucional, que estatalista (27). Ahí también se tienen pruebas de que la identificación entre Derecho y Estado no ciega, por mirarse antes al primero, para reconocer y combatir modalidades y actuaciones no jurídicas del segundo.

Pero estamos también ante una identificación que, por mirar al Estado, tal vez dificulte, si no impide, la percepción y reconocimiento de la posibilidad e incluso necesidad de derecho a su margen, de un derecho de libertad que también sea comunitario. Podía ser un punto especialmente ciego en lo que respecta a América porque además partía de la idea de mestizaje cancelatoria de los mismos sujetos potenciales (28). Añado esto porque es lo último sobre lo que discrepábamos. Los profesores y profesoras de

---

(26) El único apartado que nos queda por utilizar del *Curriculum vitae*, si no llevo mal la cuenta, pudiera ser signo también de la identificación con el Estado. Me refiero al de las condecoraciones, pues sólo he mencionado la rechazada. Lo más significativo tal vez sea que, salvo ésta lógicamente, no dejara de registrarlas en el currículo abreviadísimo, bien que aquí, según vimos, tampoco se olvidaba de una distinción de la Comunidad Autónoma Valenciana, sólo que también, para él como para la jurisprudencia constitucional, las Comunidades son partes integrantes del Estado. Pero nunca la identificación es con cualquier Estado, con cualquier forma del mismo, como también ha puesto de manifiesto el caso del rechazo.

(27) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Prólogo*, citado, a *A orillas de Estado*. El título recuerdo que consiste en una colección de publicación póstuma, pero preparada por él mismo, fundamentalmente de artículos de prensa diaria, aun también con algún otro tipo mayor de texto, como el *Ensayo sobre la tolerancia y su historia* que conocemos.

(28) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Deux années décisives*, pp. 10-13.

las Facultades de Ciencias Políticas y de Derecho de su Universidad, la Autónoma de Madrid, asistentes en la primera al seminario del 23 de octubre de 1995 sobre derecho internacional y derecho indígena, son testigos <sup>(29)</sup>.

Mas nunca nos confundamos. Si Tomás y Valiente afirmaba el Estado, era por mor de la Constitución y de una constitución de derechos. Entendía que no podía ni debía haber más comunidad constitucional que el Estado o que aquellas otras generadas por el propio Estado por encima o por debajo suyo. El entendimiento particularmente lo aplicaba a las comunidades territoriales no estatales, como ha podido apreciarse. También opera en el capítulo religioso. No era otra la razón de fondo por la que venía la Iglesia católica a permanecer ajena al reto del constitucionalismo. Es concepción aplicable a tantas otras posibles comunidades de derecho propio que no tenemos por qué presumir indefectiblemente no constitucional, esto a mi entender, no al suyo. Su posición tenía siempre una razón: no la defensa del Estado, sino la garantía de los derechos, o lo primero en función, sólo en función, de lo segundo.

Es el punto donde inequívocamente coincidíamos, un punto en el que otros tampoco estábamos de entrada y al que tuvimos que ir. Si hay un lugar de encuentro entre quienes parten del Estado y quienes venimos finalmente a hacerlo de los derechos y de unos derechos además no sólo individuales sino también comunitarios, es éste mismo de las libertades, de los derechos como tales. Quienes toman como punto de partida al Estado sin identificarlo acto seguido con el Derecho y sin identificar a su vez, acto seguidísimo, al Derecho con los derechos, difícilmente vienen al lugar de encuentro. Quienes acabamos entendiendo que el constitucionalismo ha sido estatalismo, una constitución de poderes, con la investidura de los derechos reducida si acaso a la hoja de parra que cubre las vergüenzas; quienes proponemos el punto de partida de los derechos mismos, de los individuales ante todo, nos situamos en el lugar

---

<sup>(29)</sup> Expuse sustancialmente lo que tengo publicado en los capítulos de derecho internacional de *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México 1994, contraponiendo él jurisprudencia constitucional española referente además a derecho individual y no a autonomía comunitaria.

donde ya se encuentra, por sus propias vías y con su propio bagaje, mucho más pertrechado, Francisco Tomás y Valiente.

Aquí nos interesa su posición jurídica en función particularmente de la historiográfica. Nos importan ambas en relación mutua. Así las cosas, con esa identificación entre Derecho y Estado o Estado y Derecho, ¿llegábamos a las mejores condiciones para concebir y realizar la HCE, su historia constitucional? A ella sabemos que se aplicaba plenamente la identificación dicha. El Estado constituía historiográficamente una premisa clara hasta el punto de venir a producirse también la asimilación entre historia estatal e historia constitucional. Es cosa que hemos visto sobradamente. A los efectos historiográficos pudiera decirse que la identificación es un escollo casi insuperable pues, por causa de ella, no acaba de sujetarse a historia, esto es, a contingencia constitucional y por tanto a problemática constituyente, la aparición y existencia pretérita de los poderes más característicos y definitorios del Estado. Pero no soy capaz de pronunciarme con los materiales tan incipientes y provisionales que tenemos. No me atrevo a hacerlo sobre todo porque la misma identificación entre Estado y Derecho lo es entre Estado y derechos, con lo cual nunca cabe descartar que por esta vía más constitucional de las libertades, tan suya así como la estatal, pudieran venir a plantearse las cuestiones históricas más desnudas de unas legitimidades de poderes funcionales en principio y disfuncionales en la práctica a los derechos mismos. Ahí radicaba el reto al que no se sustraía.

Pienso también que estaba demorándose, esto es como sabemos, deteniéndose en unos *Orígenes del constitucionalismo* y considerando dejar durante un tiempo en reposo la misma HCE, por la conciencia no sólo de la magnitud, sino también de la responsabilidad del reto. Es la impresión que transmite el mismo estado de los materiales para una historia al fin y al cabo comenzada en diciembre de 1993, con la redacción de la *Exposición de motivos*, si no poco antes, con la impartición de las *Cuatro lecciones*. No es que huyera hacia adelante, engaño que sabía reconocer<sup>(30)</sup>, sino que se tomaba su tiempo, existencia que le arrebataron. Los propios estudios sobre

---

(30) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Huir hacia arriba. Reflexiones sobre Azaña*, publicado en el homenaje a Manuel Tuñón de Lara. *El compromiso con la historia. Su vida y su obra*,

el constitucionalismo gaditano le mantenían, como hemos visto, ante el reto. La reacción frente a unas presiones editoriales pudo también deberse a la voluntad de no ceder a la tentación de unos *Orígenes* misceláneos, de una entrada que así no acabase de abordar los problemas principales.

Convenía parar y templar. Era mucho y esencial lo que todavía tenía por revisar. Tras todo lo que venimos viendo, no creo que esto sea tan sólo ocurrencia mía. No sólo la HCE, sino los mismos *Orígenes* podríamos decir que estaban todavía inéditos no sólo por no publicados, sino ni siquiera por producidos. Y no digamos, pues ya hemos dichos respecto a los papeles de la HCE, capítulo ultimado comprendido. Puede decirse que estaban pendientes incluso de comenzarse su redacción definitiva a la luz de las perspectivas que estamos viendo en el propio pensamiento de Tomás y Valiente, pues del suyo siempre se trata.

Me acerco a una recapitulación, pero quiero todavía ocuparme de algo que sigue importando al Estado e interesando a los derechos. Siendo el punto neurálgico, no quiero dejarlo, si no a medias por lo que ya llevamos, no redondeado. Consideremos el papel que Tomás y Valiente depara al Estado en relación con los derechos, el cual no sólo será garante de los mismos, como ya hemos visto, sino también promotor de ellos, de lo que aún no hemos dicho nada. Ya que no podemos recuperar una obra historiográfica, esméremonos en no perder un planteamiento constitucional.

---

Bilbao 1993, pp. 119-140, y recogido en sus *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, pp. 263-288.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### EL ESTADO PROMOTOR Y GARANTE DE DERECHOS

Con todo lo que llevamos dicho, no creo que todavía hayamos conseguido rendir cuenta cumplida de este asunto tan nodal de la significación del Estado en la biografía intelectual de Tomás y Valiente. Hemos contemplado hasta el momento algo desde luego esencial: la relación de identidad entre el Estado y los derechos mediante el Derecho con la función consiguiente de garantía. Estamos ante una tríada cuyos términos no se entienden por separado para relacionarse y funcionalizarse luego, sino que han de comprenderse de raíz con dicha vinculación y dicho objetivo. Hay afirmaciones de Tomás y Valiente sobre el Derecho o sobre el Estado cuyo sentido depende de que se sobreentienda la identidad y funcionalidad respectiva del uno como del otro en relación con los derechos. La dependencia siempre la entendía y a veces la sobreentendía Tomás y Valiente.

No sólo se trata de una predicado de principio, sino también y sobre todo de un postulado operativo. El concepto es tan ideal como práctico. Los derechos están desde luego ejerciendo un papel de legitimación del Estado, pero es una legitimación que compromete. Y lo importante es por supuesto el compromiso. Los derechos causan el Estado y el Estado se debe a los derechos. Por la interferencia de la problemática historiográfica, ya sabemos que Tomás y Valiente formula lo primero menos nítidamente que lo segundo. Ha llegado incluso a manifestar que no hay derechos sin Estado, o que sin Estado no hay nada, salvo caos, ofreciendo con esto la impresión de que se invierten los papeles de creador y criatura: el Estado sería el demiurgo de los derechos. Podría serlo mediante el Derecho, mediante el ordenamiento que le es propio. El aserto es reconducible. Puede hacer esto el Estado en alguna medida

de complemento o de fomento respecto a la premisa constitucional ya sentada de los derechos como principio de legitimidad y regla de compromiso del propio Estado y de su Derecho.

Hay aquí un punto realmente todavía por tratar: el de la medida en la que el Estado genera mediante el Derecho efectivamente derechos, el de su responsabilidad en este orden. Ya sabemos que la derivación no tiene valor general. Es algo que ya damos por sabido. Lo que ignoramos y sobre lo que ahora nos interrogamos es la posición o incluso el realce que puede aún haberle al Estado en cuanto que generador efectivo de derechos y la manera como puede esto redundar en la misma identificación estatal de Tomás y Valiente, bien sabido también siempre que nos ocupa su pensamiento y no el de nadie más como ningún tipo de teorías que no sean las suyas por mucho que las otras interesen al asunto. Volvamos al efecto de nuevo y prometo que por última vez, pero no porque no pueda ofrecernos más cosas, al MHDE. El lector o la lectora ya se sabe el camino a través de una obra por si quiere hacer de su cuenta ulteriores visitas y más largos recorridos. Sería yo un guía definitivamente intruso si quisiera conducir siempre.

En la primera fase, la función de promoción de derecho por parte del Estado resulta bastante más importante, sin grado de comparación, que la de garantía de derechos. La exposición de la historia contemporánea se centraba en el fenómeno de la codificación hasta el punto de considerarse el capítulo constitucional como un aspecto de la misma y de presentarse la parte del derecho que escapaba a ella como «los sectores del ordenamiento no codificados», de este modo negativo. Vimos el índice, o el par de índices, del MHDE, de su sección contemporánea, el cual respondía a dicha idea de centralidad de los códigos. Esta historia más reciente así aparecía como la epopeya de creación de todo el ordenamiento jurídico por parte del Estado, de este inventor de la codificación y de sus satélites, también de la Constituciones y de las leyes y otras normas de los sectores no codificados. El Estado así aparece como el actor del derecho y el agente de sí mismo, el productor y el garante de los derechos.

No aparecen como actores los derechos mismos. La codificación no los asume como presupuestos y así es como también procede la historia que se centra en ella. La epopeya es del derecho, no de los

derechos. Esto por supuesto que no quita la posibilidad de plantearse otra cosa a partir de unas premisas constitucionales como son en teoría, desde el principio, los derechos mismos. Mas la historia del MHDE, de su sección contemporánea, no ha asumido esta perspectiva por haber comenzado con las Constituciones. Unas bases y unos conceptos sabemos de sobra que se han sentado de otro modo o que no han configurado en todo caso una categoría de constitucionalismo capaz de informar o explicar, a favor o a la contra, toda esta historia. Hasta qué punto los derechos constitucionales no se encuentran en la perspectiva ni el horizonte del derecho codificado puede apreciarse en la piedra de toque de la posición jurídica de la mujer, sujeto entonces sin posibilidad regular de ejercicio de derechos individuales propios no porque las Constituciones se los denieguen, pues guardan silencio o sólo usan un masculino equívoco para su registro eventual de libetardes, sino porque los Códigos civiles, unos códigos que también se sobreordenan a estos efectos sustantivos, lo impiden mediante un derecho de familia que la discapacita. Esta problemática ya también sabemos que se reduce sintomáticamente en el MHDE a una alusión casi incidental: « La inferioridad jurídica de la mujer dentro del matrimonio es patente » (1).

A estas alturas, poco nos importa un fallo de un manual, algunas deficiencias del MHDE. No reparamos ahora en esto, sino en su motivo: se debe a la centralidad de la codificación, de la cual es consecuente la marginalidad de los derechos. El Estado aparece como creador, garante y promotor de un ordenamiento propio que pretende ser el derecho sin adoptar como base los derechos, salvo a efectos de legitimación a los que se reduce en su caso la proclamación por Constituciones. El Estado resulta demiurgo en efecto, pero no así de unos derechos, de los derechos de libertad que como tales sólo pueden ser criaturas de sus sujetos mismos, sino demiurgo de un orden que constitucionalmente los concibe y codificatoriamente los cancela, de un ordenamiento que no es de naturaleza sustancial-

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, p. 587, ed. 1979, ó 552, ed. 1981, que ya citamos. Pero tampoco se olvide la indicación también ya hecha de su contribución a la jurisprudencia constitucional de no discriminación por razón de sexo.

mente constitucional porque conozca un principio teóricamente tal y pertenezca al tiempo caracterizado así. El constitucionalismo, con su legitimación de derechos, le ha conferido al Estado un poder legislativo que, mediante la codificación, se activa y materializa de este modo. Estamos con todo esto ante la problemática del *absolutismo jurídico* que, sin acabar de hacerla suya, llegó a obsesionar en su tercera fase a Tomás y Valiente (2). No es para menos. Deja en evidencia y puede así dejar fuera de juego toda una historia contemporánea del derecho que, en su fuero interno, él también había ya desahuciado, teniendo planteada la superación.

Sería injusto con el MHDE dar aquí por concluido el asunto. En él no cabían los derechos como principios constitucionales de todo un sistema, pero los derechos no dejaban de aparecer en capítulos como el de la justicia penal. En él tampoco tienen los derechos entrada en cuanto que objetivo del Estado con alcance general, pero los derechos también comparecen a este efecto con carácter particular. Igual que lo hacían en el terreno de las garantías judiciales, lo hacen en el de otras funciones estatales. En este punto es relevante un capítulo del que hasta ahora no hemos dicho prácticamente nada, salvo una leve alusión. Me refiero al de uno de « los sectores del ordenamiento no codificados », el que tiene por objeto *El Derecho del Trabajo* (3). Vayamos ahora al mismo con la preocupación constitucional de los derechos. No tenemos que transportarla ni que proyectarla. Allí puede que la encontremos. Veamos cómo.

Esta historia contemporánea de un sector del ordenamiento como comienza es acusando su inexistencia, una « inhibición legislativa del Estado que permitía la libérrima explotación del empresario sobre el trabajador » o una actuación incluso contraria por cuanto que la codificación penal tipificaba prácticamente como

---

(2) Tenemos referencias suficientes sobre una preocupación que ha llegado a reflejarse en los propios índices de la HCE intentando, como vimos, conjurar dicho *absolutismo jurídico* como supervivencia preconstitucional, como legado de la *Monarquía absoluta* o del *Estado absolutista*: « ¿Absolutismo jurídico o continuidad del Antiguo Régimen? », aunque también le hemos visto alguna alusión con menores reservas al emplazamiento constitucional. Mas de la obsesión y de su motivo hablaré todavía.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 34, ed. 1979, ó 33, ed. 1981, como ya cité.

delito las iniciativas sindicales. Vamos a asistir a una «lucha por el Derecho» no sólo por parte del Estado, sino también e incluso antes por la de los propios interesados: una pugna ante todo por el derecho de asociación que las Constituciones no reconocían y que la codificación penalizaba. Comienza a haber derecho fuera de las previsiones del Estado: «A pesar de todo, las asociaciones obreras fueron formándose en la clandestinidad; unas pretendían atender fines de ayuda mutua entre los obreros (sociedades de socorros mutuos), otras la constitución de cooperativas de consumo o de producción, y otras, finalmente, la asociación para resistir frente a los patronos (sindicatos). Nótese que con frecuencia bajo la forma inocua de una mutualidad se ocultaba y se amparaba un verdadero sindicato de resistencia, pues una de las prestaciones de la mutualidad podía consistir en el pago de un subsidio contra el paro, forma encubierta de crear una caja de resistencia» (4).

Aquí no interesan en sí historias particulares como la española y la de su capítulo iuslaboral. Nos importa el planteamiento del asunto. Puede proseguir la exposición manualística con una historia conocida de iniciativas sociales y movimientos estatales, pero bajo dicha determinada perspectiva de promoción de un derecho y de un derecho que además mira desde un arranque a unos derechos: a una emancipación individual y a unas libertades colectivas. El Estado concurre con «instituciones eficaces a través de las cuales canalizar su intervención en el mundo laboral». Esto puede inicialmente responder a posiciones de «filantropía, beneficencia y caridad» en competencia con «el binomio lucha obrera conquista legal» de la parte interesada, pero viene finalmente a plantearse en un terreno constitucional de derechos: de derechos debidos y de derechos prestados por el Estado, ambas cosas. Se produce «la constitucionalización de los derechos derivados del trabajo» en las Constituciones del siglo XX: «Por vez primera en nuestro Derecho constitucional, la Constitución de 1931 reconoció unos derechos sociales derivados de la prestación laboral y comprometió al Estado a

---

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 606-608, ed. 1979, ó 600-602, ed. 1981.

elaborar una legislación social para proteger y mejorar la condición de las clases trabajadoras » (5).

He aquí el Estado como promotor de derechos haciendo esta entrada pujante en el MHDE, una entrada incluso más fuerte que la hecha, según vimos, como garante de los mismos. En ambos casos son entradas sectoriales y en ninguno la aparición pasa desapercibida. De ninguna forma tampoco, ni como promotor ni como garante, el Estado se compromete constitutivamente aquí con los derechos. Pero me parece que merece subrayarse este otro aspecto. Ya dijimos que Tomás y Valiente se situaba en una posición sustancialmente socialista, lo cual no quiere decir que este capítulo dependiese de su alineamiento. Para un estudioso puede ocurrir perfectamente lo contrario: que esto derive de aquello, o también lo medio: que ambas cosas se influyan mutuamente. Lo que ahora importa es que, desde una primera fase, Tomás y Valiente pudiera estar predispuesto a identificarse con el Estado de cumplir el mismo la condición de constituirse mirando a derechos, no sólo por su función de garantía, sino también por su capacidad de promoción; no sólo como Estado judicial pasivo, sino también como Estado administrativo activo. Como Estado legislativo, primaba la codificación, cancelando más que virtualmente derechos.

El otro capítulo del MHDE, de su parte contemporánea, sobre sectores no codificados, era el dedicado al *Derecho administrativo* (6), capítulo previo al del *Derecho del Trabajo*. Si en éste acaba apareciendo un Estado promotor activamente de derechos, podría esperarse la cuestión en el otro más general pues trata del ordenamiento del poder de gobierno y administración. Mas no es así. No es sólo que en él no aparezca la cuestión de legitimidad, en lo cual ya no estamos. Tampoco comparece el extremo ulterior de un poder que, bajo la dirección de la ley y el control de la justicia, es el que puede realmente responder y atender a una promoción de los derechos. Esta problemática estrictamente constitucional no está presente, y no lo está no solamente porque su evolución histórica efectiva no responda ni atienda a tales

---

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 612-617, ed. 1979, ó 606-611, ed. 1981.

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, cap. 33, ed. 1979, ó 32, ed. 1981.

directrices, sino también y sobre todo, en lo que aquí ahora nos interesa, porque las coordenadas constitucionales ni siquiera se identifican. No vamos a extrañarnos a estas alturas cuando ya sabemos que allí faltaba la propia categoría del constitucionalismo.

Si el capítulo del *Derecho del Trabajo* ha despertado unas expectativas, ya se desvanecen en el contexto del MHDE, pero mantienen su valor dentro de su propia órbita. Tampoco van a verse en su recinto posteriormente satisfechas. No es que Tomás y Valiente vaya a cambiar de posición, pues guardó coherencia (7), sino que no va a desarrollar ese capítulo de la historia contemporánea interesante a la promoción de derechos por el Estado. Incluso teniendo ocasión, no abunda en ello. Ocupándose durante la segunda fase de la evolución en España de los derechos constitucionales, cuando llega a dicha Constitución de 1931, se fija más en la vertiente garante, sobre todo por la novedad de una jurisdicción constitucional de amparo, que en la promotora, con una mera alusión a la existencia de « derechos económicos y sociales ». Se trata de una ponencia que no amplió, sino que sólo anotó, para publicación, pues ya sabemos que por entonces no contaba con mucho tiempo para estos menesteres de la historiografía, pero el énfasis, cuando ya formaba parte del Tribunal Constitucional, era así en las garantías y no en el fomento de los derechos (8). En la tercera fase, también ya dije que, ante la oportunidad de tratar unas fronteras sucesivas del constitucionalismo, las de la mujer y la discriminación doméstica, el trabajador y la expropiación social y el indígena y la explotación colonial, prefirió que nos ocupásemos de las autonomías comunitarias españolas (9).

---

(7) Tiene esto también su reflejo en fidelidades historiográficas más humanas: Manuel TUNÓN DE LARA, « ejemplo vivo de historiador comprometido » (*A orillas del Estado*, p.195), el autor que, durante largos años en el exilio y ya en época constitucional incorporado a la Universidad del País Vasco, más se ha significado trabajando una historia obrera española de signo sustancialmente socialista en su sentido de tendencia, no de partido; según ha podido verse en las notas, TOMÁS Y VALIENTE ha colaborado en publicaciones que le han homenajeado, tanto en 1981 como en 1993.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, pp. 171-172.

(9) Me refero al seminario de 1994 sobre *España y las Españas: Cataluña, Navarra y el País Vasco* y a la alternativa que también ya vimos.

La preferencia en concreto, respecto a los derechos, por la garantía en relación al fomento tenía que ver desde luego con una experiencia personal de índole jurisdiccional y no política, pero no creo que lo uno dependiese enteramente de lo otro. Quiero decir que no sería sólo por competencia profesional, de su profesión de magistrado, por lo que tendiese ahora a destacar la forma sobre la sustancia, la garantía sobre el contenido del derecho. La propia experiencia podía estarle mostrando que, constitucionalmente, lo primero es más genuino. Dicho así, quizá él no lo hubiera suscrito, pero el hecho es que, desde la segunda fase, va ganando terreno en su obra el aspecto garante sobre el promotor. Por muy insuficiente que resultara, el capítulo que hemos dedicado a los derechos y la justicia, a la función de garantía en suma, tiene mayor enjundia, pues la tienen al respecto, aun truncados, sus escritos.

El motivo promotor va a tratarlo en menor medida y tiende incluso a concederle inferior relieve, pero no le pierde consideración: « La lucha de los ciudadanos menesterosos a lo largo de todo el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX logró que el Estado asumiese constitucional y funcionalmente como uno de sus objetivos básicos el remedio de las necesidades económicas, sociales y culturales de la mayor y más débil parte de los ciudadanos y, en ocasiones, de todos ellos ». Esto entiende que ha generado incluso un nuevo tipo de Estado capaz de superar al meramente liberal de un primer constitucionalismo: « Nacen de todo ello unos derechos sociales y económicos que los Estados proclaman en sus Constituciones principalmente a partir de la alemana de 1919, y nace así un Estado asistencial o Estado del bienestar como superación de un capitalismo caduco por otro más avisado que garantiza la continuidad del sistema merced a concesiones integradoras » <sup>(10)</sup>.

El relieve en momentos lo recupera. En un texto reciente sobre *encrucijadas del Estado*, Tomás y Valiente identifica actualmente cuatro desafíos ante el mismo: el primero, el de integración comunitaria con atención y respeto al pluralismo interno; el segundo, el del dominio de una economía transnacional que le desborda; el

---

<sup>(10)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 145, en texto de 1988 que ya citamos, el del discurso en Bolonia con ocasión de la laurea honoraria del Rey de España.

cuarto, el de la confusión entre lo privado y lo público que causa la corrupción, y el tercero, el que estamos viendo: « La tercera encrucijada ante la cual el Estado de nuestros días ha de elegir rumbo es la planteada por los derechos sociales de los ciudadanos », sin lo cual no cree que hoy sea de recibo un Estado de Derecho, un Estado se entiende que identifique su Derecho con los derechos: « El Estado no puede desentenderse a la altura de nuestro tiempo de los problemas y necesidades englobados bajo la rúbrica de los derechos sociales, no sólo porque (al menos el nuestro) el constitucionalismo los ha asumido, sino porque políticamente constituyen un compromiso histórico irreversible. El Estado liberal del siglo XIX pertenece a otra época. El de la nuestra no puede devolverle a la sociedad ciertas obligaciones asumidas como fines y derechos, entre otras razones porque esa dicotomía entre Estado y sociedad, propia del protoliberalismo, no es tan clara en el presente ». Esto puede plantear problemas, pero no constituye para él cuestión: « Es un problema de medios. No de fines » (11).

Tenemos unos derechos que podrían devolverse a la sociedad porque de ella vienen. Son sociales, no individuales. Son sociales, no estatales, o sólo sobrevenidamente estatales. El MHDE trazó una dialéctica entre lucha de la sociedad y concesión del Estado. Le hemos visto volver a incidir en ella, pero sin venir la misma a un primer término cuando se trata precisamente de defender la competencia estatal frente a la iniciativa social. ¿Hasta qué punto la promoción de los derechos es una función característicamente estatal como pueda serlo, según también su planteamiento, la de garantía? Aunque abundara menos en ello, su tendencia es la de reservar igualmente al Estado, si no por completo, al menos al máximo la función promotora. No puede llegar a endosársele en exclusiva pues están presentes no sólo en la evidencia de la historia, sino también en la realidad del derecho, unas libertades sociales, como la de asociación, que igualmente se defienden sin cuestionamiento ni reserva, como derechos que también se consideran. Mas la identificación

---

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Encrucijadas del Estado de nuestro tiempo*, texto mecanografiado que aparecerá en las *Obras Completas*, sin datar, pero con estilo de discurso reciente.

entre Estado y derechos mediante el Derecho no deja de notarse en el capítulo.

Recientemente, ante una situación concreta de planteamiento de una huelga política por parte de organizaciones sindicales frente a resoluciones parlamentarias de mayoría muy amplia, Tomás y Valiente comenzaba argumentando que «la huelga es un derecho individual de ejercicio colectivo», habiendo transcurrido afortunadamente «muchas décadas desde que la huelga era un delito por constituir 'maquinaciones para alterar el precio de las cosas', de una cosa llamada trabajo por cuenta ajena, hasta ser uno de los derechos fundamentales». A la luz de esto, tal convocatoria es legítima, y lo será la actividad siempre que no se quiera con su resultado suplantar la autoridad parlamentaria: «¿Son las centrales sindicales las llamadas a fijar una política económica que seguir desde el Gobierno y desde el Parlamento? En absoluto, porque los cauces institucionales para transformar legítimos intereses parciales en legítimos intereses generales son los estrictamente políticos y estatales». Como buen jurisprudente, Tomás y Valiente se pronuncia a veces mejor ante el caso concreto <sup>(12)</sup>.

En ningún momento se le pasa desde luego por las mientes cuestionar derechos como el de asociación y el de huelga. Son derechos que pueden además promover derechos; que tienen esta capacidad probada además, como bien sabe, en la historia. Pero todo esto se mueve a su entender, como ha dicho categóricamente, en un ámbito de intereses particulares cualitativamente diversos a unos generales cuyo mundo propio es el Estado. Una política económica cuyo objetivo constitucional proclamado es la promoción de derechos pertenece a este órbita de intereses «estrictamente políticos y estatales». La vertiente que podía a estas alturas resultar más interesante para el apartado del fomento de los derechos, la de que no se identificasen con el Estado hasta el punto de una exclusiva, la de que esto pudiera admitirse en este campo más factible de su promoción, parece que, si no se eclipsa, se nubla con dicha concepción de la función estatal. Quizá el hecho de que Tomás y Valiente no volvió en su tercera fase al capítulo del *Derecho*

---

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La huelga y la política*, en *A orillas del Estado*, pp. 115-117, que es artículo de periódico de principios de 1994.

*del Trabajo* pudiera guardar alguna relación con la dificultad de conjugar constitucionalmente, para su concepción del constitucionalismo, unos factores de libertad y de Estado, o de libertad, asociación y Estado, al propósito de la promoción de los derechos. Si no se ha hecho ya, adviértase que, con toda la importancia que alcanzara en el MHDE, el del *Derecho del Trabajo* no es capítulo que aparezca como tal en los índices de la HCE.

Una exclusiva ya se daba en el capítulo de las garantías. Es algo tratado <sup>(13)</sup>, pero creo que conviene la insistencia, pues, por esta vía de la competencia estatal, puede que esté todavía más intercomunicado dicho capítulo con este otro sobre los derechos, el de la promoción, que por gracia de los derechos mismos. Tomás y Valiente sabemos que tenía una concepción tajantemente estatal de la garantía judicial, la garantía constitucional propia de los derechos. En este sentido tiene que entenderse sus mismos pronunciamientos más extremos sobre la inexistencia de los derechos sin el Estado: no existen las garantías. Mas no sólo entiende que sin el respaldo estatal no hay justicia posible, sino que tampoco admite que la haya constitucional fuera de la competencia más exclusiva del Estado mismo. Puede que esto no lo entendiese en su alcance más general, como principio propio de un *derecho común* del constitucionalismo, pero lo ha sentado con dicho carácter al menos para los sistemas constitucionales que, viniendo de la codificación, tienen la ley y una ley situada por encima de la justicia como fuente primordial del derecho. Otras posibilidades de justicia de naturaleza más directamente ciudadana, como la del jurado y las otras que identificaba en la Revolución francesa, le parecen definitivamente fuera de juego para nuestra historia constitucional, la que viene de un pasado y mira a un futuro.

Ahí se comprenden sus mismas reticencias respecto a la institución del jurado, incluso si reducida, como está constitucionalmente prevista en el caso de España, al campo penal y a cuestiones de hecho. Su trabajo *In dubio pro reo*, aquel que comenzaba precisando

---

(13) Para todo lo que retomo a continuación, estoy refiriéndome a cuestiones consideradas en el capítulo de *los Derechos y la Justicia* y particularmente a los planteamientos más recientes, que allí vimos, de la conferencia en Argentina sobre *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*.

limpiamente unas categorías históricas en contraposición con la constitucional de presunción de inocencia, concluía planteando las dificultades más actuales, un par de ellas, respecto a la valoración de las pruebas, una vez que se establece como garantía la de su motivación expresa: « La primera creo que puede plantearse en los órganos judiciales penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez puede recorrer para llegar a la certeza ». ¿Cómo motivar entonces la valoración de la prueba? Y hay otra como he dicho: « La segunda dificultad que preveo guarda relación con la anterior, pero quizá resulte agravada cuando la necesaria expresión del proceso lógico desde la prueba hasta la certeza de la culpa deba referirse al juez de los hechos y de la prueba en el juicio por jurados ». Y punto. Así es como concluye dicho trabajo <sup>(14)</sup>. El mismo encaje del jurado no se imagina sino dentro de la dialéctica de una justicia sin legitimación originaria independiente del Estado. No se conciben otras certezas que las internas a los mecanismos de la misma ni otras garantías que las lógicas entonces.

Recuérdese el argumento de la justicia en cuanto que función estatal de índole profesional como única forma de independencia y así de garantía frente a un Estado de partidos que definitivamente produce una confusión de poderes entre el legislativo y el ejecutivo. En esta tesitura actual, la profesionalidad funcionarial de la justicia sería obligada, como ya vimos. Con dicho planteamiento, los mismos partidos, otra posible vía de promoción de derechos mediante asociación, no sé si encuentran un acomodo que pueda decirse constitucional. La misma expresión de Estado de partidos, que le hemos visto hacer suya, tiende también a estatalizarlos, o a dar por inevitable o incluso por buena su estatalización, abundando en la misma línea que no deja espacio propio, que no sea estatal, ni a la garantía ni a la promoción de los derechos. Los mismos tienden a integrarse y acabar dependiendo efectivamente del Estado como si fueran criaturas suyas o mejor, por cobijo, alimentación y supeditación, criados suyos en el sentido etimológico. Con implicaciones semejantes, les aplica a los partidos igual argumento que a los sindicatos. Son « cauce de comunicación entre la sociedad y el

---

(14) F. TOMÁS Y VALIENTE, « *In dubio pro reo* », p. 141.

Estado »; de no ser así, « los partidos fallarían en su función de hacer presente en el ámbito donde se resuelven los problemas desde perspectivas generales, el Estado, aquellos mismos problemas nacidos como particulares en donde surgen los conflictos, en la sociedad » (15).

Lo dicho sobre sindicatos y partidos no creo que deba generalizarse ni, muchísimo menos, darse por definitivo. En su tercera fase, tuvo Tomás y Valiente también ocasión de demostrar sensibilidad y conciencia respecto a una libertad social irreductible a función estatal. Lo hizo al ocuparse del derecho de fundaciones, a lo que ya hemos hecho algunas alusiones por introducirse en la materia a través de la historia. Ahora nos interesa el asunto mismo. Lo presenta como un derecho que puede ser perfectamente constitucional, pero que fue negado por un primer constitucionalismo así deficiente. Tendía a no admitir otros sujetos de derecho que el Estado y el individuo como si para éste ya no cupiera más sociedad que la política. Las cosas ya pueden concebirse de otro modo: « Creo que las fundaciones deben situarse y entenderse no en la alternación entre Estado o sociedad, sino más bien como instrumento privado, surgido en la esfera de la libertad, pues su creación constituye el ejercicio de un derecho de libertad, para cumplir, *con protección estatal*, fines a los que el Estado por sí solo no da abasto y que encajan en el ámbito de la función social de la propiedad. Ni sociedad *contra* Estado, ni propiedad individualista, sino colaboración Estado-sociedad, derecho a fundar como derecho de libertad del propietario y propiedad delimitada por su función social ». Lo dice a la vista de una ley que mira a la intervención estatal más que al derecho de libertad, pero aquí es su posición lo que nos interesa (16).

Las cursivas son suyas. Lo es la de *protección estatal*. Si subrayo por mi parte otra cosa, no pongo nada, pues ahí también está: *constituye el ejercicio de un derecho de libertad*. Su marco sigue siendo severamente estatal, pero sin dejarse ya cabida a la exclusiva. Esto puede hacerse notar del modo más elocuente por la contraposición entre el Código civil español que en 1889 admite fundaciones de « interés público » y la Constitución española que en 1978

---

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 239.

(16) F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución española y las Fundaciones*, pp. 29 y 33.

reconoce el derecho de fundación para fines de « interés general ». Tomás y Valiente comenta: « Cualquier identificación o reducción interesada (permítaseme el juego de palabras) entre interés público e interés estatal quedó conjurada » respecto al derecho constitucional gracias a la calificación de general <sup>(17)</sup>. Tomás y Valiente tiende siempre al terreno del Estado. Para la misma libertad de fundación se dibuja este cuadro: « Estado social, impotencia del mismo para cumplir todos los intereses prestacionales, función social del derecho de propiedad, libertad de disponer de lo propio, derecho de fundación para fines de interés general, interrelación entre Estado y sociedad: he ahí una serie de conceptos y de aspiraciones que se dan cita en la configuración constitucional del derecho de fundaciones » <sup>(18)</sup>. Pero el hecho sigue siendo que tal derecho es de libertad y que como tal se afirma. La reducción estatalista, que a veces se insinúa, así realmente no cabe. A efectos históricos, no es tan irónico que la comprobación venga por vía de propiedad <sup>(19)</sup>.

A lo que aquí nos importa, las palabras de libertad, y no sólo las de Estado, están también entre las últimas de Tomás y Valiente. O sería mejor decir que no se da una distinción en estos términos: que las palabras de Estado son igualmente de libertad. Y nunca además olvidemos que tampoco son ni las unas ni las otras realmente últimas: que sólo lo resultan por el asesinato. Son sus asesinos quienes han convertido lo provisional en final. No le han dejado vivir para conocer nuevas experiencias constitucionales españolas, bien que sean de momento limitadas, como ésta de las fundaciones de principio de libertad o como también aquella del jurado de garantía procesal <sup>(20)</sup>. No le han permitido sobre todo pensar toda esta serie

---

<sup>(17)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *La Constitución española y las Fundaciones*, p. 35.

<sup>(18)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio previo*, p. XXXI-XXXII, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*.

<sup>(19)</sup> J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, pp. 27-33 y 96-113; para el caso español, puedo autorreferir: *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, pp. 159-231.

<sup>(20)</sup> El jurado como derecho y no sólo como garantía podía tenerlo también ante la vista a los efectos históricos: J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, pp. 47-59. Respecto a la otra materia, mi referencia es al ordenamiento español pues hay leyes de fundaciones postconstitucionales anteriores de Cataluña, 1982, Galicia, 1983, Canarias, 1990, Navarra, 1993 (como

de problemas dentro del proyecto más comprensivo de la HCE. No todo iba a cambiar desde luego. Hay continuidades mantenidas incluso desde la primera fase. Vimos al inicio la de carácter moral sobre garantías penales y hemos visto ahora la referente a unos derechos sociales que quizá, como constante, pueda decirse también moral. La categorización y articulación más estrictamente constitucionales de unas posiciones morales tras el conocimiento y la experiencia de este otro carácter es lo que finalmente estaba en cuestión, lo que se cuestionaba o lo que habría de cuestionarse conforme la HCE fuera cobrando cuerpo, de un modo así me atrevo a decir que radical. Ahí estaba la ambición bien legítima de un proyecto bien plausible de un autor bien capaz.

No sé si estoy finalmente especulando, quiero decir yendo más allá de lo que autorizan las posiciones últimas de Tomás y Valiente, pero no creo. No lo hago en mayor medida de lo que suele ser habitual entre nosotros, historiadores e historiadoras, pues procedo en base de testimonios y de unos testimonios irremediabilmente insuficientes. Para afirmar este tipo de cosas, ya no tengo que remitir a capítulos posteriores pues está visto todo lo que quería ver, todo lo principal que a mí entender plantea la HCE, este proyecto historiográfico y constitucional a un tiempo, de Francisco Tomás y Valiente. Sólo tengo que insistir en que no tomemos por últimos sus escritos que no lo eran. He hablado así de una obra inédita. No he contado con testimonios concluyentes, pero tengo y ofrezco signos que me parecen, si no sobrados, bastantes.

El síntoma que tengo por más agudo es el de la fascinación creciente que durante la tercera fase, cuando pudo realmente volver con tiempo y pausa a sus lecturas y reflexiones historiográficas, comenzó a ejercer sobre él la obra de un autor que pone en cuestión sus convicciones más neurálgicas de identidad entre Derecho y Estado. Me refiero a Paolo Grossi y en particular a su motivo del *absolutismo jurídico* que tanto afecta a la historia constitucional (21).

---

parte de la Compilación Foral), y País Vasco, 1994, bien que las experiencias de unas Comunidades Autónomas tampoco es que suelen considerarse fuera de ellas como propias.

(21) Aunque estos factores de influencia sabemos que son aquí secundarios, autor y obra han debido venir apareciendo en el curso de estas notas, como también han ido

Tras un rechazo inicial, Tomás y Valiente tiende a aceptar su existencia en el caso francés, pero no en el español (22). Mas lo primero basta para poner en cuestión todo un modelo constitucional, el de la Revolución francesa que para él, como para tantos de nosotros, había sido prototípico. En esta incertidumbre se encontraba (23).

La evidencia que entiendo principal es la de una vuelta a la semilla, la del regreso a unos clásicos que le han puesto ante la vista la artificialidad del Estado, su condición dependiente de la determinación humana, esta concepción que importa tanto al planteamiento

---

manifestándose los signos de su apreciación creciente por parte de TOMÁS Y VALIENTE. Una motivación interna no faltaba. En octubre de 1995, su último otoño, me comentó que lo que quería hacer para la historia constitucional era como lo que GROSSI, con su *Ordine giuridico*, acababa de hacer para la medieval. Lo entendí en el sentido más limitado de que abandonaba definitivamente cualquier intento cronológico para decidirse de una vez por una exposición sistemática y selectiva, decisión que ahora me parece ya tomada para entonces. El comentario era más de fondo. Sólo tras conocer sus papeles y poder leer y releer su obra última, comprendo la envergadura del reto que estaba finalmente planteándose. Seguimos comentando las cosas de GROSSI. Recordando la conversación, puedo hablar, sin dejar de medir las palabras, de fascinación, de una fascinación a la que a medias cedía y ante la que a medias se resistía, esto segundo en especial todavía en lo que respecta al *absolutismo jurídico*, el punto desde luego más sensible para la propia HCE.

(22) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio previo*, pp. XIV, XIX y XXII, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*.

(23) Clara ÀLVAREZ, en su carta citada de 18 de junio de 1996, abunda no sólo en unas reservas, sino también en unos interrogantes de TOMÁS Y VALIENTE: «Muchísimas veces mantuvimos posiciones distintas. Una de las últimas, que ahora recuerde, fue acerca del absolutismo jurídico. Estimaba que era una idea brillante, pero que no se había producido, porque lo limitaba al campo de la práctica. Para él el hecho de que se basase en la dependencia de la ley en el ámbito de la producción normativa y en el doctrinal era menos relevante que el hecho de que continuasen aplicándose otro tipo de disposiciones. Consideraba que ni en Italia ni en España había existido, tal vez en Francia, aunque tengo mis dudas», contestó. Cuando respondí que la Constitución y las propias leyes sancionaban las otras fuentes, que incluso se podía hablar de constitucionalización de algunas al dar valor legal a disposiciones del Antiguo Régimen y que, en todo caso, su mayor expresión la tenía en el ámbito científico con el culto absoluto a un solo tipo normativo, me quedó mirando fijamente con los ojos entrecerrados, con aquella postura tan suya que adoptaba cuando algo le intrigaba especialmente y que consistía en apoyar la cabeza en el ángulo formado por los dedos corazón e índice y el pulgar bajo el mentón».

historiográfico, por cuanto que puede cancelar Estados preconstitucionales, como al constitucional, por lo que debe interesar a los derechos. Esta otra vía respondía en mayor medida a la lógica interna de su obra. Mas no hay que descartar que acabase confluendo, pues no se repelen, si no es que se atraen, con la otra línea, la que pone en cuestión el *absolutismo jurídico* de tiempo constitucional. Tras remitir también su idea de la ubicación preconstitucional del fenómeno absolutista, como hemos visto sobre todo cuando expone la existencia de una *constitución* histórica de base consuetudinaria, estaba, ya no rechazando la posibilidad del absolutismo constitucional, sino interrogándose sobre sus limitaciones históricas en casos como el de España donde, con la persistencia de *fueros*, las frustraciones de la codificación y el arbitrio de la justicia, un sistema legalista no acabara nunca de imponerse (24). Es como si se resistiese a identificar este *absolutismo* con el modelo constitucional ya definido que quería establecerse en España, pero la cuestión de fondo la tenía abierta (25).

El valor que considero más decisivo para esta apertura de

---

(24) Insiste sobre esto Marta LORENTE, quien abordaba últimamente el problema con él por estar ella trabajando sobre la ley, sobre su publicación, en la España del XIX. Me escribe en carta de 22 de julio de 1996: « En las conversaciones que mantuve con Valiente le sugerí en bastantes ocasiones que la polémica del absolutismo no tenía cabida en los orígenes del constitucionalismo español y que en todo caso, debíamos esperar a finales del Ochocientos para que nos la pudiéramos plantear como pieza de una investigación concreta. En este exacto sentido, no hablábamos nunca de problemática constitucional, sino de estrategias de investigación. En muchas ocasiones le dije que si no sabíamos precisar qué concepto de ley se manejó a lo largo del siglo, si no sabíamos con qué instrumentos contó la ley para afirmarse y si no sabíamos qué uso se le dio en los tribunales, difícilmente podríamos aventurarnos en reproducir aquí las consecuencias de la reducción del derecho a ley ». « Creo que cuando Tomás y Valiente se planteaba la cuestión *¿absolutismo o pervivencia?* de lo que estaba convencido era de que no se podía hablar de absolutismo, pero no porque éste fuera deciochesco, sino porque no se alcanzó ni siquiera en las décadas centrales del Ochocientos ».

(25) Marta LORENTE, en dicha carta de 22 de julio de 1996, agrega que, ante los primeros resultados de unas investigaciones realmente también primeras a pie de obra, aunque no falte bibliografía que presuma otra cosa, acerca de la ley y la justicia en la España del XIX, puede asegurar que « se asombraba porque muchas veces afirmaba cosas como *no sabemos casi nada de nada o hay que empezar por el principio, esto es, por Cádiz* ». Clara ÁLVAREZ también me escribe que, ante cuestiones de historia constitucional, utilizaba últimamente este tipo de expresiones: « Exclamó *¡No sabemos nada!* ». Su

horizonte con novedades en lontananza es el del propio momento de la vida de Francisco Tomás y Valiente, el de las condiciones que finalmente reunía de posición y experiencia, de sensibilidad e inteligencia, tanto constitucionales como historiográficas, y la del compromiso que se hizo de aplicarlas. Es deprimente también decirlo, pero no es fácil que se repita esta conjunción de virtudes para plantearse y realizar una historia constitucional española interesante al derecho o, quizá mejor entonces, a la cultura constitucional e incluso a esta cultura común y no sólo a la española. La conjunción se produce en la tercera fase, pero no hubiera podido darse sin la primera y la segunda, sin HD y TC. Tomás y Valiente había nacido de estos progenitores e iba a renacer de sí mismo; como había crecido y madurado, iba a germinar y dar fruto, por su determinación, su capacidad y su trabajo siempre. No le han dejado.

La tercera fase estaba forjando un Tomás y Valiente que tampoco era otro por ser nuevo. Una continuidad moral, que conocemos, es expresión ante todo de una integridad personal, que comprobamos. Sobre esta base hablo de cambios y novedades. La HCE creo que podría cambiarle y renovarle más, bastante más, de lo que ya lo había hecho el TC. No digo que el mejor Tomás y Valiente estaba todavía por venir y más aún por vivir porque es un pensamiento, de triste, insoportable. ¿Sabrán jamás los asesinos no sólo de lo que le han privado a él, sino de lo que nos han sustraído también a los demás? <sup>(26)</sup>. No es comparable desde luego; nada lo es con la destrucción de la vida por decisión ajena, pero las pérdidas son también nuestras inclusive, en nosotros, ellos.

« Recuérdalo tú y recuérdalo a otros, cuando asqueados de la bajeza humana, cuando iracundos de la dureza humana: este hombre solo, este acto solo, esta fe sola. Recuérdalo tú y recuérdalo a otros », así comienza un poema sobre la memoria de la guerra civil

---

carta le ha dejado en posición de interrogarse. Y añade: « Así quedó la última vez que le ví vivo ». Ella es la última persona pacífica que le vió con vida.

<sup>(26)</sup> Universidad del País Vasco — Euskal Herriko Unibersitatea, *Homenaje al profesor D. Francisco Tomás y Valiente — Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia*, pp. 19-21: F. RUBIO LLORENTE, *Carta abierta a Jon Bizenobas*; 23-25: E. DÍAZ, *Francisco Tomás y Valiente: intelectual crítico y hombre de Estado*; 43-45: P. FERNÁNDEZ ALBADALEJO, *Entre Salamanca y Madrid: recuerdo primero de un catedrático de historia del derecho*; 47-49: M. PÉREZ LEDESMA, « Recuérdalo tú y recuérdalo a otros ».

española que a su vez concluye: « Gracias, Compañero, gracias por el ejemplo. Gracias porque me dices que el hombre es noble. Nada importa que tan pocos lo sean: Uno, uno tan sólo basta como testigo irrefutable de toda la nobleza humana » (27). Recuérdalo tú y no lo silencies para que no pueda volver a decirse que son mayoría los innobles.

---

(27) Luís CERNUDA, *Desolación de la quimera* (1962), poema penúltimo, 1936, en *Poesía Completa*, edición de Derek HARRIS y Luís MARISTANY, Barcelona 1974, pp. 524-525.



## EPÍLOGO

### DESINENCIAS Y RAÍCES

Como profesor, he pensado siempre que nuestra función docente sólo se justifica social e intelectualmente si cumple un doble requisito concerniente, por un lado, al objeto sobre el cual se quiera enseñar algo y, por otro, al método con el cual se trate de enseñar, método que previamente ha debido adoptar aquel que actúa como docente para aprender lo que a través de su palabra comunica a los demás. El objeto de nuestra enseñanza debe ser siempre el mismo, por más que sea susceptible de muy diversos enfoques: la realidad como problema. Y el método de la docencia, y antes de la investigación, sólo puede ser uno y siempre el mismo: la razón crítica.

Francisco Tomás y Valiente,  
*La defensa de la Constitución*, 1982



## RECAPITULACIÓN

### OBRA INÉDITA Y AUTOR INÉDITO: PROFESIÓN HISTÓRICA Y PROFESIÓN CONSTITUCIONAL

Permítaseme recapitular. No estamos en ningún acto necrológico ni en ejercicio literario ninguno. Este epílogo no es un epicedio. Todo el libro es prosa y sin ficción. Trata con lo vivo y lo verificable. Somos parteros antes que forenses y soy testigo antes que autor. Intentamos traer a la luz una obra que alienta vida y siembra razón. Lo hace desde un comienzo de existencia consciente, responsable y autónoma. Incluso en tiempos de dependencia universitaria Tomás y Valiente está ya formándose un proyecto propio. Sólo ha tendido a repudiar, y quizá no del todo justamente, una parte primeriza de su obra. Le hemos visto hacerlo como forma no sólo de afirmarse, sino también de definirse. Y se define netamente desde temprano en el espacio moral de los derechos que le afecta como persona y le interesa como profesional, como jurista e historiador. Le hemos visto insistir en el interés presente de la historiografía por la preocupación y el empeño de desvelar y superar un mundo adverso a los derechos, tanto pretérito como actual. Si esto le resta en algún grado sentido histórico a su trabajo primero, se lo suma a la postre y en mayor medida constitucional, extremo esencial para su biografía. Y es de su vida como de su verdad, de su obra como de su razón, que tratamos.

La experiencia jurídica de una magistratura constitucional fue para él, para quien ya traía la sensibilidad y no el conocimiento, una revelación. Se dedicó a ella, si no en exclusiva, con dedicación preferentísima durante una docena de años, algo así como todo un tercio de su vida intelectual, la consciente, responsable y autónoma. Esto le hizo incubar un proyecto historiográfico de concepción

inédita, proyecto que, si no rompía amarras con toda su obra primera, no era tanto por continuidad de signo profesional como por la de índole moral, porque, con la constante siempre del derecho, ya podía haber respondido en parte a la preocupación constitucional, esto es, a un compromiso con los derechos. Durante la primera fase, se debatía con un concepto de derecho « instrumental y provisional » que, sin producir anacronismos, pudiera ser historiográficamente operativo. En la tercera, tras la experiencia jurisprudencial, el problema parecía haberse evaporado. Ahora tenía una noción. Los derechos determinan el concepto de derecho para el concreto periodo que finalmente le interesa: para la historia constitucional, sólo para ella, pero también para toda ella, como para todo el derecho correspondiente.

Antes de hacerse con el concepto, los mismos derechos, que ya le preocupaban, se movían por su historiografía más descontroladamente. Su misma sensibilidad constitucional, que ya tenía, se proyectaba a época preconstitucional estableciendo criterios no sólo para la selección de asuntos, sino también para la realización del estudio. En lo que interesa a la historia y en lo que importa a la historiografía, podía ser un lastre, como él mismo advertiría retrospectivamente en su tercera fase. Comenzó a recomendar que ya no se le leyese mirándose al presente. ¿Y en cuanto que había mirado al tiempo contemporáneo? Tras su experiencia constitucional, tras el conocimiento y la sensibilidad constitucionales ahora adquirido y reforzada, esta parte de su obra primera, la que trataba de época constitucional, le parecía llanamente inconsistente. Ni siquiera había sabido concebir el constitucionalismo como sistema integral de derechos, este concepto que adquiere con la experiencia jurisprudencial y que es el objeto de su afán ulterior de historia constitucional.

Al volver a la docencia y a la investigación, si no extendía el repudio de su obra, no era por amor propio ni por respeto humano ningunos, sino por su sentido de la responsabilidad consigo mismo, pues « somos memoria de nosotros mismos, de lo que hemos sido y hemos hecho, y tenemos que apoyarnos en el suelo firme de la memoria reflexiva para orientarnos en el futuro », y también quizá por la razón más práctica de que no tenía de momento con qué sustituirla y la necesitaba. Se veía obligado a recomendar manuales,

el suyo como el mío, con los que estaba íntimamente, si no en desacuerdo, por lo menos insatisfecho. Y no los encontraba mejores precisamente en la parte constitucional que ahora fundamentalmente le interesaba. Ahí veía un vacío no sólo académico, sino también cultural. Echaba de menos exposiciones que explicasen la historia más estricta del constitucionalismo más riguroso: la emergencia de los derechos dentro del derecho y frente también a la resistencia de éste mismo, del Derecho para él con mayúscula. Era el reto que asumió. Así se decide a realizar el nuevo proyecto, un proyecto inédito. Se resuelve a hacerlo como obra no sólo universitaria, sino también ciudadana, como obra que no solamente se dirige al público obligado y olvidadizo de la aulas, sino que igualmente busca la audiencia voluntaria de la lectura reflexiva, este mayor provecho posible también desde luego entre el alumnado.

Tras la experiencia constitucional, su horizonte ya no se recluía en los muros universitarios. Su mundo intelectual y profesional ya no era el de procedencia, el de la historia del derecho que había profesado y cultivado durante largos años, durante bastante más de un tercio de su vida consciente, responsable y autónoma. Mantuvo e incluso recuperó vínculos, con dicho sentido de la identidad también profesional que ha de pisar el suelo firme de una tradición igualmente reflexiva, pero no se reconoció de vuelta en dicho mundo. No es tanto que el hijo pródigo no se sintiera acogido, como que se encontrara extraño en el hogar pese a su propio empeño de reintegrarse. Tenía y aplicaba un profundo sentido de pertenencia a una especialidad que él entendía particularmente debida a su propia tradición. El sentimiento se activó y potenció con el acceso a la dirección personal del órgano que más la identifica, el *Anuario de Historia del Derecho Español*. Pero nada de esto supuso un regreso. No lo implicó ni siquiera la necesidad docente de recurrir, para la misma historia constitucional que ahora profesaba, a la parte contemporánea de su *Manual de Historia del Derecho Español*. A dicho efecto lo tenía ya por desahuciado. No pasaba el examen de su experiencia constitucional, este test no sólo de inteligencia, sino también de moralidad. Ahí no se contenía la clase de historia que hubiera en rigor de merecer dicho mismo calificativo de signo constitucionalista.

Durante una primera época, antes de la experiencia constitu-

cional, había entendido que una historia tal, la constitucional, resulta pura extensión de la historia del derecho al alcance de cualquier o cualquiera especialista de ésta segunda, los que existían, pues de la primera sólo había aficionados. Para entonces hemos comprobado que no tenía siquiera una categoría distintiva para esa historia más específicamente constitucional. Entendía por tal la historia institucional del Estado y de un Estado que podía ser perfectamente preconstitucional, con lo que la mayor parte del mismo derecho contemporáneo quedaba también al margen del constitucionalismo. Salvo el capítulo que trataba de Constituciones, la historia contemporánea no era historia constitucional a pesar de que no dejaba de comparecer una problemática del género en algún apartado de su misma exposición, como más particularmente en el procesal penal. Es la razón por la que adoptó y, al llegar a la tercera fase y plantearse el reto, elaboró la denominación de *historia del constitucionalismo* para la historia constitucional. Se quería distintiva para un proyecto distinto.

La expresión de *historia del constitucionalismo* la tenía de antes, de la primera fase, pero no la noción. La acepción menos específica de dicha otra designación, la de *historia constitucional*, la mantuvo por guardar también la idea conexas de la existencia preconstitucional del Estado. HCE, nuestro anagrama enigmático, definitivamente significa *Historia del Constitucionalismo Español* con todas las implicaciones que tuviera este sintagma para Tomás y Valiente en la tercera fase. Pero puede haber constantes no sólo léxicas procedentes de la primera. Allí también se fraguó la secuencia histórica entre Estado *absolutista*, el preconstitucional, y Estado *liberal*, el constitucional, con el bajo perfil que esto marca para la sucesión que media: se trataría de la remodelación de un Estado ya existente. En la tercera fase podrá venirse encima la problemática históricamente más compleja de un sistema preconstitucional no exactamente absolutista y la constitucionalmente más rigurosa de una exigencia constituyente que interesa a todo el Estado refiriéndose de raíz a sus poderes, toda una problemática de *autoridad* o legitimidad a la luz y a resultados de los principios más estrictamente constitucionales que son los derechos. He aquí más palabras que podían estar en la primera fase sin que estuvieran por ello los conceptos.

Respecto a una continuidad disciplinaria entre historia del

derecho e historia constitucional, ahora, en la tercera fase, no es que abrigue dudas. Es que sabe que la capacitación historiográfica no basta para el tratamiento constitucional, aunque tampoco piense desde luego que sobra. Temía el ensayismo tan típico de la profesión del derecho que mira a la historia por encima de las lentes, pero también, si no más, el escepticismo tan característico de la historiografía que mira al presente por encima del hombro. La dimensión moral, una dimensión que atiende no sólo a la probidad profesional, sino también al compromiso ciudadano, era para él lo esencial. El baremo lo satisfacía en menor medida la historiografía. Mantuvo relaciones y amistades entre gentes de historia, pero tendía finalmente a congeniar profesionalmente con constitucionalistas, no con todo el gremio tampoco desde luego, sino con quienes se muestran más sensibles a la doble dimensión histórica y jurídica del mismo sistema constitucional: como historia del derecho con sustantividad propia y como derecho de derechos con entidad no menos diferenciada respecto a ordenamientos anteriores o incluso coetáneos. Si de la historia jurídica especializada podía particularmente disgustarle su indiferencia hacia el derecho presente, esto no sería tanto por sí mismo, por la especialización, como por la despreocupación constitucional que puede denotar y a menudo encierra. Su mundo como profesional, y profesional ahora doblado, era definitivamente otro.

Mas quería hacer historia, una historia inédita, no desvinculándose de la historiografía y aún menos de la jurídica. Nos embarcó en un número parcialmente monográfico del *Anuario de Historia del Derecho Español* sobre historia constitucional, sobre sus comienzos gaditanos, que fue una de sus últimas satisfacciones. Para su obra personal, que es lo que aquí nos interesa, podía cosechar orientaciones, pero no desde luego de todos y todas. Podíamos ayudarle, pero limitada y relativamente. Podía consultarnos, pero a beneficio de inventario. Su nueva obra se forjaba en la intimidad y en la libertad de su conciencia y de su responsabilidad. Para sí mismo guardaba bocetos y ensayos, incertidumbres y vacilaciones. Sus conversaciones al respecto, que descendían a detalles, no franqueaban sus dudas más cruciales. Ni siquiera me transmitió la ambición del proyecto, no sé si porque él mismo no acababa de confesársela. Como hemos visto, se había realmente propuesto hacer una historia, a un tiempo, de los derechos y del derecho, de las libertades y del

ordenamiento: una historia del Estado como sujeto de Constitución que se identifica con los derechos. No era la historia de unos valores y unas aspiraciones, como tampoco de unas instituciones y unas prácticas. Era todo esto conjuntamente y lo era con la doble guía en teoría paralela y pacífica, mas de hecho quebrada y conflictiva, del Estado y los derechos, toda una cuadratura del círculo aparentemente.

Era un reto para el que se sabía capaz y del que se sentía incluso responsable, al que se pensaba finalmente vocado, no sólo ni principalmente por su formación y arte historiográficas, sino también y fundamentalmente por su compromiso y experiencia constitucionales. Lo uno y lo otro le habían rendido la profesión precisa en su doble sentido: el credo y la pericia de dicho signo constitucional, esto sin lo cual no cabe historia tal, historia constitucional. Así era como se rehabilitaba y potenciaba su propia profesionalidad historiográfica. De este modo afrontaba el reto que entendía tan personal e intransferible. Y puede que no se equivocara. Cabe que efectivamente él y solamente él entre nosotros estuviera en condiciones de plantearse, emprender y realizar una obra que conjuga historia y derecho, la historia del derecho y el derecho de los derechos, en un grado y de una forma a tal extremo inéditos, una obra que por ello pudiera efectivamente resultar de interés y ser incluso de necesidad no sólo escolásticos, sino también ciudadanos.

Sólo él podía hacerlo. Lo digo sin saber si esto es un mérito pues no depende enteramente de uno mismo. La propia experiencia constitucional que, si no le cambió personalmente, lo hizo profesionalmente, no fue decisión que uno adopta conforme a lo que entiende su vocación, sus cualidades o sus posibilidades. Fue propuesta política que él aceptó y cargo para el que le eligieron. Es cierto que estaba muy cercano al partido socialista que propuso su nombre. También lo es que se le hizo la proposición y confirió la investidura por el prestigio profesional y la autoridad ciudadana que ya se había ganado a pulso lo uno y con riesgo lo otro. Pero en todo caso fue decisión ajena antes que propia. Las razones por las que le fuera hecha la propuesta tampoco son un secreto. Ni son ajenas a su primera obra ni lo serán para la última. Se trata obviamente de su sensibilidad bien acreditada para con los derechos y de su posición no menos pública en materia comunitaria: tan resueltamente auto-

nomista, favorable a autonomía que traiga causa exclusiva de Constitución normativa, como categóricamente antifuerista, contraria a fuero propio o autogobierno político de título preconstitucional y derecho constitucional, de alcance preconstituyente y efecto constituyente. Si alguna razón pesara más en la propuesta, no puedo decirlo, pero tampoco se trataba sólo de posición en bruto, sino de conocimiento de causa y elaboración de efecto, de esta formación y capacidad personales.

Mérito propio lo hay con creces. Es siempre aquí lo que nos interesa. Lo suyo es el empeño con el que asumió el compromiso, el desempeño como lo ejerció. Logró un reconocimiento interno en el Tribunal Constitucional que pudo conducir a la unanimidad en su reelección como presidente. Otros juristas han pasado más ricamente por la magistratura. Suya es al cabo la experiencia como suya era la profesión: suyas una y otra de las destrezas que le condujeron a una tercera fase reuniendo condiciones inéditas y quizá irrepetibles, las condiciones óptimas para afrontar la tarea de una historia constitucional, o *historia del constitucionalismo*, como historia de los derechos en el derecho o, según él también escribiría, en el Derecho, o incluso, como él diría, en el Estado. Todo esto constituía para él una secuencia finalmente continua: libertades o derechos-Derecho-Estado, o a la inversa que él preferiría: Estado-Derecho-derechos o libertades. Siempre se inclinó y al final se decidió resueltamente por este género de identificaciones: del Derecho con el Estado, pero también de los derechos con el Derecho y por lo tanto con el Estado.

Para él ya sabemos que, con razones de peso, no hay otra: « No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquéllos sin fortalecer al Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea Derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay ni Derecho ni derechos: sólo hay caos ». Sería una formulación extremosa si por derechos no cupiera entender, no ellos mismos, sino su efectividad mediante garantías, las propias garantías que constitucionalmente les ofrece el Estado. Y esto quedaba finalmente sentado sobre todo por la constancia del carácter natural, aunque no le gustara decirlo así, de los derechos y el artificial del Estado, contrapartida ésta que particularmente mar-

caba dicha naturalidad de las libertades. El Estado le resulta necesario, mas de una necesidad así sometida a determinación y provecho humanos.

Pero hay más. Hay un empeño por reconducir al Estado toda garantía y todo derecho, por integrar en él los derechos mismos, su propio ejercicio y sus eventuales objetivos. La dificultad que hemos visto de concebir un espacio no estatal para los partidos, los sindicatos o las asociaciones en general, para unos ejercicios de libertades en promoción de derechos, es un síntoma de la estrechez del vínculo que ata los derechos con el Derecho y el Derecho con el Estado, los derechos con el Estado en definitiva. Las iglesias, mejor así también en plural y con minúscula, tampoco encuentran un lugar constitucional propio. Es un caso distinto al de sindicatos y partidos, pues ellas no se concibe que se integren en el Estado, pero, con esto, como hemos visto, de lo que quedan excluidas es del constitucionalismo. Mas nada de esto clausuraba un horizonte. Unas últimas intervenciones respecto al derecho de fundaciones concebían unas posibilidades constitucionales no obligadamente estatales, como hemos visto también.

No se ha provocado una clausura estatal, pero se ha producido un nudo gordiano. Estábamos en el punto en que había que recomenzar a pensarlo todo, todo salvo, en sí, unos derechos, los de libertad del individuo. Entre su identificación con el Estado y su compromiso con las libertades, entre estos elementos, el de unas instituciones y el de unos derechos, que el Derecho no siempre conjuga o ni siquiera siempre comunica, el proyecto inédito había llegado a una verdadera encrucijada, por no repetir a un nudo. En los términos historiográficos, se encontraba con realidades constituidas para el Derecho que no podían serlo para la historia no sólo porque todo orden humano es contingente y así histórico, sino también, más específicamente, porque el único principio predicable como preconstituyente, el de los derechos, no podía permitirlo sin merma de su propia posición.

Se trataba de que la Nación y el Estado, la comunidad y la institución políticas, no pueden ser realidades preconstituidas para la historia constitucional, para una historia que quería tener el rigor de entender su calificativo como expresión de derechos antes así que de poderes. España como Nación y como Estado debían ser objeto

y no sujeto de esta historia constitucional. Como historiador le hemos visto considerar la evidencia y debatirse con la necesidad. En momento de presente, en calidad distinta, hemos asistido en cambio a afirmaciones menos históricas de tales existencias. También se trata de la resistencia a admitir la posibilidad de comunidades políticas no estatales que, con derecho propio, no tienen por qué traer causa exclusiva del Estado de su pertenencia. Esto también era vuelta del nudo gordiano.

Durante su periodo de magistratura constitucional no ha tenido tiempo para ocuparse mucho de la historia ni ha contado tampoco con mucha libertad para producirse sobre las cuestiones pretéritas de significación presente, sobre los problemas históricos de implicación jurídica. Finalizado, gana ambas cosas, tiempo disponible y libertad ejercitable, y está decidido a que le rindan. Había cruzado el Rubicón. Su situación tampoco vuelve a ser la misma de una primera época de estudio y docencia. Nunca recuperó la disponibilidad de tiempo para la investigación y el ejercicio de libertad para la enseñanza del profesor universitario que había conocido en otra fase. Y no es sólo que la Universidad haya cambiado. Está muy solicitado. Sus palabras y sus escritos tienen definitivamente, para los demás, mayor autoridad y con ello también, para él, superior responsabilidad. Como se sabía investido de la una, se sentía embargado de la otra. No es sólo por sentido del humor que en alguna ocasión se curara en salud: « Aun a riesgo de parecer provocativo, lo cual puede parecer inapropiado para quien, como yo, ya no es un adolescente, diría que, donde hay derechos, y derechos fundamentales, queda menos espacio para la tolerancia ». Quien ya era ante todo expresidente del Tribunal Constitucional no quería parecer procaz por intentar sencillamente ser riguroso como en dicho caso en el que, si se recuerda, sólo quería precisar bien la distinción entre derecho de libertad y mera tolerancia.

Quienes llegan a esta posición de « eso que los romanos llamaban *auctoritas* », como también le hemos visto decir a propósito esto de su condición añadida de consejero de Estado; quienes se hallan en ella y con ella, en la posición y con la autoridad, aparte la legitimidad del merecimiento, suelen valerse, disfrutar y aun beneficiarse de la renta de situación. Suelen acomodarse en la predicación de la simpleza como si fuera ciencia y de la conveniencia como

si fuera ética. Tenemos aquí buenos ejemplos entre nuestros padres constituyentes primeros, los parlamentarios. Madres apenas hubo. Tomás y Valiente pudo hacer lo propio, mas no fue su caso. No estaba queriendo escribir una obra educativa de esas características fraudulentas. Una historia constitucional así la hubiera tenido con la mayor facilidad en pocos meses y hubiese sido con seguridad un éxito de crítica y público. Muy al contrario, su intento entrañaba dificultad, como encerraba inseguridad. Consistía, dicho muy resumidamente, no en cortar, que no era su estilo, tampoco quizá en deshacer, sino en desentrañar el nudo gordiano: descubrir cómo está formado para saber cómo manejarlo, y publicar su descubrimiento para capacitarnos. El nudo gordiano ata los derechos al Estado. La HCE, su historia constitucional de tercera fase, más que desatarlos, quiere asegurar el vínculo evitando la confusión en beneficio del corazón del propio nudo: en favor de los derechos, para que pudieran latir con vida propia.

La dificultad resulta extrema porque nunca se trata de construir una historia para edificación ciudadana. Se trata de reconstruir la historia para esclarecimiento ciudadano. En este terreno de la historiografía, imaginar es fácil; indagar, difícil, e indagar en nuestro tiempo más propio, el de la edad contemporánea, con sentido de la responsabilidad no sólo profesional, sino también ciudadana, es mucho más difícil todavía. Tomás y Valiente siempre se ha planteado la investigación con un ojo puesto en el presente y sin volverle nunca la espalda, pero ahora tiene puestos los dos y está mirando de frente. Aun con la mirada siempre alerta en ambas direcciones, su posición es nueva. Es al pasado al que no le vuelve ahora la espalda pues se ha situado definitivamente de cara al presente y con la vista en el futuro. El riesgo del *presentismo*, como él mismo decía por ser consciente, cuando no incluso del futurismo, arrecia ahora. Mas le vemos hacer los mayores esfuerzos por no descuidarse y ceder, lo que entraña el mayor escrúpulo en el trabajo estrictamente historiográfico. También es por esto que no improvisa ni se precipita. Sus fichas, cuadernos y carpetas están repletos de notas por comprobar, de pistas por perseguir, de claves por indagar.

Si durante la época de la magistratura constitucional, apreciábamos un rigor inferior en sus manifestaciones historiográficas que en las de presente, ahora, cuando se plantea la HCE, las tornas

pueden cambiar. Le hemos visto más riguroso en sede histórica que en registro actual. Parece definitivamente incapaz de producir historia complaciente y satisfecha, con estas inclinaciones de complacencia y satisfacción que parecen en cambio tentarle a veces en manifestaciones de presente. La profesionalidad historiográfica podía venir incluso a potenciar su confesión constitucional. Lo hemos visto en un capítulo tan clave, el constitucionalmente más clave, de los derechos y la justicia. De mayor alcance todavía, es en clave historiográfica como le hemos visto concebir la idea del *constitucionalismo* como *cultura* más preñada de posibilidades respecto al desentrañamiento del nudo gordiano por cuanto que podía situarle la propia historia por delante y por encima del Estado. En clave de presente, tiende en cambio a un concepto del constitucionalismo menos cultural y más normativo, o incluso en momentos legalista, por anteposición del Estado. En un extremo estrictamente constitucional y de importancia histórica no menos estricta, como el de la contradicción de fondo entre el legalismo de Código y el juridicismo de la Constitución, vimos que fue no tanto la experiencia jurisprudencial de segunda fase, sino más bien la reflexión historiográfica de la tercera, la que parecía con capacidad de procurarles y procurarnos un esclarecimiento.

La profesión historiográfica podía todavía servir a más efectos constitucionales incluso versando sobre tiempo preconstitucional. Me refiero, como él se refería, a la concepción de un *derecho común* constitucional de ámbito, como mínimo, europeo a partir del conocimiento del *ius commune* preconstitucional, conocimiento que ya sitúa en un terreno de *cultura* fructífero para el abordaje del mismo constitucionalismo. Su particular *utrumque ius*, uno y otro *derechos comunes*, ordenamientos de autoridad cultural por encima de fronteras políticas, pueden interesarse mutuamente, pueden interesar a sus respectivas historias, pese a la profunda diferencia de fondo que Tomás y Valiente no dejaba de resaltar. El *ius commune* histórico no conoce los derechos propiamente dichos, los derechos ante todo de sujeto individual, pues desconoce al mismo individuo como entidad jurídica, pero es un ordenamiento de cultura en conexión genética, como la crisálida con la mariposa, respecto al constitucionalismo cual fenómeno igualmente cultural. El laboratorio historiográfico del uno puede serlo también del otro. El estudio de la larva puede

resultar incluso básico para el conocimiento del ser vivo. No vamos a decir que la anatomía del mono es la clave de la del hombre, pues no es la misma figura. A lo que realmente nos importa, la constancia de una cultura histórica del derecho puede traer a la conciencia de una cultura presente de derechos, del *constitucionalismo* precisamente como *cultura* antes que ninguna otra cosa.

Derecho puede ser ante todo cultura y, concretándose, jurisprudencia. Aunque no acabando de traerla a un plano tan decisivo, Tomás y Valiente se había significado por la atención al aspecto jurisprudencial de la cultura histórica, de aquel *ius commune*, de un derecho histórico que, por constituir cultura y consistir en jurisprudencia, resultaba compatible con soberanías y autonomías, con independencias tanto políticas como de cualquier otro orden asociativo. Se abría la posibilidad de otro *derecho común* consistente también ante todo en cultura, en una cultura jurisprudencial que pudiera situarse por encima tanto de Estados y de otras Comunidades políticas como de iglesias, fundaciones, partidos, sindicatos y otras asociaciones, de una forma así por la que constitucionalizar no significase estatalizar. No es un punto al que llegase, sino al que apuntaba. Estaba en su horizonte.

Mirando a la transición entre el *ius commune* histórico y el *derecho común* constitucional, en esta coyuntura, precisamente en ella, aparecía además un problema, bien que sólo aludido, como el de la existencia de comunidades humanas excluidas y discriminadas por la misma cultura constitucional, cual las indígenas. Sus dificultades son desde luego serias para plasmar el planteamiento tanto en el plano historiográfico, reduciendo el Estado, como en el jurídico, con la misma reducción. Las propias plasmaciones del tiempo de la HCE, como en el capítulo eclesiástico o como en el judicial, tienden a recluirse o se recluyen en momentos sin más dentro de la frontera estatal. Pero la misma propuesta de tal *derecho común* constitucional, con el requerimiento de historia que implica, ya me parece relevante. No se entiende sin la premisa común, constitucional, de los derechos. Tampoco es que quepa comprenderse sin el conocimiento histórico, jurisprudencial, del derecho. Laboratorio histórico y taller constitucional pueden ser un mismo lugar de trabajo para una misma producción y el lugar además más adecuado para ella. Ya también vimos que una disciplina universitaria de *Derecho Consti-*

*tucional*, lastrada todavía como *Derecho Político*, no parece estar en disposición de plantearse siquiera los problemas de fondo del constitucionalismo, unos problemas que son también históricos.

¿Concluimos con una vindicación de la profesión historiográfica, de la historia del derecho más en concreto? Depende siempre de lo que entendamos. A estas alturas, recapitulando, no parece que hagan falta mayores precisiones y menos si resultan reiterativas, pero nunca están de más en un punto tan plagado de ideologías y pletórico de equívocos como éste del encuentro entre el derecho y su historia. No tiene sentido ni siquiera plantearse una rehabilitación de la historiografía tradicional del derecho tras la experiencia constitucional. La autobiografía telegráfica de Tomás y Valiente, « De la HD al TC y de éste a la HCE », también contiene este mensaje. La primera es una historia para él desahuciada, aunque no por ello condenada. El desahucio no está reñido con todos los esfuerzos para recuperarla por parte suya. No es un edificio a derribar, sino a reconstruir: a restaurar con una obra de estructura y no sólo con un arreglo de fachada. Y él se consideraba morador del mismo a pleno derecho: no residente precario ni inquilino transitorio, sino heredero y casi mayorazgo, con un sentido vincular de la herencia según vimos. Y como buen primogénito, aunque hubiera sido pródigo derrochando dotes en otro campo, con la posición finalmente bien asumida por medio sobre todo de la dirección del *Anuario de Historia del Derecho Español*, no quería un hogar vacío, sino bien habitado de familia laboriosa y otros deudos cooperantes sin exigencias mayores. La labor requerida era historiográfica y de una historiografía no obligadamente constitucional. Tradición obliga.

Todo esto lo hemos visto, mas también hemos visto que su sentido de la tradición era a beneficio de inventario y con un crédito que finalmente confiere, no la profesión historiográfica, sino la constitucional. Aquí se trazaba la línea del Rubicón que había cruzado. Sólo en el territorio cisrribereño, en esta rivera constitucional, tiene sentido y cabe plantearse la vindicación de una profesión, la historiográfica en su especialidad jurídica con la que realmente se identifica. No intenta imponer su criterio, como primogénito, a la familia. No entiende que haya derecho para hacerlo ni se encuentra tampoco en posición para intentarlo. Son cosas distintas. Ninguna le sirve de coartada para solapar la otra. La

historia del derecho de factura constitucional es un compromiso personal suyo y de quienes quieran concurrir o ya estén por su cuenta en la labor. La HCE es empeño personalísimo suyo. Es la historia jurídica a la que encuentra personalmente sentido, una historia constitucional que no es apéndice de la historia preconstitucional porque comienza por profesar, antes que una disciplina de trabajo, unos valores de derecho, los de los derechos.

Comienza por profesarlos no como guía de la propia historia, lo que sería *presentismo* sin especial capacidad cognoscitiva, sino como contraste y como el contraste que históricamente marca el propio constitucionalismo, con lo que esto puede capacitar no sólo para su conocimiento, sino también para su empleo. El requisito es la profesión historiográfica así sumada a la constitucional. Ésta no basta. No es suficiente con ser un constitucionalista sensible para ser historiador constitucional solvente. Esto rige tanto como la viceversa de que no es bastante la profesión historiográfica para esta determinada historia. La concurrencia de ambas profesiones, en el doble sentido además de pericia y de creencia, le brindaba a Tomás y Valiente unas posibilidades que no podía presumir al alcance ordinario de profesionales ni de la historia ni del derecho. A él le había costado toda una vida. Y ya dije que no entendía haber llegado a la posición privilegiada de la que puede tranquilamente esperarse la renta de situación. No. Entendía su suerte como la de un reto personal y una responsabilidad social, lo uno además por lo otro. Se sabía en la posición de poder hacer lo que otros no podían y había decidido hacerlo. Mantuvo la decisión aun experimentando los compromisos críticos a los que le abocaba su doble profesión final de historiador y constitucionalista. Como el constitucionalismo interrogaba a la historia, la historia podía cuestionar, si no al constitucionalismo, a su versión vigente comenzando por sus sujetos políticos actuales. Era un test de doble dirección y mutua alimentación.

Tras la magistratura constitucional puede y se decide a emprender la obra, la historia constitucional española o *historia del constitucionalismo español*, la HCE. No es nada que aquí esté hecho ni por él mismo ni por nadie pues se trata del calificativo *constitucional* o del sustantivo *constitucionalismo* en su sentido más riguroso que da unidad a la trinidad Estado-Derecho-derechos o quizá mejor enton-

ces a la inversa. Pero el primero lo sigue anteponiendo como queriendo tener siempre ante la vista la vuelta última del nudo gordiano. La obra es la principal tarea en sus tres últimos años. Realizó ensayos previos cuya edición anticipaba y mediante los cuales pensaba ir construyendo o quizá sólo con ellos componiendo un libro de *Orígenes*. Rondaban, pero no escudriñaban el nudo gordiano. También laboró directamente para la HCE. Nos ha dejado más de un índice, una motivación, un fragmento de introducción, algún boceto de alguna cuestión y un capítulo completo. O tal vez no nos haya dejado nada, pues nada de lo dicho puede considerarse definitivo mientras que el nudo gordiano siguiese, si no intacto, parado: sin trabajo. Y lo seguía. La HCE, toda ella, resulta una obra irremediabilmente inédita. Hace inédito al autor, quien sólo nos deja entonces su testimonio ya de por sí precioso. La identificación del Estado con el Derecho y de éste con los derechos, este verdadero misterio trinitario, queda como objeto inédito de una obra inédita de un autor inédito. Tenemos el testigo esperando, si no relevo, nuevas pruebas.

Testigo de la carrera de fondo era para Tomás y Valiente el Estado. El signo más aparatoso de la identificación vino finalmente a representarlo su acceso definitivo al Consejo de Estado con abandono de la Universidad, a costa así del medio en cuyos muros ya no se recluía, pero que constituía el caldo de cultivo, si no más alimenticio, al menos más sazonado para la obra inédita, para la historia constitucional del derecho y los derechos, del derecho de Estado y los derechos de libertad, de una y otra cosa tan conjuntamente que el orden de los factores pudiera ser secundario, historia tan necesaria también y sobre todo fuera del ámbito universitario. No iría a abandonar un proyecto como éste con toda la culminación que iba a suponerle. ¿Cómo cabe pensar que dejaría de representarse su vida « de la HD al TC y de éste a la HCE » para asumir algo así como « de la HD al TC, de éste a la HCE y, pasando de ésta, al CE », al Consejo de Estado, a un consejo gubernativo? ¿Es esto una autobiografía que pudiera enorgullecerle? Aun constituyendo la plaza una posición vitalicia, la única de este género en España aparte la monárquica, ¿quién puede pensar, con antecedentes como los suyos, en el Consejo de Estado como culminación de una vida? Respecto a la obra, ¿cómo iba a poder acabar desglosándose la HCE

como *Historia del Consejo de Estado*? Mas hay enigmas en este último gesto, último por la acción asesina.

Puede haber también razones y nos importa alguna. Le gustaba y quería enseñar y más ahora la historia constitucional, pero estaba enseñando sobre manuales que no le convenían y con categorías que comenzaba a cuestionar. Venía haciendo y deshaciendo borradores como en una Itaca sin Ulises. Mas su patria no iba a ser el Consejo de Estado porque dejara de serlo la Universidad. Su proyecto de historia constitucional no pensaba en absoluto abandonarlo. Precisamente buscaba tiempo y reposo, el tiempo y el reposo que podía ofrecerle el Consejo de Estado, a fin de seguir mejor con el trabajo y la reflexión de la HCE, de la *Historia del Constitucionalismo Español* y no de otra. ¿Cómo puedo afirmarlo si la conversación telefónica por la que quedamos en hablar de todo ello fue la última y última sin remedio por causa de la irrupción asesina? ¿Cómo puedo asegurarlo cuando he confesado que los testimonios de que dispongo respecto a sus planes finales, finales por el asesinato, resultan contradictorios? ¿Cómo puedo ni siquiera saber que, de haber estado más protegido, de haber sido menos confiado, de no haber actuado los asesinos, de no haberse él repuesto todavía de su enfermedad, de no haber aparecido aquel día y haber desistido ellos, o de no existir éstos, unos criminales políticos, y hubiera él seguido así con vida, me habría sido sincero? Confieso que es un acto de fe, pero acto de fe de una persona en otra que nunca le había defraudado: que había demostrado con creces merecerlo. No hablo de un extraño. Mi conocimiento personal ya comencé advirtiendo que estaba entre mis fuentes. No soy juez que deba atenerme a las actas, a esta garantía. No tratamos de juzgar, sino que intentamos comprender.

¿Cómo podía emprenderse o reanudarse, progresar y culminarse tal historia de derecho y derechos al unísono mediante la identificación dicha con el Estado que se traducía incluso en la pertenencia a una de sus instituciones más identificadas a su vez con el Derecho y punto, no con los derechos? ¿Cómo comprender esto? Es un extremo finalmente delicado como hemos visto. En él se estaba jugando su posición definitiva como jurista y como historiador, como constitucionalista y como historiador constitucional. Creo haberlo despejado sin necesidad de recurrir tan sólo a mi conoci-

miento, a este acto de fe personal: el compromiso de Tomás y Valiente era siempre y seguía siendo con los derechos, con un Derecho y un Estado de libertades, y así iba a resultar su historia, la constitucional. Ni la posición ni el proyecto se cancelaban. No se abandonaba desde luego éste. Pensaba proseguir tomándose su tiempo, el tiempo que los asesinos le arrebataron. Por el crimen tenemos irremediabilmente inéditos la obra como el autor. Porque sea tristísimo, no vamos a silenciarlo. Y hablo de que tenemos, no de que carecemos, por todo lo que el mismo proyecto cercenado de raíz nos enseña por sí mismo, por el testimonio. A esto han venido tantas páginas. Me satisfaría saber que Tomás y Valiente inédito y la HCE inédita son el autor y la obra inéditos que han consumido, mereciéndolo, más espacio. No basta para esta marca con lo que yo he escrito, pero afortunadamente él cuenta con más intérpretes, con un coro de voces plurales y libres para el silencio forzado de su muerte.

Deseemos que todas, algunas rectificando, le rindan justicia. Es fácil desde luego construir el maniqueo y decir, como se ha dicho, que Tomás y Valiente era estatalista y punto o casi: « Supongo que en estos momentos alguno de ustedes me estarán calificando como españolista » (1). Esto lo decía, si recordamos, en su primera fase, previendo incomprendiones respecto a su postura en materia de autonomías comunitarias. Previó bien, pues las sufrió en mayor medida, aunque no siempre ni principalmente por dicha misma razón, como magistrado y presidente constitucionales, durante su segunda fase. Pudo llegar a resentirse: « Naturalmente ese maniqueísmo me parece funesto; no se pueden hacer esas descalificaciones globales; no se pueden proferir improprios, insultos e injurias a quienes han hecho uso de su independencia, tanto quienes han votado en un sentido como en otro » (2). Había habido algún caso « ciertamente injusto, duro, doloroso, pero, en fin, son cosas que hay que vivir » (3). Son situaciones que también

---

(1) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Decretos de Nueva Planta*, p. 40 ya citada.

(2) F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español: diez años de funcionamiento*, p. 23.

(3) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Balance de diez años de jurisprudencia constitucional*, p. 51, con alusiones transparentes tanto en estas páginas como en las anteriores: «... un periódico cuyo nombre tampoco recuerdo, porque yo soy muy malo para las iniciales, en el que, en su portada, había un dibujo, fotografía, o un huecograbado de doce personas

atraviesa en la tercera fase (4).

Entre las ofensas figura la del estatalismo que parece poner el dedo en la llaga. No creo que se haga siempre de mala fe ni, por supuesto, con complicidad. Todo hay que decirlo. Que los criminales piensen tener razones políticas para cometer asesinatos y que entre ellas puedan utilizar la de una identificación con el Estado, es responsabilidad exclusiva de ellos que, en lo que toca al crimen y no a las ideas, habrá de depurarse por la justicia. Nada pone ni nada quita esto a las razones y los argumentos de quienes piensan y debaten comenzando por respetar existencia, libertad y posición de la otra parte, unos derechos a la vida y de la vida. Hay que decir todo esto, por muy elemental que parezca, pues la acción terrorista apela a la razón, pero apunta a la voluntad, intentando secuestrar el ejercicio de la una con la renuncia a la otra. Ejercer y no claudicar razones para convencer y no vencer voluntades es un modo también de responder al crimen con el derecho. Hay que razonar haciendo abstracción del terror para que el terror no prevalezca.

Hay quien piensa realmente que la posición de Tomás y Valiente era exactamente la inversa a la que hemos visto: que se identificaba con el Estado, con un Estado, el español, y por ello, sólo por ello y así en segundo término, con una Constitución, la española, y en último término, solamente en último término y porque ahí ahora conduce este trámite constitucional español, con los derechos. En su obra hay, como hemos podido constatar, expresiones suficientes y aún sobradas que, si se descontextualizan, parecen demostrar eso, precisamente eso, un estatalismo y punto. Si quiere forjarse una biografía engañosa en este sentido, no faltaría ni siquiera algún texto de juventud, a sus veinte años, en el que sorprender un concepto de Estado sin derechos y con expresiones incluso que mantendría: « El Estado ha de impedir la supremacía de los intereses particulares

---

alrededor de una mesa y este titular *Uno de los doce es un perjuró* ». El lector o lectora no español no sé si sabrá que en España hay un famoso diario conservador con nombre de iniciales del abecedario.

(4) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Sobre la tortura y otros males menores*, que ya vimos y del que ya dije que fue un texto muy pensado, precisamente, añadido ahora, por este género de implicaciones.

sobre los generales» (5). De esta forma podría identificarse un Tomás y Valiente de una sola pieza no precisamente constitucional o ni siquiera moral (6).

Mas en su obra misma se encuentra e incluso abunda el contexto: el conjunto de matices en los que se encierran la inteligencia de una posición y el compromiso de una persona, razón y moral en suma. No hace falta que lo ilustremos a esta alturas. Todas las páginas anteriores constituyen ilustración. Tampoco es que me necesite para defenderse ni que la defensa haya sido mi propósito. Ahí está su *bibliografía* y ahí que también estarán sus *Obras Completas*, el mejor homenaje a una memoria que es presencia y que puede justamente serlo por moral y por constitucional. Hágase uso de su bibliografía; léanse sus obras. Su indudable estatismo puede que resulte finalmente el esfuerzo más notable nunca habido por concebir y articular el Estado español en base a derechos individuales y autonomías comunitarias, así de sencillo y así de complejo (7).

En la práctica dicha de caricaturizar la posición ajena creo que nunca incurrimos entre nosotros, valiéndome yo desde luego, como menor en edad, saber y gobierno, de la ventaja de su ejemplo: «Nada más lejos de mi intención que reducir, al modo maniqueo, opiniones ajenas para refutarlas mejor» (8). No me perdonaría jamás haberlo hecho en lo más mínimo ahora, cuando no cabe respuesta, cuando él ya no puede comenzar por el acuse de recibo: «agrade-

---

(5) F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *Política económica de Oliveira Salazar*, en *Claustro*, mayo de 1953, sin paginar.

(6) Ya hemos tenido algún indicio de la existencia de esta imagen ciertamente muy minoritaria, pero más presente en su Valencia natal y estudiantil. En este punto prefiero no citar, aunque tampoco sabría cómo hacerlo con justicia. La reducción estatista de TOMÁS Y VALIENTE la vengo escuchando, más que leyendo, desde hace años, particularmente con referencia a su promoción a magistrado constitucional. También prefiero pensar que la reflexión de la acción de escribir y la responsabilidad del acto escrito mueven a algo que se descuida con mayor facilidad oralmente: al matiz que hace verdad.

(7) Aquí cito en cambio de fuente oral que para mí merece registrarse: esta expresión final no es mía, sino de Pere COMAS, abogado catalán y amigo de juventud, en conversación que mantuvimos el 28 de junio en Madrid, recordando a TOMÁS Y VALIENTE, a quien él como tantos apreciaba sin conocerlo personalmente, tras un día que yo había dedicado al diálogo con sus papeles.

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII*, p. 33, ed. 1982, debatiéndose precisamente con el Estado preconstitucional.

cerle la atención que me presta y el cuidado (y el cariño) con que me trata » <sup>(9)</sup>, para proseguir acto inmediato con la aclaración de sus posiciones, las cuales aquí han sido hasta el final, como se ha advertido desde el principio, las que importan, y no las de nadie más.

---

<sup>(9)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, a *Historia Contemporánea*, 12, 1995, citada, p. 19. El paréntesis es naturalmente también suyo. Se refiere a mi texto que no había acogido, como ya dije, en el *Anuario de Historia del Derecho Español* y que ahora se incluye en este número parcialmente monográfico sobre *Historia y Derecho* de esta revista de *Historia Contemporánea* de cuya presentación se encarga. En dicho texto me refiero a su *Manual* como el que saca « del territorio fascista » a la historia del derecho español personificada por A. GARCÍA GALLO y, de los aledaños de dicho campo, a la del Estado representada por José Antonio MARAVALL e incluso antes, con todo su largo exilio, a la de España imaginada, a mi entender, por SÁNCHEZ ALBORNOZ, constándome que lo primero le parecía impertinente y todo esto segundo injusto. Ya indiqué que en el aprecio de una tradición historiográfica coincidíamos solamente en lo estrictamente fundamental. Recordé también lo que personalmente le debía respecto a la conducta sectaria de figuras como GARCÍA GALLO y SÁNCHEZ ALBORNOZ, cuya obra valorábamos tan diversamente; lo hice no para explicar el cariño ni ninguna otra cosa personal, pues esta confesión fue la primera, sino para añadir siempre datos sobre el valor de una persona en actuaciones que no quedan por escrito. Mi conocimiento y reconocimiento ya advertí y he recordado que sería fuente.

## REMEMBRANZA

### EMBLEMA DE UNA VIDA: « EL DERECHO COMO ÚNICO INSTRUMENTO »

El número de diciembre de 1952 de una revista estudiantil valenciana publica un texto que parece anunciar, por el título y por la época, una reflexión ya existencialista, ya moralista, y que lo que ofrece en realidad es un cuento, un cuento además vitalista: *Tiempo y adolescencia*. El autor que lo suscribe es F. Tomás y punto, Francisco Tomás y Valiente cuando aún no era Tomás y Valiente, cuando difícilmente podía haberse hecho todavía nombre ninguno pues contaba con diecinueve años (1). El escrito está datado: « Valencia, 22 noviembre 1952 ». Es la primera producción publicada que le conozco (2). Es el cuento de un joven sobre un adolescente. No utiliza ni una sola vez palabras mayúsculas como Derecho o Constitución, pero creo que merece recordarse, aunque sea minúsculamente, con miras a eso mismo, a lo que nos ocupa. He aquí a continuación la enjundia del cuento.

Procedente de un « pueblecito alicantino », del Mediterráneo valenciano, llega a Ávila, a la meseta castellano-leonesa, nuestro adolescente, de catorce años y Ramón de nombre por más señas. « En su casa eran demasiados hermanos para el jornal del padre » y un tío le ha ofrecido trabajo, comida y cama allá por tierras castellanas. Se encuentra con cosas desconocidas como « unos pajarracos blancos », las cigüeñas, como una ciudad que parecía « un bosque de iglesias, capillas y conventos », un desconcierto de cam-

---

(1) Como F. TOMÁS suscribe el primer texto, 1952, y con los apellidos TOMÁS VALIENTE, sin la copulativa, el resto de los publicados en *Claustro*, aparte todavía otros como ya sabemos.

(2) F. TOMÁS (Y VALIENTE), *Tiempo y adolescencia*, en *Claustro*, diciembre de 1952, sin paginar.

panarios y campanadas, o como una familia rígidamente patriarcal y de asistencia inexcusable a misa diaria. « Allí no había jardín ni huerta. Desde aquella casa no se oía el mar ». Ese era el panorama: « Trabajar, comer, dormir... ¿Sólo eso? A Ramón le pareció poco: ¿y reír, y jugar, y la escuela, y el baño en la playa...? No, no; la playa, no; allí no había mar ». El trabajo es de monaguillo en la catedral, toda una colocación. « Si hubiese ido a otra ciudad, habría tenido que hacer de aprendiz o de botones en cualquier comercio o fábrica. Pero, en Ávila y a los catorce años, sólo es posible trabajar de monaguillo ».

De monaguillo en la catedral de Ávila trabajó Ramón durante un par de años, llegando a alcanzar un verdadero dominio de la liturgia, los ornamentos, el santoral, las novenas y fiestas religiosas, el rosario y las letanías, de todo cuanto se le pudiera ofrecer incluso a « las beatas más viejas »: « En fin, que llegó a ser un competentísimo monaguillo ». Pero el éxito profesional no lo era todo. « Al mismo tiempo que estas cosas le entraban en la cabeza, fue taladrándole el espíritu aquel ambiente en que vivía. El silencio murmurado, la voz del sacristán en los funerales, el resignado llanto de los cirios, el luto de las beatas deslizándose como sombras ante los altares, las columnas siempre negras. Le fue calando el alma, el aburrimiento, la melancolía y el frío. Sobre todo, el frío: ¡aquellas misas de madrugada en el invierno de seis meses! ».

Un buen día, Ramón, nuestro monaguillo, es enviado a ayudar a misa a otra iglesia, debiendo atravesar la ciudad. « Tenía ya casi diecisiete años; junio empezaba; la mañana era limpia. Sin saber lo que hacía, Ramón echó a correr ». Corriendo, llegó a las murallas. « Parecían tan nuevecitas, que puso en duda tuvieran tantos años como decía su tío. Vio que unos chiquillos subían a ellas por unas hendiduras, y se encaramó. Llenó del puro aire su pecho, y le pareció sentir un placer casi olvidado, como si estuviera otra vez junto al mar ». Descendió de la otra parte y corrió por el campo. « Sentía una dicha enorme, como si se liberase de algo odioso ». Lo hace materialmente. « Se quitó la negra sotánica. Y saltaba, y reía, y gritaba y alzaba los brazos. Se había olvidado en un instante de dos años y pico de su vida y se había unido de nuevo con su antigua alegría, con su libertad marinera ». « Ávila seguía en silencio, recordando y rezando ». Fuera de sus murallas, brincó tanto que cayó

rendido en tierra. « Se puso en pie. Lo miró todo con mirada nueva. Acababa de descubrir la Vida. Trabajar, comer y dormir: ¡y vivir, cuándo! Oyó una canción. Un hombre cantaba algo que no eran motetes. Llevaba una horca en la mano, un carro cargado de mies delante y una mujer vestida de rojo y blanco al lado ».

El tío le llama a capítulo por la grave travesura. « Dime tú que has hecho ». Tras unas vacilaciones iniciales, « Ramón se puso en pie, irguió el cuello y le dijo: Quiero irme a casa ». « Supongo que tendrás tus motivos ». « Decir que le venía pequeña la sotanica, que se ahogaba en el aire enlutado de la Catedral, no habría convencido a su tío ». « ¡De modo que te callas! No tienes razones; quieres irte porque sí, por capricho ». El pariente le recuerda con toda crudeza su situación: « Tu padre no puede mantenerte y en tu pueblo no puedes trabajar de monaguillo, que es lo único para que sirves ahora. Debes vivir el presente, el hoy, tú sólo sirves como monaguillo. Dime si no: ¿qué has sido tú en la vida? ». Ramón prosigue con su diálogo interior: « Recordó a su padre cuando una mañana antes de salir para Ávila le había preguntado: Hijo ¿qué quieres ser en la vida? Y Ramón — la barcaza en la playa, la brisa en el mar — seguro de sí mismo, había dicho: lo que tú, pescador ».

Y Ramón responde a su tío: « ¡Quiero ser pescador! ». « ¿Qué dices? ¿Para morirte de hambre como tu...? ». « ¡No me moriré de hambre! Yo trabajaré y Dios me enviará peces ». « ¡No nombres a Dios! Él te ha hecho monaguillo y tú estás pecando de soberbia ». « ¡Monaguillo! Fuiste tú quien me hizo y no Dios monaguillo — en la voz de Ramón había exaltación y firmeza-. Dios me quiere feliz y yo no lo soy aquí ». « ¿Y qué sabes tú de la felicidad? ». « ¡Sí lo sé! ¡Hoy he visto a un hombre feliz y yo también lo he sido! ». El tío tiene que ceder ante la determinación del adolescente. Al día siguiente, camino de la estación de ferrocarril, de este puerto seco, Ramón sigue dialogando consigo. « Trabajar, comer, dormir, monaguillo; et cum spiritu tuo, la campanilla, Virgo Potens; ¡qué frío hace! Amen. Quiero irme a casa. Monaguillo. Tú solo has sido y sólo sirves hoy como monaguillo; y hay que vivir en el hoy, en el presente... Quiero irme a casa ». En la estación, el tren se acerca y Ramón echa una mirada de despedida a Ávila: « Sí, había que vivir en el presente, pero en un presente que lo hiciera feliz, que le diera seguridades de una felicidad futura, en un presente encarado con el

porvenir, no con la cabeza vuelta hacia el ayer». « Sonaban las medievales campanas, las cigüeñas y los tímidos relojes; y Ávila, envuelta por su muralla y cubierta con su malla de historia, seguía recordando y rezando ».

Hasta aquí llega el cuento. Leído retrospectivamente, sus sugerencias se multiplican, pero no abusemos. Reparemos particularmente en su sensibilidad. Y no me refiero a la literaria, sino a la moral. Tomás y Valiente comienza a escribir sobre el derecho a la felicidad, *the pursuit of happiness*, este derecho radical de libertad. Derecho ya estaba estudiando, pero no utiliza este término ni ningún otro tecnicismo. Probablemente, pese a haber ya cursado los dos primeros cursos de la licenciatura, no tendría todavía ni siquiera noticia de unos padres fundadores del constitucionalismo que habían comenzado expresando como derecho humano en inglés el deseo de felicidad de nuestro adolescente alicantino <sup>(3)</sup>. No haría así uso de unos términos técnicos o ni se le ocurriría hacerlo por algo que de sobra ya sabemos: porque, en la España de los años cincuenta, el derecho que estudiaba no era precisamente de libertad. Tampoco lo hace porque prefiere la imagen literaria que identifica la felicidad con algo, no intangible como el derecho, sino sensible como el mar, como el mar Mediterráneo de su infancia y su juventud, como el mar de sus juegos y sus baños, de « su libertad marinera ». Un segundo y último cuento publicado, también de por entonces, encierra la misma moralidad <sup>(4)</sup>.

Comienza Francisco Tomás, el futuro Francisco Tomás y Valiente, escribiendo sobre la libertad de quien no tiene todavía capacidad para ejercerla, pero que puede ya sentirla y hacer incluso

---

<sup>(3)</sup> El padre de esta criatura bien podría conocerlo luego, como ya sabemos, en su contexto más preciso: J.P. REID, *Constitutional History of the American Revolution*, vol. I, *The Authority of Rights*, pp. 79-82, para el objetivo de la felicidad.

<sup>(4)</sup> F. TOMÁS (Y) VALIENTE, *El molinero idiota*, en *Claustro*, febrero de 1955, sin paginar: Pascual, un deficiente mental, « el epiléptico, el idiota, el tonto, según el escalón cultural de quien lo juzge », se acicala para una velada de diversión en el pueblo, donde lo tratan con desprecio y burla que él toma por atenciones; acude al baile para apretar « entre sus brazos a una muchacha gorda y lustrosa » tal y « como si fuera un costal de trigo »; « aquí no hay clases sociales ni listos o tontos, ni guapos o feos. Sólo hay machos y hembras ». Vuelve feliz a casa para acostarse entre risas cuyos motivos él solo entiende. « A Pascualín, aquella noche, le dio el ataque. No sé si las estrellas se enteraron ».

valer su sentimiento. Su personaje era menor de edad, como lo era también el autor, pues en aquellos tiempos no se accedía a la mayoría hasta los veintiun años y tampoco es que entonces por ello se accediese, como bien nos consta, a unos derechos muy plenos, a los derechos de libertad. Cuando se acerque a unos conceptos más jurídicos por constitucionales, llegada ya la Constitución, sus primeros pronunciamientos netamente tales sabemos también que se producen a propósito de los derechos de la infancia, los derechos de quienes no cuentan todavía con capacidad para ejercerlos. Puede ser casualidad, pero hay casualidades realmente significativas. En 1979, como vimos, el tema no lo eligió él, pero la propuesta la aceptó. La decisión de hacerse cargo fue suya. Resulta que ya había escrito sobre el asunto y con la misma perspectiva sin nombrar ni una vez el Derecho ni la Constitución y mencionando una sola la libertad.

En aquel contexto, un primer escrito es de una sensibilidad inequívoca por la libertad personal. La continuidad moral que hemos venido apreciando entre todas sus fases reconocidas, de la primera a la tercera, resulta que puede incluso remontarse a la fase cero, aquella en la que Tomás y Valiente todavía no era Tomás y Valiente. Le hemos visto repudiar luego la obra primeriza a la que pertenece el cuento. No digo que fuera injusto consigo mismo, porque el repudio no alcanzaba al autor. Sin necesidad de alarde, sabía de una continuidad personal de conciencia. El Tomás y Valiente constitucional, jurídico por tal, se ha construido trabajosamente, pero el Tomás y Valiente moral, esta base de sí mismo, existía desde unos primeros momentos, desde unos momentos muy condicionados y pese a los propios condicionamientos. No alardeaba de haberlos superado, pero tampoco los olvidaba: «Nací durante la República, fui niño en la guerra y comencé a leer en la postguerra», durante cuya prolongación «nos faltó libertad» incluso para esto, para la lectura <sup>(5)</sup>. La carencia experimentada nunca la olvida,

---

(5) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Breve historia personal de un vicio*, texto manuscrito para su intervención en una mesa redonda sobre «Lecturas inolvidables» organizada por el Ministerio de Cultura en el Centro Cultural del Círculo de Lectores en marzo de 1994. Ninguna de dichas *lecturas inolvidables* resulta de historia del derecho, salvo alusión dudosa: «Ya en la Universidad, seguí leyendo a veces por necesidades del programa, pero también por hambre de libertad». ¿Dónde queda la historiografía?

haciéndole sentir solidaridad con quienes han sufrido « la pérdida de toda libertad, incluyendo la libertad de creer en la libertad », esta falta incluso de conciencia (6).

Por esto ante todo valoraba la escritura y la lectura, la opinión y la comunicación, la palabra y el diálogo, la actividad intelectual menos ensimismada y más interlocutoria: porque la tenía por el principal obstáculo de la sustracción de las libertades, por el baluarte primordial de las mismas. Le preocupaba el alumnado actual que carece del hábito de informarse por sí mismo (7). Él leyó desde que supo y nunca dejó de hacerlo. Aprendió de sus lecturas más que de sus maestros, al menos que de los universitarios. Mucho hubo de leer antes de ponerse a escribir. Esto comenzó a hacerlo pronto, pero hizo enseguida una pausa de algunos años para seguir leyendo. El estudio y la investigación son formas de lectura. Muchísimo leyó antes de emprender con continuidad la escritura. Trabajó antes de producir y no dejó de trabajar conforme producía. A veces recurre a rentas, pero no se acomoda nunca a vivir de ellas. Ahí tenemos el producto de envergadura y calidad parejas. Pocos autores y pocas obras aguantarían el examen de tercer grado, el escrutinio de tercera fase, que hemos aplicado. Ya creo que podemos comenzar a concluir, aunque no a extraer conclusiones.

Concluyo sin pretender hacerlo por el lector o la lectora que puede o podrá tener acceso fácilmente a sus *Obras Completas*, a toda una obra con la integridad de una persona: la integridad moral que es sensibilidad jurídica, la sensibilidad para con los derechos de libertad que tuvo antes incluso de hacerse con el concepto. Es integridad y es sensibilidad que marcan una continuidad. Le caracterizaron desde sus primeros tiempos y se acentuaron en los últimos. Con esto, con la inspiración moral y su traducción constitucional,

---

(6) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 193, en un texto, pp. 183-193, sobre *El comunismo como ilusión* que es comentario de François FURET, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, Méxic 1995, sin que para él alcance al respecto aplicación aquel doble sentido de la palabra *ilusión*, pues nunca la sintió justamente por el comunismo.

(7) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 198, en un texto, pp. 195-199, sobre *Las faltas del general superlativo*, esto es de Franco, quien se autograduó de *generalísimo*, refiriéndose a la juventud universitaria que suele carecer de conocimientos mínimos respecto a otras generaciones vivas.

Francisco Tomás y Valiente no dejó de pronunciarse y comprometerse frente a una inmoralidad suma e inconstitucionalidad extrema: frente a la delincuencia política que no sólo asesina, sino que se cree con derecho a hacerlo por arrogarse la representación de un pueblo presumiendo que los derechos de la colectividad prevalecen sobre los del individuo a comenzar por el de la vida, por la ajena. Antes de su propia muerte, ya tenía en esto también experiencias que iban de la más singular de compañeros y conocidos asesinados por el terrorismo a la más común de sufrimientos e impotencias de cara al mismo. Ahí se sentía y sabía de frente a los asesinos entre tantos « espectadores atónitos de sus crímenes, parientes o amigos de algunos de sus cadáveres y posibles víctimas futuras de la muerte que ellos administran » (8).

Él quería la paz de su mundo y en el mundo también para el momento de la muerte, de una muerte pacífica. Quería « morir sentado en una mecedora blanca frente al Mediterráneo, mirando sin pestañear la línea del horizonte », su imagen de libertad, su *rosebud* (9), aunque bien sabía que el final no es cosa que a uno le quepa elegir: « Pero no estoy seguro de que los ángeles de Rilke o las gaviotas de nuestro mar me concedan así como así mi propia

---

(8) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 104.

(9) Su Ávila fue Salamanca, ciudad pareja, pero él no llegó de monaguillo y permaneció dieciséis años. Allí crecieron sus hijos mayores y nacieron los menores. Allí se integró la familia, recordada siempre por la dedicatoria del *Manual*: Carmen, « nuestros hijos: Ana, Miguel, Quico y Pipa ». Allí tuvo su primera hornada de discípulos doctores: Benjamín, Inmaculada, Alicia, Salustiano, Paz, Javier, todos citados. Allí maduró su obra de historia, la historia que repelía a Ramón, el acólito episcopal que quería ser pescador autónomo, o la que no le repugnaría tanto en cuanto que no era medieval. Allí hizo amistades sustentadas en la comunidad moral y no sólo en la coincidencia vecinal o el encuentro profesional. Llegó a considerar su ciudad Salamanca, cuando era TOMÁS Y VALIENTE, más que la propia Valencia, cuando era sólo TOMÁS. Pero su *rosebud*, el trineo infantil que representaba la felicidad sencilla para el *Ciudadano Kane* antes de serlo, es finalmente, no la meseta fría, sino el mar cálido. Veraneaba y se tomaba otros descansos en la costa mediterránea, en Benicàssim, Comunidad Valenciana, donde está fechada su *Autobiografía intelectual y política* de la noche vieja y año nuevo de 1989-1990. Respecto a ella, que está en el primer apéndice y acerca de la que nada más he querido decir, ahora se entenderá mejor la advertencia de que, aun escrita a principios de 1990, solamente alcanza a diez años antes: no es sólo que sea discreto sobre la segunda fase, sino también que mantiene todavía la perspectiva de la primera en lo que toca a la HD. La revisión ya sabemos que no viene hasta declinar la de TC.

muerte » (10). Ya había sufrido la experiencia más cercana, casi en carne propia, del amigo, Manuel Broseta, asesinado por el mismo grupo terrorista responsable de su muerte, la ETA: « La muerte siempre asombra, pero cuando es fruto intencionado y frío de la mano del hombre produce estupor e indignación. ¿Cómo es posible matar así? ¿Cómo es posible disparar un tiro en la nuca a una persona identificada, pero desconocida, a quien ni siquiera es posible odiar, pues nunca se ha oído el timbre de su voz ni sus palabras? ». Tal es la perplejidad que no intenta contestación alguna guardando en este punto silencio: « No busco explicaciones ni respuestas: prefiero quedarme con mis preguntas sin perdón » (11). Ahí le acompaño y también callo. Le acompañamos y callamos. No es silencio que interpretar. Signo es entonces el silencio mismo. « Acerca de lo inefable, debemos callar » (12).

Menos inefables, más participables, son el dolor y la impotencia ante casos que nos afectan de modo no tan personal. Sobre uno mayor nos ha dejado también constancia escrita: « En 1991 y primeros meses de 1992 formé parte, junto con los presidentes de otros tribunales constitucionales europeos (los de Alemania, Italia, Francia y Bélgica), de una comisión arbitral cuya misión debía ser poner paz entre Yugoslavia, aún no extinta, y las repúblicas todavía en ella integradas, aunque ya en trance de desaparecer, con el derecho como único instrumento », con el derecho que a dichos niveles experimenta la desolación de comprobar que no operaba: « Sin ejercer de aprendiz de profeta comprendí enseguida el fracaso

---

(10) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 217, no siendo para él la buena muerte sólo poesía, sino también derecho: pp. 217-219.

(11) F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, pp. 271-272, concluyendo: « De Manolo Broseta ya no podemos hablar más que en pretérito, siempre imperfecto. Si no lo recordáramos, estaría él más muerto y nosotros no habríamos sido sus amigos ». Manuel Broseta, amigo del mismo curso de la licenciatura, de la misma juventud mediterránea, y desde entonces, había sido asesinado a principios de 1992, a la entrada de su Facultad, Derecho de Valencia, saliendo de clase, de derecho mercantil. ETA es anagrama de patria y libertad vascas.

(12) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Investidura...como doctor «bonoris causa»*, la de Salamanca, p. 84, que es la cita de Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. E. TIerno GALVÁN, edición bilingüe, Madrid 1973, al principio y al final: « Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen ».

de nuestro intento ». Asistió no sólo a la tragedia más distante de unos pueblos masacrándose, sino también al espectáculo más cercano de unos Estados, y unos Estados constitucionales, aplicando a la situación todo tipo de cálculos, todos los cálculos salvo el del derecho, el de este « único instrumento » para el historiador, magistrado y constitucionalista Francisco Tomás y Valiente <sup>(13)</sup>.

Persona de esta experiencia y sensibilidad, sabe que su desahogo no es que resulte muy elegante ni es que valga en sí tampoco para mucho: « Ya sé que es impúdico y nada recomendable desde los mandamientos de cualquier preceptiva literaria escribir para descargar sentimientos cuando lo que se pide son soluciones e ideas. Ya sé que el ciudadano que enseña su quejosa impotencia puede ser tachado de torpe y vulgar autor de escritos líricos. Pero el silencio es peor ». Ya le vimos utilizar expresiones similares a ésta última y también ante otro caso actual y más cercano: « Creo que quienes hablamos y escribimos contra la tortura en otro tiempo, pero en este país, no podremos callar ahora, no podremos guardar silencio nunca ». Su palabra la ofrecía como gesto en busca de otras palabras y otros gestos que formasen entre todas y todos un clamor solidario. En una y otra ocasión, también cuando se refería a Yugoslavia, trataba del caso vasco pronunciándose frente a la minoría que utiliza el terror como medio. Su contraposición « como único instrumento » del derecho también expresamente la aplicaba a la persecución de los crímenes terroristas, exigiendo siempre garantías: « También los delincuentes tienen derechos fundamentales. Algunos incluso se han inventado para ellos » <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, p. 98. Su participación en la Comisión de Paz de Yugoslavia ya vimos que era una de las pocas actividades que seleccionó para su *Curriculum vitae* abreviadísimo. En el más breve todavía que encabeza en contraportada la edición protocolaria no venal de los discursos de la *Laurea Honoris Causa a Francisco Tomás y Valiente*, Messina 1993, tampoco falta. El comunicado en su memoria de la X Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, celebrada en Budapest, Hungría, entre el 6 y el 9 de mayo de 1996, especifica: « La Conferencia reconoce especialmente su compromiso con la causa de la paz en la antigua Yugoslavia en el seno de la Comisión de Arbitraje para la paz en Yugoslavia ». Tras el fracaso, que sentía como cosa propia, TOMÁS Y VALIENTE no deja de guardar en su archivo personal los correspondientes papeles.

<sup>(14)</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *A orillas del Estado*, pp. 45, 75 y 99, la segunda ya citada.

Por estos últimos tiempos dijo aquello de que: « Sin Estado no hay ni Derecho ni derechos: sólo hay caos » (15). El Estado es quien tiene como instrumento el Derecho y éste el que debe así servir, como único medio, para los derechos. « Con el derecho como único instrumento »: el derecho como instrumento, pero instrumento exclusivo, así de lejos cabe llegarse en la afirmación jurídica a partir de la concepción estatal. He aquí la virtud radical del jurista, constitucionalista e historiador Francisco Tomás y Valiente. Con un planteamiento que no admite derechos naturales en el sentido de preconstitucionales y por lo tanto constituyentes, y con el que tampoco caben derechos comunitarios en cuanto que derechos ya no exclusivamente individuales, en cuanto que derechos de los agrupamientos humanos con independencia igualmente del Estado; con un planteamiento que cancela dichas posibilidades no para eliminarlas en absoluto, sino para asumirlas y garantizarlas por la misma premisa del Estado, de un Estado que es constitucional de este modo y no de ningún otro; con este planteamiento al que le llevaran razones sólidas por constitucionales, las razones de los derechos, la suya es la posición más consecuente y también la más humana para la humanidad de Estados. Ahí donde estaba la persona y donde sigue la obra, Tomás y Valiente no está solo.

Soy testigo de que goza de una inmensa compañía. He visto la multitud de ciudadanos y ciudadanas manifestarse contra el crimen con voz unánime: « Vascos sí, ETA no ». He visto en su Universidad, la Autónoma de Madrid, la juventud enarbolando en señal de paz manos desnudas de palmas blanqueadas con voz también unánime: « ¡Basta ya! ». He visto en la mía, la de Sevilla, sobrecogerse por su recuerdo a alumnos y alumnas, a trabajadores y trabajadoras, que sólo le conocían por su *Manual*, por los periódicos o por la pantalla de la televisión. En el País Vasco he visto a unos y otras reunirse en su memoria aguantando valerosa y serenamente la agresión de la minoría extrema que apoya allí el terrorismo. Allí he visto a colegas asumir el riesgo de pronunciarse públicamente. He olvidado a otros, los menos. Prefiero recordar las lágrimas en los ojos de personas que no habían estrechado nunca su mano, el dolor en el

---

(15) F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, p. 169, ya citado y recordado.

rostro de tanta gente anónima. La recuerdo depositando flores al cabo de los días sobre la acera donde había caído Manuel Broseta. Vuelvo a ver cómo a la puerta del despacho de Tomás y Valiente amanecen también anónimas las flores. Quienes así callan, como quienes así se manifiestan, no olvidan. Quienes así acompañan puede que no lo digan o ni siquiera que lo piensen de este modo, pero seguro que creen que el derecho es el único instrumento.

Para el historiador, jurista y constitucionalista Francisco Tomás y Valiente, creo que éste es un buen epitafio o quizá mejor un buen emblema porque capta no sólo el sentido final de una existencia, sino también el propósito constante en una vida: « Con el derecho como único instrumento ». Lo era desde antes de saberlo. El también lo creía antes de llegar a pensarlo y lo pensaba antes de venir a escribirlo. Para la obra más consciente, la obra de Historia y Constitución o de Constitución e Historia que habría de culminar toda una biografía, si hay una guía y un rumbo son esos: « Con el derecho como único instrumento ». Para la obra de una vida, para esta vida misma, quizá convenga un ajuste que merecería sin duda su conformidad: « Con los derechos como únicos principios, con el derecho como único instrumento ».



## APÉNDICES

Contra los enemigos de la libertad de espíritu, que es la raíz de todas las libertades, lean, lean siempre, lean muchos y diversos libros, transporten y difundan el virus, procuren contagiar a otros, cultiven el vicio amorosamente, proporcionándole la temperatura, la luz y el silencio adecuados. Si lo hacen, sabrán más, pensarán mejor, serán más libres.

Francisco Tomás y Valiente,  
*Breve historia personal de un vicio*, 1994



## I

### AUTOBIOGRAFÍA INTELLECTUAL Y POLÍTICA

#### I

Guardo de mi infancia más recuerdos tristes que alegres y la mayoría de aquéllos vienen asociados de forma directa o indirecta a la guerra, que comenzó cuando yo tenía tres años. Mis padres emigraron a Valencia poco antes de nacer yo, procedentes de Alpera y Almansa dos pueblos de la provincia de Albacete lindantes con la de Valencia, ciudad donde no tenían parientes ni amigos, pero en la que ofrecieron a mi padre un puesto de trabajo estable en un Banco del que llegó a ser, al cabo de tres décadas, jefe de negociado.

Mi casa tenía una galería acristalada donde yo solía jugar. Una mañana vi cómo pasaban por encima de nosotros dos aviones, perdiendo altura para bombardear la cercana estación de ferrocarril. Fuera por la trepidación o por el viento, se cerró de golpe la puerta que comunicaba la galería con la cocina donde estaba mi madre. El miedo que ahora recuerdo me lo produjo su grito, no el vuelo de los aviones, cuya amenaza aún ignoraba. Por las noches, cuando reflectores y sirenas anunciaban bombardeo, me bajaban a la portería de la casa. Cuando arreciaron los ataques aéreos nocturnos, debió de ser ya en 1938, me enviaron a Alpera a vivir con mi abuela, mis tías y una de mis hermanas, algo mayor que yo, y allí seguí un par de años hasta meses después de acabada la guerra, que mi hermano y todos mis tíos hicieron en el bando republicano. A uno de ellos, después de indultarlo, lo mandó fusilar Franco en noviembre de 1940. Aún recuerdo a mi padre subiendo los cuatro pisos de la escalera sin ascensor de mi casa, cargadas sus espaldas con la noticia del fusilamiento que a todos nos habían dado por teléfono. Conservo una copia de la carta que mi tío Paco escribió a su mujer, a sus hijos y a toda la familia la noche que pasó en capilla. Desde que la leí por vez primera, años después de su fecha, oí a Franco y fui enemigo de la pena de muerte.

Los años de la postguerra fueron tristes y fríos. No recuerdo haber pasado hambre, pero sí frío — el húmedo frío valenciano de una casa sin más calefacción que un pequeño hornillo eléctrico — y miedo, un miedo impreciso que en mi familia tenía forma de silencio. A mi abuela nunca le dijeron que su hijo Paco había muerto fusilado, pero creo que aceptó la mentira de la pulmonía para no recibir ni dar explicaciones. Ni en casa de

mis padres ni en la de mi abuela en Alpera, donde pasé todos los veranos hasta 1950, se habló jamás de política. En una ocasión oí decir a una de mis tías que mi madre era hija *política* de mi abuela y me enfurecí negando la evidencia y afirmando con rabia y lágrimas que mi madre era buena, que no era *política*.

## II

Empecé a leer muy pronto. En mi casa había pocos libros: unas cuantas repelentes novelas de Ricardo León, casi todas las de Blasco Ibáñez (aquéllas y éstas publicadas por Editorial Prometeo), y un montón de obras de teatro a las que mi padre era muy aficionado publicadas por *La Farsa* y en una colección llamada *Novelas y Cuentos* que pese a su título editaba de todo en un formato *in folio*, sin encuadernar y con una letra peor que la del Botelín Oficial del Estado. Nunca me ha gustado leer teatro, y de Ricardo León sólo soporté *Alcalá de los Gazules*, pero me entusiasmaba Blasco, en especial su vuelta al mundo; devoraba también dos series de novelas, amarilla y azul, respectivamente policíacas y del Oeste que coleccionaba con esmero mi hermano Agustín.

Pero el principal y más serio filón de lecturas me lo proporcionó sin quererlo mi primo Pedro, a quien no llegué a conocer. Mi padre tuvo diecisiete hermanos, aunque sólo once llegaron a adultos. Su hermana mayor estaba casada con un sacristán, bajito, miope y bondadoso; su hijo mayor, Pedro, estudió magisterio y filosofía y un buen día (es un decir) se enroló en la División Azul. Cosas que pasan en familias con tantos hermanos y tantísimos hijos de hermanos. Su última carta estaba fechada en Leningrado. Allí se quedó, sin que nunca supiéramos con detalle qué fue de él.

Me apropié de buena parte de sus libros y otros los leí *en préstamo*. En los tórridos, lentos y aburridísimos veranos de Alpera me dediqué con pasión de naufrago a la lectura. Unamuno, Ortega, el *Glosario* de Eugenio D'Ors, la *Historia de la Filosofía* de Julián Marías, Azorín, Antonio Machado, *La voluntad de dominio* de Nietzsche, *Las cerezas del cementerio* de Gabriel Miró, la *Psicología de la edad juvenil* de Spranger... Nadie puso orden en mis lecturas.

Entre tanto seguí mis estudios con normalidad. Fui en Valencia a la escuela nacional (*Grupo Balmes*) y me preparó para el examen de ingreso en el Bachillerato, dándome clases particulares en su casa junto a sus dos hijas y a un reducido grupo de chicos, un excelente maestro, don Felipe Rico, que todas las tardes nos hacía leer en voz alta y en rueda el Quijote. Estudié los siete cursos de Bachillerato en la Academia Martí, lugar donde se daban cita como docentes varios licenciados universitarios depurados de sus carreras de origen. Allí me envió conscientemente mi padre y allí encontré algunos excelentes profesores de Latín, de Filosofía, de Ciencias Naturales, de Historia y de Literatura, junto a otros que sólo merecen el olvido de quienes los sufrimos. Don Antonio Tormo no era, como muchos

de sus colegas, un viejo republicano, sino un joven licenciado entregado con pasión a la enseñanza de la literatura. A él le debo mucho. Se esforzó en enseñarme a leer, me obligó a que le hiciera un resumen crítico de cada libro que leyera y me puso en contacto con la Biblioteca Popular de la Plaza de la Virgen, donde pude leer a quienes fueron mis autores preferidos durante mi adolescencia, los grandes novelistas rusos, pero también a Dickens y Shakespeare, Cervantes y Baroja, Balzac y Pirandello, San Juan de la Cruz y Galdós, a Alarcón, Pereda, Valera y en general a cuantos novelistas eminentes o medianos escribieron en la España del XIX y primeras décadas del actual siglo. Durante algún tiempo soñé con ser profesor de Lengua y Literatura.

### III

El ambiente de mi familia era de un sobrio puritanismo laico. Nunca me faltó lo necesario, pero casi nunca hubo nada superfluo; no crecí entre llantos, pero apenas recuerdo risas. Reinaba la más severa moral del trabajo. No se trataba de la redención por el trabajo: mis padres no tenían grandes culpas que redimir. Tampoco de la calvinista moral del éxito, pues mis padres ni eran creyentes ni conocían teorías sobre la predestinación, ni le vieron en su vida la sonrisa al éxito. Era simplemente la fe en el trabajo como única arma personal para sobrevivir y *sacar adelante la familia*. Mi padre empezó a trabajar a los nueve años y murió meses después de su jubilación. Nos dejó esa moral en herencia, y debo reconocer que la he aceptado, aunque rebajando su intensidad con muchas gotas de escepticismo.

Ni mi padre ni mi madre iban a la iglesia, ni, desde luego, me dieron la más elemental educación religiosa. También sobre Dios se hizo en mi familia el silencio.

Por mi cuenta y riesgo abordé el problema religioso en mi adolescencia de la mano de Unamuno y Dostoiewski. Durante años fui creyente y me construí una religión entre católica y heterodoxa, pero en todo caso personal y no heredada, problemática, porque siempre viví la fe contra la duda, y no vinculada al ambiente familiar. Es cierto que en Alpera mi abuela, mis tías y mis hermanas iban a Misa; pero aquella religiosidad, un poco lorquiana, siempre vestida de negro, obediente a la implacable aunque no escrita disciplina de la gente, apenas influía en mí.

Años después intenté racionalizar la fe por medio de lecturas teológicas. Me resistí a reconocer la inanidad de tal propósito, movido en último término por un unamuniano afán de supervivencia entendida como inmortalidad. Siempre me ha costado admitir mi muerte. Me negaba a asumir como verdad casi apodíctica que el objeto de la fe no tiene por qué ser real aun siéndolo la fe como experiencia subjetiva. Me costó doblegarme a la evidencia de que son los hombres quienes crean dioses y no a la inversa. Ni la lectura de los libros sagrados ni la de teólogos como Schilleebechx, K. Ranner, González Ruíz, Romano Guardini, J. Robinson o Hans Küng me

servió para encontrar respuesta destructora de mis dudas racionales. Hasta que me cansé.

Hace muchos años que vivo cómoda y libremente instalado en un sereno agnosticismo. Claro que hay preguntas sin respuestas. Pero la religión, como sistema codificado, carece de sentido y ha perdido la vigencia social como explicación total y convincente que durante siglos tuvo. La sugestión por la fe no me parece camino de perfección ni de salvación, aunque comprendo y admiro la renuncia sublimada del mundo que practican algunos religiosos, para quienes, no lo dudo, esa puede ser su segura vía de felicidad y de sabia autocomplacencia.

No habiendo recibido de nadie la fe, ni sufrido su imposición en edad escolar, su sustitución por la tranquila razón no fue en mi caso un proceso vivido contra nadie. No participo del compulsivo anticlericalismo que vengativamente anima el espíritu de tantos exalumnos de colegios religiosos. Siempre disocié el fenómeno religioso, de la historia de la iglesia católica, fuente de escándalo para creyentes y no creyentes. Creo comprender el hecho religioso y lo respeto sin esfuerzo, y, puesto a combatir las muy frecuentes aberraciones del clero y de sus fieles, lo hago con distanciamiento y sin odio ni resentimiento. En fin de cuentas, la hora de la muerte la ha de vivir cada cual, sin delegaciones ni traspasos, y sin otras defensas, racionales o no, que las que cada hombre se haya construido.

#### IV

Me costó mucho convencer a mi padre para que me dejara estudiar en la Universidad. El quería inmolarme a su verdadero y único dios, el Banco, y consiguió que trabajase en él como interino durante unos meses. Sin haber leído todavía a Marx, experimenté como vivencia lo que es la explotación del trabajador anónimo por la gran empresa. Aquel curso me matriculé, por enseñanza libre, en primero de Derecho y estudiaba por las noches al salir del Banco. En el verano y con apoyo de mi madre llegué a un compromiso con mi padre, dejé en septiembre el Banco y cursé normalmente durante los años siguientes los cuatro restantes de la Licenciatura.

Recuerdo aquellos cuatro años como una explosión de felicidad. Venía de mis soledades y me integré gozoso en un ambiente que parecía hecho a mi medida. Por vez primera encontré muchachos que habían leído los mismos libros que yo o incluso otros, también interesantes, que me prestaban y de los que hablábamos. Mis compañeros de curso, creo que sin excepción, me estimaban. Tuve pocos amigos hasta entonces, pero tuve y tengo muchos nacidos a la amistad durante aquellos felices años, con los que aún me trato y de cuya relación disfruto. Eran, como yo, *jóvenes con inquietudes*, como se decía entonces.

El profesor que mayor deslumbramiento ejerció sobre mí (asistí a todas sus clases buscando extrañas combinaciones horarias en el Banco) fue don José Corts Grau, catedrático de Derecho Natural en Primer Curso y de

Filosofía del Derecho en quinto. Hombre de sólidas lecturas y dogmáticas convicciones, transmitía su saber desde la cátedra o a través de sus discursos académicos (era Rector) con un estudiado efectismo, modulando su voz como un excelente actor, con la técnica del comentario agudo y crítico a las citas de tal o cual autor contenidas en las fichas que siempre llevaba consigo. Su línea de pensamiento se apoyaba en Aristóteles, Cicerón, Séneca, San Agustín, Santo Tomás, la Segunda Escolástica española, algo de Kant, Rudolf Stammler y Jacques Maritain. Defendía la licitud de la pena de muerte y la guerra justa, abominaba de Rousseau y de la democracia liberal, fuente de errores y de falsas igualdades, sostenía el carácter natural del Estado y del Derecho (*Principios de Derecho Natural*), criticaba ferozmente a Kelsen y a la Escuela de Viena... Todo ello con encanto, erudición, clara inteligencia y perversa buena fe. Después he tenido que desaprender todas y cada una de sus enseñanzas, quizá con la única excepción de su simpatía hacia Juan Luís Vives, que comparto. Es tremendo el efecto negativo que se puede producir desde una cátedra universitaria. Pero es mucho peor la mediocridad. Don José Cortés pensaba y transmitía de modo brillante y sugestivo su pensamiento, invitaba a leer y a reflexionar, montó dos seminarios con un grupo pequeño de alumnos (uno de ellos sobre San Agustín y su sentido del tiempo a través de *Las Confesiones*, comparándolas con las de Rousseau), suscitaba diálogos siempre que no fueran masivos (en una ocasión me confió que para él *masa* era una realidad tumultuaria compuesta por más de dos individuos) y planteaba problemas, aunque de antemano él poseyera la segura solución de casi todos. Admiré y admiro a Corst Grau y le agradeceré siempre el tiempo que me dedicó.

Tuve otros buenos profesores que despertaron mi interés por el Derecho positivo pasado o presente. Destaco a D. Víctor Fairén, con su ímpetu juvenil y el entusiasmo de la cátedra recién ganada, y a don Josep M<sup>a</sup> Font Rius de sólida y severa erudición histórica, y la sensatez jurídica y buenas cualidades docentes de don José Viñas. Ya en los cursos de Doctorado me impresionó la docta ironía de Francisco Murillo Ferrol.

La Facultad de Derecho y la de Filosofía y Letras compartían el viejo edificio de la Universidad en la calle de la Nave. Tan venturosa cohabitación me permitió asistir a algunas clases de Historia de don José M<sup>a</sup> Jover, después también de don Joan Reglá, y a otras de literatura, así como cultivar amistades entre las alumnas y alumnos de la Facultad vecina. Aquella proximidad entre el Derecho y la Historia fueron simbólicas para mí.

## V

El Sindicato Español Universitario, SEU, era una organización paralela a la Universidad, a la que pertenecíamos obligatoriamente todos los estudiantes desde el momento mismo de la matrícula en cada Facultad y que financiaba y patrocinaba actividades muy diversas. Hablo del de-

Valencia durante los años cincuenta. Asistí casi por casualidad a un albergue de verano organizado por el SEU de Valencia en Navia, para estudiantes valencianos, y aquélla fue la primera ocasión en la que oí hablar de política con ánimo crítico y en contra de Franco, aunque con las debidas cautelas. Los dirigentes del SEU valenciano componían un conjunto más atractivo que armonioso y menos ortodoxo que libre. Alguno cultivaba un cierto europeísmo de corte vagamente orteguiano; otros eran joseantonianos y, en cuanto tales, antifranquistas *dentro de un orden*; había un ideólogo, de la derecha hegeliana; ninguno imponía su opinión a los demás y entre todos dejaban resquicios para la crítica y para un ambiguo culturalismo en el que yo me situé pronto -después de un fugaz deslumbramiento joseantoniano- junto con otros estudiantes de Filosofía y Letras (Alfonso Ortí, Francisco Jarque), de Ciencias (Francisco Pinés), de Medicina (José García Lahiguera) y de Derecho (Fernando García Lahiguera, José M<sup>a</sup> Iborra, Carmelo Torrijos, Fernando Vidal). Con más ingenuidad que éxito intentábamos *cambiar el sistema desde dentro*. ¿No era eso lo que pretendían hacer entonces hombres como Laín, Aranguren, Tovar y Dionisio Ridruejo, cada uno a su modo? El SEU de Valencia era una cápsula de libertad tolerada y vigilada, pero la vigilancia, si la había (yo no la sentí nunca), era inoperante, al menos dentro de los muy modestos límites en los que actuábamos.

Mi actividad era culturalista y no específicamente política. Escribí cuentos y artículos en la revista *Claustro*, monté una biblioteca en el Club Universitario, del que era Secretario, con dinero del SEU y del Rectorado, fundé en el Club una revista oral, organizamos un Cine Club y un grupo de teatro.

Una anécdota significativa. Intenté leer en la Biblioteca de la Facultad de Derecho *El Capital*, y Luís, el conserje adusto y eficiente, me dijo que no podía leerlo si no tenía permiso (no especificó de qué autoridad). Cuando el Rector Corts Grau me dio dinero para montar la biblioteca del Club compré toda la literatura española publicada en Argentina por editorial Losada, todo lo que encontré del existencialismo *bueno* (Gabriel Marcel), *malo* (J.P. Sartre, Merleau-Ponty) y *discutible* (Albert Camus), un centón de novelas de *Le Livre de Poche*, y, desde luego, *El Capital* en la traducción de Wenceslao Roces. Nadie dijo nada. Debo añadir que en aquellos años ejercía mucho más atractivo entre nosotros (al menos en mí) Sartre que Marx, el existencialismo que el marxismo, sobre el cual la primera exposición sistemática que leí fue (ya en 1960) la de J. Yves Calvez, dotada del pérfido encanto de una refutación fascinada por lo que combatía. En los cincuenta era el tiempo de los existencialismos y yo, que había soportado muchas, di alguna conferencia sobre Camus cuya literatura y cuyo *L'homme revolté* me entusiasmaban.

Cuando acabé la carrera (1955) di clases de *formación política* en Medicina y en Ciencias, utilizando el *Derecho constitucional comparado* de García-Pelayo, el librito de Montenegro sobre los partidos políticos y

algunas cosas de Duverger. El nombre de *maría* (como se calificaba aquella asignatura) y ella misma, habían sido pensados, obviamente, con otra intención. Pero en aquellos años cabían estas contradicciones y algunos las utilizamos. Fui también director de un Colegio Mayor con la pretensión, pronto fracasada, de hacer en Valencia algo parecido al César Carlos de Madrid.

A finales de la década de los cincuenta comprendí que por aquel camino se iba a ninguna parte y abandoné toda actividad que no consistiera en la preparación de mi oposición a la cátedra de Historia del Derecho.

## VI

No todos mis trabajos de investigación han surgido como consecuencia de previas preocupaciones teóricas, ni todos me han planteado a lo largo de su elaboración problemas de esa naturaleza. Algunos han constituido otros tantos ejercicios — en el doble sentido gimnástico y académico del término — propuestos o impuestos por las circunstancias de mi formación y/o de mi preparación. El proceso monitorio, la prisión por deudas, las fianzas o la sucesión de quien muere sin parientes, más, quizá, algún otro de menor entidad, son temas sobre los que he investigado llevados por causas ajenas a mi propia espontaneidad.

Al margen de ello, he encauzado mis investigaciones en torno a tres sectores: las instituciones político-administrativas de la Monarquía absoluta, el Derecho penal y procesal-penal, y la legislación básica del Estado liberal. Durante veinte años (1960-1980) a eso dediqué mi trabajo y mi pluma, aunque como veremos, no sólo a eso. En todo caso he procurado concebir y construir la Historia del Derecho huyendo de dos polos: ni el Derecho es mera superestructura, simple excrescencia carente de historia autónoma, ni la Historia del Derecho, o la de cualquier otro aspecto de la realidad, puede consistir en la pura y positivista descripción de hechos pensando que lo demás es silencio. Siempre he intentado relacionar el Derecho con aquellos soportes ideológicos y sociopolíticos que lo sustentan, con aquellos sectores de la realidad situados donde el Derecho acaba o empieza. Por lo mismo me he esforzado por abrir la Historia del Derecho a otras Historias especiales, convencido tanto de que la *Historia general* no existe, como de que las divisiones *ad studium* de la realidad humana presente o pretérita son convenciones necesarias, pero no constitutivas de esa misma realidad, modos de mirar, pero no divisiones *in re*. Estas convicciones (por lo demás escasamente originales) laten tanto en mi elección de temas como — creo — en su tratamiento.

La figura del Valido me subyugó por su oscilación entre el ser y el no ser. No existió el cargo, el oficio, el título jurídicopolítico de Valido, pero nadie puede dudar de su existencia y de su poder en la Monarquía española (y por cierto no sólo en ella) del siglo XVII, como institución situada en esa frontera donde el Derecho termina y hunde sus raíces el puro y desnudo poder. Cuando en 1982 preparé la segunda edición cometí el error de

actualizar algunas de sus páginas. Mal hecho: un libro debe ser algo definitivo, acabado al nacer. Lo que le ocurra desde ese momento es ya cosa de los lectores.

Mi trabajo sobre la Diputación de las Cortes está ligado al hallazgo de un documento en el Archivo General de Simancas. Ha servido quizá para llamar la atención sobre esa institución, pero participa de una visión de las Cortes de Castilla dominante cuando lo escribí (1962) pero hoy superada por la historiografía anglosajona y por la española.

La venta de oficios públicos en Castilla y en Indias es tal vez el tema que más horas de trabajo de archivo me ha absorbido. Pretendí (y no renuncié al propósito) escribir sobre él una monografía equivalente (calidades al margen) a la de Roland Mousnier para Francia. Hasta ahora he publicado un libro y ocho o diez trabajos ocasionales sobre ese gran tema, clave para entender el funcionamiento de muchas instituciones del Antiguo Régimen. Es un error, del que he sido y soy consciente, diseminar de ese modo la información inédita acumulada tras investigar en los archivos. Pero no he sido capaz de negarme a colaborar en obras colectivas (congresos, homenajes) y he dispersado así parte del material que todavía, completándolo, quiero verter en una monografía cuya demorada publicación a veces me obsesiona.

En 1978 abordé otro gran tema: el gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos. Ese es el título, excelente pero no mío, sino de José María Jover, uno de los historiadores a quienes más admiro, de mi colaboración en el tomo XXVI de la Historia de España que él dirige y edita Espasa Calpe. También es mío el extenso prólogo de ese volumen. En uno y otro me planteo la dialéctica entre unidad y diversidad (unidad de la Monarquía, diversidad de los Reinos) en la España del XVII, con la vista puesta simultáneamente en la España que ese mismo verano de 1978 se estaba constituyendo.

En la Monarquía absoluta, y en el régimen franquista bajo el que vivía mientras estudiaba aquélla, el Derecho penal y un proceso penal exento de garantías constituyeron formidables instrumentos de poder. La conexión entre la historia que vive el historiador y la Historia que escribe siempre me ha parecido obligada, aunque sé que es metodológicamente peligrosa. Pero ¿cómo se podía escribir sobre la tortura en la España de 1960 ó 1970? Yo lo hice hablando y condenando la tortura de 1690 ó 1790. No me arrepiento, aunque algún disgusto me costó. La misma última finalidad animaba mis pequeños trabajos sobre la Inquisición, otro tema apasionante sobre el que volveré cuando pueda.

Desde Savigny y la Escuela Histórica y, entre nosotros, desde Martínez Marina o Hinojosa la Historia del Derecho ha sido de modo predominante cosa de medievalistas. A mí me han interesado preferentemente tiempos más recientes, incluido el siglo XIX, el Estado liberal casi abandonado por mis colegas. Creo que contribuí al comienzo de la década de los setenta a despertar el interés por la desamortización, cuyo marco político estudié a

través del análisis de la legislación desamortizadora. Constituciones y Códigos han atraído mi atención. Se la he dedicado en muchas páginas de mi *Manual*, más extenso en relación con las épocas más próximas al presente, y en algunos trabajos más breves.

Me ha interesado asimismo estudiar, tanto a propósito del Antiguo Régimen como del Estado Liberal, la figura de algunos juristas: Castillo de Bovadilla, Campomanes, Santayana y Bustillo, Joaquín Francisco Pacheco. Todos ellos fueron juristas teóricos y gobernantes. Me importa conocer lo que pensaban *sobre* el Derecho y lo que hacían *con* el Derecho. Cuestión de proposiciones.

## VII

De esos veinte años, dieciseis (1964-1980) los he vivido en Salamanca. Guardo de ellos el mejor de los recuerdos. ¿Idealizo ahora mi imagen de Salamanca? ¿Es injusta mi preferencia respecto a las otras dos ciudades — Valencia, Madrid — en las que, además de ella, ha transcurrido la mayor parte de mi vida? Es posible. Pero lo cierto es que comencé la etapa salmantina con toda mi ilusión universitaria y la terminé sin haber sufrido ninguna decepción importante y habiendo realizado casi todos mis proyectos. Problemas sí que hubo: muchos. Tuve conflictos con las autoridades académicas y con la policía, siempre por motivos políticos, pero ni uno solo con mis alumnos, a pesar de tener fama de exigente y severo en los exámenes, ni con mis discípulos.

Coincidió en la Facultad de Derecho de Salamanca con excelentes catedráticos — aquella era, para bien y para mal, la Universidad de los catedráticos — con los que emprendí numerosas batallas universitarias. José Delgado Pinto, Justino Duque (y, tras él, Alberto Bercovitz), Gloria Begué, Lorenzo Martín-Retortillo, José Vida Soria, Pedro de Vega, Antonio Martín Valverde, Enrique Gimbernat fueron magníficos compañeros de un claustro vivo con plena y real dedicación a la docencia y a la investigación y abiertos a los problemas de una institución dentro de cuyos muros físicos pasaban — pasábamos — más de diez horas diarias. Siempre procuraré que la Facultad en que yo profese se parezca a aquella.

En Salamanca disfruté dando clases, organizando seminarios y cursos de doctorado, dirigiendo la formación de mis discípulos, atendiendo a mis alumnos, comprando libros... Pero también había que firmar o redactar cartas de protesta, dar la cara por algún alumno o solidarizarse con esto o con aquello. Sin sacar los pies de la institución universitaria se hacía política, se participaba de modo consciente en lo que podríamos denominar resistencia cívica activa contra un franquismo cada año más decadente.

En diciembre de 1973 fui expedientado junto con Gloria Begué, Alberto Bercovitz y Eugenio Bustos por escribir, pasar a la firma y publicar una carta en defensa de la autonomía universitaria. El señor ministro que ordenó la apertura de nuestro expediente no parecía partidario de ella y sí de quitarnos la cátedra por vía de sanción. De ello nos libró la ascensión a

los cielos del almirante Carrero Blanco y el inmediato cambio de Gobierno, ya que el nuevo ministro de Educación mandó sobreeser el expediente cuando ya comenzaban a circular cartas publicas firmadas por profesores de Madrid y Barcelona solidarizándose con nosotros.

No me vinculé a ningún partido político. En 1974 tres catedráticos, Pedro de Vega, Pepe Vida y yo nos aproximamos al PSOE con intención de entrar en él. No encontramos una buena acogida; creo que algunos dirigentes locales temieron que se tratara de un *desembarco* para hacernos con el partido; para demostrar que tan comprensible como injustificado temor carecía de base real, hicimos marcha atrás. Dos años después Pepe Vida, ya trasladado a su Granada natal, ingresó en el PSOE. Pedro de Vega y yo nunca hemos vuelto a dar aquel paso, pese a evidentes afinidades ideológicas. Por mi parte no lo he lamentado, porque valoro muchísimo mi independencia y porque pienso que aun siendo (¡qué duda cabe!) lícita y eficaz la vinculación de intelectuales a los partidos democráticos, también es cierto que no todo compromiso personal con la causa de la democracia podía identificarse en el tardo franquismo, durante la transición ni ahora mismo con la afiliación a alguno de los partidos inequívocamente democráticos.

En los febriles años entre 1975 y 1979, escribí artículos en *El Adelanto* de Salamanca que dirigía un estupendo periodista, Enrique de Sena; fui miembro de un grupo de editorialistas de *Diario16*, integrado también por Pedro de Vega, Enrique Gimbernat y Jorge de Esteban, cuando era director del periódico Miguel Àngel Aguilar; intrigué, como era obligado, en la Plata-Junta; pronuncié mítines en favor de la candidatura democrática y pluripartidista al Senado y en favor del PSOE en las elecciones de 1977; hice campaña a favor de la Constitución para el referéndum de 1978 y lloré en el entierro de un exalumno y amigo (Holgado de Antonio) víctima de los viles asesinatos de Atocha.

Mientras tanto, aunque parezca mentira, escribí mi *Manual*. Llevaba pensándolo muchos años, pero lo redacté entre 1974 y 1978. Algunos capítulos están rehechos varias veces. Es un libro elaborado al filo de las clases, pensando en los alumnos, pero también con la intención de suprimir las explicaciones anuales reiterativas de determinados temas que el alumno podría preparar a mi gusto contando con ese instrumento escrito. Cuando vuelva a dar clase lo utilizaré en ese sentido.

## VIII

En mi etapa salmantina me interesó más la Historia que el Derecho positivo. Si antes hablé de la Facultad de Derecho y de mis colegas y juristas, debo evocar ahora los nombres de Miguel Artola, de José Luís Martín, de Manuel Fernández Àlvarez, de José Àngel García de Cortázar como historiadores que me acogieron como uno más del gremio, a pesar de ser *de otra Facultad*. La Historia del Derecho es asignatura bifronte, como solemos decir con un tópicos más elegante que comprometido, y en cuanto

tal corre el riesgo de no ser bien recibida ni entre juristas ni por los historiadores. Éstos y en especial los cultivadores de la Edad Moderna o del siglo XIX tenían poco aprecio por lo que solía hacerse por parte de los historiadores del Derecho. Sin embargo su actitud conmigo siempre fue receptiva, de colaboración lealmente admitida, y ello me sirvió para reafirmarme en mi creciente aproximación a la Historia. De la mano de los antes citados o de la de Jover o gracias a las invitaciones que me cursó Joan Reglá durante tres veranos seguidos para participar en cursos monográficos en la Universidad Menéndez Pelayo, trabé relación con historiadores no juristas: Maravall, Pierre Vilar, Antonio Domínguez Ortiz, Felipe Ruíz Martín, don Ramón Carande, por no citar sino a los de edad más avanzada o a algunos que ya no están. En ellos y en todos los historiadores he encontrado una acogida sorprendente y benévola que ha culminado con mi elección *nemine discrepante* como académico de la Real Academia de la Historia en Abril de 1989.

En Salamanca, en la excelente librería *Cervantes* encontré un mostrador y un proveedor de libros que me permitieron adentrarme, exento de urgencias a las que antes había estado sometido como opositor, por senderos en el bosque atractivos en sí mismos. Léí muchos libros de Historia, también muchos sobre epistemología de la Historia y teoría o filosofía de la Ciencia y menos, pero numerosos, libros o estudios sobre pensamiento jurídico o filosofía del Derecho. Me ha interesado siempre mucho el status científico de mi oficio, dicho en términos subjetivos, lo que en otro modo expuesto equivale al problema de si el Derecho y la Historia (y por ende la Historia del Derecho) son Ciencias.

Desde el positivismo, el historiador se vio condenado a reflejar objetivamente hechos y sólo hechos. Para hacer ciencia sería preciso, además, reducir la pura facticidad individualizada a leyes universales de inexorable cumplimiento. De no lograrse tal propósito ni cumplirse aquel objetivismo factual, el resultado sería cualquier cosa, menos ciencia. Los libros de Widelband y Rickert y, después, de Dilthey o entre nosotros Ortega y Gasset superaron aquel estrecho modo de entender el concepto de ciencia. Después, las limitaciones que al objetivismo de las ciencias de la naturaleza supusieron el principio de indeterminación de Heisenberg, o, antes, la teoría de la relatividad, o la teoría de los quanta o tantos otros descubrimientos de la microfísica han introducido dosis de modestia en el universalismo cientista de los cultivadores de aquellas ciencias, al mismo tiempo que la teoría de la sociedad y la concepción del marxismo como ciencia elevan el rango de unos quehaceres sin duda metódicos y rigurosos pero difícilmente admitidos en el estrecho mundo de los científicos. La Historia, el Derecho ¿son ciencia, y en caso afirmativo con qué límites, principios y características? Mucho me preocuparon estas cuestiones aunque poco haya escrito sobre ellas.

Nunca acepté que el materialismo histórico sea (o haya sido, porque hoy ya no sé si alguien continúa defendiendo tal tesis) una ciencia. El

marxismo me apasionó como lectura de Marx y me produjo repulsión referido a sus cultivadores escolásticos. Marx fue un estupendo escritor, antes que nada. En los primeros libros de *El Capital* está, por ejemplo, todo Dickens, sin sensiblería y con un lenguaje acerado, hiriente, preciso. Es posible dejarse llevar por la seducción de la denuncia y no por la promesa de las soluciones. Es posible también aceptar su visión sintética (mejor sería decir esquemática) de la Historia de las formaciones sociales, sin admitir al mismo tiempo el reduccionismo de la realidad social a los componentes destacados por Marx como elementos determinantes, cuando se examina esa realidad no a grandes rasgos, sino con lupa, o cuando al estudiar el Derecho se le ve dotado de una autonomía no prevista por Marx, aunque sí por algunos marxistas de los años sesenta de este siglo.

Por otra parte aquéllos fueron también los momentos del diálogo *alla prova*, de la polémica sobre el acercamiento entre marxismo y catolicismo, defendido por algunos cristianos conciliares. En los frecuentes coloquios impresos o al natural que todos presenciábamos durante la segunda mitad de los años sesenta entre marxismo y catolicismo no era fácil saber dónde estaba cada cual porque el debate era confuso. Yo no estuve con ninguno de los contendientes, que querían (a mi entender con mejor voluntad que rigor intelectual) fundirse en un solo bando o al menos reducir distancias entre una y otra religión.

El marxismo es la última gran cosmovisión, el último sistema. Desde su vienesa Kakania, Robert Musil sentencia: « Los filósofos son opresores sin ejército; por eso someten al mundo de tal manera que lo encierran en un sistema ». Si hacemos caso del teorema de Godel — « ningún sistema puede contener toda la lógica y solamente a ella — la validez omnicomprendensiva y omniexplicativa del marxismo queda en entredicho. Pienso por mi cuenta y riesgo que la condición proteica de la realidad le permite escaparse de cualquier sistema dentro del cual se pretenda contemplarla: agua o arena en la mano.

La verdad es un proceso acumulativo de verdades. La ecuación Sistema=Verdad es falsa. Debemos aprender con modestia y relatividad a no perseguir la Verdad única y total, sino verdades parciales, tal vez transitorias o pasajeras, quizá contradictorias, no por ello infecundas.

En mi rechazo al marxismo como sistema teórico y al comunismo como proyección práctica tuvo mucho que ver la primavera de Praga, que en mí produjo más hondo impacto que el parisino mayo de aquel 1968, y sobre todo un viaje por los países del *telón de acero* y por la URSS que hice en el verano de 1970. Lamenté que la fusión entre socialismo y libertad se demostrara imposible en los países centroeuropeos. Poco después comprobé *in situ* la rabia con que polacos, checos y húngaros soportaban un comunismo opresivo, agresivo e impuesto desde fuera. En Leningrado, en Moscú, presencié escenas grotescas de divinización de Lenin, pude palpar el silencio como miedo (ningún colega soviético invitó a su casa a ningún historiador occidental de mi grupo) y la mentira como arma política (en

revistas de Historia se hacía desaparecer el pacto Molotov-von Ribentrop como si nunca hubiera existido). Pequeñas anécdotas persuasivas.

Si no es libertadora la revolución violenta, y no lo es, sólo queda el camino de la reforma en libertad hacia una sociedad donde cada hombre sea más libre, donde haya más igualdad: igual libertad. La social democracia parece menos juvenil que la adhesión entusiasta al marxismo-comunismo o al ambiguo libertarismo de mayo del 68, y quizá lo sea, acaso tenga más de fría resignación que de combativo espíritu misional o de salvación. Yo he sido socialdemócrata incluso antes de saber que lo era, incluso desde antes de racionalizar mis tendencias impulsivas y mi instintivo rechazo a la violencia y a la opresión.

## IX

De mi etapa en el Tribunal Constitucional no es prudente hablar. Quizá lo haga, en la medida de lo posible, dentro de unos años. Ahora sólo quiero decir que mi nombramiento fue para mí una sorpresa; que dudé en aceptarlo cuando me lo propuso Gregorio Peces Barba; que he aprendido muchísimo sobre el Derecho y sobre los hombres en el desempeño de mi puesto de Magistrado y, después, de Presidente, y que en todo momento ha constituido para mí un honor tan inesperado como apasionante el haber sido elegido para lo uno y para lo otro y el formar parte desde su nacimiento de una de las principales instituciones de nuestro Estado social democrático de Derecho.

*Benicasim, 2 de enero de 1990*



## II

### BIBLIOGRAFÍA

Está dicho que en esta relación cronológica no se registran meras reseñas, simples prólogos ni otros protocolos, artículos de periódicos, entrevistas, textos ni oraciones de ocasión, páginas de divulgación, escritos primerizos ni inéditos. Las citas que encabezan presentación, secciones y epílogos cuya procedencia no esté aquí registrada pertenecen a la recopilación de edición póstuma *A orillas del Estado*. Por lo que respecta al encabezamiento de estos apéndices, *Breve historia personal de un vicio*, es inédito que, por guardarlo sólo manuscrito para una intervención oral, no se recogerá en las *Obras Completas*. Éstas, según he venido indicando, quieren realmente serlo, comprendiendo los inéditos que dejara ultimados y corregidos.

1. *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, en *Revista de Derecho Procesal*, 16, 1960, 1, pp. 33-132.
2. *La prisión por deudas en los Derechos castellano y aragonés*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE en adelante), 30, 1960, pp. 249-489.
3. *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, en AHDE, 31, 1961, pp. 55-114.
4. *La Diputación de las Cortes de Castilla (1525-1601)*, en AHDE, 32, 1962, pp. 347-469 (y en 51).
5. *Los Validos en la Monarquía española del siglo XVII. Estudio institucional*, Madrid 1963; ed. ampliada, 1982 y 1990.
6. *Expedientes de censura de libros jurídicos por la Inquisición a finales del siglo XVIII y principios del XIX*, en AHDE, 34, 1964, pp. 417-462.
7. *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho*, 1, 1963-1964, pp. 23-59 (y en 20).
8. *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes*, en AHDE, 36, 1966, pp. 189-253.
9. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)* Madrid 1969 y 1992.
10. *Planteamientos políticos de la legislación desamortizadora*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 473, 1969, pp. 873-961 (ampliado en 14).
11. *(Derecho y proceso penal a finales del siglo XVIII: la crítica de Beccaria)*, en su edición de Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid 1969, pp. 9-53,

- más *Notas del traductor*, pp. 191-212; reedición Barcelona 1984 (y, con el título y sin las notas, en 20).
12. *Origen bajomedieval de la patrimonialización y la enajenación de oficios públicos en Castilla*, en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1970, pp. 361-392.
  13. *Dos casos de incorporación de oficios a la Corona en 1793 y 1800*, en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1971, pp. 425-481.
  14. *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona 1971, 1972, 1977, 1983 y 1989 (ampliación de 10).
  15. *Las fianzas en los Derechos aragonés y castellano*, en *Recueils de la Société Jean Bodin*, 29, *Les sûretés personnelles*, Bruselas 1971, pp. 425-481.
  16. *Teoría y práctica de la tortura judicial en las obras de Lorenzo Matheu i Sanz, 1618-1680*, en *AHDE*, 41, 1971, pp. 439-485 (y en 20).
  17. *La tortura judicial y sus posibles supervivencias*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca 1971, pp. 125-142 (y en 20).
  18. *La venta de oficios en Indias, 1492-1606*, Madrid 1972 y 1982.
  19. *Notas sobre la venta de oficios públicos en Indias*, en *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid 1973, pp. 377-421.
  20. *La tortura judicial en España. Estudios históricos*, Barcelona 1973 (incluye 7, 11, 16 y 17) y 1994 (más 78 y 93).
  21. (con Inmaculada Rodríguez Flores, Fidel Borrego, Juan F. Casero y Humberto Gutiérrez Sarmiento), *Jurisprudencia administrativa sobre bienes sujetos a desamortización en Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1974, pp. 25-60.
  22. *Bienes exentos y bienes exceptuados de desamortización (Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo entre 1863 y 1880)*, en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1974, pp. 61-93.
  23. *Algunos ejemplos de la jurisprudencia civil y administrativa en materia de desamortización*, en *Agricultura, comercio colonial y crecimiento económico en la España contemporánea. Actas del I Coloquio de Historia Económica de España*, Barcelona 1974, pp. 67-89.
  24. *Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis*, en *Moneda y Crédito*, 131, 1974, pp. 95-160.
  25. *La venta de oficios de regidores y la formación de oligarquías urbanas en Castilla (Siglos XVII y XVIII)*, en *Actas de las I Jornadas de Metodología Aplicada de las Ciencias Históricas*, Santiago 1975, vol. 3, pp. 551-568, y en *Historia. Instituciones. Documentos*, 2, 1975, pp. 523-547.
  26. *Problemas metodológicos en el estudio de la desamortización en España: el empleo de las fuentes jurídicas*, en *Actas de las I Jornadas de Metodología Aplicada de las Ciencias Históricas*, Santiago 1975, vol. 4, pp. 37-44.
  27. *Castillo de Bobadilla (c.1547-c.1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, en *AHDE*, 45, 1975, pp. 159-238 (y en 51).
  28. *Aspectos jurídico-políticos de la Ilustración en España*, en *Toledo Ilustrado*, Toledo 1975, vol. 1, pp. 27-55.

29. *(Campomanes y los preliminares de la desamortización eclesiástica)*, en Pedro Rodríguez Campomanes, *Tratado de la Regalía de Desamortización*, Madrid 1975, pp. 7-38 (y en, con el título, 51).
30. *Dos casos de ventas de oficios en Castilla*, en *Homenaje a Juan Reglá Campistol*, Valencia 1975, vol. 1, pp. 333-343.
31. *Historia del Derecho e Historia*, en *Once Ensayos sobre la Historia*, Madrid 1976, pp. 161-181.
32. *Ventas y renunciaciones de oficios públicos a mediados del siglo XVII*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 26, *Memorias del IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 1976, pp. 725-753.
33. *La actitud de dos valencianos ante la tortura judicial*, en *Actas del I Congreso de Historia del País Valenciano*, Valencia 1976, vol. 3, pp. 271-279.
34. *Opiniones de algunos juristas clásicos españoles sobre la venta de oficios públicos*, en *Estudios en honor de José Corts Grau*, Valencia 1977, pp. 627-649.
35. *Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 17-18, 1977, *Socialismo y Constitución*, pp. 71-88.
36. *Las instituciones del Estado y los hombres que las dirigen en la España del siglo XVII*, en *Anuario dell'Istituto Storico Italiano per l'Età Moderna e Contemporanea*, 29-39, 1977-1978, pp. 179-196.
37. *Historia del Derecho y Derecho*, en *El Primer Año de Derecho. Actas de las Jornadas de Profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*, Madrid 1978, pp. 65-71.
38. *El proceso de desamortización de la tierra en España*, en *Agricultura y Sociedad*, 7, 1978, pp. 11-33.
39. *La historiografía jurídica en la Europa continental, 1900-1975*, en *LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo*, México 1979, vol. 2, *Historia del Derecho y Derecho Comparado*, pp. 7-42, y en *Historia. Instituciones. Documentos*, 5, 1978, pp. 431-467.
40. *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1979 (incluye 42) ; edición revisada (tercera), 1981; décima impresión (sexta reimpresión de la cuarta edición), 1995.
41. *Los Decreto de Nueva Planta*, Alzira 1979.
42. *Los « derechos históricos » de Euskadi*, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 31, 1979, pp. 3-28 (y en 40).
43. *(Un ministro castellano en la Corona de Aragón: Lorenzo Santayana Bustillo)*, en Lorenzo Santayana Bustillo, *Gobierno Político de los Pueblos de España*, Madrid 1979, pp. IX-XLVI (y, con el título, en 51).
44. *Les ventes des offices publiques en Castille aux XVIIe e XVIIIe siècles*, en *Amerkäufllichkeit: Aspekte sozialer Mobilität im europäischen Vergleich, 17. und 18. Jahrhundert*, Berlín 1980, pp. 89-114 (original en 51).
45. *Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado*, en *La Inquisición española. Nueva visión, nuevos horizontes*, Madrid 1980, pp. 41-59 (y en 51).
46. *El niño visto por el Derecho*, en *Studia Pedagogica. Revista de Ciencias de la Educación*, 6, 1980, pp. 71-90.

47. *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, en AHDE, 50, 1980, pp. 721-751 (y en 74).
48. *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen*, en *Historia de España Menéndez Pidal*, vol. 31, *La era isabelina y el sexenio democrático, 1834-1874*, Madrid 1981, pp. 141-193.
49. *Reflexiones sobre la Historia*, en *Revista de Historia del Derecho*, II.2, 1981, pp. 91-152.
50. *Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España*, en *Estudios sobre Historia de España. Homenaje a Manuel Tuñón de Lara*, Madrid 1981, vol. 2, pp. 607-625.
51. *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1982 (igual a 4, 27, 29, 43, 44 y 45).
52. *Prólogo y El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII* en *Historia de España Menéndez Pidal*, vol. 25, *La España de Felipe IV. El Gobierno de la Monarquía, la crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea*, Madrid 1982, pp. IX-XLVIII y 1-214.
53. *Desamortización y Hacienda Pública. Reflexiones entre el balance, la crítica y las sugerencias*, en *Hacienda Pública*, 77, 1982, pp. 15-31, y en *Desamortización y Hacienda Pública*, Madrid 1986, vol. 2, pp. 779-798.
54. *La defensa de la Constitución*, en *Revista de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia*, 16, 1982-1983, pp. 185-192 (y en 87).
55. *Un siglo de historia constitucional de España, 1876-1978*, en *Aula de Cultura de «El Correo Español-El Pueblo Vasco»*, Bilbao 1983, pp. 35-56.
56. *Legislación liberal y legislación absolutista sobre funcionarios y sobre oficios públicos enajenados, 1812-1822*, en *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid 1983, pp. 703-722.
57. *Fundamentos históricos del tema autonómico*, en *Las Autonomías en España*, Madrid 1983, pp. 13-30.
58. *La Constitución de 1978*, Madrid 1984.
59. *Los supuestos ideológicos del Código civil: el procedimiento legislativo*, en *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*, Madrid 1985, pp. 369-399 (y en 74).
60. (Joaquín Francisco Pacheco y la codificación penal), en Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones de Derecho Político*, Madrid 1984, pp. VII-LV (y, con el título, en 74).
61. *Las relaciones entre el poder central y los poderes territoriales en la jurisprudencia constitucional*, en *Tribunales Constitucionales y Autonomías Territoriales*, Madrid 1985, pp. 133-224 (igual a 67).
62. *La codificación, de utopía a técnica vulgarizada*, en *Symbolae Ludovico Mitxelena Septuagenario Oblatae*, Vitoria 1985, vol. 2, pp. 1451-1460 (y en 74).
63. *La huella del Derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel*, en *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milán 1986, pp. 245-273.
64. *La « doctrina política civil » de Eugenio Narbona y la Inquisición*, en *Homenaje a José Antonio Maravall*, Madrid 1986, pp. 405-416.

65. « *In dubio pro reo* », libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 1987, pp. 9-34 (y en 87).
66. *El « Estado integral »: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada*, en *La II República española. El primer bienio*, Madrid 1987, pp. 379-395 (y en 74).
67. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid 1988 (igual a 61).
68. *El pensamiento jurídico*, en *Enciclopedia de Historia de España*, vol. 3, *Iglesia. Pensamiento. Cultura*, Madrid 1988, pp. 327-408.
69. (*Garantía de los ciudadanos y papel del Tribunal Constitucional*), en *Diritto e Società*, 1, 1988, pp. 155-170 (y, con el título, en 87).
70. *Las ideas políticas del conquistador Hernán Cortés*, en *Proceso histórico al conquistador*, Madrid 1988, pp. 165-181.
71. *El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, 57, 1988, pp. 4575 (y en 87).
72. *Aspectos generales del proceso de codificación en España*, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1988, pp. 35-60 (y en 74).
73. *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid 1988, vol. 1, pp. 29-50 (y en 74).
74. *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid 1989 (igual a 47, 59, 60, 62, 66, 72 y 73).
75. *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, en *Poder Judicial*, 11, *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado*, 1989, pp. 13-30 (y en 87).
76. *Venta de oficios y neofeudalismo*, en *Estudios en recuerdo de Sylvia Romeu Alfaro*, Valencia 1989, vol. 2, pp. 987-999.
77. *Delinquentes y pecadores y El crimen y pecado contra natura*, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid 1990, pp. 11-55.
78. *El humanitarismo ilustrado en España y el discurso de J.P. Forner contra la tortura*, en *La « Leopoldina ». Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. 10, *Illuminismo e Dottrine Penali*, Milán 1990, pp. 373-402 (y en 20, ed. 1994).
79. *Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español, 1960-1985*, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990, pp. 11-46.
80. *De la Administración de Justicia al Poder Judicial*, en *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid 1990, pp. 11-31.
81. *Otros dos casos de incorporación de oficios a la Hacienda Real*, en *Haciendas Forales y Hacienda Real. Homenaje a Miguel Artola y Felipe Ruíz Martín*, Bilbao 1990, pp. 81-93.
82. *Martínez Marina Historiador del Derecho*, Madrid 1991.
83. *El Tribunal Constitucional Español: diez años de funcionamiento*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 31, 1991, pp. 19-33.
84. *Deux années décisives*, en *Les deux éveils de l'Espagne (1492, 1992)*, París 1991, pp. 7-13.
85. *El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional*, en *Historia* 16, 200, 1992, *La España de las Autonomías*, 1992, pp. 32-43 (y en 87).

86. «Huir hacia arriba». *Reflexiones sobre Azaña*, en Manuel Tuñón de Lara. *El compromiso con la Historia*, Bilbao 1993, pp. 129-140 (y en 87).
87. *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993 (incluye 54, 65, 69, 71, 75, 85, 86, 98 y 100).
88. *La primera fase de construcción del Estado de las Autonomías, 1978-1983*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 36, 1993, pp. 45-67.
89. *La venta de oficios en Indias, y en particular de la escribanías*, en *Escribanos y protocolos notariales en el Descubrimiento de América*, Guadalajara, México, 1993, pp. 95-103.
90. *Oficios públicos en Indias propiedad de menores: desde los iniciales titubeos legales hasta la práctica verificada en 1889*, en *Homenaje Académico a Emilio García Gómez*, Madrid 1993, pp. 397-408.
91. *Balance de diez años de jurisprudencia constitucional*, en *10 anys de jurisprudència del Tribunal Constitucional*, Palma de Mallorca 1993, pp. 17-61.
92. *Unser Verfassungsstaat und Parteirecht*, en *Spanischer Verfassungsrcht*, Heidelberg 1993, pp. 149-162 y 535-539.
93. *Presentación de la traducción de Juan Antonio de las Casas de (Cesare Beccaria) Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 1993, pp. IX-XLI (y, sin otro título, en 20, ed. 1994).
94. *Las faltas del General Superlativo*, en *Historia Contemporánea*, 9, 1993, pp. 19-23 (y en 120).
95. *Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho en España*, en *Catedráticos en la Academia, Académicos en la Universidad*, Madrid 1994, pp. 45-70, y en AHDE, 63-64, 1993-1994, pp. 1065-1088.
96. *Claudio Sánchez Albornoz*, en AHDE, 63-64, 1993-1994, pp. 1089-1098.
97. *Dos libros para una misma historia*, en AHDE, 63-64, 1993-1994, pp. 1255-1266.
98. *Lectio magistralis*, en *Enunciazione e giustizabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Milán 1994, pp. 263-278 (original en 87).
99. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales*, en *Enunciazione e giustizabilità dei diritti fondamentali nelle carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Milán 1994, pp. 123-145.
100. *Los Jueces y la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución española*, Madrid 1994, pp. 141-156 (y en 87).
101. *La Constitución española y las Fundaciones*, en *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las Fundaciones españolas. Análisis y valoración del Proyecto de Ley de Fundaciones*, Bilbao 1994, pp. 21-37.
102. *La condición natural de los indios de Nueva España vista por los predicadores franciscanos*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 6, 1994, pp. 239-262.
103. *Lo que no sabemos acerca del Estado liberal, 1808-1868*, en *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola*, Madrid 1994, pp. 137-145.
104. *Estudio histórico*, en *Consejo de Estado. Inventario de los Fondos de Ultramar, 1835-1903*, Madrid 1994, pp. 11-91.
105. *Tríptico con prólogo y epílogo. Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado*, Madrid 1994.

106. *Perspectivas, preguntas y decisiones acerca de la reforma del Senado*, en *La reforma del Senado*, Madrid 1994, pp. 239-252.
107. *La Constitución y el Tribunal Constitucional*, en *La jurisdicción constitucional española. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Madrid 1995, pp. 13-34.
108. *La resistencia constitucional y los valores*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 1995, pp. 635-650.
109. *Laudatio a Paolo Grossi*, en *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor a Paolo Grossi*, Madrid 1995, pp. 29-42.
110. *Azaña, su tiempo y el nuestro*, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 124, 1995, pp. 5-12.
111. *Génesis de la Constitución de 1812, I, De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, en *AHDE*, 65, 1995, pp. 13-126.
112. *El Santo Oficio de la Inquisición, entre el secreto y el espectáculo*, en *AHDE*, 65, 1995, pp. 1071-1079.
113. *Estudio preliminar*, a su edición de Agustín de Argüelles, *Discursos Parlamentarios*, Oviedo 1995, pp. 11-79.
114. *El poder político, validos y aristócratas*, en *Nobleza y sociedad en la España moderna*, Oviedo 1995, pp. 141-154.
115. *Estudio previo, a Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid 1995, pp. XIII-XLVIII.
116. *Uniformidad y diversidad de las Comunidades Autónomas, en la legislación estatal y en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona 1995, pp. 19-40 (y en 124).
117. *El Consejo de Estado en la Constitución de 1812*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 21, 1995 (y en 124).
118. *Constitución*, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, *Filosofía Política*, tomo 2, *Teoría del Estado*, Madrid 1996, pp. 45-61 (y en 124).
119. *Soberanía y autonomía en la Segunda República y en la Constitución de 1978*, *Edició en Homenatge de Francisco Tomás y Valiente*, Barcelona 1996 (y en 124).
120. *A orillas del Estado*, Madrid 1996 (incluye 94).
121. *La posible configuración del Senado*, en *El Senado, cámara de representación territorial*, Madrid 1996, pp. 367-374.
122. *Uniformidad y diversidad en la posición de las Comunidades Autónomas en el Senado*, en *El futuro del Senado*, Barcelona 1996, pp. 513-523.
123. *El ius commune europaeum de ayer y de hoy*, en *Homenaje al profesor D. Francisco Tomás y Valiente — Francisco Tomás y Valiente irakasleari omenaldia*, Lejona-Leioa 1996, pp. 4-12 (y por publicarse en *Glossae. Rivista de Historia del Derecho Europeo*, 6-7, 1993-1994).
124. *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid 1996 (incluye 116, 117, 118 y 119).



## ÍNDICE TEMÁTICO

No se registran los temas más genéricos o más recurrentes: Constitución, Constitucionalismo, Derecho, Derecho constitucional, Derechos, Derechos de libertad, Docencia, Estado, Estado constitucional, Historia constitucional, Historia del derecho, Historiografía, Jurisprudencia, Jurisprudencia constitucional, Justicia, Justicia constitucional, Libertades, Libertades constitucionales, Poderes, Poderes constitucionales, Tribunal Constitucional, Universidad.

- Absolutismo jurídico: 135, 160-203; 213, 254, 255, 266, 292, 304-306. véase Código, codificación; Estado preconstitucional; Ley, legalidad.
- Antropología constitucional, sujeto individual: 55, 70, 71, 74-76, 79, 184, 220, 221, 237, 243, 249, 264, 265, 274, 277-279, 286, 291, 301, 318, 322.
- Autonomía comunitaria: 70, 82-89, 97-99, 129, 132-135, 179, 226, 263, 286, 296, 303, 315, 318, 322, 327, 340. véase Derecho indígena; Derecho vasco; Federalismo; Fueros, fuerismo.
- Autoridad constituyente, Estado artificial: 46, 86, 95, 98, 123, 133, 134, 192, 196, 201, 203, 213, 216-218, 223-226, 245, 260-262, 272-280, 305, 317. véase Revolución burguesa.
- Centro de Estudios Constitucionales: 8, 52, 111, 112, 118, 142, 144, 158, 179, 188, 190, 207-210.
- Código, codificación: 46, 47, 71, 87, 91, 109, 110, 117, 133--135, 148, 150-152, 170, 203, 208, 231, 233, 242, 253, 265, 266, 290-293, 302, 304, 321, 353.
- Comunismo: 65, 143, 212, 272, 326, 356.
- Consejo de Estado: 5, 183, 184, 196, 208, 247, 256, 267, 271, 275, 280, 282, 319, 325, 326.
- Constitución hispanoamericana de Cádiz, 1812: 38, 55, 64, 71, 96, 99-101, 110, 143, 158, 195, 196, 207-210, 218, 221, 224, 225, 229, 239, 247, 255, 287.
- Constitución española de 1869: 42, 56, 57, 76, 180, 250, 251.
- Constitución española de 1931: 94, 95, 97, 123, 126, 138, 151, 199, 293, 295.
- Constitución española de 1978: 44, 71, 83-94, 97, 99, 105-110, 123-138, 152, 153, 223-226, 231, 233, 237, 252-254, 275, 280, 302, 335.
- Constituciones estadounidense y revolucionarias francesas: 201, 213-218, 244, 252, 299, 304. véase Derecho común constitucional.
- Costumbre, derecho consuetudinario, constitución consuetudinaria: 23, 26, 36, 42, 46, 49, 51, 265, 276, 279, 305.
- Derecho administrativo: 25, 47, 192, 246, 247, 263, 294.
- Derecho canónico y concordatario: 47, 121, 229-234. véase Iglesia, iglesias.
- Derecho comparado: 21, 22, 101, 125,

- 149, 194, 215. véase Derecho común constitucional.
- Derecho común, *ius commune*: 21, 50, 71-75, 82, 120, 121, 135, 160, 210-213, 219, 233, 258, 321.
- Derecho común constitucional: 71-75, 82, 109, 121, 126, 153, 194, 210-220, 230, 249, 255, 264, 273, 299, 306, 321-323.
- Derecho del trabajo: 47, 76, 96, 128, 292-298, 301, 303, 322.
- Derecho indígena: 75, 96, 183, 235, 285, 286, 296.
- Derecho internacional: 24, 97, 109, 272, 285, 297.
- Derecho penal: 25, 33-37, 46, 47, 49, 63-70, 120, 146, 177, 190, 242, 292, 351.
- Derecho político: 33, 37, 142, 179, 180, 213, 237, 263, 323.
- Derecho procesal: -21-24, 49, 63-67, 71, 128, 144, 177-179, 242-244, 303, 314, 351. véase Garantía, garantías; Jurado; Presunción de inocencia; Tortura.
- Derecho vasco: 35, 47, 79-93, 107, 226, 279, 303. véase Autonomía comunitaria; Federalismo; Fueros, fuerismo.
- Derechos de género y edad: 76, 96, 108, 109, 127, 136, 146, 290, 291, 295, 331-334.
- Desamortización: 38, 39, 53, 54, 58, 59, 140, 141, 147, 177, 190, 214, 229, 232.
- Estado preconstitucional, ¿Monarquía absoluta o constitucional?: 34, 44, 60, 66, 150, 194, 197, 199, 202, 216, 223, 225, 257-269, 275, 279, 282, 287, 305, 314, 330, 351.
- Fascismo: 26, 27, 65, 69, 74, 272, 330. véase Régimen no constitucional.
- Federalismo: 94-96, 200. véase Derecho vasco; Fueros, fuerismo.
- Fuentes jurídicas: 48, 53, 61, 114, 123, 128, 135, 201, 204, 265. véase Absolutismo; Código; Costumbre; Fueros; Ley; Pensamiento.
- Fueros, fuerismo: 47, 82-94, 97-101, 105-107, 133, 134, 140, 179, 223-225, 303, 305, 317, 318. véase Derecho vasco.
- Garantía, garantías: 1, 34, 63, 76, 108, 192, 204, 242-255, 264, 274, 281, 286, 289, 294, 301, 303, 317, 327, 339, 340. véase Jurado; Presunción de inocencia.
- Iglesia, iglesias: 47, 55, 114, 196, 202, 227-239, 286, 318, 322, 347, 348, 356. véase Derecho canónico y concordatario; Desamortización; Inquisición.
- Inquisición: 177, 230-232, 236, 243, 352.
- Jurado: 244, 300, 302, 303.
- Ley, legalidad: 22, 23, 48, 51, 56, 87, 109, 129, 134, 135, 160, 191, 193, 199, 201, 202, 220, 244-246, 249-255, 300, 305.
- Magisterios: 15, 24-30, 33, 36, 39, 43, 48, 52, 113, 117, 143, 146, 156, 163, 164, 166, 171, 176, 203, 248, 258, 336, 337, 346.
- Marxismo: 29, 115, 116, 168-170, 183, 260, 262, 350, 355-357.
- Método conectivo, *Fundamentos teóricos de la historia jurídica*: 27, 46, 51, 53, 68, 112, 121, 142, 170-174, 177, 180, 194, 351. véase Presentismo.
- Método institucional, *Anuario de Historia del Derecho Español*: 5, 24-29, 33-36, 49, 66, 112-115, 139, 144-146, 155-159, 163-167, 176, 184, 190, 202, 207, 218, 313, 315, 323, 330.
- Nación, España: 7, 9-11, 20, 27, 31, 64, 67, 79-83, 92, 94-97, 100, 101, 193, 205, 212, 215, 219-225, 268, 269, 279, 280, 318, 319. véase Derecho internacional; Soberanía.
- Obras Completas: 7, 8, 28, 85, 89, 98, 112, 130, 190, 194, 208, 228, 230, 267, 272, 274, 275, 280, 297, 329, 336, 359.
- Partidos políticos: 57, 105-107, 124, 145, 157, 180, 198, 225, 255, 295, 300, 301, 316, 318, 323, 354.

- Pensamiento jurídico *Clásicos del constitucionalismo*: 5, 23, 47, 51-53, 69, 97, 111, 112, 129, 138, 142, 144, 160, 177, 208, 209, 223, 251, 258, 277, 278, 283, 322, 351.  
véase Derecho común; Derecho común constitucional.
- Presentismo: 65-69, 76, 99, 117, 120, 176, 266, 267, 272, 311-314, 320, 324, 352.
- Presunción de inocencia, *in dubio pro reo*: 70, 71, 128, 148, 153, 234, 243, 300.
- Público: 13, 42, 61, 148-151, 182-184, 189, 191, 194-196, 223, 255, 256, 312, 317, 320, 325.
- Razón de Estado: 274, 276, 277, 281, 282.
- Régimen no constitucional: 27-33, 37, 64-68, 77, 78, 106, 108, 114, 115, 117, 127, 128, 131, 139, 183, 200, 275, 284, 328, 335, 336, 345-350, 353.
- Revolución burguesa: 46, 50, 51, 53, 54, 58, 117, 143, 188, 203, 214, 275.
- Soberanía: 46, 74, 92, 97, 128, 129, 205, 220, 221, 225, 263, 272, 276, 277, 322.  
véase Autonomía comunitaria; Autoridad constituyente; Federalismo.
- Socialismo: 32, 85, 105-107, 124, 145, 157, 184, 255, 294, 295, 354.
- Terrorismo: 3, 13, 79, 184, 256, 302, 306, 307, 325-329, 337-341.
- Tolerancia: 228, 230, 233-239, 285, 319.
- Tortura judicial y policial: 31, 64-69, 76, 77, 243, 339.
- Valimiento, privanza: 36, 51, 120, 177, 189, 262, 329, 351.
- Venalidad, corrupción: 118-122, 140, 177, 187, 272, 297, 328, 352.



## ÍNDICE GENERAL

Alla ricerca di frammenti di verità, di PAOLO GROSSI . . . . .	vii
--	-----

### PRESENTACIÓN

MOTIVACIÓN Y PROPÓSITO	
CRIMEN: BIOGRAFÍA INÉDITA . . . . .	3

### Sección I

### APRESTOS JURÍDICOS

#### CAPÍTULO PRIMERO

HISTORIADOR DEL DERECHO MODERNO Y CONTEMPORÁNEO . . . . .	19
---	----

#### CAPÍTULO SEGUNDO

CONSTITUCIONALISMO SIN IDENTIDAD: <i>MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL</i> . . . . .	41
--	----

#### CAPÍTULO TERCERO

UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL: INTEGRIDAD INDIVIDUAL . . . . .	63
---	----

#### CAPÍTULO CUARTO

Y UNA COMPLICACIÓN CONSTITUCIONAL: AUTONOMÍA COMUNITARIA . . . . .	79
---	----

**Sección II**  
**PROGRESIÓN PROFESIONAL**

CAPÍTULO PRIMERO	
PROFESIONES JURÍDICAS ENTRE HISTORIA Y CONSTITUCIÓN . . . . .	105
CAPÍTULO SEGUNDO	
SEGUNDA PROFESIÓN: EL CONSTITUCIONALISMO . . . . .	123
CAPÍTULO TERCERO	
LA PRIMERA PROFESIÓN DURANTE Y TRAS LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL . . . . .	137
CAPÍTULO CUARTO	
DE VUELTA DE LA HISTORIA EN EL DERECHO . . . . .	163

**Sección III**  
**AFÁN CONSTITUCIONAL**

CAPÍTULO PRIMERO	
HISTORIA DE CONSTITUCION O HISTORIA DE ESTADO A UN TIEMPO . . . . .	187
CAPÍTULO SEGUNDO	
HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA O DERECHO COMÚN DEL CONSTITUCIONALISMO . . . . .	207
CAPÍTULO TERCERO	
PARTE APARENTEMENTE ULTIMADA: ESTADO E IGLESIA . . . . .	227
CAPÍTULO CUARTO	
Y PARTE APENAS PERGEÑADA: LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS . . . . .	241

CAPÍTULO QUINTO

UNA INCIERTA PREMISA: LA UBICUIDAD DEL ESTADO . . . 257

CAPÍTULO SEXTO

Y PREMISA CONSTITUCIONAL: EL ESTADO O LOS DERECHOS . . . 271

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL ESTADO PROMOTOR Y GARANTE DE DERECHOS . . . 289

**Epílogo**

**DESINENCIAS Y RAÍCES**

RECAPITULACIÓN

OBRA INÉDITA Y AUTOR INÉDITO:  
 PROFESIÓN HISTÓRICA Y PROFESIÓN CONSTITUCIONAL . . . 311

REMEMBRANZA

EMBLEMA DE UNA VIDA:  
 « EL DERECHO COMO ÚNICO INSTRUMENTO » . . . . . 331

**APÉNDICES**

I. *Autobiografía intelectual y política* (1990) . . . . . 345  
 II. *Bibliografía* (1960-1996) . . . . . 359

Índice temático. . . . . 367

Índice general . . . . . 371



# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486  
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798  
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041  
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140  
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648  
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564  
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590  
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584  
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200  
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782  
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646  
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748  
Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718  
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640  
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744  
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736  
Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588  
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750  
Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706  
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554  
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620  
Vol. 25 (1996), 8°, (in corso di stampa)

### BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399

- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO**  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 La « **CULTURA** » **DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**  
(1984), 8°, p. IV-204

- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755

- 42 **L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO**  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 **PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio**  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 **Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE**  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 **Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE**  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 **Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE**  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 **Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE**  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 **Paolo Cappellini, L'INCERTEZZA DEL DIRITTO**  
Intelligenza di Lopez de Oñate alla luce degli inéditi  
(1996), 8°, (in corso di stampa)



**L. 50.000** I.V.A. inclusa

1077-02

ISBN 88-14-06246-3



9 788814 062469