

FRANCISCO J. LAPORTA. Es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR), editor de la serie *Law and Philosophy Library*, patrono de la Fundación Francisco Giner de los Ríos - Institución Libre de Enseñanza. Ha sido director del Centro de Estudios Constitucionales, Consejero de Estado y miembro de la Comisión para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa. Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort, Premio Nacional de Investigación en Derecho y Ciencias sociales del año 2008.

ELÍAS DÍAZ. Es catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Graduado por la universidad de Salamanca y Doctor por la de Bolonia. Doctor Honoris Causa por la Universidades Carlos III de Madrid, Alicante, Granada y Milán. Su primer libro (1966) fue *Estado de Derecho y sociedad democrática*; el último (2009) *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*.

VÍCTOR FERRERES COMELLA. Es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra, y Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Comunitario Europeo en la Escuela Judicial. Se doctoró en Derecho en 1996, en la Yale Law School, y obtuvo el premio Francisco Tomás y Valiente por su monografía *«Justicia constitucional y democracia»*. Desde 2001, imparte docencia como profesor visitante en las facultades de Derecho de New York University y University of Texas at Austin.



E. Garzón, P. Sala, Fco. Rubio, M. Lorente, Fco. Laporta, E. Díaz, V. Ferreres
Homenaje a Francisco Tomás y Valiente

33



Ernesto Garzón Valdés
Pascual Sala Sánchez
Francisco Rubio Llorente
Marta Lorente Sariñena
Francisco Laporta
Elías Díaz
Víctor Ferreres Comella

*Homenaje a Francisco
Tomás y Valiente*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Es Profesor emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y de Ciencia Política en la Universidad de Maguncia. Es presidente del Tampere Club (Finlandia) dedicado a problemas de la democracia y de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Doctor Honoris Causa de 10 universidades europeas y latinoamericanas. Autor de numerosos artículos sobre Filosofía del Derecho, Teoría Política y Ética. Su último libro *Propuestas* (2010).

PASCUAL SALA SÁNCHEZ. Es Presidente del Tribunal Constitucional de España. Fue presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial entre 1990 y 1996. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia, es experto en Derecho Administrativo y Proceso Contencioso Administrativo. Ingresó en la carrera judicial en 1962 y accedió por oposición al puesto de magistrado de la jurisdicción contencioso-administrativa, labor que desarrolló entre 1972 y 1982.

FRANCISCO RUBIO LLORENTE. Es Profesor emérito de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido presidente del Consejo de Estado entre 2004 y 2012. Fue magistrado del Tribunal Constitucional de 1980 a 1989 y después vicepresidente hasta 1992. Es doctor honoris causa por la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Alemania) y del Instituto de Estudios Políticos de París. Ha sido profesor de la Universidad Central de Venezuela, letrado y secretario general de las Cortes Generales. Traductor de *Karl Marx* y *Max Weber* al español.

MARTA LORENTE SARIÑENA. Es Catedrática de Historia del Derecho y las Instituciones en la Universidad Autónoma de Madrid. Tesis doctoral con D. Francisco Tomás y Valiente sobre Las infracciones a la Constitución de 1812, estudio que mereció el Premio Nicolás Pérez Serrano (1987), especializándose con posterioridad en Historia constitucional e historia de la justicia. Su última publicación, dirigida junto con José María Portillo, ha recibido el premio Bicentenario de las Cortes de Cádiz otorgado por el Congreso de los Diputados (*El momento gaditano*). *La Constitución en el orbe hispánico* (1808-1826, 2012).

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

Homenaje a Francisco
Tomás y Valiente

Ernesto Garzón Valdés

Pascual Sala Sánchez

Francisco Rubio Llorente

Marta Lorente

Francisco Laporta

Elías Díaz

Víctor Ferreres Comella

*Homenaje a Francisco
Tomás y Valiente*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2012 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Ernesto Garzón Valdés, Pascual Sala Sánchez, Francisco Rubio Llorente, Marta Lorente Sariñena, Francisco Laporta, Elías Díaz, Víctor Ferreres Comella

I.S.B.N.: 978-84-615-9506-8

Depósito Legal: M-24206-2012

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL ACTO (<i>Ernesto Garzón Valdés</i>). Presidente de la Fundación.....	9
PALABRAS DE (<i>Pascual Sala Sánchez</i>), Presidente del Tribunal Constitucional. Ex Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo	11
PALABRAS DE (<i>Francisco Rubio Llorente</i>), Presidente del Consejo de Estado y Catedrático Emérito de Derecho Constitu- cional en la Universidad Complutense de Madrid.....	17
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE O EL OFICIO DE HISTORIADOR (<i>Marta Lorente Sariñena</i>). Catedrática de Historia	

del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid	37
PALABRAS DE (<i>Francisco Laporta</i>). Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid	95
FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: JURISTA CRÍTICO Y HOMBRE DE ESTADO. (<i>Elías Díaz</i>). Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid	123
EL PROBLEMA DE TOMÁS Y VALIENTE. (<i>Víctor Ferreres Comella</i>). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra	149

PRESENTACIÓN

Ernesto GARZÓN VALDÉS

El acto de esta tarde tiene un carácter muy especial.

Por un lado, interesa, como siempre, reflexionar acerca de temas vinculados con la teoría y práctica del Derecho. Por otra parte tiene un aspecto excepcional. Se trata del homenaje que una parte de la comunidad jurídica rinde a un Juez y Profesor ejemplar, D. Francisco Tomás y Valiente, modelo de tolerancia y de convicciones democráticas, asesinado hace catorce años por una banda criminal que ha jalonado con sus hechos de terror y de muerte la historia de la España democrática. Nada de lo que digamos esta tarde agotará probablemente el tema de las preocupaciones intelectuales y políticas de D. Francisco Tomás y Valiente. Pero no es eso lo que hoy nos interesa, sino tan sólo subrayar que una parte notable de la jurisprudencia española rinde esta tarde su homenaje a este Juez intachable. El Coloquio Jurídico Europeo ha querido dejar constancia de su convicción de que el Derecho, en su teoría y prácti-

ca, sólo puede cumplir su función si quienes lo practican asumen la responsabilidad de asegurar el ordenado respeto de la igualdad y la libertad dentro del marco del Estado de Derecho. Francisco Tomás y Valiente supo hacerlo con ejemplar dedicación.

Hoy honramos su memoria y pretendemos tan sólo dejar testimonio de nuestro respeto a su cabal cumplimiento de las tareas de Juez y Profesor.

HOMENAJE A FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

Pascual SALA SÁNCHEZ

*Presidente del Consejo de Estado
y Vicepresidente emérito del
Tribunal Constitucional
Magistrados del Tribunal Constitucional*

Catedráticos y Profesores

Sras y sres.

Queridas amigas y queridos amigos.

En el acto que aquí nos reúne y que con acierto ha organizado la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, se honra la memoria y se rinde justo homenaje al que fuera segundo Presidente del Tribunal Constitucional, Francisco Tomás y Valiente. Lo hacemos acompañados por sus compañeros y discípulos de la Universidad, por sus compañeros del Tribunal Constitucional, representado por el que fuera su Vicepresidente, por sus amigos y junto con su familia.

Hace quince años Francisco Tomás y Valiente fue asesinado en su despacho de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El terrorismo cercenaba así

la vida de un demócrata ejemplar, un hombre de bien, un auténtico hombre de Estado, que dedicó 12 años de su fructífera vida profesional al entonces recién nacido Tribunal Constitucional.

Yo quiero destacar aquí tres aspectos de su persona que en mí han tenido gran impacto:

En primer lugar, la memoria del amigo y compañero. Francisco Tomás y Valiente estudió, dos cursos delante del mío, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, en el viejo edificio de la calle de la Nave. Lo recuerdo perfectamente a la salida de las clases, en el hermoso patio renacentista que preside la conocida estatua del filósofo valenciano Juan Luis Vives. Allí le conoció también su mujer, Carmen Lanuza, que no ha podido asistir hoy por estar aquejada de una indisposición pasajera, y que fue compañera y amiga mía desde 1952 a 1957. Francisco Tomás y Valiente ya entonces destacaba claramente como un estudiante singular, querido de sus maestros y compañeros y, como él mismo ha escrito en su “autobiografía intelectual y política”, con una gran inquietud cultural y con un instintivo rechazo a la violencia y a la opresión que entonces se sufrían en España, rechazo que ya comenzaba a articularse en la Universidad.

En segundo termino, quiero destacar también su condición de ilustre profesor y su dedicación a la Universidad. Nunca abandonó el quehacer universitario y dejó una profunda huella de su presencia y magisterio en las Facultades de Derecho de Valencia, Complutense de Madrid, La Laguna (en la que ganó la cátedra en 1964), Salamanca, donde ejerció docencia e investigación durante 16 años, y Autónoma de Madrid, universidad ésta última que abandonó temporalmente al ser nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional en su primera composición y a la que volvería en 1992. Contribuyó con entusiasmo a revitalizar los estudios de Historia del Derecho y ofreció aportaciones fundamentales para el conocimiento de las instituciones del Antiguo Régimen, la comprensión del tránsito desde el absolutismo al Estado liberal en España y el análisis de los avatares de nuestro constitucionalismo histórico. Son muchos los libros y escritos que acreditan la relevancia de su contribución científica (basta con consultar la “Noticia bibliográfica” que figura en el Tomo I de sus obras completas editadas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para comprobarlo) y numerosos los discípulos que atestiguan la excelencia de su magisterio.

Y, en fin, quiero recordar por último al jurista integral que, desde el Tribunal Constitucional -del que fue Magistrado fundador y, luego, presidente durante dos mandatos-, puso su gran saber jurídico al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, del perfeccionamiento de nuestro Estado democrático y de la estructuración del Estado de las Autonomías que consagra nuestra Constitución. Entre las numerosas obras, conferencias y artículos periodísticos destacan, dedicados al Tribunal Constitucional, “El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” y su “Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional”, donde aborda y estudia, como consumado especialista, toda la doctrina emanada de las resoluciones del Tribunal.

Merece también destacarse su libro “**Arillas del Estado**” que recoge numerosas conferencias, estudios, reflexiones y artículos de prensa en que desgrana distintos aspectos de la vida política de España, manifiesta su claro compromiso a favor de la Democracia y en defensa de la Constitución y de sus valores de justicia, igualdad y pluralismo político y contribuye, de manera notable, a acercar los valores democráticos y a explicar el funcionamiento del orden constitucional a amplias capas de la sociedad española.

Nuestro Tribunal tuvo que alcanzar la madurez y la consolidación institucional desde su primera composición, lo que no habría sido posible sin el desempeño ejemplar de sus altas responsabilidades por sus primeros integrantes y en especial por los primeros Presidentes y Magistrados, que dejaron fijadas las líneas maestras de la jurisdicción constitucional. Aprobada la Constitución, una constitución normativa, era absolutamente esencial que el Tribunal Constitucional desarrollara su función jurisdiccional, velando por su eficacia y porque los derechos y libertades en ella reconocidos se trasladaran al resto del ordenamiento jurídico y a su aplicación por los jueces ordinarios. También correspondió al Tribunal Constitucional la racionalización de la estructura y del funcionamiento del Estado, una labor en la que la sensibilidad, el buen criterio y la prudencia de Francisco Tomás y Valiente fueron un ingrediente decisivo en aquellos años inaugurales de la jurisdicción constitucional.

Como he dicho antes, Tomás y Valiente, al igual que García Pelayo, desempeñó excepcionalmente, durante dos períodos de tres años, la Presidencia, sumando un total de 12 años en el Tribunal Constitucional. Doce años en los que, en sus propias palabras, contribuyó decisivamente a “instituir la institución” haciendo de ella el Tribunal que hoy tenemos,

pieza fundamental de nuestro Estado Constitucional.

Por ello y en nombre del Tribunal Constitucional en su actual composición, de sus Presidentes, Vicepresidentes y Magistrados eméritos le rindo hoy en, este acto, tributo de respeto, de reconocimiento y gratitud.

Agradezco de nuevo a la Fundación Colóquio Jurídico Europeo la organización de este acto y a todos Vds. su atención.

FRANCISCO TOMÁS Y
VALIENTE, HOMBRE DE
ESTADO Y PATRIOTA

Francisco RUBIO LLORENTE

Sé muy bien que en España entera y, con seguridad, en esta misma sala, hay docenas de personas con mejor título que yo para evocar aquí y ahora la personalidad de Francisco Tomás y Valiente. Pero también sé que hay honores irrenunciables, aunque inmerecidos, y por eso cuando los organizadores de estas Jornadas me invitaron a participar en ellas, me apresuré, agradecido, a aceptar el encargo que ahora me dispongo a cumplir.

No haré una glosa de la obra científica de Tomás y Valiente ni un apunte de su biografía. La primera de estas tareas debe seguir en manos de quienes ya la han emprendido y poseen para llevarla a cabo cualificaciones de las que carezco. La segunda desborda mis conocimientos y méritos y es dudosamente necesaria.

La única justificación, si alguna, que tiene el honor que se me ha concedido al darme

ocasión de evocar la figura de Paco Tomás, es el hecho de haber compartido con él ilusiones y tareas a lo largo de más de una década. Una convivencia intensa y apasionada a en el seno de la cual se fortaleció una amistad nacida poco antes y sólidamente basada en la coincidencia en las ideas y en el respeto mutuo, intelectual y moral, más que en los sentimientos. Una amistad, me atrevo a decir, de hombres serios.

Por ello, aunque mi evocación está construida desde la amistad, es, por así decir, perfectamente objetiva; válida también para quienes no tuvieron la suerte de conocerlo y tratarlo. Tampoco le resta valor, creo, el hecho de estar circunscrita al tiempo que nuestra amistad duró, a los años que van desde que nos conocimos hasta su muerte. Un tiempo relativamente breve, pero importante para todos los españoles y decisivo en su vida y en la mía. Esta es también la época en la que su personalidad adquiere dimensión pública.

La primera noticia de la existencia de Tomás y Valiente la tuve cuando cayó en mis manos, recién aparecido, su libro sobre los validos. Una lectura que cambió le imagen escolar que yo había tenido hasta entonces de la Historia del Derecho y en la que se asentó mi admiración por el autor. Personalmente no lo conocí sin embargo hasta mucho después,

en 1978 o 1979, con ocasión de un Congreso en la Universidad de Parma al que ambos habíamos sido invitados. Nos presentamos el uno al otro en el avión que nos llevaba a Milán y desde ese momento la comunicación entre los dos fue fácil y espontánea; creo poder decir que desde entonces fuimos amigos.

Era mi primer viaje a Italia, que Paco por el contrario ya conocía. Con él di mi primer paseo por Milán, que incluyó, por iniciativa suya, una visita al monumento al Marqués de Beccaria de la que resultó una larga discusión sobre la pena de muerte. Del congreso mismo, cuyo tema era el de las relaciones entre Iglesia y Estado, tengo poca memoria, salvo quizás la de que sobre ese asunto, Paco tenía que decir mucho más que yo. Una vez finalizado fuimos juntos, por iniciativa suya, primero a Florencia, en donde él tenía una visita concertada con Paolo Grossi y después a Roma, dos ciudades que para mí están por eso ligadas a su memoria.

De regreso a España, nos vimos desde entonces con cierta regularidad; cada vez, creo, que él venía a Madrid. Con el trato creció mi admiración por él y para él creé, cuando fui Director del Centro de Estudios Constitucionales, la colección de "Clásicos del pensamiento político y constitucional español" que dirigió hasta su muerte. Una de las

pocas iniciativas que he tomado a lo largo de mi vida de cuyo acierto sigo estando seguro.

Después vino ya nuestra cotidiana relación en el Tribunal Constitucional.

En su espléndida autobiografía intelectual y política, Paco afirma que se sintió sorprendido cuando Gregorio Peces Barba le propuso el nombramiento como Magistrado, que dudó en aceptar. De hecho, su idoneidad para esa función era tan obvia, que cuando José Pedro Pérez Llorca, entonces Ministro de la Presidencia en el Gobierno de Suárez, me pidió una lista de posibles Magistrados, yo incluí en ella también su nombre. No se si me hizo caso o no y si el nombre de Paco, como los de algunos otros, figuraba a la vez en las propuestas del PSOE y de la UCD. Entonces eran posibles coincidencias que hoy parecen impensables.

Sea lo que fuera, como por fortuna para todos las dudas con las que Paco recibió la propuesta de Peces Barba se resolvieron en sentido afirmativo, desde comienzos de 1980, hace ya más de treinta años, ambos pasamos a formar parte del Tribunal Constitucional y en él, durante doce años, estuvimos entregados a la misma empresa. Con plena coincidencia de criterio las más de las veces, pero con discrepancia en otras. Una discrepancia que

no enturbió nunca nuestra amistad, porque ninguno de nosotros puso jamás en cuestión la buena fe del otro, la honrada sinceridad de su postura. El enfrentamiento más notorio y quizás más trascendente, que fue el originado por el asunto RUMASA, se produjo por lo demás muy a nuestro pesar, cuando, con la decisión del Presidente de abrir la votación, muy a nuestro pesar vimos frustrado el esfuerzo que, unas veces los dos solos y otras conjuntamente con otros magistrados, estábamos haciendo para buscar una solución que evitase la división del Tribunal. Tengo muy vivo el recuerdo de las miradas de angustia que Paco y yo nos cruzamos en ese momento, del que él ha dejado testimonio discreto y elocuente en uno de sus trabajos sobre el Tribunal Constitucional. La principal enseñanza que de ese episodio sacamos quienes lo vivimos, dice allí, fue la de la conveniencia de prolongar las deliberaciones “tanto como sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar fracturas internas. La exhaustividad de la deliberación se alcanza cuando ya nadie tiene nada nuevo que decir y se repiten los argumentos a favor o en contra del fallo. Sacar éste a votación aunque sea un momento antes de que se produzca el punto de exhaustividad es un error psicológico y procedimental...”. Una enseñanza que, puedo asegurar, Paco Tomás intentó seguir siem-

pre mientras ocupó la Presidencia del Tribunal Constitucional.

Con su incorporación a éste, y sobre todo desde que, en 1986, asumió su presidencia, la persona de Francisco Tomás y Valiente adquiere relevancia pública, se convierte en hombre público, en figura pública.

Paco Tomás fue desde entonces sin duda hombre público, pero este concepto es demasiado genérico, demasiado amplio para caracterizarlo. Aun acotándolo exclusivamente al ámbito de la política, hombres públicos son tanto quienes participan activamente en ella, luchando por el poder y ejerciéndolo, como quienes contribuyen a formar la opinión pública mediante la palabra hablada o escrita. Dos categorías no necesariamente excluyentes, pero cuyo solapamiento no impide distinguir entre políticos (o a veces, con un cierto tono despectivo, políticos profesionales) e intelectuales, aunque la adscripción de cada hombre público a una u otra de estas categorías sea circunstancial, discutible y discutida.

Como Paco Tomás no fue evidentemente un político profesional y participó en nuestra vida pública sobre todo a través de su pluma, cabría caracterizarlo como intelectual. Sin duda como historiador, lo fue, y muy distinguido, pero esta condición no es adecuada

para caracterizarlo como hombre público por más de una razón. En primer lugar, la de que, como acabo de decir, nadie podría regatearle a Paco Tomás la condición de intelectual como historiador del Derecho, aunque no hubiese publicado ni una sola línea sobre los asuntos públicos de nuestro tiempo, ni ocupado cargo público alguno. Aunque el sustantivo “intelectual” se utiliza frecuentemente como si debiera sólo aplicarse a quienes opinan sobre los asuntos públicos, ese uso niega injustamente la condición de intelectual a quienes ejercitan el intelecto, incluso de manera sobresaliente, en el ejercicio de las ciencias, las artes o la filosofía, sin centrar su atención en los asuntos públicos de la actualidad. De la otra porque, aun dentro de ese uso injusto, el término de intelectual, o mejor en plural, de intelectuales, que como puede verse con detalle en la excelente y conocida “Historias de las Dos Españas” de Santos Juliá, se ha aplicado desde mediados del siglo diecinueve hasta nuestros días a personas cuya relación con la cosa pública se configuraba de maneras muy distintas, no incorpora necesariamente el componente ético que tengo por esencial para caracterizar el género de hombres al que Tomás y Valiente perteneció.

En ellos, la vocación de servicio a la sociedad está determinada, en efecto por una ética. Por una concepción de la realidad social

estructurada por valores, no por intereses o conveniencias. Lo que los define es la concepción ética que sustentan y su manera de servirla. Teniendo en cuenta lo uno y lo otro, creo que para definir en término genéricos a Francisco Tomás y Valiente, hay que calificarlo de hombre de Estado y de patriota. Dos condiciones que, aunque frecuentemente van unidas, no se implican recíprocamente, pero que además aquí me importa distinguir porque, como después se verá, quiero destacar en la segunda de ellas un componente muy específico, vinculado a la idea concreta que Paco tenía de esta patria común que es España.

Hombre de Estado

No es ésta la primera ocasión en la que sostengo que Paco Tomás debe ser conceptuado como hombre de Estado. Aunque no he logrado encontrar el texto, estoy seguro de que al recensionar su libro *A orillas del Estado*, critiqué el título que Paco le había dado a partir precisamente de la idea de que su autor no estuvo nunca a la orilla del Estado, sino bien dentro de él, ocupara o no cargos institucionales.

Para Paco Tomás, el servicio a la sociedad era, en efecto, en primer lugar, servicio al Estado y a ese servicio se consagró siempre con la palabra y la pluma, y ya en la última

época de su vida, también desde las instituciones; en el Tribunal Constitucional primero y más tarde, en el tiempo que el odio asesino le dejó, en el Consejo de Estado. Fue hombre de Estado, es decir, y vuelvo de nuevo a sus propias palabras, un hombre que “comprende que sólo desde un determinado tipo de Estado, en un tiempo y un país también determinados, es posible la paz, la libertad en la igualdad y la democracia como régimen preferible a cualquier otro, y cuando partiendo de esa convicción se acierta a construir aquello en lo que se cree”. “Se es hombre de Estado, añade, cuando se comprende la necesidad de ese instrumento para lograr la paz y la libertad en la patria común, y cuando se trabaja para lograr y estabilizar esa construcción por encima de episodios pasajeros, de aspiraciones innobles, de reminiscencias de un pasado imposible como futuro”.

Estos conceptos que él utilizó en el que fue, creo, el último discurso de su vida, para evocar la figura del general Gutiérrez Mella-do, a quien sucedió como Consejero permanente de Estado, ofrecen una buena pauta para llevar a cabo la honrosa tarea que se me ha encomendado. A partir de esta perspectiva, para desempeñarla basta casi con dejar la palabra al propio Tomás y Valiente.

Tomás y Valiente afirma muy reiteradamente a lo largo de toda su obra, su fe en el Estado. Las citas podrían multiplicarse, pero quizás la más adecuada sea ahora la del último y emocionante texto salido de su pluma, enviado al periódico dos días antes de su asesinato y publicado en El País junto con la noticia de éste, Paco decía en él que si bien todos los demócratas conscientes entendemos que los únicos valores sustantivos son los del hombre individual y sus derechos a la vida, a la paz, a la libertad, con todos los que de estos derivan, igualmente hemos de afirmar que “para lograr o no perder esos valores, el Estado es imprescindible, es instrumento, pero instrumento necesario, de manera que si se destruye nos quedamos sin los objetivos que lo legitiman y que constituyen su razón de ser, la buena razón de Estado”.

Esa firme fe en el Estado, no brotaba, como también con frecuencia solía puntualizar, de una convicción ajena a la razón, sino de su ejercicio. Es, dice, una creencia en el sentido orteguiano.

De la continuidad y profundidad del ejercicio racional del que surge la creencia hay muestras más que abundantes en su obra de historiador. Gracias a ella conocemos hoy mejor las distintas etapas en la evolución de este portentoso artefacto que es el Estado; de

esta singular forma política surgida en Europa en los albores de la Edad Moderna y convertida en nuestro tiempo en forma política universal. Frente a quienes sostienen que el Estado nace con las revoluciones liberales, Tomás y Valiente creyó, con los estudiosos más clásicos de este tema, que es obra del Renacimiento y que por lo tanto ha experimentado a lo largo de su historia cambios muy profundos. Pese a ellos, hay en la idea de Estado un componente necesario, un elemento invariante sin el cual no cabría identificar como variantes de una forma política única configuraciones tan distintas como la ciudad Estado italiana, el Estado absoluto o el Estado social y democrático que nuestra Constitución consagra.

Ese elemento central y necesario de la idea de Estado, en razón del cual Tomás y Valiente, consideraba inadecuada la célebre definición que utiliza como criterio de lo estatal el monopolio de la violencia física, es la orientación hacia la justicia. El Estado está para él intrínsecamente orientado a la justicia, precisamente porque pretende convertirse en fuente única de ésta. El Estado monopoliza la creación del Derecho, pero la fuerza obligatoria de éste no resulta sólo de su positividad, de su validez formal, sino de su adecuación a la justicia; quizás, para ser más precisos, debería decirse, a la idea de justicia que el

Estado invoca como fundamento de su propia legitimidad.

Pero no es este el momento de adentrarse en disquisiciones teóricas. Para Tomás y Valiente, la idea de justicia que orienta o debe orientar la vida toda del Estado es la que se vincula en la Ilustración a una ética centrada en los Derechos Humanos. Una ética que está en el origen del constitucionalismo moderno, y que al término de un proceso que “ha costado, dice nuestro autor, mucho tiempo, muchas luchas, mucha sangre y mucho dolor”, lleva al Estado propio de nuestro tiempo: el Estado social y democrático de Derecho.

Un Estado centrado en los Derechos Fundamentales a través de los cuales el Derecho positivo está permanentemente abierto a la idea de Justicia, “que no es sólo la correcta aplicación del ordenamiento democrático, sino una idea ética y política que impulsa y legitima los cambios en el ordenamiento”. Por eso los Derechos Fundamentales no constituyen una categoría cerrada, sino permanentemente abierta.

Aunque propugnaba la ampliación incesante del ámbito protegido por los derechos, la necesidad de incorporar nuevos derechos sociales a los viejos civiles y políticos, me

atrevo a decir que para Tomás y Valiente los derechos esenciales eran sobre todo los que protegían la vida y la integridad física y moral de los hombres. No quiero decir con ello que tomara partido en el debate teórico sobre la posibilidad de establecer una jerarquía entre los derechos, sino que puso un empeño especial en la defensa de estos derechos concretos, viniese de donde viniese la amenaza.

Su tenaz crítica contra la pena de muerte inspira muchos de sus trabajos de historia, pero también denunció con energía el horror del asesinato político, del que él mismo sería víctima. Hoy no pueden leerse sin estremecimiento estos párrafos suyos: “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?... No busco explicaciones ni respuestas: prefiero quedarme con mis preguntas sin perdón”.

Por eso, el colmo de la abominación, el crimen mayor que nadie puede cometer contra el Estado es la de torturar y asesinar en su nombre.

Patriota

Pero el Estado no es sólo una realidad en el tiempo, ocupa también un lugar en el espacio. Es instrumento al servicio de una idea de justicia a través de los derechos, pero útil al servicio de una sociedad determinada, de un determinado país. “Instrumento, decía Paco Tomás en uno de los textos que antes he citado, para lograr la paz y la libertad en la patria común”.

El hombre de Estado no lucha por el Estado en abstracto, ni por una determinada forma del mismo. Como Tomás y Valiente dice en el texto antes citado, el Estado que se esfuerza en construir es el que corresponde a un tiempo y un país determinados. En su caso, el que corresponde a esa patria común que para él y seguramente para todos nosotros es España.

Es esta noción de patria común, reflejo de una determinada idea de España la que me lleva a caracterizar a Tomás y Valiente no sólo como hombre de Estado, sino también como patriota.

Las referencias a la complejidad territorial de España son constantes en su obra:

“La tensión entre unidad y particularismo es constante a lo largo de nuestra historia...

Tanto en vida de los Reyes Católicos como a partir de Carlos I la Monarquía hispana conserva su estructura jurídico-política plural, bajo el principio de la unidad de la Monarquía y la diversidad de los reinos y Coronas... Contra el mito de la unidad nacional lograda al parecer de forma indeleble y sin diferenciación interna alguna... importa señalar que la Monarquía hispana fue internamente plural... Los reyes se titulaban en los documentos oficiales, no reyes de España, sino enumerativamente reyes de cada reino, o Conde de Barcelona o señor de Vizcaya. Unidad en la diversidad. Nación política España formada por naciones naturales en la terminología de la época, pluralidad de las Españas, como sugiere el título usado con frecuencia... de *Hispaniarum rex*....

“Fracasada la política uniformadora del conde duque de Olivares, que se saldó con la separación de Portugal y con la rebelión de los catalanes, la estructura política de la Monarquía se quiebra, para castellanizarla, con los Decretos de Nueva Planta de Felipe V... Cataluña, Aragón, Mallorca y Valencia pierden sus instituciones políticas, su personalidad política”.

Nuestro constitucionalismo decimonónico, continuador de ese esfuerzo uniformizador iniciado en el siglo anterior, fue también impotente para articular de manera adecuada

la tensión entre unidad y diversidad. “Las guerras carlistas, dice Tomás y Valiente, no fueron guerras de independencia o separatismo o secesión, pero sí pusieron en cuestión el cómo de la unidad constitucional por lo que hacía referencia a Navarra y a las provincias vascongadas.”

La compleja realidad de España requería por eso a su juicio el abandono de esa obsesión por la uniformidad. “La fórmula constitucional que diera solución, no sólo a las aspiraciones nacionalistas de Cataluña y el País Vasco, sino a la conciencia diferencial de otros territorios, dice pocas líneas después, ...había de ser general. Esa nueva fórmula se ensaya con la Constitución republicana de 1931 y se mejora... en la Constitución de 1978. Era necesario reconocer constitucionalmente el momento de la diversidad y el momento de la unidad como tesis y antítesis reales para integrarlas en una síntesis constitucional estable... La diversidad procede de la historia, explica hechos diferenciales tan viejos como las lenguas y debe ser reconocida como realidad enriquecedora y no como rémora o carga lamentable a la que hay que acostumbrarse o con la que resignadamente tenemos que convivir... El problema... no es la valoración de la diversidad, sino la aceptación o el rechazo de la síntesis, de la fórmula constitucional unitaria, válida para todos los que... quieran

seguir formando parte de esa unidad política superior que es España o el Estado español”.

“La CE de 1978, dice en otro lugar, en cuanto equilibra la unidad de España con la pluralidad autonómica es la más adecuada a la secular organización... de España...”

La audaz innovación de los constituyentes de 1978 no despejó sin embargo todas las incógnitas y señaladamente dejó abierta la gran cuestión, que está ahora en el centro del debate político, la de la simetría o asimetría de la estructura final del Estado.

Paco, con postura poco común en los ambientes madrileños, se manifestó siempre proclive hacia una solución asimétrica, aunque lo hiciera con la cautela que exige el tratamiento de este problema espinoso. Quizás la expresión más directa de su pensamiento al respecto se encuentra en un trabajo en el que, comentando de pasada un artículo mío, afirma que “A título personal, con todas las cautelas, ...pienso que el Estado de las Autonomías no debe cerrarse con la igualación competencial entre todas las Comunidades. Y ello, en primer lugar, porque la Constitución no lo exige, y la prudencia no lo aconseja. Es de temer que la resistencia a la igualación, o la restauración de la desigualdad competencial a niveles siempre superiores, provoque la

ruptura del sistema. Pero la última y principal razón en favor de la inicial diferenciación competencial es la diferencia real, por histórica y presente, entre las nacionalidades y regiones que subyacen bajo cada Comunidad". Y poco tiempo después manifiesta una cierta inquietud por la tendencia perceptible a la homogeneización entre Comunidades.

Nadie puede saber cual hubiese sido hoy su postura respecto de esta ardua cuestión, y sería indecente utilizar en el debate político actual ideas que quizás a la vista de los cambios operados en España no serían ya las suyas.

Por el contrario, tiene a mi juicio absoluta validez, la idea de la nación española, la conciencia nacional, o si se quiere, el sentimiento nacional, que les servía de fundamento.

En su mismo artículo sobre la dialéctica entre unidad y diversidad afirma rotundamente: "Hace mucho tiempo que definiendo, como tantos españoles, la idea de España como nación de naciones o como una sociedad política compleja", cuyo desarrollo puede verse, entre otros lugares, en una conferencia memorable (*Raíces y paradojas de una memoria colectiva*) pronunciada en la Universidad Carlos III, de la que entresaco el siguiente fragmento:

“... Si se quiere recuperar y fomentar la conciencia nacional hay que hacerlo fundándose en una idea de nación distinta a la que hemos descrito. De una idea de nación entendida como comunidad de historia, de una historia plural y compleja; como comunidad de lenguaje, de una lengua común, no necesariamente única; como comunidad de cultura...; entre la exaltación nacionalista y el olvido de la realidad nacional de España, como si sólo fuera posible la existencia de entidades nacionales intra e infra estatales; entre unos y otros extremos, tiene cabida la conciencia de pertenecer a una realidad histórica nacional, desde hace siglos reconocida con el nombre de España”.

El Estado español es la forma política de la nación española, pero la idea de ésta que recoge la Constitución está alejada de toda concepción metafísica o esencialista. La construcción teórica de un sentimiento nacional basada en esta idea constitucional de España, basada en la realidad histórica, es indispensable para combatir con éxito los esencialismos contrapuestos que amenazan desgarrarnos. El esencialismo que alienta en Cataluña o el País Vasco, pero también el esencialismo de la España eterna que todavía late. Esta construcción, para cuyo desarrollo no podemos contar ya desgraciadamente con su pluma, fue, no del todo por azar, el tema de mi última

conversación, con Tomás y Valiente, a mediados de enero de 1996. Lo llamé para agradecer una breve nota en la que comentaba con elogio un artículo mío, aparecido el 28 de diciembre, en el que se contraponía la idea de nación basada en la noción de comunidad esencial, de “etnos”, a la que se construye sobre el concepto de “demos”, de pueblo. Tal vez, para volver de nuevo a textos del propio Tomás y Valiente, sea preferible identificar ésta última con la idea de patria que, como dice en su último discurso en el Consejo de Estado, “no se identifica con el terruño o la patria chica de cada cual, ni se delimita geográfica, sino políticamente: es la tierra de la sociedad política, del pueblo al que uno pertenece”.

“Respecto de ella, añade, lo importante no es tanto estar dispuesto al clásico *pro patria mori*, sino el vivir en relación de generosa procura de su bienestar, de su bien vivir, de su paz, y en estos tiempos de conciencia democrática, de su libertad”. Tomás y Valiente no sólo fue patriota porque se esforzó por vivir según esa virtud cívica, sino que también por ello murió, víctima precisamente de un fanatismo que hecha sus raíces en uno de los nacionalismos esencialistas que la noción de patria común debería hacer imposibles.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE O EL OFICIO DE HISTORIADOR

Marta LORENTE SARIÑENA

I. A modo de introducción.

En Noviembre de 2011, Urgoiti Editores publicó un extenso ensayo de Francisco Tomás y Valiente sobre el constitucionalismo gaditano precedido por un prólogo mío de carácter biográfico¹. Fiel a su proyecto editorial, la empresa navarra ha pretendido dar conocer el modo de hacer y pensar de Tomás y Valiente incluyendo este texto en su Colección de Historiadores², siendo así que la aparición de *Génesis de la Constitución de 1812* ha servido también, en la medida en que esto sea posible, para recuperar la autorizada voz de Tomás y Valiente en el año en el que se celebra el Bicentenario de la primera norma doceañista.

¹ F. Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812*, prólogo de Marta Lorente, Urgoiti Editores, Pamplona, 2011. El presente escrito es un resumen de algunas de las claves interpretativas de la obra de Tomás y Valiente que he puesto de relieve en dicho prólogo, inscribiéndose en el proyecto DER2010-21728-C02-02.

² <http://www.urgoitieditores.com/inicio>

No obstante, *Génesis de la Constitución de 1812* era un texto conocido previamente, cuando menos entre especialistas³. La aparición en 1997 de las *Obras Completas* no sólo puso a disposición del público todos los escritos de Tomás y Valiente⁴, sino que incluso sacó a la luz un buen puñado de textos que no habían sido publicados en vida de D. Francisco⁵. Fue Luis Aguiar de Luque, por entonces director del Centro de Estudios Constitucionales, quien inmediatamente después de aquel desgraciado 14 de Febrero tomó la iniciativa de realizar una edición de las *Obras Completas*, para lo cual reunió una comisión directiva nombrando a Pedro Bravo y a quien esto escribe editores ejecutivos⁶. Después de muchos me-

³ Hay incluso una edición italiana con un prólogo de Andrea Romano: F. Tomás y Valiente, *Genesi di un costituzionalismo euro-americano. Cadice 1812*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁴ F. Tomás y Valiente, *Obras Completas*, 6 vv., CEPC, Madrid, 1997.

⁵ M. Peset, P. García-Trovat, "Francisco Tomás y Valiente, profesor y compañero en la Universidad de Salamanca (A propósito de la publicación de sus *Obras Completas*", en *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), págs. 497-508.

⁶ Presidida por quien por entonces fuera Presidente del Tribunal Constitucional, Álvaro Rodríguez Bereijo e integrada por Miguel Artola, Bartolomé Clavero, Pedro Cruz, Fernando Sequeira y el propio Luis Aguiar de Luque. Las *Obras Completas* se publicaron una vez que el Centro de Estudios Constitucionales cambiara su dirección, que fue ocupada por M^a Carmen Iglesias, quien

ses de trabajo, entre todos conseguimos que "(...) toda su prolífica obra como historiador, como jurista, como publicista, como un publicista joven que comienza de joven con cuentos literarios de audiencia naturalmente ínfima y concluye de mayor con artículos periodísticos de influencia mercedamente máxima", quedara recogida en esas 5506 páginas que, repartidas en seis gruesos volúmenes, compilaron la obra escrita aun cuando no alcanzaran a dar cuenta de la que quedaba por hacer⁷. En definitiva, como se dijera entonces, la publicación de las *Obras Completas* de Tomás y Valiente restituyeron "en algo al hombre que nos falta injustamente"⁸.

A pesar de que desde entonces he usado las *Obras* en múltiples ocasiones, hasta ahora no había vuelto a analizarlas en su conjunto. El lector no debe asustarse ante tal noticia, puesto que ni haré una exhaustiva relación de los escritos de Tomás y Valiente, ni me empeñaré

asumió su continuación y culminación. Todo ello puede seguirse en la "Presentación" de las *Obras*, págs. VII-VIII.

⁷ B. Clavero, "Obras completas e incompletas de Tomás y Valiente", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52 (enero/abril 1999), pág. 287.

⁸ A. Rodríguez Bereijo, "La obra de Francisco Tomás y Valiente", *El País*, 9 de Diciembre de 2010.

en valorar su producción intelectual⁹. No son sólo razones de espacio u oportunidad las que me mueven a ello, sino también el firme convencimiento de que las *Obras* hablan por sí mismas. Así las cosas, me contentaré con identificar y transmitir al lector una serie de sensaciones que he experimentado al volver a manejar las *Obras Completas*. Soy consciente de que el término *sensación* no se adecua a los requerimientos exigidos por una publicación científica, pero debo confesar que, a día de hoy, mi percepción de las *Obras Completas* ha cambiado notablemente debido a que si bien en un primer momento mi empeño fue esencialmente recopilador, esta vez creo haberlas leído con mayor detenimiento. Pues bien: es justamente el poso que ha quedado tras la realización de este esfuerzo lo que he venido a calificar de *sensaciones*, que para lo que aquí importa se traducen en identificación y valoración de los elementos más relevantes de las *Obras Completas*, los cuales, a su vez, algo dicen de la personalidad de quien fuera mi maestro.

⁹ B. Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Giuffré, Milán, 1996.

II. Francisco Tomás y Valiente, ante todo historiador.

Las incontables semblanzas de Tomás y Valiente, que fueron publicadas en medios nacionales e internacionales después del atentado, convinieron *grosso modo* en lo que más adelante subrayarían quienes habiendo intimado con él en vida, habían sido consumidores habituales de su obra. Así, tanto unos como otros vinieron a decir de diferentes maneras que el país había perdido a un intelectual crítico y a un hombre de estado¹⁰, a un constructor constitucional y a un hombre de cultura¹¹. Y es que Francisco Tomás y Valiente fue profesor universitario, juez constitucional, consejero de Estado, periodista ocasional, conferenciante siempre... a lo que debe añadirse que cualquiera que se asome al índice de sus *Obras Completas* podrá compro-

¹⁰ E. Díaz, "Tomás y Valiente, intelectual crítico y hombre de estado", en *Homenaje al prof. Dr. Don Francisco Tomás y Valiente*, Universidad del País Vasco-Eusko Herriko Unibertsitatea, 1996.

¹¹ B. Clavero, "Tomás y Valiente, constructor del Estado Constitucional", conferencia pronunciada el 20 de Abril de 2009 en la Sala Europa del Senado de España dentro de un ciclo dedicado a la *Generación del 56* (<http://clavero.derechosindigenas.org/>). La expresión "hombre de cultura" en P. Grossi, "Alle ricerca di frammenti di verita (Omaggio a Francisco Tomás y Valiente)", texto prologa la obra de B. Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, cit., págs. VI-XXXI.

bar que el desempeño de todos estos oficios no le impidió dedicarse a escribir en ninguno de los diferentes periodos en los que puede dividirse su vida. Una vida a la que sin duda le sonrió la fortuna, esa caprichosa diosa que sin embargo le abandonó el 14 de Febrero de 1996 haciendo triste honor a su fama. Así, el docente e investigador fue reconocido por la Universidad, que le concedió dos doctorados honoris causa; el historiador compartió el Premio Nacional de Historia a la par que nombrado miembro de número de su Real Academia; el jurista comprometido con la recuperación de las libertades y la democracia pudo ponerse al servicio de su consolidación al ser nombrado garante de la recién nacida Constitución en un Tribunal que terminaría presidiendo; el ciudadano consciente, política y socialmente implicado, asistió a la formalización de su condición de hombre de estado al ser nombrado consejero en el de Estado. Su trágica desaparición no conllevó olvido alguno, puesto que son muchos los que han sostenido y sostienen que su figura es un símbolo de valores cívicos¹².

¹² "Tomás y Valiente no era sólo un ilustre catedrático de la Universidad española (...) era mucho más: era todo un símbolo del Estado de Derecho". J. de Esteban, "El Presidente Tomás y Valiente", en *El Mundo*, 15 de febrero de 1996. "Un maestro como Tomás y Valiente es imprescindible en un país donde ni las leyes ni el Estado

Disponemos de muchos escritos que hablan de las diferentes facetas profesionales e intelectuales de Tomás y Valiente, hasta el punto de que su número resulta prácticamente inmanejable. Sin embargo, tengo para mí que más allá de oficiar como juez, consejero de Estado, creador de opinión pública... Tomás y Valiente fue siempre y ante todo un historiador. El lector de estas páginas podría pensar que la anterior afirmación sobra por obvia, ya que cualquier mediano conocedor de su biografía sabe que hasta 1980, fecha en la que fue nombrado magistrado del primer Tribunal Constitucional español, Tomás y Valiente fue un profesor universitario dedicado casi exclusivamente a esa particular disciplina académica que es la historia del derecho. A todo ello debo añadir otro dato menos conocido, puesto que debo reconocer que mi valoración contradice, aun cuando sólo sea en parte, la versión que Tomás y Valiente ofreció respecto de sí mismo en su *Autobiografía*¹³: "En mi etapa

tienen mucho prestigio, y donde la pillería con frecuencia recibe más aprecio que la rectitud". A. Muñoz Molina, "En recuerdo de Francisco Tomás y Valiente", en *El País*, 15 de Febrero de 2001.

¹³ Autobiografía intelectual y política, en *Obras Completas*, cit., págs. 3-14. Este texto tiene una historia que merece ser narrada. En el curso de los trabajos de preparación, uno de los miembros de la comisión reunida a tal objeto, Bartolomé Clavero, dio con un texto en el cual Tomás y Valiente hacía memoria de su vida hasta su

salmantina me interesó más la Historia que el Derecho positivo"¹⁴.

No obstante, el dato que interesa destacar no es el número de años que Tomás y Valiente pasó en el taller del historiador, ni menos todavía el cómputo de aquellos que dedicó a otras ocupaciones que le alejaron del mismo una vez que dejó Salamanca. Por el contrario, creo que puede afirmarse que una constante atraviesa de principio a fin toda su obra, a saber: con independencia de la naturaleza y destino de sus diferentes escritos, la historia hizo siempre acto de presencia en ellos. Dejando a un lado su obra iushistórica, el recurso a la historia está en sus trabajos jurídico-constitucionales, en la mayoría de sus conferencias e intervenciones, en buena parte de sus discursos institucionales, presentaciones y comentarios de libros, e, incluso, en un buen puñado de sus escritos periodísticos. Así, por poner un ejemplo bastante significativo, el lector cuidadoso de dos textos como son *Escritos desde y sobre el Tribunal Cons-*

nombramiento como magistrado del Tribunal Constitucional: "(...) la he encontrado en forma manuscrita y con una copia mecanográfica corregida, pero sin noticia de que la publicara. La redactó un fin de año, entre el 30 de diciembre de 1989 y el 2 de Enero de 1990". B. Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, cit., pág. 6, n. 5.

¹⁴ Autobiografía. (*Obras*, pág. 12)

titucional (1993) y *A orillas del Estado* (1996), que a su vez recopilan otros escritos, puede constatar que ambos están plagados de reflexiones históricas. Es más, ni siquiera en su último artículo periodístico, que fue publicado en el diario *El País* un día después del asesinato, Tomás y Valiente se olvidó de hacer la siguiente referencia: "En el siglo XVII se contraponían la mala y la buena razón de Estado (...) ahora los nombres y las razones han cambiado, pero la contraposición entre ellas subsiste porque el Estado continúa siendo un instrumento necesario y legítimo"¹⁵.

Volveré más adelante sobre este artículo, por cuanto que en él se condensan algunas de las preocupaciones que embargaron a Tomás y Valiente a lo largo de la última etapa de su vida. Bastará por ahora subrayar lo ya dicho, esto es, que Tomás y Valiente utilizó el recurso a la historia en orden a expresar sus opiniones, fueran éstas las que fueran, a lo

¹⁵ Titulado "Razones y tentaciones del Estado". Tomás y Valiente había escrito este artículo a raíz del asesinato de Fernando Múgica por la misma organización terrorista ETA el 6 de Febrero de 1996 ("el silencio es deshonesto antes y después de la muerte del último hombre asesinado"), remitiéndolo a la redacción del periódico justo un día antes de sufrir el atentado. También *La Vanguardia* publicó a título póstumo un artículo de Tomás y Valiente: "Catorce versos", *La Vanguardia*, 15 de febrero de 1996.

largo de toda su vida. Ahora bien, dar cuenta de este hecho resulta un tanto insuficiente debido, entre otras cosas, a que la historia se deja narrar de muchas maneras. Llegados aquí, cabe preguntarse ¿qué historia fue la que cultivó Tomás y Valiente? Y, sobre todo, ¿para qué la utilizó?

III. ¿Para qué sirve la historia?

Nunca se insistirá bastante en la inseguridad que provoca tratar de hacer historia, toda vez que en los dos últimos siglos el mercado de las ciencias sociales se ha ido poblando con otro tipo de estudiosos. Sociólogos, politólogos, antropólogos, economistas... han ido invadiendo el terreno al historiador, quien ha visto peligrar ese sitio que se había reservando durante tanto tiempo. Así las cosas, creo no exagerar afirmando que somos multitud los que en ocasiones nos hemos sentido invadidos por una especial suerte de angustia que paralizaba, cuando no arruinaba por completo, las dificultosas tareas a las que obliga la investigación histórica. Preguntas tales como ¿para qué sirve rebuscar en el pasado? ¿a quién puede importar lo que hicieron o dejaron de hacer nuestros antepasados?... amenazan una y otra vez las más firmes convicciones de quienes pretenden hacer de la historia una profesión con proyección social. Dejando a un lado a los aficionados, que en la actualidad

no sólo constituyen legión sino que además no parece que suelen verse afectados por frustración alguna, lo cierto es que en las últimas décadas los historiadores profesionales vienen tratando de superar su angustia entablando una y otra vez discusiones metodológicas, las cuales, a su vez, sitúan sus productos fuera del consumo del gran público. En todo caso, quienes recurren a la historia para extraer de ella la justificación de sus opiniones necesitan explicitar las razones que les mueven a hacerlo: éste, sin duda, fue el caso de Tomás y Valiente, cuyas *Obras Completas* están plagadas de reflexiones tanto sobre la historia cuanto sobre los límites de su uso.

También es sabido que la relación existente entre el pasado que se estudia y el presente que se vive constituye el núcleo básico del valor atribuible al conocimiento histórico, al mismo tiempo que dicha relación determina por completo la calidad de este último. Conscientes de ello, los historiadores pretenden solucionarlo recurriendo una y otra vez a frases tales como "toda historia es historia contemporánea" (Benedetto Croce), o "La historia es la política proyectada sobre el pasado" (Mikhaïl Pokrovsky). También saben, no obstante, que la utilidad del relato histórico, si es que así se me permite denominarla, pone en peligro su propia naturaleza en tanto en cuanto aquél necesita marcar distan-

cias respecto de otras creaciones literarias: así, por ejemplo, según algunos, "La historia es una novela verdadera" (Paul Veyne). Tomás y Valiente fue muy consciente de todas estas dificultades, aquí tan resumidamente expuestas; lo expresó con claridad en una ocasión: "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"¹⁶. A pesar de que hizo bandera de esta prevención, lo cierto es que Tomás y Valiente fue ante todo un historiador comprometido con su presente, o mejor, con sus distintos, y muy variados, presentes.

La anterior no es valoración mía. Tal y como afirmó uno de sus grandes amigos, el también iushistoriador italiano Paolo Grossi¹⁷, Tomás y Valiente nunca incurrió en esa soledad que tiende a convertir al historiador en erudito¹⁸, una soledad que, por cierto,

¹⁶ Autobiografía, cit. (*Obras*, pág. 10).

¹⁷ Francisco Tomás y Valiente fue padrino académico del profesor italiano: cfr. "*Laudatio* a Paolo Grossi", discurso de investidura de Doctor *honoris causa*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, págs. 7-20.

¹⁸ P. Grossi, "Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo", en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante, *AHDE*), LXVIII (1997), v. I, pág. 65 (los dos volúmenes que componen este número constituyeron el homenaje que el *Anuario* rindió al que fuera también su director en

puede llegar a afectar al iushistoriador mucho más que a otros estudiosos del pasado¹⁹. Permítame el lector explicar brevemente cual es la causa principal de este drama iushistoriográfico. A diferencia de otros profesionales, el historiador del derecho tiene por objeto de estudio uno muy complicado ya que "(...) sembra muovere dalla rivalutazione della scienza, che identifica immediatamente con la teoria del proprio oggetto, finisce per essere epistemológicamente inoperante perche ripetitiva e confirmativa del già saputo (...) "²⁰. No es necesario levantar acta de las complejas operaciones a las que se ve abocado el iushistoriador, a pesar de lo cual no está de más recordar que aquella soledad de la que nos ha hablado recientemente P. Caroni está muy relacionada con la más reciente historia de la iushistoriografía, que en los países de derecho codificado perdió utilidad una vez que se derogó el derecho antiguo. Un tanto perdidos, muchos fueron los que trataron de justificar la existencia de un derecho expresado de una vez por todas en estructuras suscep-

los últimos años. Su presentación correspondió a E. Gacto, quien fue el inmediato sucesor de Tomás y Valiente en la dirección del Anuario: *ibid*, págs. 15-16).

¹⁹ P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto*, Giuffré, Milan, 2005.

²⁰ P. Costa, "Semantica e storia del pensiero giuridico", en *Quaderni Fiorentini*, 1, (1972), pág. 62.

tibles de desarrollos marginales, lo que por supuesto no ayudó al historiador del derecho a compartir su saber con otros colegas²¹. En definitiva, este tipo de creencias, que aun hoy siguen marcando la pauta del trabajo de algunos, han hecho que la que la iushistoriografía resulte prácticamente incomprensible fuera del estrecho círculo de sus cultivadores²².

Tomás y Valiente fue consciente de que el análisis histórico del derecho arrojaba a sus estudiosos a un pozo bastante hondo, y que se necesitaba hacer muchos esfuerzos para tratar de salir de él: "Me ha interesado siempre mucho el status científico de mi oficio, dicho en términos subjetivos, lo que en otro modo expuesto equivale al problema si el Derecho y la Historia (y por ende la Historia del Derecho) son Ciencias (...) Mucho me preocuparon estas cuestiones aunque poco haya escrito sobre ellas"²³. Pero a pesar de todo ello, Tomás y Valiente no demostró sentirse especialmente atormentado por encontrar un sentido a su hacer profesional, sino más bien todo lo contrario. En más de una ocasión identificó con mucha claridad cuáles eran o debían ser las tareas encomendadas a la iushistoriografía:

²¹ R. Ajello, "Formalismo e storia del diritto moderno", en *Quaderni Fiorentini*, 1 (1971), pág. 192.

²² A. Schiavone, *Historiografía y crítica del Derecho*, EDERSA, Madrid 1982, pág. 49.

²³ Ibid, págs. 12-13.

"(...) al historiador del derecho le corresponde una intervención importante: la de aportar, para el entendimiento y la superación de nuestro mundo presente, su experiencia jurídica del pasado"²⁴. Como se habrá podido deducir, la recreación del pasado, en sí misma considerada, nunca interesó a Tomás y Valiente, quien llegó a sentenciar que si para algo servía la historia era para comprender el presente, convencido como estuvo de que "(...) quien no haga ciencia de la historia con esa finalidad, escribirá libros muertos"²⁵. La lectura de las *Obras Completas* pone de relieve que Tomás y Valiente siguió a pies juntillas el famoso consejo dado por M. Bloch a los historiadores; situado en el frontispicio de su *Apología*, el gran historiador francés lo formuló recurriendo a una anécdota. "Acompañaba a Henri Pirenne en Estocolmo. Apenas habíamos llegado me dijo, ¿Qué vamos a ver primero? Parece que hay un ayuntamiento nuevecito. Empecemos por él'. Después, como si quisiera evitar mi asombro, añadió: 'Si fuera anticuario, no tendría ojos más que para las cosas antiguas. Pero soy historiador. Por eso amo la vida' "²⁶.

²⁴ *Laudatio* a Paolo Grossi, cit. (*Obras*, pág. 4773).

²⁵ "Pasado y futuro de los partidos políticos. (A propósito del libro de Miguel Artola", en *Sistema*, 9 (abril 1975). (*Obras*, pág. 5062).

²⁶ M. Bloch, *Apología para la historia o el oficio de historiador*, (edición crítica preparada por Étienne Bloch),

Tomás y Valiente fue sin duda un amante de la vida, como bien puede inferirse del optimismo antropológico que destilan la mayoría de sus escritos. No obstante, tengo para mí que dicho optimismo se gestó en un contexto histórico que, hoy por hoy, parece haber sido definitivamente clausurado. "Quienes vivimos aquello rememoramos con orgullo y sin arrepentimiento: la viva solidaridad que entonces hubo entre todos los españoles demócratas. El grito antes recordado se clamaba por igual en Salamanca o en Madrid, en Barcelona o en Valencia, con la única hermosa variante de la lengua en que se decía, por citar las cuatro ciudades en las que quien esto escribe coreó con emoción y convicción aquellas palabras"²⁷. Conviene recordar que el país entero, y no tal o cual personaje por relevante que fuera, se vio inmerso en aquel proceso de cambio político que culminó en lo que denominamos transición política. En todo caso, cabe subrayar que Tomás y Valiente fue miembro de esa afortunada generación de universitarios e intelectuales comprometidos a quienes las especiales circunstancias que les toco vivir permitieron hacer efectivo dicho compromiso. Así las cosas, no resulta extraño

Instituto Nacional de Antropología e Historia/Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pág. 155.

²⁷ "A vueltas con la transición", en *El País*, 31 de Octubre de 1995. (*Obras*, pág. 2441).

que la angustia metodológica no afectara mucho a Tomás y Valiente, quien como dijera en su momento Hespanha, "(...) além de portador de um projecto historiográfico, era portador, como quase todos nós, de un projecto cívico, que tinha a sua componente jurídica"²⁸.

Mirando hacia atrás con cierta nostalgia, algunos historiadores han tratado de explicar la fortaleza y dinamismo de la iushistoriografía ibérica de las décadas de los setenta y ochenta del pasado siglo poniéndolas en relación con la necesidad imperativa de criticar fuertemente la doctrina estatal sobre la formación de ambas naciones. Esta relación entre pasado y presente es justamente la que permitió a historiadores, que participaron tanto en la vecina revolución de los claveles como en nuestra transición política como Tomás y Valiente, "dar el portazo a toda la cultura de las dictaduras"²⁹. Sabido es que hace ya varias décadas que el estado de las cosas cambió tanto en uno

²⁸ A.M. Hespanha, "O que Tomás fez por nos", en *AHDE*, LXVIII (1997), v. I., pág. 37.

²⁹ J-F. Schaub, "El pasado republicano del espacio público", en *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos/ Fondo de Cultura Económica, México, 1998, págs. 29-30 (este ensayo está dedicado a la memoria de F. Tomás y Valiente).

como en otro país; sin embargo, Tomás y Valiente no alteró de forma significativa los términos en que trató de responder a la interrogante que cuestiona la utilidad de la historia. Y es que tanto antes como después de la transición, D. Francisco sostuvo que la historia servía para comprender el presente y ayudarnos a superarlo, con independencia de que en algunas ocasiones tratara de compaginar sus creencias ilustradas con otras perspectivas, digámoslo así, *postmodernas*. Así, por ejemplo, con ocasión de su regreso a la Universidad después de haber agotado su tiempo en el Tribunal Constitucional, afirmó: "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 fórmula (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, según la feliz expresión de Javier Muguerza, usemos del pensamiento filosófico y del saber histórico como guía de perplejos y contentémonos, que no es poco, con fragmentos de verdad"³⁰.

³⁰ *Tríptico con prólogo y epílogo. Algunas reflexiones sobre la Universidad, la historia y el Estado*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1993. (*Obras*, pág. 4758).

Tengo para mí, no obstante, que la anterior propuesta no tiene mucho recorrido. Si bien, de un lado, la idea de progreso está prácticamente agotada, de otro, sin embargo, nuestras sociedades se han vuelto muy conservadoras, dado que una gran mayoría de sus miembros tienen miedo al futuro. En todo caso, creo que las concesiones a la postmodernidad no alteraron sustancialmente el ideario ilustrado de Tomás y Valiente, el cual, en el punto que nos viene interesando, siguió expresándose en términos esencialmente optimistas, puesto que no hay otra forma de calificar ese convencimiento según el cual los hombres pueden corregir su futuro analizando detenida y críticamente su pasado. Ahora bien, hay un antes y un después de 1980 en la vida de Tomás y Valiente, un antes y un después que no sólo afectó a su condición profesional, sino que también hizo acto de presencia en su obra, transformando en parte los objetivos a alanzar mediante ese recurso a la historia al que vengo refiriéndome. Veámoslo con cierto detenimiento.

IV. Tomás y Valiente, de profesión historiador (1955-1980).

La lectura de los escritos publicados por Tomás y Valiente antes de su nombramiento como Magistrado del primer Tribunal Constitucional español provoca una curiosa sensa-

ción que puede, más o menos, formularse así: poco a poco, sus escritos se hicieron cada vez más militantes, hasta el punto de que criticó algunos de sus textos, marcados como estaban por los requerimientos de una disciplina fuertemente ideologizada: "(...) no todos mis trabajos han surgido como consecuencia de previas preocupaciones teóricas (...) el proceso monitorio, la prisión por deudas, las fianzas o la sucesión de quien muere sin parientes (...) son temas sobre los que he investigado llevado por causas ajenas a mi propia espontaneidad"³¹. Debo aclarar, no obstante, que por militancia entiendo básicamente la historiográfica, con independencia de que esta última tuviera, como ciertamente llegó a tener, connotaciones políticas. Ahora bien, tratar de identificar las principales claves de la evolución sufrida por Tomás y Valiente nos obliga a hacer un breve recorrido por la historia de la iushistoriografía española, una historia sobre la cual Tomás y Valiente volvió una y otra vez a lo largo de su vida por cuanto que marcó, tanto positiva como negativamente, sus propias opciones. Y es que como el mismo Tomás y Valiente afirmó en su día, "(...) no es posible comprender cuáles son los problemas conceptuales, que no meramente metodológicos, de la historia del Derecho, sin

³¹ "Autobiografía", cit. (*Obras*, pág. 9).

tener muy presentes los hechos principales de la Historia del derecho"³².

Como tantas otras cosas, la historia del derecho profesional nació vinculada a la Junta de Ampliación de Estudios, y más en concreto, al Centro de Estudios Históricos, que fue creado en 1910. En lo que respecta a la historia del derecho, dos de sus secciones resultaron de interés: de un lado, la denominada "Instituciones sociales de Castilla y León", dirigida por Eduardo de Hinojosa; de otra, la "Metodología de la Historia", cuyo director fue Rafael Altamira. Si bien el momento de esplendor del Centro coincidió con la etapa republicana³³, para entonces el volumen de publicaciones periódicas vinculadas al mismo era ya considerable. Una de ellas fue el *Anuario de Historia del Derecho Español*: fundada tras la muerte de Eduardo de Hinojosa en 1924³⁴, fue impulsada por su sucesor, Claudio Sánchez Albornoz, que consiguió

³² "Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España", en *Estudios sobre Historia de España. Homenaje a Tuñón de Lara*, t. II, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981. (*Obras*, pág. 3633).

³³ J. Varela, *La novela de España. Los intelectuales y el problema español*, Taurus, Madrid, 1999, págs. 229-322.

³⁴ M. Peset, "Eduardo de Hinojosa. Historiador y político", prólogo a E. de Hinojosa, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Urgoiti Editores, Pamplona 2003, págs. IX-CH.

reunir en torno a la misma a quienes se consideraron discípulos del fallecido maestro³⁵. Años más tarde, Tomás y Valiente señaló que esta primigenia escuela arrastró una ambigüedad constitutiva derivada tanto de su nacimiento "post-mortem" cuanto de su interdisciplinar composición. Con todo, los autodenominados discípulos de Hinojosa no incluyeron la nascente disciplina entre las ciencias jurídicas; es más, si algo cabe reprocharles no fue tanto encerrarse en el derecho cuanto haberse dedicado a hacer de forma rigurosa y sobresaliente un tipo de Historia en el que las "fronteras que unen y separan la Historia económica, la social y la jurídica no quedaban claramente marcadas"³⁶.

En efecto, las reflexiones metodológicas no apasionaron a los fundadores del *Anuario*, cuyas páginas se caracterizaron por atender a la publicación de fuentes, su apertura a plumas extranjeras, el cultivo de un cerrado medievalismo y la apuesta por el germanismo, esta última desarrollada en profundidad por el finado maestro. Este momento fundacional de la historia del derecho se cerró en 1936, aun

³⁵ R. Carande, "Sánchez-Albornoz ante la cuna del *Anuario*", en *AHDE*, 59 (1989), págs. 763-784.

³⁶ "Historia del Derecho e Historia", en *Once ensayos sobre la Historia*, Fundación Juan March, Rioduero, Madrid, 1976. (*Obras*, pág. 3285).

cuando no sobra recordar que a lo largo del mismo hubo sus más y sus menos entre sus primeros cultivadores. Y es que como quiera que el *Anuario* pretendió ser una réplica del *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, o de la *Revista de las ciencias jurídicas y sociales* de Ureña³⁷, a nadie debe extrañar que ni este último ni Altamira enviaran escrito alguno al *Anuario*. Como afirma M. Peset, la empresa del *Anuario*, en definitiva, estuvo dirigida "por un grupo conservador, contrapuesto a los hombres de la Institución Libre de Enseñanza", el mismo grupo que dio lugar a fundación en 1934 de la Sociedad Eduardo de Hinojosa de Historia del Derecho Español³⁸.

Como no podía ser de otra manera, la guerra civil marcó un antes y un después en la iushistoriografía española. Lamentándolo siempre, Tomás y Valiente puso de relieve las consecuencias que para la ciencia en general, y para el derecho en particular, tuvo la contienda: "Entre exilios forzados o inducidos, represiones interiores y adhesiones inquebrantables al poder establecido, el pensa-

³⁷ C. Petit, "La prensa en la universidad: Rafael de Ureña y la Revista de ciencias jurídicas y sociales (1918-1936)", en *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), págs. 199-302.

³⁸ M. Peset, "Eduardo de Hinojosa", cit., pág. XCIII.

miento jurídico español vio truncada su continuidad y rotas y dispersas las escuelas. Se perdieron la paz y la libertad, y como sin ellas las ciencias sociales no pueden prosperar, se perdió altura, se descendió a un tecnicismo obediente y se regresó al aislamiento intelectual. Durante mucho tiempo imperó una mostrenca ortodoxia que algunos seguían con fidelidad, de la que otros creían escapar refugiándose en un cómodo y formalista tecnicismo "apolítico", y frente a la cual algunos ejercieron un resistente y esforzado autodidactismo, tardío descubridor de ignorados mediterráneos"³⁹. No levantaré acta de lo ocurrido con las víctimas puesto que otros ya lo han hecho, limitándome a recordar que tras 1940 se puso en pie una increíble operación genealógica. Su causa, por supuesto, fue política, pero tuvo una deriva epistemológica que, marcando a fuego el desarrollo de la historia del derecho durante décadas, no sólo se convirtió en uno de los objetos de crítica explícita por parte de Tomás y Valiente, sino que además determinó temática y metodológicamente sus más importantes trabajos de investigación.

³⁹ "El pensamiento jurídico", en M. Artola (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, t. III, Alianza Editorial, Madrid, 1988. (*Obras*, pág. 4067).

Fue Alfonso García-Gallo, por lo demás un excelente historiador del derecho como siempre recordó Tomás y Valiente, quien se encargó de reconstruir el mito fundacional, proponiendo una genealogía de la historia del derecho basada en la exaltación de la figura de Hinojosa, a quien atribuyó en exclusiva la iniciación del estudio científico de la historia del derecho silenciando por completo la existencia de otras figuras: así, Costa, Ureña, Altamira... dejaron prácticamente de existir⁴⁰. Una vez finalizada la incivil contienda, como solía decir Tomás y Valiente, en España sólo había espacio para una escuela que tenía su punto de origen en Hinojosa y el de llegada en un único sucesor, García-Gallo⁴¹. La deformación de la más reciente historia de la iushistoriografía no sólo creó una falsa imagen de continuidad, sino que sirvió para fundamentar una propuesta supuestamente renovadora de la historia del derecho que encorsetó durante décadas la producción disciplinar. Así, argumentando el riesgo de su confusión con la historia general, la diferen-

⁴⁰ A. García Gallo, "Hinojosa y su obra", texto publicado como estudio preliminar a la edición de las *Obras* de Hinojosa por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, I, 1948, págs. XI-CXXIV.

⁴¹ J. Vallejo, "La Secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira", en G. E. Pinard, A. Merchán (eds.), *Libro Homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Huelva, Universidad, 1998, pág. 770.

cia existente entre el sentido histórico del derecho frente a otros fenómenos y la necesidad de estudiar el derecho histórico con las herramientas del jurista del derecho positivo, Alfonso García-Gallo identificó la historia del Derecho como ciencia jurídica, para lo cual la alejó de la historia. La defensa del positivismo jurídico y de la ideología del imperio protegieron sin duda los intereses de la renovada escuela, aunque lo hicieron a costa de una especialización sin objeto que introdujo a la historia jurídica española en un (no sé si espléndido) aislamiento durante décadas⁴².

Algunos años más tarde, quienes trataron de cambiar este concreto estado de cosas se empeñaron en desenmascarar las líneas maestras de esta compleja operación. Repensar el o los momentos fundacionales, limpiar en definitiva los orígenes, recuperar textos, rehabilitar figuras, reformular orientaciones,

⁴² A. García-Gallo pronunció en Madrid una importante conferencia en 1952, año en el que se celebró el primer centenario del nacimiento de Hinojosa; en la misma fecha, R. Gibert hizo algo similar en Granada. Ambos autores justificaron el carácter de ciencia jurídica de la historia del derecho. A. García-Gallo, "Historia, Derecho e Historia del Derecho. Consideraciones en torno a la escuela de Hinojosa", en *AHDE*, XXIII (1953), págs. 5-36; R. Gibert, "Eduardo de Hinojosa y la Historia del Derecho", en *Boletín de la Universidad de Granada*, XXIV (1952), págs. 194-209.

definir y discutir métodos... fueron tareas que me permito calificar de hercúleas. Uno de los más destacados protagonistas de esta batalla historiográfica entablada durante los años de plomo fue sin duda Tomás y Valiente, quien desde que tomó posesión de la Cátedra de Historia del Derecho en Salamanca (1964), hasta que fue nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional (1980), trató por todos los medios de quebrar el paradigma dominante. A estos efectos, D. Francisco publicó innumerables trabajos, algunos estrictamente metodológicos, en los que fue afirmando progresivamente un importante presupuesto, a saber: de lo que se trataba, repitió una y otra vez, era de "concebir y construir la Historia del Derecho huyendo de dos polos: ni el Derecho es mera superestructura, simple excrecencia 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"⁴³.

Estas frases fueron escritas después de que la batalla historiográfica a la que antes me he referido perdiera virulencia. No obstante, en su momento más álgido, esto es, en las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo, las propuesta renovadoras de Tomás y Valien-

⁴³ "Autobiografía", cit. (*Obras*, pág. 9).

te estuvieron dirigidas contra dos potenciales enemigos. Al primero ya lo conocemos: la iushistoriografía dominante y su famoso paradigma institucional; sin embargo, el segundo era mucho más inquietante, puesto que se identificaba con la mejor historiografía española por entonces disponible. Fue el mismísimo Vicens Vives quien afirmó que los estudios de historia del derecho eran tan fríos como estériles: "Ni los reglamentos, ni los privilegios, ni las leyes, ni las constituciones, nos acercan a la realidad humana (...) la expresión de la vida se halla en la aplicación del derecho, de la ley, del decreto del reglamento (...) no en la institución considerada en sí misma sino en el hervor humano que se agita en su seno"⁴⁴. Tomás y Valiente fue muy consciente de los problemas que acarreaba esta divisoria de aguas que separaba las distintas historiografías, por lo que trató de demostrar que otra historia del derecho era posible.

Para ello, se empeñó en acercar posiciones, lo que traducido significó recuperar aquel espíritu interdisciplinar que había imperado entre los primeros cultivadores profesionales de la historia del derecho. La situación de

⁴⁴ J. Vicens Vives, *Aproximación a la historia de España*, Editorial Vicens-Vives, Salvat Editores, S.A., Alianza Editorial, Madrid, 1970, págs. 23-24 (debe recordarse que el prólogo de la primera edición de esta obra se escribió en octubre de 1952).

partida, no obstante, no era muy halagüena: "En España este divorcio, convertido a veces en ignorancia recíproca, era frecuente a comienzos de la década de 1960. La dedicación creciente de historiadores juristas a la época moderna y el abandono de un método normativista (...) basado en la tácita y errada creencia de que las instituciones son lo que las leyes dicen que son (...) Por parte de nosotros, ha facilitado este acercamiento"⁴⁵. Ahora bien, esta maniobra de acercamiento tenía sus límites, puesto que si algo caracterizó los esfuerzos de Tomás y Valiente fue justamente la búsqueda y delimitación de un campo propio para los estudios iushistoriográficos, un campo que, además, tuvo que situar lejos de los devastadores efectos provocados por la irrupción del marxismo entre los más jóvenes historiadores españoles⁴⁶. Esta, digámoslo así, militancia en defensa de la historia del derecho, constituyó una tarea que le acompañó toda su vida, como bien puede comprobarse en la incisiva contribución que presentó en

⁴⁵ "Escuelas e historiografía", cit. (*Obras*, pág. 4167).

⁴⁶ Esta cuestión se trató en un trascendental Coloquio Internacional de Historia del Derecho celebrado en 1973 en Granada, en el que "tuvimos ocasión de presentar la actitud que podríamos calificar de interés abierto hacia la historia del derecho de historiadores como Witold Kula y P. Vilar". "Historia del Derecho e Historia", cit. (*Obras*, pág. 3290).

1985 a un relevante Congreso Internacional celebrado en Florencia en la que defendió la necesidad de hacer historia del derecho, esto es, de conocer el Estado, sus instituciones y procedimientos, para alcanzar una cabal comprensión del pasado⁴⁷.

Una vez pasados los años que nos separan de aquella época, el desconcierto ideológico se ha instalado entre nosotros, y los proyectos iushistoriográficos han rebajado o neutralizado definitivamente sus pretensiones políticas⁴⁸. Desde entonces hasta ahora el cambio y la tradición se han limitado a convivir⁴⁹: "Estos estudios y alguno más digno de no ser olvidado, no han provocado un verdadero debate. Voces paralelas, cada una sigue su curso y produce sus propios ecos, pero sin que entre nosotros haya habido en estos últimos veinticinco años una serena y abierta discusión científica que aclare planteamientos, de-

⁴⁷ "La huella del Derecho y el Estado en el último libro de F. Braudel", en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e Dimensione Giuridica. Strumenti d'indagine e hipótesis di lavoro* (Atti dell'Incontro di studio. Firenze 26-27 de aprile 1985), Giuffrè, Milán, págs. 405-273.

⁴⁸ La expresión en J. Fontana, *La historia después del fin de la historia*, Crítica, Barcelona, 1992, pág. 143.

⁴⁹ J. Vallejo, "Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España (1978-2003)", en *Istor*, 16 (primavera de 2004), págs. 136-158 (la versión electrónica de este artículo en: http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier6.pdf).

fin a presupuestos teóricos, sirva de fundamento para ulteriores ejecuciones de lo teóricamente postulado y diferencie (sin enfrentamientos u hostilidades personales) a unos de otros"⁵⁰. Y es que la ruptura con la orientación dominante en las décadas cincuenta-sesenta del pasado siglo no ha servido para consolidar un nuevo paradigma, hasta el punto de que "ha provocado actitudes diversas, desde la adhesión entusiasta hasta la afectada ignorancia, pasando por el prudente distanciamiento del observador interesado y perplejo"⁵¹. No obstante, hay que recordar que movimientos similares se produjeron más allá de nuestras fronteras⁵², por lo que los debates que dividen hoy a los historiadores del derecho no pueden convertirse en medida que sirva para valorar la importancia de una renovación iushistoriográfica que fue impulsada, entre otros, por Francisco Tomás y Valiente⁵³.

⁵⁰ "Escuelas e historiografía", cit. (*Obras*, pág. 4163).

⁵¹ J. Vallejo, "Paratonía de la Historia Jurídica", en *Mélanges de la Casa de Velásquez*, XXXI -2 (1995), pág. 111.

⁵² A. Mazzacane, "Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea", en *Scienza & Politica. Per una storia delle doctrine*, 6 (1992), págs. 3-26.

⁵³ M. Lorente, "´Pensamiento único´ e historia del derecho: dificultades y obstáculos en la ´globalización´ iushistórica", en *Initium*, 5 (2000), págs. 433-471.

Así las cosas, somos muchos los que en la actualidad percibimos con envidia las altas dosis de ilusión y optimismo que acompañaron el debate metodológico en las décadas de los sesenta-setenta, que sin duda conformaron una actitud inexistente o, en todo caso, rarísima hoy en día⁵⁴. Tomás y Valiente vivió lo suficiente para darse cuenta de la pasión por la historia estaba decayendo; tras terminar su periplo como juez constitucional, advirtió los cambios producidos en el tiempo en el que estuvo ausente: "Todo eso, y otros fenómenos derivados, ha ocurrido en poco más de una década y ha conducido a muchos historiadores a una crisis de conciencia profesional, a la sensación de fracaso colectivo y a la angustia de ocuparse en un trabajo no sólo estéril, sino incluso engañoso por ser fuente de falsos y aparentes conocimientos"⁵⁵. Pues bien, es justamente la angustia que gestiona el presente la que nos permite calibrar la calidad de unas obras que, habiéndose escrito en un pasado muy próximo sin el cual no se explican, preservan hoy mucho de su original atractivo. Un ejemplo servirá para ilustrar esta afirmación.

⁵⁴ J. Vallejo, "Paratonía de la Historia Jurídica", cit., 113.

⁵⁵ *Tríptico con prólogo y epílogo*, cit., (Obras, pág. 4757).

En 1969 vio la luz uno de los trabajos más importantes de Tomás y Valiente: *El Derecho Penal de La Monarquía Absoluta (Siglos XVI, XVII y XVIII)*. A pesar de que D. Francisco afirmó que esta obra consistía simplemente en una primera aproximación al derecho penal de aquellos siglos, lo cierto es que en ella diseñó una panorámica que cubrió un notable vacío. No sólo el número de estudios sobre la cuestión resultaban escasos, sino que además no existía por aquel entonces una exposición general que fuera comparable a las por entonces ya presentes en diferentes ámbitos europeos. Y es que tal y como se deduce del propio título, el arco cronológico cubierto fue muy amplio debido a que más allá de ciertas y lógicas variaciones, "la legislación penal de la Monarquía, sus fines y los conceptos jurídicos fundamentales puestos a su disposición por la jurisprudencia son en el fondo los mismos durante estos tres siglos y pico"⁵⁶. En otro orden de cosas, Tomás y Valiente huyó de la proyección de categorías y conceptos a tiempos pasados: "(...) no he querido hacer una Parte General tal como la doctrina actual suele entenderla. En aquellos tiempos no estaba constituida dogmáticamente esa serie de conceptos abstractos cuyo entramado lógico-sistemático constituye hoy una Parte Ge-

⁵⁶ *El derecho penal de la Monarquía*, cit. (Obras, pág. 193).

neral"⁵⁷. En consecuencia, no pudo deslindar derecho y proceso, a pesar de que el estudio de este último no entraba *a priori* dentro de su plan de trabajo, de la misma manera que tuvo que situar en un mismo plano las leyes y la jurisprudencia doctrinal, confirmando así que "los principios doctrinales y legales del Derecho Penal dependían en buena medida de exigencias de índole política o de creencias en las que todos estaban inmersos en aquella sociedad (unas de tipo religioso, otras filosóficas), o de la propia estructura socioeconómica"⁵⁸.

Sin duda, desde su publicación hasta la actualidad, esta obra ha constituido una referencia obligada para cualquier investigación vinculada a la justicia penal de la modernidad hispana, no obstante lo cual ha sido objeto de numerosas críticas. De entre todas las posibles, tres son las principales, a saber: se viene a decir, en primer lugar, que la obra de Tomás y Valiente está basada en una percepción *estatalista* de la Monarquía Católica, una percepción cuya crítica viene siendo uno de los principales caballos de batalla desde hace décadas⁵⁹; consecuentemente, segundo, que

⁵⁷ Ibid. pág. 194.

⁵⁸ Ibid. pág. 195.

⁵⁹ B. Clavero, "Institución política y derecho: desvalimiento del estado moderno", en *Revista de Estudios*

el *Derecho Penal* destila castellanismo, siendo así que la historia de las periferias pone en cuestión de las afirmaciones que Tomás y Valiente vertió en su *Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*⁶⁰, y finalmente, tercero, que todo ello desfigura el propio concepto de orden jurídico que mantuvo Tomás y Valiente. Expresado con palabras ajenas: "Veremos así en primer lugar cómo, durante el periodo de la monarquía corporativa, el derecho real constituyó un orden jurídico prácticamente virtual; estaba más orientado a una intervención simbólica ligada a la promoción de la imagen del rey como sumo dispensador de justicia, que a una intervención normativa que efectivamente disciplinase las conductas desviadas"⁶¹.

No soy especialista en la historia del derecho penal, pero comparto esa percepción

políticos, 19 (1981), págs. 43-58 (recogido en *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Tecnos, Madrid, 1986); A.M. Hespanha, "A historiografia jurídico-institucional e a "morte do Estado"", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3 (1986), págs. 191-228.

⁶⁰ A. Agüero, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, CEPC, Madrid, 2008.

⁶¹ A.M. Hespanha, "De *iustitia* a *disciplina*", en *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992. pág. 206.

antiestatalista de la historia premoderna que mantienen muchos historiadores. Éstos nos han explicado que no fue la lógica estatal la que configuró el orden jurídico europeo antes del advenimiento de las revoluciones a finales del XVIII, sino otra bien distinta que hundía sus raíces en un largo Medievo en el que la persona, que no el individuo, y los *corpora*, que no el estado, dominaban tanto el lenguaje político como sus diferentes reflejos institucionales. Ahora bien, no creo que mantener este tipo de presupuestos entre en contradicción con la valoración de la obra de Tomás y Valiente; es más, a nadie se le puede escapar que además de su innegable calidad, *El Derecho Penal* destila fuerza, una fuerza que traía causa del contexto político que asistió a la publicación de esta obra. Y es que tanto en *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* como en otros textos en los que habló de la tortura judicial, de la forma de hacer de los jueces, de la política penal de la Monarquía e, incluso, de la desamortización o de las transformaciones del régimen de propiedad de la tierra, Tomás y Valiente criticó con dureza el orden de cosas que dominaba la realidad cultural, jurídica e institucional, española haciendo historia.

Así las cosas, era de esperar, por ejemplo, que a su conferencia sobre "La tortura judicial y sus posibles supervivencias" (1971) asistie-

ra un "inspector de policía bajito, moreno y con el pelo planchado que después de una década (...) me acompañaba por Salamanca como escolta protector cuando, ya Magistrado del Tribunal Constitucional, pasaba en mi casa los fines de semana"⁶². Y era de esperar porque después de hacer un breve recorrido sobre la historia de la tortura entendida como prueba judicial, esto es, sobre sus orígenes, aplicación en el proceso y posterior su abolición en tiempos constitucionales, Tomás y Valiente se adentró en un proceloso mundo en el que cualquier insinuación, incluso la más tibia, se convertía en denuncia manifiesta: "la abolición de la tortura judicial en nuestro país fue definitiva e irreversible (...) Y, sin embargo, en el mundo actual se tortura"⁶³. Según Tomás y Valiente, la abolición de la tortura reglada y practicada por jueces dejó paso a otra infinitamente peor, a saber: la tortura practicada por funcionarios no judiciales y sin límite alguno, cuya presencia no se descartaba por completo en un Estado cuyos ciudadanos habían asistido recientemente al Consejo de Guerra de Burgos o a la aprobación de disposiciones normativas tales como el Decreto de suspensión del artículo 18 del Fuero

⁶² "Introducción al cuadrado", en *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 2.^a ed., 1994. (*Obras*, pág. 761).

⁶³ Ibid. págs. 882-883.

de los Españoles⁶⁴. Así planteado, el recorrido por la historia de la tortura no podía llevarle más que a una conclusión que elevó a categoría de muestra radiográfica del Estado franquista: sin limitación del poder no había espacio para libertades individuales y sus correspondientes garantías.

¿Para qué servía hacer historia bajo el franquismo? Ya sabemos que Tomás y Valiente sostuvo que la historia servía para criticar el presente y preparar el futuro, lo que en buena medida terminó haciéndose realidad. La crítica metodológica de una historiografía complaciente con el régimen político que dominó nuestro país durante aquellos famosos cuarenta años se transformó en crítica política, desbordando así el limitado terreno de una iushistoriografía destinada exclusivamente al consumo disciplinar. Pues bien, en mi opinión, esta especial relación pasado-presente no sólo dotó fuerza a sus escritos en su día, sino que es la que hoy sigue preservándolos respecto de las nefastas consecuencias que suelen acompañar a los continuos cambios de moda historiográfica que nos viene tocando vivir desde hace décadas.

Quizás sea una cierta nostalgia la que ha movido a afirmar todo esto, no obstante lo

⁶⁴ Ibid. pág. 884.

cual tengo para mí que a día de hoy no hay una monografía que pueda decir de sí misma que ha sustituido, o mejor, superado, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*. A pesar de que esta obra no agotó ni las fuentes disponibles sobre la cuestión, ni cerró de una vez por todas la reflexión sobre el número y naturaleza de los mecanismos disciplinarios premodernos, lo cierto es que sigue vibrando todavía en las manos del lector. Algo similar puede decirse de los demás textos escritos por Tomás y Valiente a lo largo de su etapa salmantina, lo que debería llamar nuestra atención puesto que en aquel momento los medios de los que se disponía no resultan comparables con los que en la actualidad disponemos. En este exacto sentido, ese lugar común que en ocasiones repetimos sin excesivo convencimiento ("Contra Franco vivíamos mejor") se hace sin embargo muy presente en la valoración que hoy podemos otorgar a algunas, no todas, obras históricas, a saber: la historia del derecho crítica con el régimen fascista alcanzó unas envidiables cotas de calidad.

V. Tomás y Valiente, de vocación historiador (1980-1996).

La primera impresión que asalta a un lector de la "Noticia biográfica" incluida en las primeras páginas de las *Obras* es que Tomás

y Valiente acumuló muchos oficios en los últimos 16 años de su vida⁶⁵; sin embargo, una lectura en paralelo de su bibliografía también nos dice mucho respecto de su constante actividad intelectual. Como ya advertí, esta última fue esencialmente historiográfica, hasta el punto de que el autor de su más extensa biografía, B. Clavero, ha llegado a afirmar: "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 (...) Seguía considerándose un como un profesional de la HD sin perspectivas de cambio en este campo suyo de la historiografía"⁶⁶.

No obstante, a partir de 1980 se advierte que la producción del juez historiador estuvo marcada por un creciente y renovado interés por la historia del constitucionalismo, por el pasado y futuro de la Constitución. Tomás y Valiente dejó de hacer historia de la Monarquía Católica o, en sus términos, de la Monarquía Absoluta, para centrar su interés en la historia constitucional, o, también en sus términos, en la historia del constitucionalismo, un interés que ya no abandonaría hasta su

⁶⁵ *Obras*, págs. XI-XIII.

⁶⁶ B. Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, cit., pág. 136.

muerte. Hay que hacer hincapié, no obstante, en que Tomás y Valiente no era precisamente un recién llegado: sus trabajos sobre la desamortización, el régimen de propiedad, el pensamiento jurídico o los incluidos en *Códigos y Constituciones* dan sobrada cuenta de ello. Con todo, el paso por el Tribunal le hizo cambiar de perspectiva respecto de la historia del constitucionalismo por un doble grupo de razones: de un lado, el número de investigaciones sobre la cuestión había aumentado exponencialmente dentro y fuera de nuestras fronteras, a la par que, de otro, su experiencia en la justicia constitucional transformó sustancialmente su mirada sobre el constitucionalismo y su historia.

Tomás y Valiente fue muy consciente de que las cosas habían cambiado desde que dejara la Universidad para formar parte del Tribunal Constitucional: "¿Conclusiones? No soy yo quien las formule en términos generales. Es pronto. Sólo me atrevo a decir que un nuevo modo de estudiar el constitucionalismo está surgiendo o ha surgido ya entre nosotros y que tanto por la formación, el rigor y el entusiasmo de sus cultivadores como por la confluencia de perspectivas complementarias entre sí se están llenando huecos a la carrera y, sobre todo, se está pensando con una nueva mentalidad. La que consiste en olvidar tópicos, descubrir problemas, buscar influencias

y procurar la integración de conocimientos"⁶⁷. Tomás y Valiente pasó de contemplar la historia del constitucionalismo desde esa relativa satisfacción respecto del estado de nuestros conocimientos que había mantenido a finales de los setenta⁶⁸, a convertir "lo que no sabemos acerca del Estado liberal" en objeto de análisis pocos años más tarde⁶⁹.

Así las cosas, cabe preguntarse, ¿qué es lo que previamente creía saber? O, dicho de otra manera, ¿cuál era el "estado de la cuestión" de la historia del constitucionalismo a las alturas de 1980?

Sabido es que de andar por otros parajes, en concreto los anglosajones, un historiador de la Constitución sería un potencial o incluso real constitucionalista en activo. La posibilidad de mantener esta suerte de identificación

⁶⁷ Presentación del núm. 12, monográfico, de *Historia Contemporánea*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1995. (*Obras*, pág. 4883).

⁶⁸ "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", en *Sistema*, 17-18 (abril 1977), págs. 71-88; "La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español", en *AHDE*, 50 (1980), págs. 721-751.

⁶⁹ "Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)", en VV.AA. *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones Generales*, Universidad Autónoma de Madrid/Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 137-145.

profesional fue cancelada en una España en la que no hubo continuadores de Francisco Martínez Marina, quien haciendo historia prestó base argumental al primer liberalismo mezclando erudición ilustrada y reclamo de libertades. Tengo para mí, sin embargo, que en este concreto punto la inexistencia de discípulos del famoso clérigo se debió no solo a que los estudios de historia jurídica entrasen en decadencia a lo largo de nuestro culturalmente anoréxico siglo XIX, sino también y sobre todo a que el profundo historicismo que exhala la obra del ilustre eclesiástico inauguró una tradición que pronto fue quebrantada más en el terreno de lo político que en el historiográfico propiamente dicho. Y es que, en efecto, en la moderada y conservadora España decimonónica tornaron los vientos, esto es, anularon el reclamo de libertades manteniendo sin embargo el historicismo⁷⁰. Expresado de otra manera: haciendo historia, el constitucionalismo inglés encontró derechos individuales e imaginó sus garantías; haciendo lo mismo, el historicismo español encontró no sólo esencias patrias, sino también fueros periféricos convertidos en argumentos contra la centrali-

⁷⁰ Un ejemplo en: R.P.Fr. Magin Ferrer, *Las leyes fundamentales de la Monarquía española según fueron antiguamente y según conviene que sean en la época actual*, Barcelona: Imprenta y Librería de Pablo Riera, 1845, (2 vv).

zación administrativa que presidió el siglo XIX español. Sin duda, la historia constitucional de las periferias servía, entre otras cosas, para reclamar lo que no se tenía⁷¹, pero aunque muchos convinieran en la inexistencia de libertades, no quedaba nada claro ni cuál debía ser el sujeto de las mismas, ni cuál era la técnica más adecuada para evidenciarlas⁷².

No es éste el lugar apropiado para dar cuenta de todo ello; con las anteriores pinceladas sólo he querido recordar que la fundamentación esencialmente historicista de nuestros más remotos orígenes constitucionales no sólo no cuajó por fracasar el experimento doceañista, sino porque se desvirtuó mutándose en una suerte de historia institucional de baja calidad técnica y endebles argumentos ideológicos. En definitiva, por mucho que algunos se empeñen en lo contrario no hay una tradición historiográfica en España que sirva a un "law of the Constitution"⁷³, sino otros fenómenos que dieron lugar a convenciones de muy diverso

⁷¹ E. Lluch, "El liberalismo fuerista en el siglo XIX: Corona de Aragón y País Vasco", en E. Lluch, M. Herrero y Rodríguez de Miñón, *Derechos históricos y constitucionalismo útil*, Crítica, Bilbao 2000, pág. 58.

⁷² B. Clavero, *El Código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XXI, Madrid, 1982; del mismo autor, *Fueros vascos. Historia en tiempos de Constitución*, Ariel, Barcelona, 1985.

tipo⁷⁴. Se podría advertir que el contexto institucional no ayudaba precisamente, lo cual es absolutamente cierto: en la España decimonónica se cultivó muy deficientemente una cultura nacional y estatal, que marchaba al compás de la formación de un Estado tan débil en sus instrumentos reales como centralizado, jerarquizado e intolerante en su imagen, cuyas diferentes y contradictorias formulaciones convergerían finalmente en el tan agobiante "problema español"⁷⁵. Mas a pesar de la pérdida del Imperio, de la crisis económica, de los conflictos bélicos, de los movimientos populares, de los estallidos políticos, de los estados de excepción y, en fin, de los vaivenes constitucionales, el Ochocientos español se fue dando una serie de Constituciones sin solución de continuidad. Testigo de una doble dictadura será el siglo veinte en exclusiva, siendo así que será a lo largo de la segunda, la franquista, cuando aparecerán las primeras historias del constitucionalismo es-

⁷³ A.V. Dicey, *Introduction to the study of de Law of the Constitution*, MacMillan and Co., St. Martin Street, London (ninth ed.), 1945.

⁷⁴ J.M^a Portillo, *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, Nerea, Donostia-San Sebastián, 2006.

⁷⁵ B. de Riquer, *Escolta, Espanya: la cuestión catalana en la época liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2001; J. M^a Fradera, *Cultura nacional en una sociedad dividida. Cataluña 1838-1868*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

pañol⁷⁶, las cuales, sorprendentemente, siguen siendo entendidas como referentes imprescindibles hasta el día de hoy⁷⁷.

Ahora bien, ¿cuándo y cómo se comenzó a escribir la historia del constitucionalismo bajo el régimen franquista?

En un conocido artículo publicado en 1974, J.M^a Jover denunció el rechazo que a los historiadores del franquismo les producía hacer su trabajo tomando el siglo XIX como objeto de estudio⁷⁸. Frente al esfuerzo reconquistador y a las glorias imperiales, tan católicos y españoles, el XIX se revelaba como un siglo espantoso: americanos insurgentes, liberales de todo tipo, separatistas catalanes y vascos, muchedumbres irritadas contra la Iglesia,

⁷⁶ M. Fernández Almagro, *Orígenes del régimen constitucional en España*, Barcelona, Labor, 1928; D. Sevilla Andrés, *Esquema de historia constitucional de España (1808-1948)*, Valencia, 1948; L. Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*, Instituto de Estudios Políticos, 1955, Madrid, 1955; J. Tomás Villarroya, *Breve historia del constitucionalismo español*, 12^a ed. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁷⁷ B. Clavero, "Epílogo", en C. Garriga, M. Lorente, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, cit., págs. 447-526.

⁷⁸ J.M. Jover, "El siglo XIX en la historiografía española contemporánea", en J. Jover Zamora, *El siglo XIX en España: doce estudios*, Planeta, Barcelona, 1974, págs. 9-152.

obreros enfadados con sus patrones y, en fin, republicanos irreductibles, poblaban un territorio demasiado movedizo para el historiador comprometido con el franquismo. Su recuerdo no interesaba precisamente, por lo que la tarea del historiador se identificó con hacer historia de la nación española así como de su derecho y de sus instituciones, dejando a un lado el "extranjerizante" –por afrancesado– siglo XIX y su consecuente problemática constitucional. No insistiré en la caricatura puesto que ya contamos con una voluminosa bibliografía sobre las estrategias discursivas utilizadas para realizar lo que viene identificándose universalmente bajo las expresiones "construcción de la nación" o "invención de la tradición" en orden a la calificación de las diferentes "comunidades imaginadas"⁷⁹. Sin embargo, Jover también constató que un paulatino incremento del interés por el siglo XIX estaba produciendo una espléndida floración de libros, artículos, e investigaciones de todo tipo. Mas constatar retrospectivamente la existencia de una sustancial mejora tanto en cantidad como en calidad de los estudios históricos si algo pone de relieve por contraste es que la historia constitucional se había convertido en uno de los parientes más pobres

⁷⁹ B. Anderson, *Comunidades imaginadas: Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, FCE, México, 1993.

de la historia contemporánea: ésta, y no otra, es la sensación que invade a quien relee el muy voluntarista censo de publicaciones levantado por F. Tomás y Valiente en 1977⁸⁰.

Una vez superada la transición, nuestro autor afirmó que la existencia de una nueva base constitucional transformaba –o debía transformar– la percepción de la historia más reciente⁸¹; sin embargo, la coincidencia del terreno historiográfico con el del propio debate constituyente determinó que el primero quedara marcado por las necesidades y urgencias del segundo, haciéndose historia de lo que por entonces fundamentalmente se reclamaba, esto es, de la hasta entonces inexistente participación política⁸². En otro orden de cosas, muy ligado al anterior, debe recordarse que por aquel entonces por constitucional se pudo entender política también en otros campos, identificación del todo acorde con lo que tampoco existía en vísperas constitucionales, a saber, una mínima reflexión dogmática sobre el derecho constitucional. La inexistencia en tiempos franquistas de una constitución normativa, pues así no pudieron calificarse

⁸⁰ "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", cit.

⁸¹ "La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español", (*Obras*, págs. 2001-2021)

⁸² J. García Fernández, *Bibliografía española de derecho político (1939-1981)*, CEC, Madrid, 1982.

las famosas "Leyes fundamentales" del régimen, obligó a los cultivadores de una inexistente disciplina a dedicarse a un tan proteico como difuminado "derecho político" en el que la historia cabía⁸³.

En resumidas cuentas, la transición española dejó una herencia historiográfica de difícil cancelación. Además de asumir una tradición en la que lo "político" se identificaba plenamente con lo "constitucional", cumplir—historiográficamente hablando—con las prioridades del momento actuó en un sentido tan necesario en su día como insuficiente se demostraría en un futuro. Debo subrayar que lejos de mi intención está minimizar el valor de cientos de estudios que en clave de historia política nos han enseñado "qué es lo que pasó" en los diferentes reinados, elecciones, Parlamentos, instituciones municipales o provinciales, partidos, sindicatos, movimientos populares o, en fin, en el difícil de aprehender mundo de la "opinión pública", sino simplemente señalar que toda historiografía tiene una historia, y que la española se ha desarrollado en un marco que imposibilitó, o cuando menos, dificultó y sigue dificultado lo que algunos han definido como necesaria

⁸³ F. Rubio Llorente, "Nota preliminar a la edición española" de la obra de F. Stein, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, págs. XI y ss.

"autonomía de la historia constitucional"⁸⁴. Es más: el cierre en falso de cuestiones tales como la consolidación de la nación española, la estructura territorial del Estado, la constitucionalización de instituciones preexistentes, el debate sobre las garantías individuales y su relación con el jurado o con la propia independencia del judicial o, en fin, la inconsecuente posición de la Iglesia Católica en el marco supuestamente laico del Estado español, se vienen revelando como verdaderos problemas constitucionales.

Dado en contexto, no resulta casual que Tomás y Valiente constatará la existencia de enormes vacíos historiográficos si no derivados, sí conectados en todo caso, con la actual problemática constitucional: "Cuando sepamos más acerca de las cuestiones aquí apenas enunciadas mucho más que ahora, habrá quedado más clara esa 'historia de todos conocida' a la que aludía Miguel Artola (...) Nación, representación política, derechos y garantías, valor racional-normativo (o su negación) de las Constituciones, poder judicial, potestad reglamentaria, jurisdicción contencioso-administrativa y Consejo de Estado, son, en cuanto objetivos propuestos y aceptados,

⁸⁴ M. Troper, "L'autonomie de l'histoire constitutionnelle", en *Giornale di Storia Costituzionale*, 19 (I semestre 1010), págs. 33-43.

materia suficiente para un equipo o grupo de investigadores. Quizás, si todo sale bien, dentro de unos años, en otro homenaje a Miguel Artola, demos cuenta de unos resultados que hoy son propósitos"⁸⁵.

Y es que, en efecto, no estaba del todo claro si en la España dotada ya de Constitución disponíamos o no de una historia constitucional que mereciera portar tal nombre⁸⁶, aunque, claro está, la respuesta a la anterior interrogante depende por completo de lo que se entienda por historia constitucional. Según nuestro autor, "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"⁸⁷. Tomás y Valiente defendió que si bien la historia constitucional tiene por objeto el estudio de las relaciones de poder en la sociedad del antiguo régimen contempladas en sus principios estables y su entramado institucional jurídicamente considerado, la

⁸⁵ "Lo que no sabemos acerca del Estado liberal", cit. (*Obras*, pág. 4363).

⁸⁶ J.M^a Portillo, "¿Existe una historia constitucional de España? Reflexiones sobre un primer manual de esta especie", en *Revista de las Cortes Generales*, 24 (tercer cuatrimestre 1991), págs. 295-341.

⁸⁷ "Dos libros para una misma historia", en *AHDE*, 63-64 (1993-1994). (*Obras*, pág. 4297).

historia del constitucionalismo debía dar cuenta de "sus Constituciones concebidas como Códigos con parte o elementos orgánicos y parte declarativa de derechos"⁸⁸. Afirmando esto, Tomás y Valiente se sumaba a todos aquellos que diferencian tajantemente la constitución material de la constitución formal a la hora de hacer historia⁸⁹, o, dicho de otra manera, a quienes valoran el poder constituyente como elemento imprescindible para obrar la separación entre el antiguo y el moderno constitucionalismo⁹⁰.

Arrancando de este punto de partida, Tomás y Valiente diseñó un plan de investigación que tenía por objeto hacer una historia del constitucionalismo. Hacia 1993, Tomás y Valiente redactó un prólogo para un libro todavía inexistente que pretendía ser "algo

⁸⁸ Ibid. pág. 4299.

⁸⁹ Como es bien sabido, la lengua castellana no traduce bien los términos *Verfassung* y *Konstitution*. Esta distinción estructura la famosa obra de E.W. Böckernförde, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo XIX. Problemática e modelli dell'epoca*, Giuffrè, Milán, 1970. Sobre los posteriores intentos de integración, resumida y recientemente, vid. P. Schiera, "Per la storia costituzionale" en *Giornale di Storia Costituzionale*, 19 (I semestre 2010), págs. 17-27.

⁹⁰ P. Colombo, "On the road again: osservazioni propositive intorno alla storia costituzionale", en *Giornale di Storia Costituzionale*, 19 (I semestre 1010), págs. 57-63.

más que el comentario a los sucesivos textos constitucionales porque intenta explicar la formación del Estado como Estado de Derecho". Según nuestro autor, la escritura de esa historia requería de la realización de un recorrido cronológico entre 1808 y 1978 en el "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 con 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 normativo"⁹¹. Este plan se desarrollaba en dos nuevas direcciones: en primer lugar, la (re)visitación de fuentes, así como el descubrimiento de otras no manejadas todavía, y, en segundo, la formalización de un cambio de perspectiva, que puede describirse sintéticamente así: Tomás y Valiente abandonó, en parte, una percepción de la historia constitucional "a la francesa", para volverse anglosajón, aun cuando fuera sólo un poco. Conviene subrayar que fue el propio Tomás y

⁹¹ La información y las referencias en B. Clavero, "Prólogo a una obra incompleta", en F. Tomás y Valiente, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 17.

Valiente quien lo advirtió, identificado al mismo tiempo las causas que lo habían originado: "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 preocupación bien distintas a como hasta entonces había estudiado las Constituciones españolas anteriores. Al regresar a la Universidad y a la enseñanza ha aprendido a proyectar sobre su trabajo docente aprendizajes teóricos y experiencias vividas durante esa etapa determinada. Este libro es el resultado, bueno, malo o mediocre de todo ello. Sólo sé que al escribirlo he disfrutado y descansado"⁹².

Todo lo afirmado hasta aquí podrá o no ser compartido, pero, en todo caso, tiene una apoyatura documental que lo avala. Sin embargo, después de este recorrido por la historiografía del constitucionalismo que ha terminado recalando en la descripción del proyecto de Tomás y Valiente, la pregunta que me ha ocupado hasta ahora se mantiene pero en este caso no puedo ofrecer seguridad.

⁹² Ibid. pág. 27.

des sino, bien por el contrario, esas sensaciones a las que me he referido en el comienzo de este escrito. Y es que la interrogante ¿para qué sirve hacer historia del constitucionalismo después de 1978? no fue respondida específicamente por Tomás y Valiente, por lo que creo que mantuvo aquella pretensión ilustrada que veía en el estudio del pasado la organización del futuro. No obstante, tengo para mí que, ya más en concreto, D. Francisco pensó que hacer historia del constitucionalismo debía servir para levantar un listado de aquellas cosas que o no se habían hecho, o se habían hecho mal, tanto en la transición como en los años que la siguieron. El objetivo, por lo demás, estaba claro: la denuncia de los riesgos y amenazas que se comenzaban a ceñirse sobre el recién estrenado Estado de derecho español.

Y es que no debemos olvidar que Tomás y Valiente no sólo fue un historiador del Estado, sino además uno de sus más ardientes defensores: "Quien ha escrito los párrafos que componen este libro cree en el Estado y no se avergüenza de hacer pública no su fe, puesto que no se trata de convicciones asumidas más allá de la razón, sino su creencia en el sentido orteguiano"⁹³. Pero, eso sí, no de

⁹³ Del prólogo a su libro *A orillas del Estado*, Taurus, 1996. (*Obras*, pág. 2335).

cualquier Estado pasado, presente o futuro, que Tomás y Valiente concibió como instrumento artificial creado por los hombres para apaciguar sus miedos y sus luchas, sino del entendido como instrumento necesario en orden a hacer efectivos los valores sustantivos del individuo y sus derechos, así como para distribuir bienes y servicios con los que compensar o disminuir las desigualdades reales⁹⁴: "El Estado puede estar sometido al Derecho o no, porque no todo Estado es, ni ha sido, un Estado de Derecho"⁹⁵, un Estado que identificó con el construido por y desde la Constitución de 1978: "Aunque no nos lo creamos, aunque algunos lo olviden y otros traten de minimizar su importancia y su precio de coste, aquí y ahora tenemos un Estado constitucional y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978. Así es, aunque aquí y ahora algunos actúen como si así no fuera"⁹⁶.

Tomás y Valiente también tuvo miedo del futuro. A lo largo de sus últimos años de vida constató que se estaba produciendo un fuerte

⁹⁴ "Encrucijadas del Estado de nuestro tiempo", *inédito*. (*Obras*, pág. 5489).

⁹⁵ "Tríptico con prólogo y epílogo", *cit.* (*Obras*, pág. 4760).

⁹⁶ Discurso ante el Consejo de Estado pronunciado en el acto de toma de posesión como Consejero electivo (31 de enero de 1995). (*Obras*, pág. 4778).

debilitamiento de ese Estado de Derecho que tan dificultosamente comenzó a echar raíces en suelo peninsular una vez que la primera norma de 1978 entrara en vigor. Es fundamentalmente en su obra periodística, recogida en parte en el libro *A orillas del Estado*, en la que una y otra vez advirtió sobre los riesgos que conllevaba tal debilitamiento, puesto que tal y como recordó en el último de sus artículos, en ausencia del Estado, "no tenemos recambio alguno".

FRANCISCO TOMÁS Y
VALIENTE
MEMORIA DE UN TEXTO VIVO
Francisco J. LAPORTA

"Ya mayor, conservando los sentidos y rodeados de los seres queridos. Esa es la única muerte que aceptamos con tranquilidad y con el consuelo de la memoria. Casi todas las otras muertes son odiosas y las más inaceptables y absurdas son la muerte de un niño o de una persona joven, o la muerte causada por la violencia asesina de otro ser humano. Ante estas hay una rebelión de la conciencia, y un dolor y una rabia que, al menos en mi caso, no se mitiga".

Hector Abad Faciolince, *El olvido que seremos*

Han pasado ya más de quince años desde entonces, pero al contrario de lo que sucede con tantas otras cosas, con aquel hecho terrible no se tiene la sensación de que el tiempo vaya muy deprisa. Más bien sigue ahí, como detrás de nuestras mentes, quieto, como si los años se hubieran detenido en algún momento y se resistieran a echarlo al olvido, como un hecho que desde entonces estaría pasando todos los días, siempre igual, ineluctable. "En ese momento supo que aquello era algo

que estaría sucediendo siempre", piensa una mujer en un cuento oscuro de Borges al conocer que su padre había sido asesinado. Aquel acto vil que causó la muerte de Francisco Tomás y Valiente es, en efecto, algo que estará sucediendo ya siempre, y algo además que sólo por ello hará ya irredimible cualquier causa ética, política o social que pretenda invocarse para justificarlo. Ni entonces, naturalmente, ni hoy, ni cualquier mañana posible, cualesquiera que sean las circunstancias que lo rodeen, por nuevas que se pretendan. Quizás por esa percepción del hecho mismo como algo latente, y esa abyección moral originaria que siempre llevará consigo, todas las iniciativas que se propongan para reflexionar sobre él, como esta de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, no deben verse sólo como algo pertinente, sino como algo coherente, apropiado, incluso moralmente necesario, diría incluso que algo natural, una de esas cosas que tendríamos que hacer periódicamente, y no solamente por recordar al amigo, al compañero, al historiador, al jurista, al ciudadano cabal que perdimos, sino también por ver de limpiar algunas de nuestras malas heridas, corregir rumbos inciertos, subsanar errores y recordarnos a nosotros mismos lo que somos, lo que debemos ser, y sobre todo, lo que no debemos dejar de ser. También para poner de manifiesto una y otra vez, incesantemente, la indignidad radical de

esas causas que de un modo u otro justifican, o no repudian (que viene a ser lo mismo), actos de esa naturaleza con el pretexto inverosímil de que son consecuencia de, o respuesta a, presuntos problemas "políticos". Es de agradecer por ello que los organizadores lo hayan propiciado y nos hayan convocado para ello. Yo en particular me siento profundamente honrado y espero estar a la altura de lo que la ocasión demanda de nosotros.

Estos días, una vez más, he estado deambulando, por así decirlo, por algunos de los tomos de sus Obras Completas. Es algo que por variadas razones, razones académicas unas veces, de curiosidad histórica otras, hago con cierta frecuencia. Lo he vuelto a hacer ahora, sin embargo, para buscar palabras que me sirvieran hoy para evocar su figura y volver sobre el significado más profundo de todo aquello, que, como digo, es algo que se me antoja más y más oportuno cada día que pasa y que, pese a ello y por unos u otros motivos, no he hecho nunca en un acto público como este. En mis clases de la universidad sí. Todos los años. En una de las lecciones más propias de mi especialidad, la Teoría del Derecho, la lección que trata de introducir a los estudiantes en una noción tan dudosa y controvertida como es la de "fuentes del derecho", y en particular en la noción actual de Constitución pensada precisamente

como fuente del derecho, invito a mis estudiantes a la lectura de un texto suyo muy completo, y muy accesible, sobre el concepto mismo de Constitución, un texto que apareció por primera vez en 1996 en el volumen dedicado a la Teoría del Estado de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, de la mano de mis colegas Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, también amigos entrañables de Paco¹. Y siempre aprovecho su lectura y discusión para hacer una breve semblanza de su persona. De esa forma, los estudiantes nuevos, que muchas veces no están bien informados del suelo que pisan ni del espíritu que habita en los pasillos por los que andan, aprenden al mismo tiempo lo que es una Constitución y la carga histórica y simbólica que va teniendo ya la casa en la que estudian, la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Algo parecido quisiera hacer hoy, pero no mediante un texto impreso, sino mediante un hecho que voy a interpretar como un texto vivo que traigo ante ustedes. En las contiendas decimonónicas contra el liberalismo, el

¹ Reeditado después también en Francisco Tomás y Valiente, *Constitución: escritos de introducción histórica*. Marcial Pons. Madrid. 1996, con un intenso prólogo de Bartolomé Clavero, y, naturalmente, en las *Obras Completas*.

integrismo católico español no quería prohibir sólo la existencia de libros de texto de contenido heterodoxo, azuzaba también con frecuencia a los poderes educativos para que excluyeran de las cátedras a las personas mismas que enseñaban esos programas, a las que señalaba como "textos vivos". Déjenme que recupere hoy esa idea. Al fin y al cabo, los fanáticos se parecen mucho entre sí. Y para ciertos fanatismos de hoy, la vida misma de Francisco Tomás y Valiente no pudo ser sino un "texto vivo", alguien que quizás acabó por ser pensado como potencial objetivo del terror simplemente porque su figura y su vida eran una argumento demasiado contundente contra su fanatismo. Porque, en efecto, también eso fue Francisco Tomás y Valiente: una de esas personalidades no sólo académicas, ni del foro judicial sólo, sino también y sobre todo morales, una personalidad cuya peripecia vital misma –y no sólo sus escritos– se puede perfectamente percibir como un mensaje rotundo de integridad moral, amor a la libertad, práctica de la tolerancia y respeto por el derecho.

Para ilustrarlo quiero traerles hoy aquí un recuerdo personal que tiene, como verán, no sólo un cierto aspecto de retrato y evocación de un hombre ejemplar, sino también un cierto sabor de lección moral y una cierta gramática profunda. Fue, exactamente, el día

30 de abril de 1992, ya está haciendo de ello veinte años, en el Ateneo Mercantil de Valencia. La ocasión: el asesinato de Manuel Broseta, paisano, colega y amigo suyo, a las puertas de la Facultad de Derecho de aquella Universidad, un día de enero de hace ya, en efecto, veinte años. Habíamos sido invitados los dos a un acto en su memoria con el ruego de que habláramos nada menos que de los límites de la Constitución en la lucha contra el terrorismo. No tuvimos antes de esa hora oportunidad de vernos ni de cambiar opiniones sobre el contenido de lo que íbamos a pensar allí en voz alta. Incluso creo recordar que llegamos, por así decirlo, cada uno por su lado. Siempre que iba a Valencia –me dijo después– hurtaba unas horas a su agenda para pasarlas con su hijo Miguel. Cuando nos sentamos en la tribuna, presidida por don Emilio Attard, se podía detectar en el ambiente de la sala una gran densidad emocional. A ello contribuía no poco que en la primera fila estuvieran sentados los hijos del propio profesor Broseta. Yo no los conocía; Paco, en cambio, había tenido con ellos relaciones personales.

Había un sector de la audiencia, ocioso es decirlo, que, con irritación contenida, alimentaba la esperanza de que esos límites constitucionales de los que habíamos de hablar se hicieran en nuestras intervenciones

flexibles, extensos y hasta laxos. Es esta una tentación tan humana, tan fácil de entender y compartir emocionalmente, que quizás nadie puede decir que no la haya sentido nunca. Pensando precisamente en esa debilidad natural, en mi intervención puse el acento en todo lo contrario. Es decir, hice lo que, con desigual fortuna, vengo haciendo desde hace ya muchos años: recordar que el imperio de la ley no es un prurito de leguleyos, sino una exigencia ética irrenunciable, y más cuando se trata del uso institucional de la fuerza. En el tema de los límites de la Constitución en la lucha contra el terrorismo –les dije– la primera apelación que debemos hacer al texto constitucional, es la que consiste en recordarnos incesantemente esa norma del Título Preliminar, el Artículo 9, que establece con toda contundencia que todos, ciudadanos y poderes públicos, estamos sometidos a la Constitución y al ordenamiento, estamos sometidos al derecho. Vine incluso a afirmar que ese era un postulado previo y originario, anterior a cualquier otro que pudiera invocarse sobre la cuestión dolorosa que nos reunía allí y perfectamente suficiente para definirla. Porque lo que identifica con más profundidad un régimen constitucional –insistí– lo que constituye la médula misma del Estado Constitucional de Derecho, es que en él el poder está reglado por el Derecho, el poder está sometido a normas jurídicas, la fuerza está sometida al

derecho. Y, claro, cuando un Estado de Derecho se veía en la tesitura de defenderse de una agresión, por bárbara y sistemática que fuera, este postulado seguía también en vigor: cuando el Estado de Derecho responde a una agresión, ha de funcionar exactamente igual. En él, el uso de la fuerza está constitucionalizado, está estrictamente sometido a normas jurídicas previas y públicas, promulgadas y conocidas, prefigurado a través de conductas tipificadas y previstas en las leyes como delitos, y limitado en su aplicación por garantías que protegen a sus destinatarios.

Con esa invocación del postulado de que la fuerza ha de estar sometida a la ley, con la apelación al principio jurídico de que nadie puede ser condenado sin un juicio imparcial, y con el recuerdo de la exigencia básica de no castigar al inocente, cosas todas ellas en las que puse deliberadamente mucho énfasis, me propuse simplemente mostrar que en el Estado Constitucional de Derecho estamos justamente en las antípodas del proceder terrorista. Porque en el acto de violencia terrorista se prescinde precisamente de todos esos principios, exigencias y postulados. En el oscuro proceder del terrorismo, la violencia es impredecible, está desprovista de justificación alguna y se lleva con frecuencia por delante a una víctima indiscriminada que siempre, por

definición, es inocente, ya que no ha sido juzgada. En la pesadilla del terror no se puede saber por qué se ejerce la violencia, ni cómo se ejerce la violencia, ni cuándo se ejerce la violencia, ni contra quién se ejerce. En consecuencia, se actúa sin ley, se condena sin juicio, se sacrifica al inocente. Y para esto, obviamente, no puede ofrecerse justificación alguna.

Una de las cosas que mejor nos definen frente a esa condición incivil es, pues, el imperio de la ley en el Estado Constitucional. Y por eso trataba de persuadir a la audiencia de que no se permitieran ceder ni un milímetro en este postulado básico de nuestra vida social. Cualquiera que se sintiera tentado por una complacencia ilegal o paralegal, por muy humana y comprensible que pudiera ser para quien ha sido golpeado tan duramente, o por muy "eficiente" que pudiera a primera vista parecer como modo de reacción o política de combate contra el terrorismo, debía recordarse a sí mismo esto: cuando nos salimos de la ley y del derecho perdemos una de las diferencias fundamentales que nos separan de ellos. Si abandonamos o cedemos en ese postulado básico sólo habremos conseguido parecernos un poco más a ellos, o distinguirnos peor. Puse todo el énfasis de que fui capaz en ello no porque pensara que nadie en la familia Broseta alimentara semejantes ideas. Por el contrario,

su comportamiento y su postura entonces, y por lo que yo sé en todos los años siguientes, fue siempre ejemplar. Lo hice sobre todo porque aquel sector de la audiencia que antes mencionaba respiraba por esa herida, y porque entonces –como recordarán– no faltaban tampoco en el país y en tantas de sus insólitas e imprudentes tertulias o en sus periódicos más indecentes, muchas voces insensatas en favor de medidas más o menos disimuladamente ilegales, o ciertos deseos de cerrar los ojos o de hacer oídos sordos ante actitudes agresivas y acciones discutibles, guiados todos ellos por un sedicente afán de justicia que resultaba ser a la postre tan apresurado como contraproducente y ciego.

Cerré mi intervención con una afirmación externamente vigorosa, aunque debo confesarles que en mi fuero interno temía que fuera malinterpretada. Dije literalmente, y así lo conservo en mis notas: "Sé que esto puede indignar o revolver a algunos, pero creo que nuestro deber es decirlo con toda contundencia: los derechos y las garantías de los terroristas son, como los de todos los demás, inviolables, y ceder a la complacencia de ignorarlos, no hace sino privarnos de nuestra fuerza moral y darles argumentos que no deben tener".

Después tomó la palabra Paco. Aunque, como he dicho, no dispuse entonces ni dispongo ahora de copia de su intervención, y no he conseguido encontrarla como tal en las Obras Completas, creo poder recordar su esqueleto fundamental con toda nitidez. Empezó por decir que él no entendía de perdones, comprensiones y olvidos. El perdón parecía vivir en un mundo religioso que no era el suyo; era más propio de creencias de una naturaleza que a él se le escapaba totalmente. No las tenía. Lo único que sabía y sentía es que había muerto su amigo y desde luego carecía de esa misteriosa capacidad de hacer desaparecer la indecencia en que, según pretenden algunos, consiste el perdón. Y menos aún cuando nadie lo había solicitado, sino más bien al contrario. Y por lo que respecta al olvido, no se había entregado a él, ni se proponía intentarlo siquiera, porque eso le parecía hasta moralmente dudoso ante un amigo y su familia. El asesinato de Manuel Broseta, pues, estaba ahí, y ahí estaría siempre; y los hombres y mujeres de derecho no tenían contra él más respuesta que la de la justicia. Ni que decir tiene que en seguida se detectó que una parte de la audiencia empezó a concebir oscuras esperanzas. La idea de cancelar el perdón, huir del olvido y demandar justicia a palo seco parecía coincidir con algunas de sus aspiraciones emocionales. Pero, claro, justicia no es lo que algunos creían o creen todavía, o lo

que imaginan o desean. Paco procedió inmediatamente a disipar esas esperanzas: la respuesta justa era el código penal, el juez y la cárcel. Y el procedimiento justo, la estricta legalidad. Entonces hizo un gesto de alta intensidad simbólica. Sacó de su cartera de cuero su muy manoseado ejemplar de la Constitución y lo puso lentamente sobre la mesa. Cuando empezó a hablar de los límites constitucionales en sentido estricto el desencanto de muchos se hizo evidente. Recuerdo perfectamente su coletilla en cada pausa: "Yo comprendo que esto no gustará a algunos, pero...". Y yendo de acá para allá por los señalizadores de su gastado ejemplar de la Constitución enumeró con toda claridad los puntos que edificaban toda la arquitectura garantista e ilustrada que la Constitución encierra: El principio de legalidad penal, la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, el "habeas corpus" y, en general, las garantías jurídicas y morales de los detenidos y presos.

Alguien poco avisado, desconocedor de muchas cosas, podría haber pensado (sin duda algunos lo pensaron allí) que no era precisamente ese el momento para ponerse legalista, constitucionalista; que el Francisco Tomás y Valiente de la aplicación estricta de la Constitución no era el que había sido convocado allí. Pero, como digo, eso sólo lo pudo haber pensado un desinformado. Porque, en reali-

dad, lo que él estaba haciendo allí no era, en sentido estricto, comportarse como el Presidente del Tribunal Constitucional, o no era sólo eso lo que allí estaba haciendo. No, ante nosotros no estaba el comportamiento "prudente" y "distanciado" de un cargo público. En realidad, era algo mucho más profundo: lo que estaba haciendo Francisco Tomás y Valiente allí, y no cabía esperar otra cosa de él, era ser fiel a sí mismo, ser fiel a muchos años de investigación y archivo, años de pensamiento, de combate intelectual, de vida como profesor y como ciudadano, unos años y una vida que habían desembocado en una visión muy definida de la Constitución, y por una de esas casualidades e imprevistos que nadie puede anticipar, en una visión de la Constitución que, más allá de su componente académico o teórico, hubo de tener un vehículo privilegiado en su papel como magistrado, primero, y más tarde como presidente del Tribunal Constitucional.

Eso es lo que me invita a afirmar que su intervención en aquella ocasión aciaga, no era, o no era sólo, la de un juez probo y meticuloso o la de una autoridad constitucional máxima; pienso que era, por encima de todo eso, la de una vida vivida de acuerdo con unas convicciones, la de un texto vivo. Porque una gran parte de su peripecia como ser humano, como profesor, como hombre de

leyes, no había sido sino un camino hacia esa manera de ver la justicia penal que ahora, del modo más natural, se reflejó allí en aquel acto para lección de todos. Me atrevería a decir que su actitud hubiera sido la misma de no ser él magistrado, e incluso de no existir siquiera el texto constitucional por el que tan ágilmente se movía.

Porque, en efecto, sólo hace falta tener una somera información sobre su vida y su obra para saber que todos aquellos atajos que algunos pedían o practicaban entonces no cabían en su manera de concebir el espacio político ni el orden jurídico. Ni siquiera por talante personal. Pocos meses después de aquel acto, en una conferencia dada en la Universidad Carlos III, introducía una bella y contundente afirmación que da idea de ese talante:

"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.

Todo nacionalismo esencialista es funesto. Las esencias son terribles porque ni es fácil saber racionalmente en qué consisten, pues no son objetos de experiencia sino de creencia, ni para quienes en ellas creen admi-

ten cambios ni excepciones, antes bien, exigen fidelidades en cuyo nombre es válida la coacción, la violencia, la guerra. Las esencias son puras y absolutas. Las naciones concebidas de ese modo se convierten en divinidades en cuyos altares vale el sacrificio de quienes no las adoran, en ídolos que no toleran la tolerancia"².

Esta clara reflexión, seguro que fruto de la larga y dolorosa experiencia que todos vivíamos entonces pero también de la vivencia personal de la muerte injusta del amigo, expresa por sí misma una manera de abordar la cuestión que tanto debatíamos entonces y seguimos, inexplicablemente, debatiendo todavía, que se sitúa con toda precisión en las antípodas del nacionalismo excluyente y fanático que acabó con su vida. Es una visión racional e ilustrada de los procesos de construcción e identificación de las comunidades políticas, inatacable desde los presupuestos de la ciencia histórica, que hacía de su personalidad como historiador un enemigo natural de la intransigencia, un ciudadano abierto, reflexivo y tolerante: es decir, la quintaesencia viva de todo aquello cuya mera existencia proyecta una amenaza latente contra el fanático. Francisco Tomás y Valiente fue siempre

² Francisco Tomás y Valiente, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993, pág. 194-5.

así, un ser humano perfectamente antagónico respecto del espeso dogmatismo del que se alimenta siempre la violencia terrorista. Y eso es lo que allí vino a demostrar una vez más.

Esto, por cierto, no es una afirmación arbitraria en memoria del amigo. No es difícil rastrearlo en su obra escrita, incluyendo la escrita antes de la Constitución y del Tribunal Constitucional. Aunque no pretendo aquí, como es obvio, hacer un ejercicio de comprensión e interpretación de esa obra (eso ya está hecho, con envidiable conocimiento y acierto, por Bartolomé Clavero y por Marta Lorente³), hay un dato en ella que quizás no se ha subrayado demasiado y que conviene recordar porque se me antoja importante para medir uno de los parámetros fundamentales de su pensamiento sobre estas materias. Me refiero a su posición respecto de la presencia de ciertos entes colectivos en la Constitución. Se trata, en particular, de la recepción que tuvo en su mente, antes de ser ni siquiera nombrado candidato a magistrado del Tribunal, la aparición de la disposición adicional

³ Bartolomé Clavero, *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*. Biblioteca "per la storia del pensiero giuridico moderno". Giuffrè Editore. Milano. 1996. Marta Lorente, "Anotaciones a una autobiografía", en Francisco Tomás y Valiente, *Génesis de la Constitución de 1812*. Urgoiti Editores. Pamplona. 2011.

primera de la Constitución, como una especie de concesión política (que acabó siendo un fiasco) para que la minoría vasca entrara en el consenso constitucional: los famosos "derechos históricos de los territorios forales". En una enjundiosa investigación histórica sobre tal expresión⁴, el excelente jurista (además de historiador o, quizás mejor, por historiador) que era Tomás y Valiente, se dio cuenta inmediatamente de que la adicional primera de la Constitución podía ser interpretada de dos maneras: 'derechos históricos' como conjunto de normas jurídicas que conforman o conformaban un "régimen" u ordenamiento de derecho objetivo, el régimen foral; y 'derechos históricos' como un haz de derechos subjetivos. Optar por esto último llevaba consigo, implicaba, la afirmación de la existencia de algún *sujeto* que fuera el titular de tales derechos. Y, claro, un sujeto titular de tales derechos habría de ser, sin duda alguna, un sujeto político preconstitucional. Y aquí el intérprete de la Constitución *avant la letre* que ya era Paco fue contundente:

⁴ Apareció primero, en la revista SISTEMA, 31, 1979, después, con mínimas modificaciones, en su Manual de Historia del Derecho Español, y posteriormente, ampliada, en sus Obras Completas. Esta última versión fue mantenida sin publicar entonces por no perjudicar, supongo, su función de magistrado constitucional.

"Dentro de un Estado constitucional cuya norma suprema entroniza el principio de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, no puede aceptarse el recurso a una fuente del Derecho distinta de la soberanía nacional. No pueden admitirse unos "derechos históricos" subjetivos y colectivos como expresión de una legitimidad histórica válida tan sólo para los habitantes de una parte del territorio nacional..."⁵

La posición respecto a la presunta esencia histórica de las naciones y la clara reticencia ante la titularidad de derechos subjetivos por parte de entidades colectivas, hubieron de determinar en su mente un punto de partida decisivo para dibujar su posición respecto de algo que enseguida comentaré. Tal y como apresuradamente la reconstruyo aquí la posición a que me refiero sería la siguiente: No cabe hablar de la existencia de sujetos colectivos políticos titulares de derechos subjetivos previos al derecho positivo constitucional. Ni tales sujetos existen en sentido real, es decir, carecen de esa 'esencia' que se predica de ellos, ni los pretendidos derechos subjetivos suprapositivos residenciados en la historia o en la tradición tienen validez alguna. Pero una posición así, como es obvio, es

⁵ Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la historia del Derecho", *Obras Completas*, tomo IV, pág. 3517.

crucial para calibrar exactamente lo que podía significar Francisco Tomás y Valiente en un contexto densamente poblado de nacionalismo identitario. Pocos años después, en 1994, fuera ya del Tribunal Constitucional, pudo escribirlo con más libertad. Al comentar lo increíbles –incluso grotescas– que nos pueden parecer hoy las enseñanzas del nacional-catolicismo de la posguerra –es decir, del arquetípico nacionalismo español–, inserta estos dos reveladores párrafos:

"¿No será que todo nacionalismo, al inventar la historia del sujeto colectivo que exalta y mitifica, contiene ya elementos grotescos? ¿No será que esos contenidos, transmitidos con plena conciencia instrumental de su eficacia como mecanismos de cohesión de un "yo" colectivo y como justificación de una determinada forma de poder, devienen ridículos en cuanto la mirada o el oído que los percibe escapa a la trampa del pensamiento mítico en que todo nacionalismo se basa?"⁶

No puedo imaginar mayor descalificación del terrorismo nacionalista que la de negar de raíz el supuesto básico de su discurso moral. Sí, he dicho su discurso moral, porque a diferencia de lo que tantas veces puede oírse y leerse, los sicarios de las esencias naciona-

⁶ "Nacionalismos en broma y en serio", en *Obras Completas*, tomo III, pág. 2383.

les obedecen a un código moral que les ha sido implantado acríticamente a lo largo de su educación y en general, en su proceso de socialización. Brevemente descrito, ese código moral es, en efecto, la afirmación de una entidad colectiva superior, la patria, cuyo destino y avatares constituye un fin de índole moral al que está justificado que se plieguen las identidades, peripecias y destinos de los individuos que la habitan. De hecho, los individuos mismos carecen de una identidad moral plena si no pertenecen a esa entidad colectiva superior o la traicionan de algún modo. Y esa entidad moral es la nación, la patria, y su desenvolvimiento pleno en la historia se postula como un fundamento ético suficiente para cualquier acción o actividad que conduzca a esa realización. Eso es lo que se constituye en el "altar" ante el que está justificado el "sacrificio" de los individuos, para emplear las mismas palabras de Paco. Y esa es, naturalmente, la justificación de la muerte, el asesinato y la tortura que tan a menudo se sienten tentados a practicar.

En esa toma de posición tan precisa sobre el discurso moral del nacionalismo radical puede calibrarse, como digo, la personalidad de Francisco Tomás y Valiente. Y ¿qué tiene entonces de particular que en aquella ocasión empezara a deletrear ante el auditorio la lista de las garantías individuales en el proceso

penal? Lo repito: no nos equivoquemos. No lo hacía el "cargo", el "magistrado", el "presidente" Francisco Tomás y Valiente. Era simplemente lo que él en todo caso tenía que decir al respecto, aquello que siempre dijo, en toda ocasión, sin excepciones. Antes de ser todas esas cosas. No hay más que dar un breve paseo, por ejemplo, por *El derecho penal de la monarquía absoluta*, que es obra de su etapa de Valencia, Madrid y Salamanca, muy anterior a sus preocupaciones constitucionales, o mejor dicho, a sus preocupaciones con la Constitución de 1978. Cualquiera que lea este libro se tiene que dar cuenta inmediatamente de que no es una mera disección descriptiva de procesos penales antiguos, aunque también sea eso. Todo el derecho penal de los siglos XVI, XVII y XVIII está ahí visto, "mirado" con los cristales del garantismo penal, el ilustrado y el contemporáneo. Es un balance no de hechos jurídicos, sino de diferencias con lo que habría que venir después. La parcialidad del juez, la venalidad de sus pronunciamientos, la indefensión del reo, la desconsoladora falta de tipificación de los delitos, las desigualdades ante la maquinaria penal, los procedimientos abusivos, y sobre todo el tormento, la tortura. Por mucho que como historiador nos advirtiera siempre que no debíamos utilizar los datos históricos para mirar al presente, él no podía evitar mirarlos con sus ojos modernos. Al terminar el libro

nos dice esto: "La impresión dominante que se desprende de este libro, o al menos la que en mí queda al terminar de escribirlo, es triste y penosa. Demasiados sufrimientos, desgracias y castigos, demasiadas ofensas y venganzas. Demasiada violencia, en fin". Pero, claro, esto sólo puede ser así cuando se compara subliminalmente con el principio de legalidad, la tipificación estricta de los delitos, la imparcialidad y profesionalidad del juez, la igualdad ante la ley y las garantías procesales del acusado. Esto no puede sentirlo así más que alguien que haya cimentado su personalidad de jurista en el derecho penal de la Ilustración y sus derivadas actuales. De forma que cuando Francisco Tomás y Valiente responde a la pregunta de qué hacer con el terrorismo, sólo puede hacerlo de una manera: la ley, el juez y los artículos 24 y 25 de la Constitución. Y lo hubiera hecho igual siempre, antes y después de que tales artículos hubieran aparecido.

Y lo mismo sucede con la tortura, tantas veces practicada por los gobiernos y por los terroristas. Entre ellos, por cierto, los sicarios de ese presunto patriotismo vasco. En su libro de 1973 sobre la tortura en España se habla también, como se pudo leer posteriormente en el prólogo a la segunda edición (1994), de haber escrito los trabajos que lo componen "poniendo en práctica la que don Enrique

Tierno Galván solía denominar "neotacitismo", es decir, utilizando la "estrategia de hablar de determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino con relación a tiempos pasados". Sus estudios sobre la tortura judicial, sin dejar de ser historia, y una historia de primer nivel, también hablaban, pues, de lo que sucedía a su alrededor. Para denunciar el hoy se hablaba del mañana. Y su posición al respecto, hecha explícita en ese segundo prólogo, no pudo ser más contundente: "Juristas y filósofos suelen discutir sobre el carácter absoluto de los derechos fundamentales, que algunos admiten y otros no. Sin terciar a fondo en la polémica siempre he pensado que si alguno hay que lo sea es el derecho a no ser torturado. Nunca. Nadie. Sin excepciones casuísticas ni límites difusos: "en ningún caso""⁷.

De forma que en el Ateneo Mercantil de Valencia, se limitó a ser él mismo, el que

⁷ *Obras Completas*, tomo I, págs. 761-62. Si alguien quiere ver a Francisco Tomás y Valiente de cuerpo entero, por así decirlo, lea las tres páginas que el 3 de abril de 1995 publicó en El País "Sobre la tortura y otros males menores". Ahora en *Obras Completas*, tomo III, pág. 2370. Las comillas de la frase final, como es evidente, se refieren al tenor literal del artículo 15 de la Constitución: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, *en ningún caso*, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

había sido siempre. Y eso ratifica mi pensamiento: ante la muerte del amigo, habló sobre todo el Francisco Tomás y Valiente de toda la vida, no sólo el Presidente del Tribunal Constitucional. Lo que sucede, obvio es decirlo, es que esa su personalidad de siempre era la negación viva del terrorismo. Si negamos, como debemos, las esencias nacionales, nos oponemos a las condenas sin juicio, estamos en contra del tormento como forma cruel de cosificación de los seres humanos, y luchamos contra la pena de muerte, entonces negamos radicalmente el terrorismo y nos limitamos a poner al sicario en su lugar: se trata de un delincuente especialmente sórdido, y frente a él, código penal, juez e institución penitenciaria. Eso significó siempre la vida de Francisco Tomás y Valiente. Nada más y nada menos.

Acto seguido manifestó contundentemente –en unos términos que hoy hubieran resultado también polémicos– que los partidos o asociaciones cuyos fines no hubieran sido declarados ilícitos no podía ilegalizarse así como así. Y un poco después, en un momento particularmente intenso, afirmó que los derechos constitucionales de los etarras eran, como los de todos los demás, inviolables. Para terminar manifestó sin ambigüedad ninguna que toda idea de condena que excluyera la reeducación y la reinserción social pugnaba

con la Constitución. No necesito decir que se pronunció sin matiz de tipo alguno en contra de la pena de muerte. En esto, una vez más, su posición no era otra sino la que había enseñado año tras año en la Universidad. El texto "vivo", el Tomás y Valiente de los hechos, las sentencias y las declaraciones públicas, no se apartó tampoco ahora ni un milímetro de todo aquello que había escrito y transmitido a sus estudiantes, a todos nosotros.

En un momento del debate alguien leyó –creo que malinterpretando su alcance– un texto del propio Broseta en el que se instaba vehementemente a hacer todo lo que fuera necesario para que la peste etarra dejara de azotarnos. La audiencia también lo entendió mal y prorrumpió en un aplauso espontáneo, el más fuerte y sostenido de toda la tarde. Pero Paco no se dejó llevar tan fácilmente. Me acuerdo de su frase textualmente: "Si esos aplausos significan lo que yo me temo" –dijo de pronto– "nunca podré hacerlos míos". Así de claro. Nada ni nadie debía llevarnos a la convicción errónea de que la provocación del terrorismo es de tal naturaleza que, si no justifica, al menos puede ser una excusa válida para emprender acciones de respuesta que vayan más allá de la legalidad. Cualquiera que sugiriera, explícita o implícitamente, que la debilitación de ciertas garantías individua-

les podía proporcionar mejores armas al Estado en ciertas luchas, deslizando así la idea de que las garantías individuales pudieran obstaculizar la acción de la Justicia, cuando no ser directamente criminógenas, estaba haciendo una pedagogía aberrante.

No quiero dejar de decir en su honor que, cuando finalizó el acto, los hijos de Broseta le dieron un gran abrazo y nos dijeron sin vacilación alguna que pensaban que teníamos razón. A la mañana siguiente, sentados en el avión de vuelta, le comenté que parecía que habíamos ido a decir cosas que mucha gente consideraba inoportunas o incluso indeseables. Me respondió solamente: "Sí, pero no hay más remedio". Esa fue la forma natural y sencilla con la que hizo referencia a sus imperativos más hondos: a esa suerte de necesidad que se impuso a su conciencia por encima de cualquier circunstancia, de cualquier conveniencia. "No hay más remedio", una buena divisa para vivir en estos tiempos, y más aún para ejercer la jurisdicción, la constitucional o la ordinaria.

Creo que Francisco Tomás y Valiente debe ser recordado también por eso, por su perfil de jurista ejemplar que creía en el Estado y en el Derecho, que creía en la Constitución mucho más allá de la mera actitud profesional o académica. Honrar su memoria tiene que ser

por tanto hacer un homenaje a la Constitución y al Derecho. Y la más exacta y completa reivindicación de su vida tiene que ser por tanto seguir defendiendo esos ideales por los que él trabajó siempre. Esa rabia que no se mitiga en Héctor Abad, y que no se mitiga en tantos de nosotros, puede tener el aspecto positivo de empujarnos a ser así, para que nuestra vida social y política se nutra más y más de esos textos vivos que, como él, sean una descalificación permanente del fanatismo asesino.

FRANCISCO TOMÁS Y
VALIENTE:
JURISTA CRÍTICO Y HOMBRE
DE ESTADO

Elías DÍAZ

Universidad Autónoma de Madrid

Jurista crítico. Respetuoso fiel de la legalidad, crítico de ella para su hipotético cambio desde las razones de la legitimidad política y, en última instancia, de la justificación ética. Y como válida zona de mediación, el criterio normativo de la Constitución. Jurista, pues, y filósofo del derecho. Como profesión académica, docencia e investigación, la historia del derecho; y siempre atento a las cuestiones de la eficacia y efectividad de su legitimación (o deslegitimación), la sociología del derecho.

Pero no son, de manera directa y sistemática, de estas concertadas dimensiones jurídicas de su personalidad de las que yo quiero hoy tratar aquí. Y si en parte lo hago, en una perspectiva intelectual más amplia, es en el contexto más cercano e inmediato de la evocación de los últimos momentos, días y meses, de su vida. En ello, pues, se conjugan racionalidad y emotividad, afectos y concep-

tos juntos para hablar del intelectual, del jurista crítico y hombre de Estado que fue Francisco Tomás y Valiente.

Escribo ahora estas páginas siempre en memoria y homenaje del inolvidable amigo y compañero cuando se cumplen, en este 2011, los quince años de su vil asesinato por los sicarios de la necrófaga ETA el 14 de febrero de 1996 en su despacho como profesor de la Universidad Autónoma de Madrid. Su muerte conmovió a toda España. Vuelvo con ello, como en anteriores evocaciones, a aquellos imborrables recuerdos, al dolor, la rabia y la tristeza de entonces, a la protesta airada de indignación y condena, pero también a la decisión reiterada de seguir luchando contra la violencia terrorista y en pro de sus víctimas a través –como él quería– de la palabra, la razón, los poderes de la Constitución y la leyes del Estado social y democrático de Derecho.

Aquella mañana del 14 de febrero todo era, o parecía, normal en nuestra Facultad. Pero el asesino (Jon Biezobas Arreche) estaba ya acechando allí, al lado nuestro, en el cuarto piso donde están ubicados los despachos de los profesores, a esa hora –pasadas las diez y media– en que, ajenos a la inminente tragedia, preparábamos nuestras clases, recibíamos estudiantes, atendíamos otras diferentes ta-

reas o, como era mi caso, me disponía a hablar por teléfono con él. Le pregunté primero por su salud: “he estado muy malito, lleno de microbios bronquíticos”, me había escrito con aire jovial fechas antes, el día 5 de febrero, en un tarjetón del Consejo de Estado donde al final me requería: “te buscaré en la Facultad”. Así fue en esa mañana del día 14: había pasado por mi despacho, yo no estaba en él, llegué unos minutos después (¡no pudimos vernos o habernos quedado allí, todo por última vez!) pero me dejó el encargo de que le llamara. Lo hice enseguida: “tenemos que hablar”, me instaba, incluso me lo repetía. “Voy yo a verte a tu despacho”, le indiqué, “voy para allá”. Estábamos a unos treinta metros de distancia, en el mismo pasillo. En la brevísima espera mía, todavía al teléfono, para su conformidad, primero fue un extraño silencio y casi a la vez ruidos secos de los disparos que estaban acabando con su vida. Yo seguía “¡Paco, Paco...!” sin contestación. No hubo más voz ni grito alguno de terror o de dolor por su parte en esos sus postreros instantes. Eran, lo precisamos después, las 10'48 horas de esa luctuosa mañana que nos dejaría marcados para siempre.

Aquellas –“tenemos que hablar”- fueron las últimas palabras que Francisco Tomás y Valiente pronunció y que yo le escuché. Habíamos hablado en otras muchas ocasiones, a

veces con diferencias en cuestiones menores (así, a finales de diciembre) pero ya no pudimos hacerlo ese día ni nunca más. Sobrepassando esa mi circunstancia personal, yo después las he tomado –si se me permite– como lema o símbolo de alcance más general, incluso como seña de identidad descriptiva y prescriptiva de su pensamiento y de su misma actitud vital, como mensaje dirigido por él a todos sus conciudadanos. Era un hombre de diálogo, de palabra (en los dos sentidos), de razón, de reflexión, de ilustración, de lecturas, de libros, de abierta comunicación, de consenso y entendimiento (también en los dos sentidos). Y –vocación y profesión– un hombre de leyes; de las que son y de las que debieran ser; del pasado, en su realidad histórica y social, del presente y futuro, ciudadano y político. Con razón y pasión por el Derecho, por la Constitución, jurista crítico, riguroso y exigente, auténtico hombre de Estado, del Estado social democrático de Derecho.

Aún con el paso del tiempo nuestro recordado amigo sigue y seguirá viviendo en la memoria de todos nosotros: con sus altas cualidades humanas, con su cercanía afectiva, por sus conocimientos y enseñanzas, por sus investigaciones, sus libros, sus imprescindibles conversaciones y precisiones. Le echamos de menos, se le echa de menos: esa es, sin duda, la mejor señal de vida. “El mejor

homenaje es siempre el recuerdo” dejó por escrito. Y lo aplicaba de continuo. También así, un día en la muerte de otro común amigo, el buen juez y buena persona que era Plácido Fernández Viagas. Éstas fueron entonces sus palabras: “pero quienes hemos conocido y querido a Plácido lo haremos vivir mientras vivamos, porque los muertos viven en la memoria de los vivos”. Otro muy ilustre Francisco, Giner de los Ríos, habló siempre entre nosotros de encontrar el sentido de la Humanidad precisamente en esa comunidad de los vivos y los muertos, de los muertos de todos los tiempos, incluso de los muertos más lejanos, humildes y anónimos, con los que viven en cada época, contando con ellos para tratar de explicar, crítica y solidariamente, las raíces del pasado y del futuro. En la muerte de Tomás y Valiente también rememoramos por ello, y de manera muy especial, a todas las demás víctimas inocentes del terrorismo fuera y dentro de nuestro país. Como historiador que era, nuestro amigo y compañero, sabía muy bien de la perentoria, absoluta, necesidad de no permitir nunca la destrucción o el olvido de esa memoria personal y colectiva.

De Francisco Tomás y Valiente, como historiador (catedrático de Historia del Derecho), con rigurosa y significativa producción, se han ocupado, entre otros y con total fiabi-

lidad, Bartolomé Clavero o Marta Lorente destacando a lo largo de la vida de aquel esas sus tres principales áreas críticas de investigación: las instituciones político-administrativas de la Monarquía absoluta, el Derecho penal y procesal penal (ahí sus ataques contra la tortura judicial en España) y sus observaciones sobre la legislación básica del Estado liberal. Junto a esa labor teórica estaría asimismo su aplicación en la *praxis* jurídica. Su fundamental y creativa tarea en defensa y fortalecimiento de los valores superiores de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, “empujado” por Gregorio Peces-Barba para formar parte del Tribunal Constitucional (1980-1992, Presidente del mismo a partir de 1986), ha sido siempre muy resaltada, con igual calificación, por muchos de los mejores juristas, en especial, constitucionalistas, de este país. Entre los artículos escritos en aquellos mismos momentos destacaría, sobre esa dimensión jurídica/judicial, los de Álvaro Rodríguez Bereijo y Fernando Ledesma en la revista “Temas para el Debate”, abril de 1996. Por lo demás, para el tratado conjunto de su pensamiento, disponemos ya de los seis gruesos volúmenes de sus *Obras Completas* editadas por el “Centro de Estudios Políticos y Constitucionales”. Mi propósito aquí –tomando como base lo anterior– es mucho más modesto. Estas notas son sólo fragmentos (pero con coherente vocación

de totalidad) para su entendimiento como “intelectual crítico y hombre de Estado”, también con la pretensión no sistemática de aproximarle más a mi propia perspectiva, que –como ya he señalado– era también la suya, referida a la filosofía jurídica y política en la España contemporánea. (Reenvío aquí sobre el sentido y función del intelectual hoy, sus debates y significados, de la mano de maestros y amigos que fueron, entre otros, Norberto Bobbio o Jose Luis Aranguren, al capítulo sexto de mi libro *“De la Institución a la Constitución: Política y cultura en la España del siglo XX”*. Madrid, Trotta, 2009).

Para esos avances intelectuales del historiador del derecho y del “juez constitucional” hacia, digamos, su filosofía jurídico-política y ética, resulta –creo– del mayor interés teórico (y de alta carga emotiva) su libro *A orillas del Estado* (Madrid, Taurus, 1996), aparecido precisamente en los días inmediatamente posteriores a su asesinato: lo había fechado, en el final del Prólogo, en su casa valenciana de Alboraya el 27 de diciembre de 1995. Era una recopilación con cerca de cincuenta artículos que, siguiendo el curso de los acontecimientos con un sentido de la responsabilidad y compromiso político-social en grado máximo, había venido publicando casi en su totalidad entre 1993 y 1995 (en el diario *El País* la mayor parte) tras sus años “acuñando doc-

trina” en el Tribunal Constitucional y reintegrado ya como profesor a la Universidad Autónoma de Madrid. Tiempos extremadamente turbulentos, recuérdese, aquellos finales del largo periodo de gobierno socialista (1982-1996), con gran estruendo de corrupciones, terrorismos y ofensivas desaforadas por todas partes que acabarían por dar lugar a la victoria del partido popular en las ya inminentes elecciones del 3 de marzo de 1996.

Tomás y Valiente, aunque de talante sereno, entusiasta e irónico, vivió, sufrió, sin embargo, de manera personalmente dramática, con gran tensión, yo diría que agónica (él, valenciano, no muy unamuniano, a pesar de sus diez y seis años en Salamanca) muchas de aquellas virulentas, negativas situaciones: muy en especial, con trágica premonición, las derivadas de la violencia terrorista de ETA y sus secuelas perversas. Pero en todo momento, desde esa tensión, sin dejar de luchar contra todas ellas y de proponer siempre vías racionales / razonables de posible solución. Su libro es un libro agónico, es decir, de lucha, con los otros sin duda pero también dentro de sí mismo. De algunos hitos en ese sufrido itinerario quedarán señales en estas breves páginas mías. Hombre de principios y de paz, dejando siempre perfectamente claro que la lucha contra el terrorismo habría de hacerse desde las exigencias y potencialida-

des del Estado de Derecho y no en modo alguno por cualquier otra vía ilegítima e ilegal, peor aún si ésta era con algún tipo de marchamo estatal (por ejemplo, el denominado GAL). Concordábamos totalmente en esa condena: algunas de nuestras graduables diferencias en esos días provenían no, por supuesto, de los principios éticos o de los conceptos jurídicos compartidos, sino más bien acerca de ciertas actitudes concretas de elevadas personalidades de gobierno en relación con su exigible y, a veces, inconsecuente responsabilidad (incluso, falta de inteligencia) política en materias tan realmente graves.

Recordemos en torno a ello algunas de sus palabras en ese su libro póstumo *A orillas del Estado*. En el mencionado Prólogo, relegando como menores otros problemas de los que, de todos modos, también trata con profusión en sus páginas, dejaba escrito en aquel 27 de diciembre de 1995: “Sólo una pesadilla nos amenaza y angustia como enigma cuyas soluciones se desconocen: el del terrorismo de ETA. Sólo ese problema nos enrabia y desquicia, porque no sabemos qué hacer con él. La corrupción –anotaba allí sobre otra de sus graves preocupaciones- es un mal endémico y generalizado, es una enfermedad propia y ajena, y aunque el hecho de que sea mal de otros no debe consolarnos, si ayudará a resolverlo, o por lo menos a combatirlo, conocien-

do sus raíces comunes y las experiencias de otros. Sólo el problema de ETA es nuestro y sólo nuestro –dice volviendo a su zozobra mayor-, peculiar y distinto, envenenado y mortífero”.

Ante él, lo que exigía con toda firmeza y decisión Francisco Tomás y Valiente era –como ya he subrayado- la necesidad de que el delito y el crimen, el terrorismo, fueran combatidos por el Estado y la sociedad no con esas mismas armas ilegales y violentas sino precisa y justamente por medio de las leyes y de la razón, con la Constitución, con el ordenamiento jurídico, con la eficaz acción policial y judicial, todo en el marco del Estado social y democrático de Derecho. “Pero lo cierto –no dejaba de advertir aquel en ese mismo escrito- es que la violencia mortal de ETA continúa poniendo a prueba los mecanismos del Estado de Derecho. Tanta sangre y tanta rabia producen sus crímenes, que han llegado a provocar vituperables reacciones semejantes que –constata aquel- no todos los ciudadanos rechazan. Y ese es –califica sin ambages- el peligro mayor, el riesgo más preocupante de nuestro inmediato futuro. Si políticos, periodistas y policías acatan y cumplen sin fisuras las reglas del Estado de Derecho; si los partidos políticos nacionalistas y democráticos superan indefiniciones y ambigüedades, y si los ciudadanos apoyan sin

fisuras la paz y la libertad –esa era su propuesta- el Estado puede ganar el desafío. Por el contrario, si este es entendido como guerra en la que vale todo, que es lo que quiere ETA, se repetirán recientes experiencias y lo peor será posible. Por eso y para eso –concluía ahí- hace falta tener la convicción de que el Estado, este tipo de Estado, puede ganarnos la paz y quitarnos el miedo, darnos libertad y seguridad y (también Tomás y Valiente premonitorio para lo bueno, visto desde 2011) llevarse al reino de la nada el terror”.

En las páginas de *A orillas del Estado*, -aplicación y concreción, para nuestro país en esos difíciles años, de los conocimientos y argumentos del profesor, historiador y del jurista constitucional- se contienen elementos, conceptos, materiales asimismo muy válidos para una teoría general del Derecho (y, por supuesto, del Estado). Entre algunos de ellos, por ejemplo, en muy apretada síntesis, la constante y firme invocación de que “es necesario devolver al Parlamento su centralidad en el sistema institucional del Estado”. Desde ahí, el imperio de la ley y el sometimiento a ella –al ordenamiento jurídico- de la función judicial y de las posibles interpretaciones en su ámbito: ahí es donde aparece su diferenciación / valoración entre el “juez político” y el “juez constitucional”, y el aviso ante un anti-modelo de juez con el cual “de la sumisión al

poder (por ejemplo en el franquismo) se pasa (en la democracia) a la hostilidad al poder y, en particular – señala Tomás y Valiente- al Ejecutivo por sistema y como principio de actuación”. Fiscalización, pues, de la Administración en su sentido más amplio pero no desde el absoluto *a priori* de la maldad gubernamental. (Avisando de ello, mi libro de 1984 *De la maldad estatal y la soberanía popular*, nos había servido de concordante conversación en no pocas ocasiones). Y, ante todo, como hombre de Estado, la afirmación fundamental de que “la razón de Estado del Estado de Derecho es el Derecho o, mejor todavía los derechos –subraya decisivamente aquel- sobre todo los fundamentales de los ciudadanos”. Entre estos, junto a los derechos de libertad, íntimamente unidos a ellos, también los derechos de igualdad, económico-sociales y demás: ahí su crítica de fondo a la fórmula neoliberal que propugna “menos Estado y más mercado” –dice- “como si, sin aquél fuera posible este”. Francisco Tomás y Valiente era un hombre de Estado, no un hombre de mercado. O, para precisarlo más, era (mucho más) un hombre de Estado que (mucho menos o para nada en algunas de sus diversas nefastas implicaciones) un hombre de mercado.

Bien claro y firme lo anterior para esa “teoría general”, en su artículo del año ante-

rior ¿Qué pasa aquí? (22 de enero de 1995) aparece un explícito trasunto de aquellas sus graves tensiones: “escribo –dice- mis dudas que son muchas, más que mis certezas que son pocas y versan sólo sobre cuestiones de principios. Para aclarar mis ideas adopto –puntualiza- un enfoque cronológico”. Enfoque –advertiría yo- que como siempre en él, va más allá de lo meramente descriptivo. Estas son sus palabras: “¿Qué pasó entonces?. Entre 1983 y 1987 los veintitantos asesinatos y secuestros atribuidos al GAL fueron otros tantos monstruosos crímenes. Justificarlos o disculparlos en nombre de la eficacia o de la razón sería, entonces y ahora –este escrito, recordemos, es de 22 de enero de 1995-, aberrante” (...) “Cualquier vinculación, más grave cuanto más elevada, entre funcionarios del Estado y aquellos crímenes debe ser condenada en el terreno de los principios e investigada judicialmente en el de los hechos para que sean juzgados quienes resulten implicados”. Pero sigue indagando Tomás y Valiente: “¿Qué está pasando ahora? Que se ha resucitado una pesadilla. Por comodidad inconsciente o porque algunos casos habían sido juzgados y otros estaban a punto de prescribir, lo cierto es que la incógnita de los GAL estaba políticamente dormida y olvidada. Pero ha sido sacada a flote y ya no es posible mirar para otro lado” (...) En tan conturbadora situación y confusión –no olvida aquel- “un

partido, el del Gobierno, no demuestra capacidad de reacción. Otros, los principales de la oposición, van a remolque de iniciativas periodísticas y actuaciones judiciales”.

Todo esto era bien cierto. Y también que dentro de esa cronología, con la que concuerdo, habría asimismo que recordar y constatar, a fin de completar datos históricos y homogeneizar condenas, que ya en el primer periodo de la transición (1976-1982), con gobiernos de la derecha, se habían producido bajo diversas siglas y rotulaciones (BVE, ATE, etc.) numerosas acciones violentas que invocando la lucha antiterrorista mostraban de un modo u otro, más o menos claro, similares convivencias con el que puede denominarse como terrorismo de Estado. Y por supuesto que las tramas participantes en el intento del golpe de Estado del 23-F (1981) podrían situarse en ese mismo contexto. Los residuos ideológicos y los bajos fondos de la vieja policía política y militar de la dictadura, acostumbrada a cuarenta años de represión sin el menor control ni responsabilidad, con probables nuevas posteriores incorporaciones de similar catadura, prolongaron –como se ve– su presencia e influencia mucho más allá de aquel tiempo, incluso bajo las muy diferentes, opuestas, condiciones e instituciones de la democracia.

Pero al fin, tras esos dos mencionados sexenios, se había llegado a la situación que, entre 1993 y 1995, venía analizando Francisco Tomás y Valiente, quién vuelve a señalar a ciertos denunciantes con exclusivas motivaciones partidistas y/o mediáticas (pero coincidiendo él con los de sana y justa intención): “Ahora todos, incluidos muchos de lo que entre 1983 y 1987 nada dijeron ni hicieron en ese sentido, gritan y condenan, y algunos que en 1981 pedían la pena de muerte para los terroristas de ETA crucifican ahora a quienes suponen organizadores o financiadores del GAL. Hay mucho de hipocresía en el actual coro de lamentaciones. Pero –avisa como siempre acerca de lo fundamental- el reconocimiento de todo tipo de fariseísmo y de oportunismo no puede ni debe servir como cortina de humo para ocultar la cuestión de fondo: los crímenes del GAL”. Un crimen es un crimen con independencia de la bondad o maldad del denunciador. En definitiva, concluía aquel, llévense adelante con las debidas garantías todos los procesos penales en curso y “sepárense los campos de las responsabilidades penales y políticas. Y la principal responsabilidad política consiste –a su juicio- en reconducir la crisis actual por cauces institucionales”. Ello ya no fue posible –recuérdese- en aquella situación y todo quedó para dirimirse en las elecciones que ha-

brían de celebrarse en aquel, ya mencionado, 3 de marzo de 1996.

Señalemos, aún así, en esa misma línea general, volviendo unas semanas atrás, cada vez más cerca del final y cada vez con mayor presencia en él de esas fuertes tensiones internas, que en su estremecedor artículo “ETA y nosotros” (19 de diciembre de 1995) –en días inmediatos a los del Prólogo ya mencionado en detalle aquí- vuelve Tomás y Valiente sobre la cuestión capital. Tras expresar “el odio justo y el asco impecable ante los asesinos y sus acólitos” (...) y exigir que “intentemos pensar qué se puede hacer para terminar con la pesadilla, o al menos que no debemos hacer para empeorarla”, escribe aquel (transcribo, también por extenso, sus insustituibles palabras): “Algunas cosas están claras, en negativo o en positivo. La experiencia de los GAL fue gravemente criminal y gravemente equivocada. Nunca están justificados actos contrterroristas que, aún siendo reactivos, sean también delictivos. En nombre del Estado no se puede cometer aquel tipo de actos (secuestros, asesinatos) que el Estado persigue. Pero –advierte y reitera allí- avivar el recuerdo de aquellos crímenes cuando hacía años que se habían extinguido, y airear su condena y la de quienes no se sabe aún si fueron o no culpables, era una operación que

no ha estado presidida por la cordura ni por la prudencia política”.

Y sigue después, recopilando irresponsabilidades (con pistas para el índice onomástico de esa historia): “si alguien dice que teme más a España que a ETA, y otro añade que los etarras son presos políticos, nuevas formas de legitimación indirecta y no querida benefician a los asesinos. Si midiéramos las palabras antes de entregarlas al viento, esto no pasaría”. En definitiva, concluye Tomás y Valiente: “O ETA o nosotros, espectadores atónitos de sus crímenes, parientes o amigos de alguno de sus cadáveres y –faltaban menos de dos meses- posibles víctimas futuras de la muerte que ellos administraban. A partir de esa evidencia -clama enseñando el camino- si no se cometen los graves errores tantas veces denunciados como repetidos, si se actúa siempre con la ley en la mano, y si se avanza en el aislamiento político y civil del entorno etarra, como se había hecho años atrás, la paz sería posible. De lo contrario, ETA seguirá matando, porque esa es su única forma de vivir”.

Por desgracia así ocurrió y el siguiente próximo artículo de Francisco Tomás y Valiente sobre estas cuestiones lo sería ya a título póstumo: se titulaba “Razones y tentaciones del Estado” y se publicó en “El País”, el 15

de febrero de 1996, al día siguiente de su muerte. Estaba escrito a raíz del asesinato de Fernando Múgica Herzog, ocurrido días antes, también obra de ETA (¡Qué historial tan ruin, cobarde y despreciable deja tras de sí!). Allí, yendo al fondo una vez más, analizaba y reivindicaba la contraposición entre la mala y la buena razón de Estado –como historiador conocía bien las raíces del problema- y establecía las principales “tentaciones” de la mala razón de Estado que en nuestro tiempo conducen –dice- a la destrucción de la legitimidad de aquel: “La primera tentación contra el Estado es –señala- el olvido de su legitimidad y de sus límites, es decir, la utilización del poder para luchando contra los terroristas emplear sus mismos métodos, sus crímenes. El mayor enemigo del Estado es la mala razón del Estado. Hay, pues, que perseguir –concluye- a quienes hayan caído en ella” (...) “La segunda tentación consiste en la fragmentación interna de las fuerzas políticas democráticas en su necesario frente común, desde el Estado, contra los criminales del terror” (...) “La tercera tentación, o tal vez la primera en el orden cronológico, es el abandono de la calle”. Se indigna así Tomás y Valiente contra “el triunfo del terror en las calles de las ciudades de Euskadi. Y la calle –recuerda aquel- es símbolo y realidad del Estado, escenario de libertades, ámbito de la paz y la seguridad de los ciudadanos. O todo lo con-

trario. Si se pierde la calle, se pierde todo”. Y lo decisivo, “si se pierde la convicción en la propia legitimidad, en la buena razón de Estado, lo demás es imposible”.

Se trataba, pues de recuperar contra el terrorismo –venciendo esas “tentaciones”- algunas de las principales cláusulas y exigencias que –dice- fueron justas y eficaces años atrás para la transición de la dictadura a la democracia: así la creencia de verdad en la legitimidad y la legitimación de las instituciones jurídico-políticas de la democracia; la unión de todas las fuerzas sociales y organizaciones plurales operantes en dicho ámbito y para ese empeño; las políticas de consenso y entendimiento, no de fragmentación, en la defensa de la legalidad del Estado democrático; y, a su vez, saber recibir de la calle, es decir de la sociedad civil y de los nuevos movimientos ciudadanos, como pedía Francisco Tomás y Valiente, el apoyo y el impulso en relación con esas propuestas y esas tareas. Si ello valió contra la dictadura, que en el fondo era también terrorismo (de Estado), asimismo habría de valer contra el terrorismo, que en el fondo es también dictadura (aún sin Estado).

Ahí la actitud de aquel en su identificación de la transición a la democracia, con la que concuerdo plenamente, como “obra colecti-

va”, “como una sinfonía coral”. “La hicimos entre todos”, escribe Tomás y valiente (“A vueltas con la transición”, *El País* 31 de octubre de 1995) subrayando “la viva solidaridad que entonces hubo entre todos los españoles demócratas”. Por ello se opone a “quienes afirman que alguien, por lo general, un solo hombre, lo tenía todo escrito y bien escrito, hasta el punto en que todo salió tal y como estaba previsto, y precisamente porque estaba previsto”. Su posición es muy firme sobre ello: “No hubo un hombre solo que llevara en su mano la batuta. Ni siquiera el Rey. Nunca me ha gustado -dice- la expresión que le atribuye el haber sido el motor del cambio, porque eso significaría que sin ese motor no habría habido movimiento”. Su mérito –precisa aquel- “consistió en percibir con enorme sensibilidad y magnífica información lo que la sociedad quería, en adivinar y escuchar lo que el pueblo español (¿porqué no hablar de este sujeto tan sufrido y tan molesto?) pensaba y en conducir el proceso por el rumbo intuido”.

Enseguida puntualiza Tomás y Valiente (una vez más reproduzco en este recorrido sus propias palabras): “Decir que la transición fue obra colectiva no equivale a pensar, ni por un momento, que todos cumpliéramos el mismo papel, o papeles de la misma importancia. Semejante tontería no se le ha ocurrido toda-

vía a nadie”. Señalaba que “nadie debe escatimar al presidente Suárez sus enormes aciertos. Pero también es necesario y justo reconocer –añadía– que quienes ejercían la oposición desde opciones democráticas se opusieron muy bien, pues el consenso no fue resultado de una misteriosa coincidencia, sino fruto del equilibrio de responsabilidades y de la convergencia de todos en un único propósito: el cambio profundo de régimen político desde la dictadura a la democracia sin violencia, porque eso era lo que el pueblo quería. Lo que coreaba en las manifestaciones callejeras”. (Sobre ese positivo entendimiento de la transición como obra colectiva, lo que demandaba e impulsaba el pueblo español, y no como mera invención de personas individuales por relevantes que fueran, tampoco como resultado determinista de inexorables factores objetivos, por ejemplo los meramente económicos, me permitiría reenviar a mi trabajo “Las ideologías de (sobre) la transición”, 1989, después incorporado a mi libro *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, 1990; antes también a la recopilación de mis artículos, de entre 1976 y 1986, sobre *La transición a la democracia*, 1987).

Quiero recordar precisamente aquí como a mediados de aquel diciembre de 1995, nuestros últimos encuentros, habíamos conversado largamente (con coincidente acento crítico

los dos y con la presencia activa de Carmen Lanuza y Maite Villar) acerca de una de las últimas y más fuertes versiones de esos distorsionantes relatos personales sobre la transición que había sido publicado y ampliamente publicitado semanas antes. Quedamos en seguir hablando y en que habría que decir algo sobre ello. Él, activísimo, lo hizo muy pronto al hilo de un artículo que había escrito para *El País* sobre Joaquín Ruíz Giménez y que aparecería con algún retraso –otra vez las fechas fatídicas en torno a su asesinato, aquí en la víspera- el día 13 de febrero de 1996. Allí, entre otras muchas cuestiones de interés, se lamentaba con toda razón Tomás y Valiente del olvido público y la falta de reconocimiento político que había recaído sobre personas que, como era el caso de Ruiz-Giménez quien en especial pero no sólo a través de la creación de *Cuadernos para el Diálogo* (1963-1976), habían contribuido de manera muy esforzada y positiva a la transición a la democracia.

Repasando Tomás y Valiente la biografía personal y política de aquel, resalta como “en la memoria del estudiante que fui aparecen juntos los nombres de Lain, Aranguren, Maravall, Tovar, Ruiz-Giménez y pocos más”: fueron gentes -afirma- que “influyeron mucho en mi generación”. Al hablar así no desconocía, por supuesto, que se trataba de falangistas que, junto con Ridruejo, habrían

de evolucionar andando el tiempo hacia posiciones liberales y democráticas. Y, ya en la democracia actual, recuerda Tomás y Valiente a propósito de esa postergación de Ruiz-Giménez como “desde la UCD, donde había tantos políticos criados a sus pechos, se le negó el reconocimiento de un alto cargo del Estado que parecía hecho a su medida: el de defensor del pueblo”. Fue el primer gobierno del PSOE quién le nombró. “Desde entonces en 1987 –sigue anotando aquel- don Joaquín está en la Unicef, acude a donde le llaman para tareas semejantes, aporta su cordialidad, sufre cuando se le ataca o se le omite, presencia –entra aquel en el tema de las distorsiones interpretativas de la transición- como algún director general de Enseñanza Universitaria de los años cincuenta, que escaló después más altas cimas, asume ahora protagonismos póstumos y transitorios bajo apariencia de lejanas convicciones democráticas y guarda, salvo en contadas ocasiones, un silencio discreto ante lo que ve y oye”.

Las referencias críticas de Francisco Tomás y Valiente en este artículo –y en nuestras mencionadas conversaciones previas- lo eran, obviamente, al libro por entonces aparecido (y, en ocasiones, de modo incoherente profusamente difundido) de Pilar y Alfonso Fernández-Miranda, *Lo que el Rey me ha pedido. Torcuato Fernández Miranda y la*

reforma política (Barcelona, Plaza y Janés, 1995). Un ejemplo explícito de esa muy concreta distorsión, el resto en silencio, podía encontrarse en la página 339 nota dos, del capítulo IV de la obra. Tuve ocasión de probar, dentro de su consustancial medida y discreción, que a Ruiz-Giménez también le habían disgustado seriamente tanto esos olvidos “saduceos” como el increíble confusionismo mediático posterior procedente no se sabe si de culposa ignorancia o de ausencia mínima de generosidad o de ambas cosas a la vez.

También de estas cuestiones más personales, pero relevantes, así como de las claves y de las gentes de la transición a la democracia, pero en el fondo y de manera mucho más acuciante, de la defensa del Estado de Derecho frente a las violencias y aberraciones del terrorismo y de sus ilegítimas reacciones, es de lo que hablábamos y de lo que teníamos que hablar –como hacían tantos otros de los nuestros conciudadanos preocupados por el pasado y el futuro- cuando en aquella mañana del 14 de febrero de 1996, hace ahora puntualmente quince años, tuvimos que empezar a acostumbrarnos a no poder ya contar personalmente con él (pero sí con sus escritos y sus recuerdos), cuando, por tanto, tuvimos que empezar a acostumbrarnos a otro modo de poder seguir viviendo con él. Así lo hacemos,

estoy seguro, tanto sus amigos y compañeros más cercanos como todos los demás, hombres y mujeres, de nuestro país que lucharon cada cual a su modo por una España democrática.

EL PROBLEMA DE TOMÁS Y VALIENTE

Víctor FERRERES COMELLA

(*Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad Pompeu Fabra*)

INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor participar en este acto de homenaje a Francisco Tomás y Valiente. Agradezco muy sinceramente a Ernesto Garzón Valdés, Presidente de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, la invitación que me cursó para intervenir en esta sesión.

Al repasar algunos de los escritos de Tomás y Valiente, estremece leer lo siguiente: “Yo también quisiera, como Manuel Vicent, morir sentado en una mecedora blanca frente al Mediterráneo, mirando sin pestañear la línea del horizonte”.¹ Lamentablemente, no fue así como nuestro añorado maestro se despidió del mundo. Eso es ya irreversible. Pero con actos como éste mantenemos vivo el recuerdo de su figura. En cierta ocasión, citando a Emilio Lledó, Tomás y Valiente escribió que peor que la muerte es el olvido.

¹ Francisco Tomás y Valiente, “Por si acaso”, en *Orillas del Estado* (Madrid: Taurus, 1996), pág. 217.

En este breve ensayo, trataré de explorar algunas cuestiones jurídicas de actualidad, a partir de las reflexiones elaboradas por Tomás y Valiente en sus últimos años. Antes, sin embargo, diré algo sobre su actitud como constitucionalista.

TOMÁS Y VALIENTE COMO CONSTITUCIONALISTA

Pedro Cruz Villalón, en su importante artículo “El Derecho constitucional de Tomás y Valiente”, explica que éste se hace constitucionalista a raíz de su desempeño como magistrado del Tribunal Constitucional:

“Tomás y Valiente pudo perfectamente haber salido del Tribunal Constitucional como lo que entró, es decir, fundamentalmente como historiador del derecho, con todo el bagaje, desde luego, que confieren doce años en esa casa, pero sin haber cambiado de profesión.... El Tomás y Valiente de 1992, cuando deja el Tribunal, es y se siente un constitucionalista más entre los constitucionalistas”.²

² “El Derecho constitucional de Tomás y Valiente”, *Tribunales de Justicia*, núm. 8/9 (1997), pág. 884.

Se trata, sin embargo, de un constitucionalista especial. En primer lugar, por la modernidad de sus propuestas, que en parte deriva de la frescura con la que se aproxima a los problemas constitucionales. En alguna ocasión, aludió a la “impertinencia orteguiana”, en referencia a la actitud crítica con la que alguien que no es especialista en una determinada materia se acerca a ella desde el exterior, y plantea una serie de interrogantes que sacuden a los expertos y les fuerza a revisar los fundamentos de sus creencias. Aunque Tomás y Valiente decía que no pretendía ejercer de Ortega, hay algo de esa estrategia intelectual en algunas de las reflexiones que desarrolló a propósito de ciertas cuestiones constitucionales. Así, por ejemplo, en el más delicioso estilo orteguiano, Tomás y Valiente es uno de los primeros juristas españoles que de manera directa pone en duda que la función del Tribunal Constitucional, en el terreno del control de la ley, se circunscriba a pronunciarse acerca de su validez constitucional. Según nos explica Tomás y Valiente, sucede a veces que las leyes superan el filtro del control de constitucionalidad, pero no sin ciertas reservas. Los argumentos en contra de la ley pueden no ser concluyentes, pero apuntan correctamente a problemas potenciales. La modificación de la ley recurrida puede venir aconsejada por razones basadas en la propia Constitución. En

tales casos, ¿por qué no le cabe al Tribunal recomendar al legislador la reforma de la ley, como hizo, por ejemplo, en la sentencia 108/86, en la que se pronunció sobre el sistema de designación parlamentaria de la totalidad de los vocales del Consejo General del Poder Judicial? La pregunta quedaba lanzada, para que otros la convirtieran en centro de sus investigaciones científicas, a partir de un primer ensayo de clasificación que el propio Tomás y Valiente propuso.³

La segunda característica que debe ser destacada es la profunda conciencia institucional de nuestro homenajeado. La frescura intelectual a la que aludíamos se mueve en un terreno de juego bien trazado, en el que están vedados comportamientos institucionales frívolos. Tomás y Valiente cree en el Tribunal Constitucional y, porque cree en él, no puede dejar de advertir las graves consecuencias a las que pueden llevar determinadas prácticas. Así, cuando se despide como magistrado y presidente del Tribunal Constitucional, el 8 de julio de 1992, se queja en su discurso de la tardanza en que han incurrido los partidos

³ Francisco Tomás y Valiente, “Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador”, en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 101-111.

políticos a la hora de efectuar los nuevos nombramientos. “La experiencia debe servir”, afirma, “para encontrar en el futuro mecanismos que impidan la repetición de un retraso que a nadie favorece y a todos perjudica”.⁴ Ni que decir tiene que le habría dolido observar lo sucedido con el Tribunal Constitucional en los últimos tiempos, en los que no sólo se han producido retrasos sin precedentes en la renovación de los magistrados, sino que se ha llegado al extremo de tener que reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para estipular las consecuencias de tal irregularidad, estableciendo que a los nuevos magistrados se les restará de su mandato el tiempo de demora que hubiera habido en la renovación.⁵ Es seguro que la voz de Tomás y Valiente se habría hecho escuchar, potente y segura, frente a este atropello a una institución por la que tanta estima sentía. Y no es aventurado pensar que alguna duda de constitucionalidad le habría planteado, quizás, esa reducción acordada por la ley del mandato de los magistrados del Tribunal, un mandato que el texto constitucional fija en nueve años.⁶

⁴ Francisco Tomás y Valiente, *Obras Completas* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 pág. 2284.

⁵ Artículo 16.5, modificado en virtud de la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre.

⁶ Lo dispone claramente el artículo 159.3. Es ver-

EL TEXTUALISMO CONSTITUCIONAL DE TOMÁS Y VALIENTE

La anterior observación me da pie para entrar en el tema que quisiera explorar de la

dad que, en los primeros años de andadura del Tribunal Constitucional, no todos los magistrados pudieron desempeñar su cargo durante nueve años, pues se procedió a dos sorteos sucesivos para asegurar que las renovaciones fueran parciales (de cuatro magistrados cada tres años, según dispone la Constitución en el mencionado artículo 159.3). Pero esa excepción a la regla general del mandato de nueve años figura en la propia Constitución, en la Disposición Transitoria Novena. La Constitución puede establecer excepciones a las reglas generales que ella sienta, pero con eso, obviamente, no habilita al legislador ordinario (u orgánico) para hacer lo propio en otras ocasiones. La Disposición Transitoria Novena es rotunda cuando establece que, tras el período inicial en que es menester realizar los sorteos, la regla general se aplicará sin excepciones: “A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del artículo 159” (es decir: al mandato de nueve años, con renovación parcial de cuatro magistrados cada tres). Se puede decir, en defensa de la reforma de la LOTC, que trata de hacer frente a un dilema, pues si se produce un retraso en la renovación de los magistrados del Tribunal, hay que optar entonces por sacrificar una de las dos reglas que la Constitución contiene. En efecto, si se desea observar la regla de las renovaciones de cuatro magistrados cada tres años, es necesario sacrificar la regla del mandato de nueve años. Si, en cambio, se desea asegurar el mandato de nueve años, no hay más remedio que frustrar entonces la posibilidad de que se produzca una renovación parcial cada tres años. Existe un argumento de cierto peso para justificar la preferencia del legislador a favor de sacrificar la regla del mandato de nueve años. Con la solución

mano de Tomás y Valiente. Para decirlo de forma muy sintética, se trata del problema de la posible tensión entre textualismo interpretativo, por un lado, y el recurso jurisprudencial a ciertos valores y principios constitucionales de carácter abstracto, por el otro.

Ante todo, conviene poner de relieve que Tomás y Valiente tenía un gran respeto por el documento aprobado por las Cortes constituyentes y por los propios ciudadanos en 1978. No es que ignorara los defectos, tanto formales como de fondo, de la Constitución. Pero valoraba ésta, como producto normativo de

abrazada por el legislador, se logra que en el futuro, si no se producen ya más retrasos, se observen las dos reglas constitucionales (mandato de nueve años, renovación parcial cada tres años). En cambio, la solución contraria comportaría que nunca más podrían observarse las dos reglas, pues nunca más se restablecería el ritmo de renovaciones parciales cada tres años. En sentido crítico, sin embargo, cabe aducir que la cadencia trienal facilita lo que los italianos llaman la *lotizzazione*, el reparto del botín entre los partidos políticos, por lo que es preferible sacrificar la regla de la renovación trienal, en favor del mandato de los nueve años (que sería aplicable, por cierto, no sólo a los magistrados nombrados con retraso, sino también a quienes son designados para cubrir las vacantes ocasionadas por la muerte o renuncia de magistrados en ejercicio). Sobre ello, véanse las autorizadas reflexiones de Francisco Rubio Llorente, “El Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71 (2004), págs. 13-16.

un ejercicio democrático digno de celebración, y estimaba necesario ser fiel a su letra y espíritu. Tomás y Valiente, según cuentan quienes le conocieron de cerca, llevaba con frecuencia un ejemplar de la Constitución de 1978, un ejemplar muy manoseado de las tantas veces que lo había abierto para leer con atención lo que allí se decía exactamente. Y es que la singularidad de cada documento constitucional no puede perderse de vista, por muy recomendable que sea buscar la luz en el Derecho comparado o en investigaciones históricas. Cada texto se sitúa en un contexto espacial y temporal más amplio, pero no se diluye en él.

Hay dos ejemplos interesantes de la sensibilidad de Tomás y Valiente por el texto constitucional. El primero se refiere a una breve recensión que publicó en el diario *El País*, sobre el libro de Ronald Dworkin *El dominio de la vida*, que trata del aborto y la eutanasia.⁷ En ese artículo, Tomás y Valiente se hace eco de la tesis del filósofo americano, según la cual la razón por la que el Estado

⁷ Ronald Dworkin, *El dominio de la vida* (Barcelona: Ariel, 1994). El artículo de Tomás y Valiente lleva por título “Los extremos de la vida”, y se publicó en el mencionado periódico el 11 de abril de 1994. Se halla recogido en el libro *A Orillas del Estado*, op. cit., págs. 211-215.

debe dejar en manos de la mujer la decisión de interrumpir o no su embarazo está ligada a la libertad religiosa. El argumento de Dworkin es que las opiniones acerca del aborto descansan sobre diferentes interpretaciones de una creencia compartida en la santidad de la vida humana, y esas interpretaciones dependen, a su vez, de cosmovisiones religiosas acerca de realidades últimas. En una acepción amplia de la palabra “religioso”, incluso las creencias básicas del ateo, acerca del sentido de la vida y el lugar del ser humano en el cosmos, son de índole religiosa, según Dworkin. Y dado que en un Estado liberal, los poderes públicos no pueden imponer a las personas una determinada cosmovisión religiosa, se sigue que es la mujer, y no el Estado, quien debe decidir en conciencia acerca del valor del feto y la continuación del embarazo (antes de que el feto sea viable y adquiera capacidad para sufrir). Tomás y Valiente se siente atraído por este argumento, pero señala uno de sus puntos débiles desde una perspectiva jurídica. Considera muy seriamente objetable el amplísimo concepto de lo religioso que maneja Dworkin. Con gran agudeza, Tomás y Valiente sostiene que el filósofo americano se ha visto forzado a utilizar un concepto indebidamente amplio de religión para poder traducir su argumento ético en un argumento jurídico que encaje en el texto de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que consagra la

libertad de creencias “religiosas”. La Constitución española, en cambio, garantiza explícitamente tanto la libertad religiosa como la ideológica, con lo que también ampara la libertad de creencias de los no creyentes. De manera que, en el contexto español, no es necesario forzar las cosas. No es necesario sostener que la cosmovisión del ateo es religiosa, pues resulta protegida aunque no lo sea. El texto constitucional español permite acoger con mayor naturalidad la intuición ética de Dworkin, basada en la libertad general de conciencia.

El segundo ejemplo interesante de la atención que Tomás y Valiente solía prestar al texto constitucional se refiere al servicio militar obligatorio, que la Constitución menciona en el artículo 30, al establecer el derecho y el deber de los ciudadanos de defender a España. Nuestro autor no llegó a ver la supresión del servicio militar obligatorio, que se produjo en 1999, pero en los últimos años de su vida se barajó la posibilidad de dar a los ciudadanos la libre opción entre el servicio militar y un servicio civil. A propósito de esta posibilidad, Tomás y Valiente escribió en 1993:

“Si el legislador ordinario creara el servicio civil como alternativo al militar sería dudosamente constitucional ese planteamien-

to, puesto que reduciría la obligatoriedad *ex Constitutione* del militar, subordinándola a la libre opción del ciudadano, que ya no tendría que librarse del servicio militar a través de la objeción de conciencia, constitucionalmente prevista, o de otras causas legales de exención, sino en virtud de su simple y sola voluntad de elección entre los dos términos de una disyuntiva (civil o militar) que la Constitución no prevé”.⁸

A fortiori, habría suscitado en Tomás y Valiente serias dudas de constitucionalidad la efectiva supresión del servicio militar. Es verdad que lo que se hizo técnicamente en 1999 fue acordar la “suspensión” de esta prestación obligatoria, pero se trata de una suspensión indefinida, que viene acompañada de la derogación expresa de la ley en la que se regulaban los términos de dicha prestación. De hecho, el servicio militar ha desaparecido.⁹ Más allá de la oportunidad de la decisión

⁸ Francisco Tomás y Valiente, “¿Civil o militar?”, en *A orillas del Estado*, op. cit., pág. 39. Este artículo se publicó originariamente en el diario *El País*, el 4 de diciembre de 1993.

⁹ El servicio militar obligatorio está “suspendido” en virtud de la disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que establece que la prestación de dicho servicio queda suspendida a partir del 31 de diciembre del año 2002. (Posteriormente, el Real Decre-

adoptada por el legislador, lo cierto es que la fidelidad al texto constitucional seguramente habría exigido una reforma del artículo 30.

Valgan estos ejemplos para ilustrar la importancia que Tomás y Valiente otorgaba al texto constitucional. Aunque las Constituciones de las democracias liberales reflejen un núcleo común de creencias básicas, son distintas entre sí, y es necesario ser sensible a los detalles que afloran en el plano textual.

EL DESCUBRIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS Y VALORES ABSTRACTOS

Hemos visto, pues, que Tomás y Valiente es, en cierto sentido, un textualista. Ahora

to 247/2001, de 9 de marzo, adelantó la suspensión al 31 de diciembre de 2001). Ahora bien, el propio legislador da por hecho que el servicio militar obligatorio “ha desaparecido”. Así lo dice, en tales términos, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que deroga expresamente la normativa que regulaba el servicio militar obligatorio (la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar). Y es que, en efecto, no se acaba de ver bien cuál es la diferencia entre, por un lado, “suspender” la prestación del servicio de modo indefinido, hasta que el legislador alce en el futuro la suspensión, quedando derogada mientras tanto la ley reguladora de ese servicio, y, por otro lado, “suprimir” el servicio, sin perjuicio de que el legislador lo pueda reintroducir en el futuro.

bien, al propio tiempo, nuestro autor aplaude que la Constitución, además de incorporar un catálogo más o menos específico de derechos y libertades, enuncie en el artículo 1 un conjunto de valores superiores altamente abstractos (libertad, igualdad, justicia y pluralismo político), así como el principio de dignidad humana en el artículo 10. De este modo la Constitución amplía su radio de acción protectora a lo largo del tiempo. Afirmar Tomás y Valiente:

“Creo que la recta utilización jurisprudencial de estas categorías constitucionales, y en especial de los valores, favorece la resistencia constitucional en cuanto adaptabilidad o apertura a nuevas exigencias éticas concretas que sólo cabe considerar incorporadas como contenido de determinados derechos fundamentales en virtud de la cobertura amplia y flexible que se deriva de tan generales, pero positivizadas, cláusulas. Fue un acierto innegable del constituyente incluir la apelación a los valores como normas”.¹⁰

Hay algo de descubrimiento tardío de los principios y valores abstractos por parte de Tomás y Valiente. En una etapa anterior de su

¹⁰ Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *DOXA*, núm. 15-16 (1994), pág. 642.

evolución intelectual nuestro autor se había mostrado más bien reacio a la utilización jurisprudencial de dichas categorías. Así, en el importante voto particular a la sentencia 53/1985, relativa a la ley del aborto, Tomás y Valiente declaraba: “nunca he sido un entusiasta de la filosofía de los valores”.

En principio, no parece que deba haber problema en conciliar el respeto por el texto y la utilización judicial de los valores abstractos. Es perfectamente coherente sostener que lo que la Constitución estipula en términos específicos y categóricos debe ser respetado y que, más allá de este contenido, con carácter complementario, la Constitución ampara otras dimensiones de la libertad y la dignidad humana, en virtud de cláusulas más abstractas que la jurisprudencia puede emplear. El problema, sin embargo, es el siguiente: ¿qué sucede si una cláusula específica choca con un valor abstracto? Veamos dos ejemplos, uno referido al orden de sucesión a la Corona, y el otro al matrimonio homosexual.

1. El orden de sucesión en el trono

La Constitución española, como todos sabemos, regula la sucesión en el trono en unos términos que resultan discriminatorios por razón de sexo. El artículo 57.1, en efecto, da

prioridad al varón frente a la mujer, en igualdad de línea y grado, en el orden de sucesión, lo que no encaja con el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo que el artículo 14 consagra, y que concreta el valor superior de la igualdad del artículo 1. ¿Qué hacer ante esta colisión normativa?

La respuesta más habitual es entender que debe operar aquí el criterio de la *lex specialis*. Nos encontramos, en definitiva, ante una regla general (el derecho a la igualdad por razón de sexo del artículo 14), que el propio constituyente deroga singularmente en el caso concreto del acceso a la corona (artículo 57.1). Ambas normas tienen el mismo rango, al estar instaladas en la cúspide constitucional del sistema jurídico, por lo que no puede jugar en este contexto el criterio de la *lex superior*. Y, obviamente, habiendo sido aprobadas las dos disposiciones en liza como parte integrante del texto constitucional originario de 1978, tampoco cabe recurrir aquí al criterio cronológico (*lex posterior*). El único modo, pues, de afrontar la contradicción entre las dos normas es entender que una de ellas introduce una excepción a lo dispuesto en la otra.

No sería éste el único ejemplo de colisión normativa en el interior de la Constitución española que deba resolverse por medio del

criterio de especialidad. Así, el artículo 117.3 establece una “reserva de jurisdicción”, de modo que sólo los tribunales ordinarios pueden ejercer la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Pero la propia Constitución matiza luego esta reserva al permitir el ejercicio de la función jurisdiccional a determinados órganos que no se integran en el poder judicial ordinario, como sucede con el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y los tribunales consuetudinarios. O, de forma curiosa, mientras que el artículo 16 consagra la libertad ideológica y religiosa, el artículo 61 impone la fórmula del juramento (excluyendo, pues, la fórmula de la promesa) a determinadas personas que deben manifestar fidelidad a la Constitución y a las leyes: el Rey, en el momento de su proclamación; el Príncipe, cuando alcanza la mayoría de edad; y el Regente o Regentes, al hacerse cargo de sus funciones.

De acuerdo con esta tesis, pues, si se desea desactivar la excepción que la Constitución ha incorporado a una de las reglas que ella misma ha establecido, no hay otra salida que la reforma constitucional. Así, si se quiere suprimir la desigualdad por razón de sexo, habrá que modificar el artículo 57.1. Del mismo modo, si se desea permitir al Rey, al Príncipe, o al Regente, usar la fórmula de la promesa, en lugar de la del juramento, en

atención a su derecho a la libertad de conciencia, habrá que reformar el artículo 61.

El problema, como es notorio, es que tanto el artículo 57.1 como el 61 están ubicados en el Título II, y la Constitución ha estipulado un procedimiento enormemente complejo para modificar ese Título (además de otros títulos o secciones del texto constitucional). En virtud del artículo 168, en efecto, se exige la aprobación del principio de reforma por una mayoría de 2/3 de ambas cámaras parlamentarias, la disolución inmediata de éstas, la aprobación de la reforma por mayoría de 2/3 de las nuevas cámaras, y la ratificación de la misma por la mayoría de los ciudadanos en un referéndum nacional. No ofrece duda que, con la Constitución en la mano, éste es el procedimiento que hay que seguir para reformar el artículo 57.1 (así como el 61). Aunque la reforma persiga el objetivo de que opere con plenitud una regla general establecida en la propia Constitución (la igualdad, en un caso; la libertad ideológica, en el otro), es ese procedimiento tan gravoso el que hay que poner en marcha.

Naturalmente, ello hace necesario, en la práctica, colocar la modificación del artículo 57.1 dentro de un paquete más amplio de reformas, como se intentó en una legislatura anterior, de modo que el gran esfuerzo que

supone seguir los pasos de la vía complicada del artículo 168 se aproveche para fines más ambiciosos que la mera supresión de la desigualdad por razón de sexo en la sucesión a la corona. Pero mientras esa reforma de más amplio alcance no se lleve a cabo, habrá que aceptar la vigencia de la regla discriminatoria del artículo 57.1.

Se ha especulado también con la posibilidad de modificar el propio artículo 168, para introducir un procedimiento más sencillo a los efectos de reformar el artículo 57.1. Concretamente, se podría reducir el ámbito afectado por el procedimiento agravado del artículo 168, trasladando al ámbito del procedimiento más sencillo del artículo 167 la reforma de preceptos como el que nos ocupa. El interrogante, entonces, es cuál de los dos procedimientos de reforma hay que utilizar para modificar el artículo 168. Se dice a veces que hay que utilizar el procedimiento más sencillo del artículo 167, pues éste es el procedimiento “normal”, que sólo se ve excepcionado para las materias enumeradas en el artículo 168, entre las que no se halla el propio artículo 168. Ahora bien, este argumento literal debe ceder frente al argumento del fraude constitucional: no parece de recibo que las restricciones que el artículo 168 impone puedan ser desarticuladas a través de una mayoría menos amplia que la que exige ese

mismo artículo 168. Situémonos por un instante en el momento en que se elabora la Constitución de 1978. Tras un sostenido esfuerzo por lograr amplios consensos, los partidos políticos se ponen de acuerdo en determinadas decisiones básicas, y optan por establecer dos procedimientos para revisar la Constitución el día de mañana. Para ciertas materias, exigen una mayoría más amplia (y unos requisitos procedimentales más exigentes) que para el resto. ¿Tendría sentido que, más tarde, quienes no logran satisfacer las condiciones más exigentes, decidan rebajar tales exigencias, a través del procedimiento sencillo? ¿En qué quedaría la mayor rigidez de la parte más protegida de la Constitución, si esa mayor rigidez se pudiera alterar por el procedimiento flexible? Ciertamente, no hay ninguna objeción de carácter “lógico” a esta posibilidad, pero sí de carácter pragmático. La rigidez debe estar protegida por la rigidez, para que tenga sentido político.

Hasta aquí, la que podríamos llamar la “tesis oficial”. Frente a este planteamiento, sin embargo, es posible defender una aproximación muy distinta al problema que suscita el conflicto entre el artículo 14 y el artículo 57.1 (o el 61). De acuerdo con una teoría alternativa, que bebe en fuentes doctrinales y jurisprudenciales alemanas, el conflicto no se debe resolver con el criterio de especialidad,

sino con el jerárquico. En efecto, la Constitución se asienta en un núcleo intangible de valores y principios fundamentales que deben prevalecer, en caso de conflicto, no sólo frente a la legislación ordinaria, sino también frente a las disposiciones secundarias del propio texto constitucional, tanto si se trata de disposiciones agregadas al texto por medio de una reforma constitucional, como de disposiciones que ya figuraban en el documento originario. Es interesante indicar que Tomás y Valiente pareció inclinarse a favor de esta teoría. Así, en su artículo sobre los valores, nuestro autor cita con aprobación la tesis de Eduardo García de Enterría, quien se inspira, a su vez, en Otto Bachof, según la cual la existencia de valores superiores “implica forzosamente (...) la posibilidad, no sólo hipotética, de calificar desde los mismos como inconstitucionales normas constitucionales actuales o futuras”.¹¹ Si adoptamos esta postura, no parece necesario entonces modificar el artículo 57.1 a través de una complicada reforma constitucional. Basta con estimar parcialmente inoperante este artículo, en la medida en que conculca el derecho a no ser

¹¹ Francisco Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, op. cit., pág. 643. La afirmación de Eduardo García de Enterría se encuentra en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid: Civitas, 1981) pág. 144.

discriminado del artículo 14, en conexión con el valor superior de la igualdad del artículo 1.¹²

Una variante de esta última tesis ha sido defendida públicamente por uno de los padres de la Constitución, Miquel Roca, quien ha llamado la atención sobre las posibilidades que encierra el artículo 57.5 de la propia Constitución, cuando establece que las abdicaciones y renunciaciones, “y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica”. En efecto, el conflicto entre el artículo 14 y el artículo 57.1 plantea una duda: ¿aplicamos el criterio de la *lex specialis*, o el criterio de la *lex superior*? Se trata de una duda “de Derecho”, cuya resolución la propia Constitución encomienda a una ley orgánica. Por tanto, una ley orgánica podría estipular la igualdad del hombre y de la mujer en el acceso al trono, zanjando así la cuestión debatida.

El caso de la sucesión en la Corona es el ejemplo más llamativo de colisión entre disposiciones constitucionales, lo que ha dado

¹² Hay que suponer que rige aquí un sistema de justicia constitucional concentrado y que, por ello, el Tribunal Constitucional es el único órgano jurisdiccional autorizado para declarar la inconstitucionalidad del artículo 57.1.

pie a propuestas y debates en la opinión pública. Pero hay otro ejemplo, también relevante, que afecta al matrimonio entre personas del mismo sexo.

2. El matrimonio homosexual

El artículo 32 dispone que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. En el año 2005, el Código Civil fue reformado para posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo.¹³ ¿Es válida la ley, a la vista del artículo 32 del texto constitucional?

También aquí se pone de manifiesto la existencia de una tensión en el seno de la Constitución, en este caso entre el artículo 32, por un lado, y el derecho a la igualdad del artículo 14, por el otro. Y también aquí, por tanto, cobra importancia la pregunta acerca de si la Constitución erige ciertos valores y principios como prevalentes frente a lo que la propia Constitución dispone en preceptos secundarios. Ahora bien, mientras que en el supuesto del acceso a la Corona, la colisión entre el artículo 57.1 y el 14 es evidente, en el caso del matrimonio, en cambio, no se

¹³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

aprecia tan fácilmente la existencia de un desajuste entre el artículo 32 y el 14. Ciertamente, entramos aquí en terreno controvertido. Permítaseme dirigir todos los esfuerzos argumentativos iniciales a mostrar que se produce, en efecto, un conflicto entre ambos preceptos. Una vez logrado esto, adquirirá toda su relevancia la reflexión de Tomás y Valiente, acerca de la posibilidad de que haya cláusulas constitucionales inválidas por lesionar valores fundamentales.

Simplificando mucho las cosas, existen dos grupos de juristas para los cuales no hay desacuerdo alguno entre el artículo 14 y el 32. Para unos, no hay colisión porque el artículo 32 no impide el matrimonio entre personas del mismo sexo. Para otros, la contradicción no se produce porque el artículo 14 no consagra ningún derecho a la igualdad del que quepa extraer como consecuencia la necesidad de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

El primer grupo de juristas ha utilizado diversos argumentos para sostener que el artículo 32 no supone ningún obstáculo para el reconocimiento legislativo del matrimonio entre personas del mismo sexo. Así, han sostenido que el artículo 32 consagra el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, pero el precepto no dice “entre

sí”, por lo que no está presuponiendo diversidad de sexos entre los miembros del matrimonio. La réplica a este argumento es fácil: resulta que el artículo 32 es el único precepto constitucional que, al definir los titulares del derecho, utiliza la fórmula “el hombre y la mujer”, a diferencia de las demás disposiciones que confieren derechos y libertades. Ello obliga a entender, por un elemental principio de interpretación sistemática, que el “entre sí” está implícito. Es más, el artículo 32 no sólo reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, sino también a hacerlo “con plena igualdad jurídica”. Y es que el problema al que se enfrentaba el constituyente de 1978 era el de la subordinación de la mujer al marido en el marco del matrimonio, lo que refuerza la conclusión de que la institución de la que se está hablando en dicho artículo presupone la diversidad de sexos de los cónyuges.

Un segundo argumento, mucho más sólido, sostiene que el artículo 32 reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio entre sí, pero este reconocimiento es sólo un mínimo que la Constitución garantiza. El legislador ordinario puede ir más allá, extendiendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo. Ciertamente, mientras que el artículo 32 protege, frente al legislador, el matrimonio entre personas de

distinto sexo, no hace lo mismo con el matrimonio entre personas del mismo sexo, que el legislador puede reconocer hoy y dejar de reconocer mañana, en función de las mayorías parlamentarias de cada momento.

Este argumento, sin embargo, presupone que la Constitución se comporta siempre (en materia de derechos) como un mínimo. Aunque ello suele ser así, no siempre lo es. Ciertamente, cuando el artículo 15, por ejemplo, establece que “queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales para tiempos de guerra”, permite al legislador establecer la pena capital en determinadas circunstancias, pero obviamente no le obliga a ello. El legislador puede entender perfectamente que no es aceptable en ningún caso imponer la pena de muerte y, por consiguiente, no hacer uso de la posibilidad que le abre la Constitución. El artículo 15 se comporta aquí claramente como un mínimo. Otras veces, sin embargo, la Constitución no establece un umbral mínimo de protección, sino que sienta la regla directamente aplicable. Así, cuando el artículo 12 dice que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años, no parece que esté fijando un mínimo, de manera que el legislador pudiera ser más generoso y rebajar la mayoría de edad

a los dieciséis años, por ejemplo.¹⁴ (Por utilizar terminología del Derecho comunitario europeo, digamos que la Constitución se comporta en este caso como un reglamento, más que como una directiva). Pues bien, no es obvio que el artículo 32, cuando establece que el hombre y la mujer pueden contraer matrimonio, tenga la misma estructura de “mínimos” que el artículo 15, relativo a la pena de muerte, en lugar de la estructura de una norma como la contenida en el artículo 12 que fija directamente la mayoría de edad. Supongamos, para trazar una analogía, que la Constitución estableciera que los cónyuges pueden disolver el matrimonio con justa causa. No es evidente que fuera constitucional una ley que decidiera ir más allá, permitiendo el divorcio incluso cuando no se alegara causa. Habría que ver, en el contexto concreto, si la Constitución ha querido sentar un mínimo, o por el contrario ha pretendido definir directamente la regla a aplicar al problema de la disolubilidad del matrimonio.

Obsérvese, por cierto, que la lectura “heterosexualista” del artículo 32 no está

¹⁴ No hace falta entrar aquí en el problema de delimitar el ámbito en el que rige la cláusula constitucional de la mayoría de edad. El punto importante es que, allí donde rige la cláusula, no parece que su efecto sea meramente el de imponer un techo al legislador, sino el de determinar directamente la regla a aplicar.

necesariamente ligada a la noción de garantía institucional. En efecto, esa lectura no descansa en la idea de que sólo el matrimonio entre personas de distinto sexo es “verdadero” matrimonio, “reconocible” como tal, etc... Lo único que sostiene es que, tal como está redactado el artículo 32 actualmente vigente, la Constitución presupone una definición heterosexual del matrimonio. El matiz es importante. Si la Constitución dispusiera que “se reconoce el derecho a contraer matrimonio”, la crítica a la ley que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo tendría que apelar a la noción de garantía institucional. Tendría que sostener que la imagen tradicional del matrimonio queda desdibujada de un modo tan grave que la esencia de la institución resulta destruida. Pero no es necesario entrar en las arenas movedizas de la controvertida doctrina de las garantías institucionales. Basta con reparar en el dato de que el artículo 32, en su redacción actual, se refiere al hombre y a la mujer.

El segundo grupo de juristas que niega el conflicto entre el artículo 32 y el 14, lo hace desde un ángulo completamente opuesto. Entienden estos juristas que la definición del matrimonio contenida en el artículo 32 incluye la nota de la diversidad de sexos de los cónyuges. Pero niegan que esta definición entrañe problema alguno desde la perspectiva

del derecho a no ser discriminado. Según ellos, circunscribir el matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, como hace la normativa tradicional, no vulnera el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, ni tampoco el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual.

La primera observación es correcta. En efecto, la definición tradicional del matrimonio no discrimina por razón de sexo, pues tanto los hombres como las mujeres se ven impedidos de casarse con persona del mismo sexo. En otras palabras, las lesbianas se ven afectadas del mismo modo que los gays.¹⁵

¹⁵ En el marco de un planteamiento feminista, sin embargo, es posible ver un vínculo entre la discriminación general de las mujeres, por un lado, y la tradicional falta de reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, por el otro. En efecto, el dominio del marido sobre la mujer en el seno del matrimonio se perpetúa en la medida en que el matrimonio esté reservado a la unión heterosexual. Si se reconoce, en cambio, el matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, se da visibilidad institucional a un modo de convivencia más igualitario, pues es obvio que no hay subordinación de las mujeres a los hombres en el contexto de un matrimonio homosexual. De acuerdo con este planteamiento, aunque es verdad que la regla tradicional en materia de matrimonio afecta por igual a gays y lesbianas y, por ello, parece ser neutral desde el punto de vista del sexo, sucede que, si nos situamos en un plano más general, la regla no afecta por igual a hombres y a mujeres, sino que produce el

Ahora bien, la segunda observación, que niega que resulte lesionado el derecho a no ser discriminado por razón de orientación sexual, no es válida. El argumento en el que se apoya tal observación es que el matrimonio, en su versión tradicional, está abierto a todos, tanto a los heterosexuales como a los homosexuales. Éstos no ven cerradas las puertas de la institución matrimonial. Lo único que sucede, eso sí, es que tienen que optar por casarse con persona del sexo opuesto.

No parece necesario desarrollar un extendido argumento para mostrar que esta interpretación del derecho a la igualdad resulta totalmente huera. En el marco el matrimonio tradicional, se produce una clara desigualdad entre las personas heterosexuales y las homosexuales. Mientras que las primeras pueden contraer matrimonio con personas cuyo sexo es congruente con su orientación sexual (heterosexual), las segundas, en cambio, no pueden conseguir tal cosa: sólo pueden contraer matrimonio con persona cuyo sexo es incongruente con su orientación sexual (homosexual).

A la vista de todo lo anterior, parece que debemos concluir que, en efecto, se produce

efecto de reforzar la subordinación general de las mujeres a sus maridos.

una tensión entre los artículos 32 y 14. Del mismo modo que el constituyente quebró la igualdad entre hombres y mujeres al regular el acceso al trono, también quebró la igualdad entre heterosexuales y homosexuales al definir el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer. Debemos preguntarnos entonces si aplicamos aquí el criterio de especialidad, con lo que la “excepción” introducida por el constituyente se mantiene, o aplicamos, en cambio, el criterio de la jerarquía, en cuyo caso hacemos prevalecer el principio de igualdad, por estar ligado a un valor superior del artículo 1. Si aceptamos la tesis de Tomás y Valiente, en el sentido de que puede haber cláusulas constitucionales inconstitucionales, podemos concluir que la ley de 2005 que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional, a pesar de chocar con el artículo 32, por la prevalencia del derecho a la igualdad del artículo 14 y el valor superior de la igualdad del artículo 1. Es importante destacar que, a la luz de este planteamiento, la ley no sólo resulta constitucionalmente lícita, sino que, además, deviene constitucionalmente obligada, en virtud del principio anti-discriminatorio contenido en el artículo 14. Se da, en efecto, la circunstancia de que la única manera de entender que la ley es “válida” lleva a la afirmación de que es “necesaria”: el legislador no puede no reconocer el matrimonio homosexual.

Conclusión

A través de los dos ejemplos que he comentado, he tratado de ilustrar la relevancia de algunas de las reflexiones de Francisco Tomás y Valiente acerca del uso jurisprudencial de los valores y principios. Nuestro autor no tuvo tiempo de construir una teoría que ensamblara de forma armónica el mayor peso de esos valores y principios, por un lado, con una aproximación textualista en materia de interpretación, por el otro. Ése es el problema que dejó abierto, sin darle una respuesta elaborada. Y ése es ahora nuestro problema. ¿Cómo tomar en serio el texto constitucional, dejando para el procedimiento de reforma lo que sólo éste puede lograr, al mismo tiempo que descubrimos en la Constitución fricciones importantes entre su corazón ético y determinadas disposiciones secundarias? ¿Cuándo podemos, por la vía de la noción de jerarquía interna, evitar los trámites del procedimiento de reforma constitucional? Desde luego, hay que ser sensible al contexto político e institucional de cada país al afrontar este tipo de preguntas. En el caso de España, quizás resulta más peligrosa esa noción de jerarquía en el interior de la Constitución, pues la nuestra se basó, y se sigue basando, en un complicado juego de equilibrios. ¿Habrá que estimar preferible el criterio de la *lex specialis*, en casos como los que hemos discu-

tido aquí, en lugar del criterio de la jerarquía interna, al objeto de mantener en buen estado los demás equilibrios, evitando así la tentación de que cada grupo político defina a su manera, a la luz de su propio programa ideológico, cuál es el núcleo de convicciones básicas en las que se asienta la Constitución? Para mostrar los peligros de la teoría de la jerarquía interna, no han faltado autores que sostienen que, en última instancia, existe una contradicción entre la apuesta por una “democracia avanzada” en la que la soberanía reside en el pueblo, según se anuncia en el Preámbulo de la Constitución, y la pervivencia de la institución monárquica. Aunque la observación es exagerada, no deja de apuntar correctamente al riesgo de que, por medio de la teoría de la jerarquía interna, se llegue a desarticular el complejo entramado de principios y reglas en que se tradujo la política de consenso constitucional de 1977-1978.

Es ciertamente una gran lástima no contar con la voz de Tomás y Valiente para continuar la conversación acerca de todos estos temas.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baumann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

