

## Tomás y Valiente, jurista en tiempos de tribulación y transición

BARTOLOMÉ CLAVERO  
*Universidad de Sevilla*

*A Carmen.*

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

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

**H**OY SE CONMEMORA a Francisco Tomás y Valiente por iniciativa de discípulos suyos de primera y siguiente generación en la Universidad que, entre las varias por las que transcurrieran su formación y su trabajo, puede decirse realmente suya, la de Salamanca, a la cual dedicó tres lustros cumplidos y en exclusiva de su trayectoria profesional, de 1964 a 1980<sup>1</sup>. Que Salamanca fue su universidad y Salamanca además su ciudad no hemos de inferirlo nosotros de los datos escuetos de su currículum, pues él mismo lo reconoce abiertamente en unos apuntes autobiográficos fechados en los primeros días de 1990. De ahí cito:

Guardo de ellos [los años salmantinos] el mejor de los recuerdos. ¿Idealizo ahora mi imagen de Salamanca? ¿Es injusta mi preferencia respecto a

<sup>1</sup> Quiero reiterar mi reconocimiento agradecido a Salustiano de Dios, Javier Infante y Eugenia Torijano por confiarme la oración inaugural de las jornadas sobre *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)* en memoria de Francisco Tomás y Valiente, 27-29 de octubre, 2003.

las otras dos ciudades? —Valencia, Madrid— en las que, además de en ella, ha transcurrido la mayor parte de mi vida? Es posible. Pero lo cierto es que comencé la etapa salmantina con toda mi ilusión universitaria [...]. En Salamanca disfruté dando clases, organizando seminarios, dirigiendo la formación de mis discípulos, atendiendo a mis alumnos, comprando libros....

Fin de la cita (puntos suspensivos finales suyos, cuyo despliegue veremos luego).

Había estudiado derecho en Valencia, donde se doctoró con una tesis de materia procesal de fuerte impronta historiográfica; prosiguió su formación en la Complutense de Madrid ya como historiador del derecho. Accedió a cátedra por La Laguna, Canarias. Tras su largo periodo en Salamanca, en 1980 se decide a dar el paso de trasladarse a una Universidad de Madrid, la Autónoma, pero se le cruza la propuesta de magistratura constitucional, que acepta y a la que sirve durante doce años. El retorno, si así puede decirse, a dicha universidad madrileña ya nos coloca en la fecha de 1992 cercana a su muerte inesperada en 1996. Vayamos marcando tiempos, porque en tiempos quiero situar, en los tiempos de *tribulación y transición* que confieren a mi entender pleno sentido y especial valor a la obra ya de por sí valiosa de Francisco Tomás y Valiente<sup>2</sup>.

*Tiempo* fue su primera palabra, la primera palabra del primer texto que publicó Francisco Tomás y Valiente. Todavía no se había hecho ni el nombre en el sentido más literal, pues suscribía sólo con el primer apellido, Tomás. Estamos a finales de 1952, cuando el autor acaba de cumplir veinte años y se acerca al ecuador de su carrera de derecho en Valencia. Abriga aún dudas vocacionales. No ha elegido con plena convicción los estudios jurídicos. Hubiera preferido cursar letras atraído por la idea de ser profesor de literatura. Acercándose a la mayoría de edad (que entonces era para los hombres a los veintiuno y para las mujeres prácticamente a los veinticinco; atendamos siempre el tiempo), si algo tenía ya claro, era la vocación docente, pero no todavía su objeto. La opción por el Derecho se había debido a razones más bien pragmáticas. Para su familia resultaba un sacrificio económico que, en vez de ponerse a trabajar de meritorio en la banca junto a su padre, empleado de ella, se permitiera estudiar en la Universidad, un lujo por aquel entonces para la mayoría de las economías domésticas, no tanto porque fuera cara la matrícula, sino por el ingreso

<sup>2</sup> Mis referencias naturalmente conducen a sus *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, donde no es difícil localizar remisiones. Más directamente me baso en mi *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè Editore-Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (director, Paolo Grossi), Università di Firenze, 1996, con índice de materias. Las *Obras Completas* fueron programadas por un Consejo Editorial y trabajadas bajo la dirección ejecutiva de Marta Lorente. Por ser menos individualizable, no se incluye la obra estrictamente jurisprudencial.

familiar complementario que así se perdía. Por aquel entonces, por aquel tiempo, la carrera de Derecho, si bien cursada, ofrecía al menos la expectativa de una compensación de futuro que letras no aseguraba tanto. Ahí tenemos al joven Francisco Tomás, estudiante de Derecho, pronunciando una primera voz literaria, no exactamente jurídica: *Tiempo*.

Tiempo no le dejaron. Su inesperada muerte fue provocada. Una banda asesina le arrebató la existencia en 1996, a los sesenta y tres años, joven intelectual y físicamente todavía. Estoy comenzando por la primera palabra pues carecemos de la última, y de la penúltima, y de muchas antepenúltimas que pudieran haber redondeado el sentido de una vida y el alcance de una obra. Esto de la culminación fallida por la mano asesina no es tampoco especulación mía de ocasión, la de este homenaje salmantino. Era proyecto suyo entonces en ciernes. La mano asesina no sólo sesgó una vida humana preciosa como todas, sino que también truncó una obra intelectual en un momento, no de inventario declinante, sino de replanteamiento pujante. Cuando el nombre de Francisco Tomás y Valiente ya estaba más que hecho y acreditado por partida doble, como historiador institucional y como magistrado constitucional, como jurista nada unidimensional en suma, él mismo se plantea el comienzo de un nuevo estadio en su trabajo, de una obra radicalmente nueva. Lo anticipo para considerarlo luego, cuando nos hayamos puesto en antecedentes. Convendrá recordar al propósito cosas sabidas.

En 1992, retornando de la magistratura al profesorado, comienza Tomás y Valiente a interrogarse en cuanto que historiador y en cuanto que constitucionalista acerca del mismo constitucionalismo. Comienza a plantearse a un tiempo, como cuestiones precisamente conexas, los orígenes históricos y los fundamentos sustantivos del constitucionalismo en vigor, el desempeñado personalmente durante su magistratura y ahora, desde 1992, él se propone que también mediante su profesorado.

Se enfrenta de este modo con un reto personal marcado por dicha condición de jurista en suma compleja, con el desafío de la composición integrada y coherente sobre la base y mediante el trayecto de la misma dicotomía de su experiencia profesional duplicada como profesor de historia disciplinada y juez de constitución libertaria, quiero decir consistente la una en ordenamiento iliberal y originada la otra en libertades fundamentales. No se malentienda mi sintaxis. A tales alturas de los años noventa, era el suyo un empeño particularmente desafiante y hasta embarazoso pues la mayor parte de su actividad profesoral, inclusive casi todo el periodo salmantino, había transcurrido durante una época de un derecho nada constitucional, nada libertario como bien se sabe o debe saberse, el de la dictadura franquista y sus secuelas. Entre los años cincuenta y setenta, su enseñanza, la recibida primero y la dispensada más tarde, no

había sido desde luego, no había podido ser por supuesto, tan constitucional como su magistratura. Y ahí volvía. Lo digo todo ello en términos comparativos que ahora trataré de precisar.

Es la cuestión primera de *tiempo*. Y ya también he dicho otra palabra, el sustantivo de *libertad* con libertario o libertaria como adjetivo que va a ser clave, la clave más sustantiva. El valor del derecho es valor en el tiempo, valor de la libertad en el tiempo. El espíritu del constitucionalismo es libertario. Con toda la exigencia de este patrón de medida y en el espacio de una conferencia o poco más, si me lo permiten, voy a procurar que abordemos la obra de Tomás y Valiente.

*Tiempo* es en 1952 la palabra prima de su *opus primum*. Figura en el título del primer texto que publica: *Tiempo y adolescencia*. No se trata de psicología juvenil, o no directamente. Estamos ante un cuento que nos narra la peripecia de un adolescente mediterráneo como él, poco más joven, de catorce años, quien, pues «en su casa son demasiados hermanos para el jornal del padre», es enviado con familiares castellanos de una ciudad interior a fin de que se haga hombre de provecho mediante un aprendizaje, el de monaguillo, que le diese una profesión, la de sacristán (esto era algo serio; sacristán había sido un tío suyo, de Tomás y Valiente, cuya prematura muerte dejó en herencia toda una biblioteca que el joven Tomás absorbió con avidez). En el cuento, nuestro personaje se ahoga por el «bosque de iglesias, capillas y conventos», sin «jardín ni huerta»; de la ciudad mesetaria y amurallada. «Allí no había mar». Aunque «llegó a ser un competentísimo monaguillo», no se hallaba. «Fue taladrándole el espíritu aquel ambiente en que vivía». «Le fue calando el alma el aburrimiento, la melancolía y el frío». Un buen día, cuando, «tenía ya casi diecisiete años», madruga y sale callejeando sin destino fijo. Llega a las murallas, las atraviesa y corre por el campo. «Sentía una dicha enorme, como si se liberase de algo odioso». «Se quitó la negra sotanica. Y saltaba, y reía, y gritaba y alzaba los brazos» hasta caer rendido. Al día siguiente vuelve con su familia al mar. Ésta era su determinación. Nadie se la había consultado.

Incidentalmente, no parece que, con este cuento, el joven Francisco Tomás tuviera la previsión de que Salamanca fuera a ser su universidad y Salamanca su ciudad. También cabe deducir que desde la juventud no se hace ilusiones ni llama a engaño sobre acomodamientos sociales a predomios eclesiásticos ni sobre resignaciones religiosas a sustracción de libertades. Ya era agnóstico en el mejor sentido de estar presto a afrontar realidades y contrariedades con realismo y sin cinismo, con los pies en el suelo y la cabeza en su sitio, no en las nubes ni en cielo alguno. ¿Extraigo demasiado de un simple cuento? No fue el único. Publicó por entonces otro sobre la felicidad sexual de un discapacitado mental. No es otra la moral ni otro, virtualmente, el derecho.

Midamos tiempos para conocer distancias. Medio siglo que ya va para largo, desde 1952 hasta hoy, representa un buen espacio de historia transcurrida. Hagamos un ejercicio de carácter contrafactual, si se me excusa la palabreja que sólo quiere decir a contramano de acontecimientos. Pongamos que en nuestros días un alumno o alumna, concluyendo aventajadamente la carrera de Derecho y orientándose vagamente hacia la profesión universitaria, nos viene, quiero decir que acude a un profesor o profesora, con las credenciales satisfechas del expediente de estudios y de publicaciones como esos cuentos, como *Tiempo y adolescencia* en particular y ante todo. Dejando aparte el marcado anacronismo de aquel ambiente entre iglesias, conventos y murallas (pero, atención, atención siempre al tiempo, anacronismo en buena parte y no del todo hoy, mas nada entonces, aunque haga apenas medio siglo), si tiene suerte con la profesora o profesor a quien se dirige, el autor del cuento vería apreciado no sólo su estilo literario, sino también su sensibilidad jurídica, bien que primaria todavía, mas muy apropiada en todo caso de entrada para la investigación y la enseñanza en este mundo del derecho.

Digo sensibilidad específica y estrictamente jurídica, no sólo más global y vagamente moral, porque lo es para con derechos de libertad, para la libertad del ser humano, incluso si todavía adolescente o también si permanentemente discapacitado. ¿Qué mejor pie de entrada en efecto para la profesión del derecho? Pero miremos al tiempo. ¿Qué se podía hacer entonces con dicha sensibilidad? Tal vez nada, o quizás poco, la nada y lo poco que de momento él mismo haría. Más tarde lo reconocerá. Ni siquiera encontraría por entonces un profesor que apreciase y orientase su sensibilidad para con la libertad<sup>3</sup>. Hoy podría ser otro el caso. Contradiamos al tiempo para aclararnos entre tiempos. Vayamos al supuesto, con perdón, contrafactual.

¿Qué podría decirle al joven Tomás tal docente con quien tendría la suerte de encontrarse hoy, mucho más difícilmente entonces? Por ejemplo, que ya tenía un buen tema de tesis entre manos. Para ubicarle, le recordaría, pues se supone que ya lo habría estudiado hoy (no entonces, aunque

<sup>3</sup> En interés no digo de la verdad en singular, pues esto no es humano, sino de la reflexión sobre una obra en el tiempo, no quiero rehuir aspectos delicados si resultan relevantes. Tomás y Valiente siempre reconoció públicamente el doble vínculo académico con Víctor Fairén Guillén, procesalista en Valencia, y Alfonso García Gallo, historiador del derecho en Madrid. Cuando le veamos juzgar sin complacencia sus primeros trabajos estará pronunciándose inequívocamente sobre sus mentores. Aunque al profesor madrileño le guardó un respeto más allá en el tiempo de su control del acceso a las cátedras de Historia del Derecho, no hubo propiamente ni discipulazgo ni magisterio. Quienes trabajan en el sector docente de la Universidad de sobra saben de historias tales. Siempre agradeceré a la memoria de mi maestro José Martínez Gijón que, puesto por García Gallo en el brete de elegir entre él y un discípulo, optó por éste.

sólo fuera por razón de fechas), cosas como que, en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos por parte de Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (*niño* significando niños, niñas y adolescentes) no les consideraba como sujetos de libertad, sino como objetos de protección y educación, eso sí, para la libertad, mientras que al contrario, al cabo de los años, en 1989, la Convención de los Derechos del Niño produce un cambio de paradigma por considerar a niños, niñas y adolescentes, a cuantas y cuantos no sean legalmente mayores de edad, sujetos de libertad, de las mismas libertades que el resto, adultos y adultas, y no ya para la libertad en tiempo futuro, debiendo así ser educados no sólo con vistas a libertades, sino en el ejercicio efectivo de las mismas conforme a la capacidad creciente de la edad en suerte. Hoy, el interés de la tesis se cifrará por supuesto en el estudio de la medida como este giro afecta a tantos códigos y ordenamientos sobre infancia y adolescencia que hay vigentes por doquier. ¿No conecta esto con el cuento del joven Tomás? ¿No constituye incluso su dimensión o, incluso más, su traducción en términos jurídicos?

Es una respuesta imposible o incluso una pregunta impensable y hasta un docente inverosímil allá por los años cincuenta del cuento y también del doctorado de Francisco Tomás y Valiente, todavía sin la copulativa de sabor valenciano que evitase la confusión entre nombre propio y primer apellido. Pero advertimos bien el fondo de imposibilidad, impensabilidad e inverosimilitud tamañas. Su motivo resulta al menos doble, el del peso inmediato de una dictadura, pero también el del momento aquí menos cercano de un constitucionalismo por entonces foráneo. Lo mejor de la cultura jurídica española, me refiero a la de sensibilidad constitucional, que no había perecido en la terrible guerra provocada por el alzamiento militar de 1936, se mantenía en el exilio con el franquismo durante décadas empeñado en impedir la recuperación y estorbar los contactos. El joven Tomás no tenía acceso a ella. Añadamos lo que pueden decirnos dichos signos de la Declaración de 1959 y la Convención de 1989. Fuera de la España franquista, incluso en los ámbitos de persuasión y práctica constitucionalistas, no se acusaba todavía sensibilidad por las libertades efectivas de los menores de edad y aún menos de las menores. Si lo traducimos a unos términos jurídicos, el primer cuento del joven Tomás estaba fuera del tiempo o, si se prefiere, se adelantaba al mismo. Entonces, por aquellos años cincuenta, ¿qué derecho podía comenzar a profesar quien, tras una ficción literaria como *Tiempo y adolescencia*, se decantaba por la investigación y la docencia jurídicas?

Esto es lo que así interesa de la ubicación que el cuento nos facilita. Pergeñando los apuntes autobiográficos citados, desde la atalaya de 1990, Tomás y Valiente (cuando ya se tiene hecho más que un nombre) se muestra un tanto duro, no sin un serio toque de ironía, con parte de la propia obra:

No todos mis trabajos de investigación han surgido como consecuencia de previas preocupaciones teóricas [...]. Algunos han constituido otros tantos ejercicios —en el doble sentido gimnástico y académico del término— propuestos o impuestos por las circunstancias de mi formación y/o de mi preparación. El proceso monitorio, la prisión por deudas, las fianzas o la sucesión de quien muere sin parientes, más, quizás, algún otro de menor entidad, son temas sobre los que he investigado llevado por causas ajenas a mi propia espontaneidad.

Son en efecto sus primeras monografías, algunas de las que publicara entre 1960 y 1966, comprendida la que le sirviera para doctorarse —la primera citada— y también la que le franquicara la cátedra —la última registrada—. Bástenos aquí añadir que no eran trabajos situados en línea de continuidad o que guardasen grado alguno de conexión con la sensibilidad potencialmente constitucional, por libertaria, de su *opus primum*, aquel texto sobre *Tiempo y adolescencia*. Atendido el contexto, no nos va a extrañar<sup>4</sup>.

A Tomás y Valiente no se le escapaba desde luego que aquel trabajo propio de especialidad, el más o menos primerizo que sintiera finalmente como un tanto ajeno, no sólo le había servido para asegurarse una posición profesional entre circunstancias más bien adversas, sino también para hacerse con un oficio de estudioso mediante los ejercicios gimnásticos del caso e incluso para introducirse de este modo en unos terrenos, particularmente el procesal y el penal, de no poca implicación y hasta enjundia constitucional en sí mismos y en su obra. Ahora veremos.

De enjundia constitucional, teníamos el primer tema, el de los derechos de los menores, de ellos y ellas pues ya ha dejado él de serlo. En Salamanca los tiene en casa, dos hijas y dos hijos (se encuentran desde entonces en la dedicatoria de su *Manual de Historia del Derecho Español* que desde

<sup>4</sup> Entre los escritos en recuerdo de Tomás y Valiente, sólo conozco un caso de valoración de su primera obra literaria, pero precisamente en la línea contraria a la mía, para encarecerse que se publicó, junto a alguna página ensayística suya menos lucida, en *Claustro*, revista valenciana del *Sindicato Español Universitario*, la organización estudiantil franquista a la que entonces Tomás y Valiente pertenecía (también yo ingresé en el momento exacto de realizar mi primera matrícula universitaria a mediados de los sesenta, pues el pago de la cuota sindical se le unía obligatoriamente en el mismo impreso). Este pequeño detalle, el de la falta de libertades —la de enseñanza, la de conciencia, la de asociación, la de prensa...— y todo el orden de consecuencias para una juventud expuesta, no se recuerda en cambio en por *Mi amigo Paco Tomás en la memoria*, que es dicho caso de remembranza insidiosa en un acto necrológico de la Universidad de Valencia por parte de un compañero de curso y catedrático de otra asignatura cuya identidad no consta en la fotocopia del dactiloscrito que guardo entre el material recordatorio de entonces, y sujeto de cuyo nombre no quiero acordarme. El propio Tomás y Valiente en su *Autobiografía intelectual y política* (los apuntes autobiográficos de 1990 que vengo citando) extrae el saldo no negativo —en su caso personal y dadas las circunstancias— de su pertenencia activa a dicha organización juvenil.

la oralidad de las clases estaba pasando a escrito: «A Carmen. A nuestros hijos: Ana, Miguel, Quico, Pipa»<sup>5</sup>. Pues bien, a ese tema de la minoría de edad vuelve en 1979 por incitación de la propia Universidad, la suya, la de Salamanca. La misma organiza un ciclo de conferencias sobre la infancia haciéndose Tomás y Valiente cargo de la vertiente jurídica. Diserta sobre *El niño visto por el Derecho*. Entra concretamente en la crítica del vetusto Código civil por su régimen discriminatorio según la filiación dentro del matrimonio, dicha legítima, o fuera de él, lo cual choca ya frontalmente con la Constitución recién promulgada. Se pregunta en su charla: «¿Continúan vigentes hoy todos sus artículos [del Código] relativos a la paternidad y la filiación?», para responder sin dudarle negativamente. Prosigue con los interrogantes: «¿No habrá que esperar a que el legislador desarrolle estos preceptos constitucionales [de no discriminación]? ¿No es necesario que el Código civil sea reformado antes de declararlo sin más pronunciamientos como inconstitucional y derogado en aquellos artículos que, por discriminatorios, son inconstitucionales?». Nueva respuesta negativa sin vacilación alguna ante tamaño dilema: «O interpretar la Constitución con arreglo a las leyes hasta ahora vigentes, o interpretar las leyes hasta ahora vigentes con arreglo a la Constitución. Esta segunda postura y no la primera es la correcta», a su entender categórico<sup>6</sup>.

No olvidemos que nos situamos a finales de los setenta, con la Constitución estrenándose. Constitución en mano, el argumento de Tomás y Valiente nos puede parecer de cajón, mas no lo era. Al cabo de un cuarto de siglo, tomar la norma constitucional entre las manos es también, aunque no siempre reparemos, interponer una lectura, la de la jurisprudencia constitucional<sup>7</sup>, una jurisprudencia precisamente a la que él, Tomás y Valiente,

<sup>5</sup> «Carmeni. Gure seme-alabei: Ana, Miguel, Quico eta Pipari» en la traducción del manual al euskara que le hubiera de seguro placido: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Espainiako zuzenbide-historiaren eskuliburua*, Bilbo, Deustuko Unibertsitatea, 2003.

<sup>6</sup> Como ya he dicho, en las *Obras Completas* se encuentran hoy fácilmente los escritos mayores y menores. El término de la no-discriminación como piedra de toque de la codificación es por supuesto el formulado en el artículo 14 de la Constitución española: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», con las especificaciones del 39 que alcanza hoy (no en 1978) a la Convención de los Derechos del Niño: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», todo ello con tal lenguaje unilateralmente tuitivo ya datado.

<sup>7</sup> También es, o debiera ser, interponer normas superiores, las de derechos humanos, cuyo valor va más allá al reconocido por el propio texto constitucional (art. 10.2: «Las

contribuiría desde posiciones de entrada tan netas y categóricas. Entre profesionales del derecho, tanto de la academia como de la justicia, dicha postura era por entonces minoritaria. También ha accedido luego al Tribunal Constitucional alguno que otro de entre quienes al principio no le otorgaban a la Constitución una eficacia tan inmediata e incluso entendían que, consistiendo la justicia en la aplicación de ley, debía seguir aplicándose el Código, con todas sus discriminaciones, mientras que la legislación no se reformase en conformidad con la Constitución. Un profesor de historia venía a dictarles una primera lección de constitucionalismo a profesores con toda la barba y profesoras bien avezadas, las pocas que entonces había, de derecho positivo. No puede decirse que, por conocer la historia, se estuviera más al tanto del alcance de unas discriminaciones arrastradas desde el pasado, pues todos los juristas tenían ante la vista normas tan francas como el Código civil de aquel tiempo y de los precedentes, desde un siglo antes. Procuremos siempre situarnos.

¿De dónde podía venirle por entonces a un historiador del derecho una sensibilidad constitucional tan pronunciada, bastante superior sin lugar a dudas a la media de toda una muchedumbre de colegas juristas o llanamente universitarios? No desde luego de la propia especialidad, la de historia del derecho, la cual, como también ocurría con el derecho romano vecino, no desentonaba en la situación de dictadura y hasta se significaba por su notoria indiferencia de cara a la recuperación constitucional o que incluso, entre sus autoridades académicas más notorias de entonces, se caracterizaba por su mal disimulada contrariedad ante la liquidación del franquismo y el logro de una Constitución libertaria, fundada inequívocamente en libertades<sup>8</sup>. Dicho de otro modo, las especialidades no positivas o menos prácticas de las facultades de Derecho, también comprendida la filosofía, se encontraban por aquellos años en particular hipotecadas por las décadas de franquismo, de este régimen nada constitucional. Indico esto, no por disgustar a nadie que guarde todavía respeto a sus obligados maestros<sup>9</sup>, sino por poder subrayar la significación más estrictamente individual

normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»). Lo reitero porque hoy, aunque no se haya reformado, el artículo 39 de la Constitución es otro en virtud de la Convención de Derechos del Niño, ratificada por España en 1990.

<sup>8</sup> Mejor que otras crónicas del gremio académico, puede ahora abundar en una comprobación VALLEJO, Jesús, «Un cuarto de siglo, una historia, un anuario», *Crónica Jurídica Hispalense*, 1 (2003), pp. 388-418. Para unos anales de panorama más largo y, sobre todo, escenario más ancho respecto a base previa (Vallejo parte exactamente de la Constitución), DÍAZ, Elías, *Pensamiento español de la era de Franco, 1939-1975*, Madrid, Editorial Tecnos, 1983.

<sup>9</sup> Bien que el respeto debiera ser siempre recíproco, lo que no habría por qué decirse desde luego, pero que para el caso resulta preciso: contrástese, como órgano de especialidad

de la obra de Tomás y Valiente entre la década larga que transcurre desde mediados de los años sesenta, a su llegada a Salamanca, hasta el momento constitucional. Para ser justo, debo añadir que también había alguna figura de excepción equivalente en el ámbito de la filosofía del derecho y del derecho romano, pero no estoy pergeñando ahora ninguna crónica de la cultura jurídica española de aquellos años, sino tan sólo tratando de situar y valorar la obra de Tomás y Valiente.

¿Cómo había llegado un historiador del derecho a esta sensibilidad más específicamente jurídica o, por la seña que ahora importa, constitucional? Por tener los ojos alerta y el corazón abierto desde luego, pero también en buena parte precisamente por la propia experiencia laboral, por los propios estudios de investigación histórica, por aquellos en los que con resolución se embarcó desde el momento cuando, con el acceso a la cátedra, gozó de autonomía profesional. Particularmente importantes resultaron al propósito las indagaciones de historia del derecho penal y procesal. Ocupándose del tiempo preconstitucional, no digo del franquista, sino de entre los siglos XVI y XVIII, puso de relieve lo que son y lo que implican los procedimientos dirigidos a la prevención del delito o de ideas y conductas consideradas arbitrariamente como delictivas sin consideración no ya sólo de garantías para la debida justicia del proceso, sino tampoco, a ningún efecto, de las personas sometidas al mismo, ya no digamos de sus libertades. La tortura era un medio de prueba reconocido y practicado ante jueces y escribanos que levantaban acta impasible hasta de los patéticos gritos de dolor extremo. A efectos más estrictos de estudio jurídico, la historia fungía de derecho comparado cuyas conclusiones podían extenderse a supuestos incluso presentes<sup>10</sup>.

Ocuparse directa y abiertamente de la represión franquista era impensable por arriesgarse la inoperancia e incluso el suicidio profesional como docente. Situémonos siempre en el tiempo. Había un régimen de censura

---

públicamente financiado, el actual *Anuario de Historia del Derecho Español*, 73 (2003), pp. 823-839: «Homenaje a don Alfonso García Gallo», con fuerte identificación entre maestro ausente, área académica e incluso religión, la católica ésta.

<sup>10</sup> *Derecho comparado* o similar tampoco era cosa que hubiera entonces entre los planes de estudios jurídicos (o plan en singular para toda España hasta mediados de los sesenta, cuando las Universidades de Sevilla y de Valencia iniciaron tímidos experimentos de diversificación curricular sin entrada tampoco para tal materia). De hecho, la comparación se cultivaba en las diversas asignaturas buscándose para el propio sistema la cobertura ideológica de homologaciones más o menos en falso con otros menos singularizados por la cerrazón anticonstitucional. En *Derecho político*, tampoco constitucional entonces, había quien cultivaba un comparativismo en cambio de contraste por poner en evidencia, dentro de estrechos márgenes, el sistema inconstitucional imperante, pero esto en unos términos irremediabilmente ensayísticos. El laboratorio histórico de Derecho comparado al que me refiero creo que no tuvo parangón.

y represión de una eficacia probada. Sin otro ingreso que el sueldo, Tomás y Valiente fue por aquel entonces sometido a un expediente ministerial de expulsión de la cátedra por suscribir un sencillo manifiesto a favor de la autonomía universitaria y mantener la firma, de lo cual le libró, no la solidaridad menguada del propio medio académico, sino una crisis de gobierno que fuera ajena al asunto de la universidad y que diera entrada a un ministro de Educación menos insensato. Así funcionaban las cosas por aquel tiempo de tribulaciones<sup>11</sup>.

Tomás y Valiente actuaba con plena deliberación. Más tarde, no entonces, pudo franquearse, pero ya se insinuaba en tiempos del franquismo: «Cuando ha ido creciendo el poder del Estado —escribía al hilo del estudio histórico— y su mitificación ha alcanzado los niveles máximos en los regímenes totalitarios comunistas y fascistas, la tortura ha vuelto a ser realidad», dando naturalmente por sobrentendido que el franquismo quedaba comprendido en la segunda categoría dicha, la del fascismo. Porque se dedicase entonces al archivo y la biblioteca, no estaba recluido en torre alguna de marfil, dura piedra ni vulgar mampostería. En los pasajes sobre Salamanca de sus apuntes autobiográficos de 1990 no sólo se refiere a investigación y docencia. Recordemos que había unos puntos suspensivos: «Tuve conflictos con las autoridades académicas y con la policía [...]. Había que firmar o redactar cartas de protesta, dar la cara por algún alumno o solidarizarse con esto o con aquello. Sin sacar los pies de la institución universitaria se hacía política, se participaba de forma consciente en lo que podríamos denominar resistencia cívica». Consciente era de que en las comisarías se torturaba, sin juez ni notario ahora. Reeditando a mediados de los noventa sus estudios de entonces sobre la tortura, ante la eventualidad de lectura joven sin los antecedentes precisos, cree necesario explicar tal «estrategia —en sus palabras— de hablar sobre determinados temas no en presente de indicativo, lo cual era imposible, sino en relación con tiempos pasados», resultando escritor y lector «cómplices que intercambiaban guiños y descifraban claves», siempre en sus palabras de los noventa. Pero ahora también inmediatamente añadía que la obra, su estudio, fue y es «un libro de historia» sin necesidad de «lenguaje diagonal». Esta otra advertencia resulta de lo más relevante para aquilatar bien el valor sustantivo de su trabajo de investigación.

No vayamos a equivocarnos. No nos dejemos confundir por sus mismos desahogos de cuando pudo respirar dejando con alivio atrás los

<sup>11</sup> Valga ahora la ilustración más inmediata: FRANCIA, Ignacio, *Salamanca, 1950-1992. Materiales para la Historia*, Salamanca, Caja Duero, 2002, pp. 241-242 y 253-255, con dedicatoria que sintoniza y le comprende en buena compañía de aquellos años: «En memoria de quienes, fallecidos ya o aún presentes, se entregaron sin provecho propio y en tiempos duros al servicio de la sociedad, por la aspiración de las libertades y la democracia».

apremios y angustias del franquismo. Ya puede viajar sin problemas, pues en los últimos tiempos franquistas tuvo ocasionalmente retenido el pasaporte por lo que se llamaba en terminología oficial la policía social, esto era, policía política. En una entrevista mexicana de 1981 se explayaba:

Cuando me ocupé del derecho penal de la monarquía absoluta, o cuando me ocupé del libro sobre la tortura, aparte de que en sí mismos aquellos temas me interesaban y me parecían imprescindibles, o por lo menos importantes, para conocer la realidad del sistema jurídico de la monarquía absoluta, es decir, los instrumentos represivos de un régimen a fin de cuentas autoritario, la verdad es que me ocupé de ellos en unos años en los que España no gozaba de la debida libertad. Por consiguiente, para censurar o de algún modo criticar o poner de manifiesto la existencia en la España de los años 60 ó 70 de unos instrumentos represivos, resultaba interesante hacerlo en una forma indirecta, siendo imposible otra.

También explicaba en esta entrevista mexicana su orientación metodológica por contraste con las posiciones de sus colegas tanto marxistas como no marxistas, bien que declarándose más cercano a la primera cota, la del marxismo. Identificarse, no se identificaba propiamente con ninguna de entre dichas posiciones por entonces polarizadas ni sentía la necesidad. A efectos científicos, no creía que la contraposición entre marxismo y anti-marxismo, aun encontrándola orientativa, pudiera valer. Más inclinado a la primera posición, en unos términos políticos ya venía reconociéndose como socialista democrático, pero con fuerte acento en lo segundo, en el adjetivo de democracia más que en el sustantivo de socialismo<sup>12</sup>. En fin y con todo, entre ciencia y política, no pareciera sino que un historiador que se ha servido de la historia pudiera ya manifestarse en unos términos de presente que antes sólo tocaba en clave, mas la impresión es engañosa a la luz no sólo de otras manifestaciones suyas más cuidadosas y menos expresivas, sino también y sobre todo a las results y evidencias de su propio trabajo como historiador. Ahí, donde debe, en el producto personal y en el taller mismo, está la prueba de que Tomás y Valiente nunca redujo la historia a clave de presente.

A esto venía la otra advertencia, la de que sus libros de entre los años sesenta y setenta son estrictamente de historia. A quienes nos dedicábamos a este oficio y le prestábamos oídos, nos ponía por entonces continuamente en guardia contra lo que llamaba el *presentismo*, esto es, la tentación de producir historia anacrónicamente en clave de modo que se degradara la propia entidad intrínseca de los asuntos estudiados. «Pecado

<sup>12</sup> FRANCIA, I., *Salamanca, 1950-1992*, pp. 408-409, sobre su única experiencia partidaria de tal signo, en 1977, o más bien interpartidaria pues se trataba de una candidatura de coalición.

funesto», poco menos que nefando, le decía. Era consciente de que andábamos por la cuerda floja entre el ensimismamiento y la excitación por la implicación de unos temas de historia en el contexto de una dictadura de presente.

No sólo sus investigaciones procesales y penales hacían más que guiños a la actualidad. Estudiaba las prácticas no sujetas a derecho allá por el siglo XVII, cual fuera el caso de los validos como vicarios prácticamente de unos monarcas, mirando de soslayo a la corrupción pública en general y al franquismo en particular. Se introducía en el estudio de la desamortización por el siglo XIX y no se recataba en aludir a la amenaza que se cernía sobre el patrimonio público en los tiempos que corrían, los franquistas. Mas a esto, a su posible interés para un presente, no se reducían ni mucho menos sus libros de entonces sobre un pasado.

Digamos en definitiva que postulaba y practicaba un presentismo controlado y sobre todo nada, absolutamente nada, reductivo. Como expresaría en 1991 en su discurso de ingreso en la Academia de la Historia: «Es preciso que quien la estudie y la escriba [la historia] lo haga con honestidad y pericia profesionales, pero también que detenga su atención y su pluma en problemas cuya respuesta enlace con las preocupaciones del presente que comparten el historiador y sus conciudadanos». Versaba discurso tan señalado sobre *Martínez Marina, Historiador del Derecho*, allá éste por los principios del siglo XIX. Buscaba así además Tomás y Valiente raíces para una especialidad particularmente degradada por el episodio franquista<sup>13</sup>.

Controló a conciencia su propio presentismo. Produjo historia. He ahí su empeño y su estilo. Desde *Los Validos en la Monarquía Española* (1963) hasta *Gobierno e Instituciones en la España del Antiguo Régimen* (1982), pasándose por *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta* (1969), *El Marco Político de la Desamortización* (1971), *La Venta de Oficios en Indias* (1972), *La Tortura Judicial en España* (1973) e incluso el *Manual de Historia del Derecho Español* (1979), sus libros lo son de historia, lo que no sólo les redime del presentismo, sino que además y sobre todo les confiere todo su valor nada coyuntural. La añadidura de unos sobrentendidos, de aquellos guiños que nos ha dicho, es a su vez señal no sólo de

<sup>13</sup> Lo subrayo por la involución ulteriormente habida en un terreno académico con el que se identificó y comprometió a fondo. Derrrotista como ya me sentía en estas lides de salvamento de poco más que de gremios (con ocasión de la reforma universitaria de los años ochenta, defendió la obligatoriedad troncal de la Historia del Derecho, mientras que por mi parte entendía que en materias como ésta habría de ganarse el espacio docente e investigador en cada centro), así y con todo, le flanqueaba por supuesto en sus iniciativas de recuperación (la principal, *Anuario de Historia del Derecho Español*, números 62 a 66, 1992 a 1996, éste póstumo), por lo que luego puedo al menos prestar testimonio de primera mano.

peaje pagado a una coyuntura, sino también de unas motivaciones y compromisos íntimos. Constituyen signos de la sensibilidad constitucional que progresivamente cultivaba, por vía de contraste, en sus estudios y que fomentaba, por implicación, en su enseñanza.

En suma, cabe decir que el valor de toda aquella obra de Tomás y Valiente, a la que ha de agregarse una batería nutrida de artículos en sedes de lo más variadas, presenta un valor realmente doble, como investigación histórica y también como análisis presto para el derecho comparado, ya sea esto sobre la corrupción política, sobre la codicia privada o sobre los procedimientos atentatorios contra la dignidad de las personas. El hecho en definitiva es que, estudiando seriamente en la historia el contraste de mecanismos degradantes de libertades individuales y depredatorios de bienes o recursos públicos, Tomás y Valiente podía haber estado produciendo, al tiempo que conocimiento historiográfico, cultura constitucional por vía de sensibilidad moral. Escribiría en prosa sabiéndolo. No es caso de racionalización alguna suya a posteriori.

El Tomás y Valiente que conocí y comencé a tratar por la primera mitad de los años setenta, el Tomás y Valiente que me otorgó su confianza, ya era bien consciente y estaba más que resuelto. Se significaba en la especialidad de la historia y, aunque sin reconocimiento equivalente todavía, en la generalidad del derecho. Era jurista de cuerpo entero que se presentaba y desempeñaba como historiador de preocupación jurídica y ocupación más íntegra o menos limitada. Enseñaba en la facultad angosta entonces del derecho e investigaba en el campo siempre ancho de la historia, afrontando disyunciones y ensayando conjunciones que más tarde fructificarían o comenzarían a hacerlo en el tiempo que le dejaron vivir sus asesinos. Luego veremos.

De momento, ¿va a extrañarnos la manifestación temprana de sus posiciones netamente constitucionales o a sorprendernos su acceso inmediato de primera hornada a la magistratura constitucional? En el círculo profesional más inmediato de una especialidad, ha de reconocerse que la extrañeza se dio. Pertenecía al gremio de la historia del derecho y esta profesión académica se hallaba por regla general entonces (miremos al tiempo, a aquel que transcurre entre franquismo y constitucionalismo) en un mundo tan autista y enrarecido, en un ambiente tan ensimismado por ficciones del pasado y complicidades del presente, que pudo producirse cierto desconcierto o incluso cundir reproches, no por injustos tal vez menos sinceros sobre todo entre más allegados, de oportunismo e inconsecuencia, tal y como si estuviese de improviso traicionando un juramento de dedicación universitaria de por vida. Si queremos ser ecuanímenes y evitar connivencias, conviene tanto encajar la convicción como registrar la injusticia<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Entre las fuentes de carácter oral de *Salamanca, 1950-1992* de Ignacio Francia figura una conversación, grabada el 21-II-2002, con su sucesor en la cátedra, Benjamín González

En tiempos de tribulación, la confusión imperaba. Por precaverla en el campo de la especialidad, de una especialidad de historia que no se predicaba historiográfica, sino jurídica, aun produciendo de hecho ningún derecho y poca, si alguna, historiografía (quiero decir investigación histórica), el jurista e historiador, historiador y jurista, ambas cosas a un tiempo, Tomás y Valiente venía profesándose especialista de historia más que de derecho, con antelación y por encima del mismo. Caracterizaba incluso su trabajo como historiográfico y no como jurídico. Creo que no le hacía justicia a su propia obra. No podía además prever la propia prosecución jurídica, específicamente constitucional, que podría producirse sin solución de continuidad a partir de 1980, cuanto acceda a la magistratura y luego retorne a la docencia.

Si queremos ahora captar a fondo el específico valor constitucional por jurídico, o jurídico por constitucional, de toda aquella obra historiográfica de Tomás y Valiente previa a su magistratura, creo que todavía procede situarse algo más en su propio tiempo. El valor que en sí encierra todo aquel trabajo historiográfico de años se potencia por unas circunstancias históricas que no fueron en nada ajenas a su propia motivación. Conviene, en lo que aquí cabe, acercar el objeto a la situación de dictadura.

Para situarse, no creo que baste su mera contraposición con el constitucionalismo de luego y ahora. Los años cincuenta, aquellos de su juventud entre la literatura sensible y el derecho insensible, fueron realmente testigos de todo un importante proceso de institucionalización o, si se prefiere, de juridificación del sistema establecido entonces en España, el franquista, a través del flanco concreto del derecho administrativo, no por supuesto del constitucional, en orden ello a ofrecerse a los particulares ciertas garantías frente a la arbitrariedad política imperante. Se regularon y pusieron en práctica procedimientos tanto administrativos como judiciales en consideración

Alonso, la persona académicamente más allegada, por relación discipular, cuando Salamanca era su universidad y Salamanca su ciudad (véanse unas semblanzas suyas: GONZÁLEZ ALONSO, B., «Francisco Tomás y Valiente, 1932-1996», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 67 (1997), pp. 27-34, y «Recuerdo de Francisco Tomás y Valiente, universitario e historiador del derecho», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 26 (1997), pp. 663-686, en volumen y sección de homenajes), pero de quien no se registra en dicho libro testimonio sobre el maestro. En foros y ámbitos de especialidad las reticencias suelen manifestarse y los compromisos de por vida presumirse mediante la suposición de genealogías escolásticas de autoridades académicas incluso tan medianamente científicas y cargadamente políticas como la referida de Alfonso García Gallo, la aparentemente más verosímil y sustancialmente más adversa para el caso. El mismo no es muy distinto al de unas primeras publicaciones. Hay quienes miran todavía al pasado haciendo abstracción de dictadura no sólo política, sino también académica, y así siguen empeñándose en tratar en los mismos términos de significación biográfica y responsabilidad personal cosas tan diametralmente distintas como la falta de opción y el ejercicio de libertad.

particular de determinados intereses o, si se prefiere, derechos de carácter patrimonial, los de la propiedad privada. Se trataba del respeto a las posiciones dominicales dadas, sin ponerse en cuestión para nada el inmenso expolio ya cometido por la dictadura. Y de las libertades personales, ni posibilidad de cuestión, no digamos de garantía. El fuerte margen de discrecionalidad jurídicamente inconstrastada que conservaban los poderes públicos ya no sería al menos ejercitable a costa de derechos patrimoniales particulares. El cambio no puede decirse que fuera inapreciable. También era así de limitado.

En eso básicamente consistía el derecho administrativo como proscripción de la arbitrariedad pública que a nuestras alturas todavía, sobre todo entre administrativistas interesados, hay quienes ponen en el origen de nuestro actual constitucionalismo. No sólo una nostalgia franquista acreditada al franquismo con continuidades en falso. A lo que ahora nos importa, adviértase que Tomás y Valiente no sintonizó en absoluto con dicha línea comparativamente menos arbitraria de la dictadura. No era en efecto persona que se hiciera ilusiones ni tampoco que llamara a los demás a engaño. No confundía garantía de la propiedad con garantías de libertad. Son cosas que pueden apreciarse incluso, dentro de las limitaciones del género, en su manual de historia del derecho.

No sintonizaba con razón. Adviértanse cuáles fueran los valores superiores, los virtualmente constitucionales, asumidos por Tomás y Valiente en el desarrollo de su obra historiográfica de los años sesenta y setenta. Entre ellos no se encuentra ciertamente la propiedad privada. Figuran en cambio los bienes y recursos públicos como también, en lo que toca a las personas, la libertad y la dignidad, atendándose así procedimientos y garantías no para con intereses patrimoniales, sino para con derechos más estrictamente personales. No cabe decirse que Tomás y Valiente no considerase la propiedad privada como derecho. Le hemos visto manifestar sin ambages su repudio de los regímenes comunistas junto a los fascistas. Es a los efectos superiores de los valores constitucionales en plan operativo, no en el meramente ideológico, que Tomás y Valiente se identifica con las libertades individuales y los intereses públicos, con ambas cosas a un tiempo, plantándose así, en cuanto que constitucionalista, el constitucionalista que va a comenzar comprometidamente a ser desde 1980, el reto de una conjugación entre derechos y poderes, derechos y poderes de Estado. Con este pie entraba en la magistratura constitucional.

Aun con todo el respaldo de la obra producida hasta entonces, ni se movía por oportunismo ni andaba improvisando desde luego, pero tampoco puede decirse que se encontrase pertrechado para un reto tan específicamente constitucional o prácticamente incluso constituyente, pues se trataba de crear el tribunal y hacer arrancar su jurisprudencia. Hay que

decir también acto seguido que no los había mejores entre quienes elegir, pues, permítanme esta excesiva generalización, si venían del exilio, estaban menos al tanto del ordenamiento en vigor que habría de depurarse y, si aquí cultivaban este tracto de derecho, se encontraban más lastrados por perspectivas administrativistas, codicistas, ensayísticas y escapistas. Situémonos en el tiempo y comprenderemos que un historiador del derecho, alguien que había venido deambulando sobre todo por tiempos nada constitucionales, fuera un buen candidato para la magistratura constitucional. Se sentía personalmente capaz y afrontó responsablemente el reto. El signo más elocuente del acierto en la designación puede ser el de que fuera elegido presidente por sus congéneres para un primer periodo por amplia mayoría (nueve de doce, sólo dos discrepantes, pues no se votaba a sí mismo) y para un segundo por unanimidad. Mayorías tan calificadas no son usuales en estos trances.

El reto fue real incluso respecto a cuestiones inesperadas para él mismo. Le hemos visto afirmar categóricamente en 1979, en las mismas vísperas de su magistratura, el valor de la Constitución frente al Código sin posibilidad alguna de que, tal como entonces era, el segundo se parangonase con la primera. Ante asuntos más complejos que el de la no discriminación, podía no sostenerse tan claramente la eficacia normativa tan directa e inmediata de la norma constitucional. Pongamos, pues el caso naturalmente se plantea, que no se tratase de ley anterior a la Constitución, como el propio Código, sino de ley posterior, como incluso reformas del mismo, suscitando a la propia justicia alguna duda de constitucionalidad. Ya no es cuestión del efecto derogatorio de la Constitución misma, sino de la jerarquía constitucional entre derechos y leyes. Es claro en el caso también el principio de que la norma constitucional prevalece, pero ¿cabe que la justicia lo aprecie? Este juicio sobre la ley postconstitucional se reserva expresamente al Tribunal Constitucional, mas hay jueces que hacen directamente aquello que decía Tomás y Valiente en 1979, esto es «interpretar las leyes con arreglo a la Constitución» sin la cautela que él mismo, conforme a ella, interponía: las leyes «hasta ahora vigentes», las anteriores a la Constitución. Otra cosa es competencia no confiada a la justicia, sino reservada al Tribunal Constitucional.

El caso de jueces o juezas que actúan más expeditivamente a favor de Constitución frente a la ley llega al Tribunal Constitucional correspondiéndole la ponencia a Tomás y Valiente. Argumenta a favor de la competencia propia en base no sólo a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino también al Título Preliminar del Código civil, este capítulo de una ley al fin y al cabo ordinaria y además preconstitucional, concretamente el Título Preliminar de 1973, sobre materia en sustancia tan constitucional como la identificación del derecho y la articulación de sus fuentes. Como se trata de hacer valer la ley sobre justicia y

como dicho título preliminar de tiempo franquista, al desconocer Constitución, entiende ciertamente que la segunda se debe a la primera, la justicia a la ley, entonces, la alegación del Código, de una parte además tan problemática suya, sirve para acentuar la fuerza de la Constitución, de un punto suyo también en definitiva problemático como es el de la concentración y exclusiva de la jurisdicción sobre ley desapoderándose a la justicia ordinaria. El Código expulsado por la puerta al no casar con Constitución entraba ahora por la ventana al poder respaldarla. Permítaseme añadir que cuando casos similares van a ponencia de otras manos, no difieren sustancialmente ni resolución ni argumento, juego de Código inclusive. Estamos ante nudos de la Constitución, ante casos duros para el Tribunal Constitucional, y Tomás y Valiente se manejaba con ellos al par entre sus pares. Mas también se significa por sí mismo.

También se significa y no sólo en un segundo periodo de su magistratura por el protocolo de la presidencia. Dentro de la dificultad de individualizar en la producción de una obra colegiada como lo sea aquí realmente la jurisprudencia constitucional, contrastando con el uso de otros tribunales, Pedro Cruz ha estudiado la aportación de Tomás y Valiente. He ahí una comprobación de su celo y rendimiento sin sorpresas mayores, a decir verdad, cuando se está en antecedentes de su obra historiográfica<sup>15</sup>.

El magistrado Tomás y Valiente contribuye a la obra colectiva de una jurisprudencia constitucional que, por inaugural, llega a ser en efecto de un alcance constituyente aportando una especial sensibilidad para con dos polos que, según entiende, se repelen y se necesitan al mismo tiempo como en la energía eléctrica, el polo de los derechos personales y el de los intereses públicos, no positivo el uno y negativo el otro, sino positivos ambos. En un panorama comparado de justicia constitucional o equivalente, lo usual es encontrarse casos de inclinación preferente ya hacia libertades individuales, ya hacia poderes constitucionales, los estrictamente tales. Tomás y Valiente, si se singulariza, no es por tanto por la búsqueda de algún equilibrio que siempre sería en falso entre libertad y poder, como

<sup>15</sup> CRUZ, P., «Razón de Constitución (Tomás y Valiente magistrado)», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 26 (1997), pp. 717-737, en la sección de homenaje dicha, concluyendo con la «razón de Constitución», de la Constitución de libertades, como «cifra de un empeño público», el de Tomás y Valiente. Antes, el propio P. CRUZ, «El Derecho Constitucional de Tomás y Valiente», *Tribunales de Justicia. Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales*, 8-9 (1997), pp. 883-887, arrancando con la constatación de «que hay un ordenamiento constitucional de Tomás y Valiente en el sentido de que nuestro ordenamiento, y específicamente el constitucional, no sería el mismo sin su aportación», la que expone en *Razón de Constitución* a través de casos de que fuera ponente. Cosas justas dichas al calor de su recuerdo conviene rememorarlas también en frío.

por el empeño en la aplicación de una funcionalidad realista de los poderes respecto a las libertades.

Expliquémonos. Tomás y Valiente no concibe que tenga sentido hablar de derechos naturales, pues la naturaleza no los garantiza, sino más bien piensa que al contrario. Su agnosticismo no admite religión ninguna, ni siquiera la religión de la libertad. Dicho todavía de otro modo, Tomás y Valiente entiende que no hay posibilidad de libertades, ni de libertades individuales ni tampoco de ninguna colectiva o comunitaria, fuera del Estado, y que, por consiguiente, los poderes constitucionales con toda su carga de intereses estrictamente públicos son la premisa, antes y más que la propia garantía, de la libertad misma. No concibe otra entrada realista ni, por tanto, teórica en libertades que la del pie forzado del Estado, de los Estados constituidos y, desde luego, constitucionales, no de otros por supuesto.

Es la línea por la cual cabe comprender su propio recurso eventual al Código como forma de respaldo a un poder constitucional, el legislativo, que se tiene por necesario para la libertad. Por esta búsqueda del difícil y delicado reforzamiento de la autoridad de los poderes sin arriesgar la garantía de los derechos o precisamente para ello, Tomás y Valiente se sentía libertario, magistrado garante de libertades, y se vio tildado de estatista, de agente infiltrado del Estado<sup>16</sup>. No era fácil ciertamente su empeño, mas encierra todo el valor de quien, como buen sabedor y analista de experiencias pasadas de corrupción civil y degradación humana, miraba más a la efectividad que al predicado de la libertad. Dejó realmente una impronta favorable a las libertades que el Tribunal Constitucional actual, con una presidencia errática y en una marcada minoría quienes prosiguen

<sup>16</sup> He dejado al margen, pero no rehúyo, el principal extremo al que la imputación se aplicara, el de su posición no favorable al valor presente de los fueros vascos o desfavorable incluso al reconocimiento efectuado por la misma Constitución, lo cual, esto último, preocuparía a los partidos mayoritarios tanto que los dos primeros presidentes del Tribunal Constitucional, Manuel García Pelayo y él mismo, se habían significado pronunciándose públicamente, antes de acceder a la magistratura, en tal sentido poco entusiasta con el paso constitucional (también es verdad que Tomás y Valiente había dejado inédito y nunca publicó un acabado comentario crítico sobre los pasajes en cuestión de la Constitución). No niego que el dato de esa posición operase sobre todo en ánimos partidarios, pero, tras todo lo recordado, tampoco me parece que fuese un factor realmente decisivo y, sobre todo, no lo fue que hipotecara seriamente el signo libertario de una obra jurisprudencial (la calificación de *libertaria* para una jurisprudencia de libertades, pues *liberal* resultaría equívoco y constitucional genérico, es mía, no de Tomás y Valiente ni de Pedro Cruz). Por fortuna, aunque hay padre constituyente empeñado en el intento, quienes hacen historia no tienen un poder equivalente para dejarla escrita, para proyectarse y representar en un futuro ajeno su presente propio. Pasa el tiempo y llegan generaciones que, si saben liberarse del peso de la nuestra, la que hizo la transición, harán historia no obligadamente en todo celebratoria de instituciones como el Tribunal Constitucional y de la Constitución misma.

su línea, parece andar eclipsando. Está viva la herencia en el tracto de la jurisprudencia. Afortunadamente, un tribunal, si no quiere dilapidar su autoridad, ha de operar mediante desenvolvimiento de razones y no a golpe de decisiones. No es, sin embargo, por comparación ni por nostalgia, sino por sí y en sí, como mereció que se apreciara y por lo que merece que se aprecie la obra jurisprudencial de Francisco Tomás y Valiente.

Con el Tribunal Constitucional Tomás y Valiente cumple en 1992, a mediados, tras doce años largos. Si no ha habido discontinuidad en cuanto al fondo de su obra jurídica más personal entre una primera etapa de profesorado y la segunda de magistratura, menos la habrá ahora de vuelta ni siquiera a los efectos del regreso. No será tal exactamente. El Tribunal Constitucional no constituye en su caso un paréntesis. No vuelve realmente al mismo sitio del que provenía.

Había dejado cosas pendientes, proyectos que se interrumpieron en 1980 al aceptar la magistratura. Renunció entonces incluso a una sustanciosa ayuda a la investigación para un estudio comprensivo sobre la venalidad de los oficios públicos del que ya había publicado algún adelanto sectorial como hemos visto. Guardaba cantidad de documentos y apuntes para la obra que calculaba magna. En sus apuntes autobiográficos de principios de 1990 todavía lo tiene bien presente:

Es tal vez el tema que más horas de trabajo de archivo me ha absorbido. Pretendí (y no renuncié al propósito) escribir sobre él una monografía [...]. Hasta ahora he publicado un libro y ocho o diez trabajos ocasionales sobre ese gran tema, clave para entender el funcionamiento político de muchas instituciones del Antiguo Régimen. Es un error, del que he sido y soy consciente, diseminar de ese modo la información inédita acumulada tras investigar en los archivos.

Tenía así asuntos de entidad pendientes desde 1980 y los seguía teniendo bien presentes al cabo de diez años de intensa dedicación a la magistratura, pero el caso es que no vuelve a ellos en 1992. Lo descarta finalmente. Frente a lo que aún pensaba en 1990, ha renunciado al propósito. No retoma ningún trabajo interrumpido por la magistratura constitucional, mas no por ello se produce una discontinuidad. Hay ahora una razón de peso. Tiene cosas mejores que emprender haciéndose igualmente cargo de sus trabajos como historiador y como magistrado.

La razón tiene que ver con un cabo que ha quedado suelto. Al principio hice referencia a que el asesinato de Tomás y Valiente no sólo sesgó una vida, sino que también cercenó una obra y esto además de raíz. Lo que ahora él se plantea es algo nuevo, nada menos que enfrentarse cual problema tanto histórico como actual con la extrema dificultad del encaje entre libertades individuales y poderes públicos, con el peliagudo asunto de la necesidad del Estado como premisa sine qua non de la propia libertad humana.

A lo que ahora vuelve es a unos orígenes incluso para el caso de España. Frente a lo que ahora vuelve más condescendentemente sentado en una reseña bibliográfica de 1977 (*Notas para una nueva historia del constitucionalismo español*), ahora repite que, sobre historia constitucional española, «no sabemos nada». Inicia una investigación sobre el constitucionalismo gaditano, el primero propiamente español; contrata con un editorial un libro sobre *Orígenes del Constitucionalismo Español* para desconstruirlo a continuación. No se centra ahora tan cómodamente en España.

La medida de un solo Estado parece que ya no le luce del todo, pues no le resulta holgada. Se le queda estrecha. Alguna costura estalla. Le importan problemas que desbordan cualquier reclusión en caso particular como el propio español. Ha de moverse como mínimo ahora en un espacio europeo y euroamericano. Se interesa por lo que denomina el *derecho común del constitucionalismo* por semejanza y, sobre todo, contraste con un *ius commune* histórico nada constitucional, el romano-canónico, que ya está fuera de ese alcance europeo e incluso americano. Ahí, en un ámbito más amplio de *derecho común* contemporáneo, se plantea el reto de la conjugación entre libertad y poder. No es una reflexión filosófica lo que le tienta. Lo que proyecta es un estudio analítico a través de una historia hasta el presente. Donde vuelve es a unos orígenes más que españoles. Se pone en serio a la obra regresando con otra mirada a terrenos conocidos. Ha de confrontarse con quienes iniciaron una problemática constituyente y constitucional. Por estos años, a mediados de los noventa, es cuando adquiere para su biblioteca personal obras como el original inglés del *Leviathan* de Hobbes (edición de Richard Tuck), la primera manifestación histórica del Estado como mejor garante de libertad y mayor peligro para ella a un tiempo. Lo propio hace, pues es ahora también cuando lo adquiere en versión original, con los *Treatises of Government* de Locke (edición de Peter Laslett), el primer planteamiento histórico de funcionalización institucional, no meramente postulada, entre poderes y libertades.

Respecto a orígenes así no sólo españoles, ahora, en una conferencia de 1994 sobre *El Ius Commune Europaeum de ayer y de hoy*, puede decir cosas como las siguientes:

Más de veinte siglos de cultura jurídica no permiten ingenuidades. Grave sería la que consistiera en creer que declarar derechos equivale a garantizarlos o llenarlos de contenido. Las hipocresías del individualismo posesivo son múltiples: desde un Montesquieu permitiendo la esclavitud de los negros en aras de la producción, monopolio y comercio de la caña de azúcar, hasta un Locke redactando carta de los derechos de los colonos ingleses en modo alguno extensivos a los indígenas, o una Constitución de Cádiz proclamando la libertad de ideas políticas, pero no religiosas, o hasta todo el liberalismo doctrinario atesorando en exclusiva para la burguesía y demás primeros contribuyentes el derecho de sufragio activo y pasivo.

Era aviso y anuncio de las preocupaciones que se traía entre manos sobre un escenario histórico que habría de rendirle perspectivas para una problemática constitucional de hoy en un grado menos ficticio y de una manera menos satisfecha de lo que suele ocurrir entre constitucionalistas, en el seno de la misma cultura jurídica de confesión y convicción tales. No iba a hacer ahora obra convencional ni histórica ni constitucional<sup>17</sup>.

La decisión de no volver a lo pendiente, a la historia del derecho interrumpida en 1980, se ha precipitado entre principios de 1990, cuando todavía le hemos visto acariciar la posibilidad, y mediados de 1992, cuando cumple con el Tribunal Constitucional abrigando ya otros planes, los de viaje en cambio a las raíces sin ser vuelta a la semilla ni regreso a ningún sitio. Por medio se sitúa un acontecimiento exterior, pero que le alcanzó anímicamente de lleno.

Me refiero a la descomposición sangrienta de Yugoslavia que vivió bastante de cerca, aunque no presencialmente, por razón del cargo. Como presidente de Tribunal Constitucional junto a congéneres de cortes equivalentes de otros Estados europeos, formó parte entre 1991 y primeros meses de 1992 de la *Comisión d'Arbitrage de la Conférence pour la Paix en Yougoslavie* cuyo fracaso rotundo, habiendo de operar «con el derecho como único instrumento», según él subrayaba, le afectó profundamente. Fallaba el Estado y con esto cualquier posibilidad de libertad ni derecho alguno que valiera. Así es como lo vivió y entendió. Creo que fue la gota, toda una inundación, que hizo rebosar el recipiente de sus planes personales. No volvería a la historia del derecho que había dejado pendiente por mucho que siguiera apreciando su valor y cooperando incluso en su campo. Personalmente, debía afrontar, como obra nueva, un reto inédito, el de dicha indagación sobre el *derecho común del constitucionalismo* que pudiera abordar y analizar el encaje preciso entre libertad y Estado, Estado y libertad. La razón y el impulso se agudizan con el caso trágicamente práctico de Yugoslavia. Definitivamente, el asunto no es privativamente español.

<sup>17</sup> Dicha conferencia la elegí entre sus inéditos de entonces para ofrecerla como encabezamiento de un memorial especial: *Homenaje al Profesor Francisco Tomás y Valiente*, Euskal Herriko Unibertsitatea, 25 de marzo de 1996, pp. 5-12. Guardo materiales de otros muchos homenajes, pero no tuvieron la misma significación aunque sólo fuera por la circunstancia inaudita de que aquél hubo de celebrarse en un paraninfo ciertamente abarrotado y conmocionado, pero también asediado por grupos minoritarios celebrando con violencia el asesinato. La edición del homenaje concluye con una cita suya, pp. 78-79: «Giza eskubideen errespetua gutxieneko oinarri etikoa da. Den-denok demokratikoki geureganatzen badugu, elkarbizitza baketsurako bideak urratu ahal izango ditugu» («El respeto de los derechos humanos es el mínimo ético que, asumido democráticamente, permite la construcción de fórmulas de convivencia pacífica»). La calificación de un denominador básico por la ética ya sabemos que no es ni ociosa ni retórica, como nada de esto, ni ocioso ni retórico, hay ciertamente en el encadenamiento entero de la frase: derechos humanos, democracia, paz.

Tomás y Valiente se sentía por entonces privilegiado y, con esto, especialmente embargado por la responsabilidad. Sabía que, con su intensa y fructífera experiencia por partida doble y complementaria como historiador y como magistrado, se encontraba en las mejores condiciones para emprender dicha obra de revisión histórica y reflexión constitucional a un tiempo. Y se decide. Lo hace realmente desde 1992 reservándose aún el propósito. Se siente naturalmente inseguro, pero está determinado y se toma su tiempo, el tiempo del que no va a disponer. Va guardando en carpetas apuntes, esquemas, índices, esbozos, tanteos, nada ni siquiera parcialmente definitivo. Hasta pergeñó un prólogo trazando la trayectoria que ya nos consta para hacérsela presente de momento a sí mismo y, con el tiempo, a quien le leyera.

Cito de sus notas manuscritas (al ordenador sólo llegó como receptáculo pasivo del trabajo hecho) para la presentación de esa obra inexistente:

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* [subrayado suyo] la Constitución de 1978 con mentalidad y preocupaciones bien distintas a como hasta entonces había estudiado las Constituciones españolas anteriores. Al regresar a la Universidad y a la enseñanza ha pretendido proyectar sobre su trabajo docente aprendizajes técnicos y *experiencias vividas* [subrayado mío] durante esa etapa intermedia. Este libro es el resultado bueno, malo o mediocre de todo ello.

Fin de la cita presentando la obra que aún no existía y nunca existirá.

Parece que iba a ser su libro más ambicioso con diferencia. El prólogo también manifiesta que se dirigía no sólo a especialistas y al alumnado, sino en particular y sobre todo a la ciudadanía sin más, un público que se estaba realmente ahora granjeando a través de artículos en la prensa diaria sobre ética del derecho, o moral política si se prefiere, una moral definitivamente, por jurídica, por inspirada en derechos de libertad, nada vaga. En tiempos de la transición ya había colaborado de esta forma con el mundo del periodismo, pero sin término de comparación con la trascendencia que ahora cobran sus artículos. Bastantes le conocieron, como algo más que un hombre y una figura de autoridad, por este medio de la colaboración periodística en sus últimos tiempos. Bastantes le han llorado como alguien conocido por dicha razón<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Los artículos de prensa no dejan de comprenderse en las *Obras Completas*. Con todo y en suma, para la obra no sólo última, sino también penúltima, hay un Tomás y Valiente —el principal a mi entender, aun quedando inédito— que no está —no puede estar— en su *Autobiografía intelectual y política*, los apuntes autobiográficos de 1990 que

Estamos definitivamente a mediados de los años noventa, no a principios de los ochenta. El extremo de la conjugación entre Estado y libertad es la constante que le preocupa. La misma preocupación se agrava por factores internos, quiero decir españoles. Me refiero al empecinamiento asesino del terrorismo etarra y también a las evidencias de que un Estado constitucional como el español recurriera eventualmente a procedimientos terroristas.

Creo que quienes hablamos y escribimos contra la tortura en otro tiempo —escribe en éste de los noventa—, pero en este país, no podremos callar ahora, no podremos guardar silencio nunca. No puedo dejar de decir ahora con más claridad que antes, porque entonces lo hice utilizando el lenguaje apenas tacitista de la historia, lo que dije y escribí contra la tortura durante el franquismo.

Su principio de método sigue siempre siendo «con el derecho como único instrumento», con el Derecho de las libertades y sus garantías, no con otro. Especifica: «También los delincuentes tienen derechos fundamentales. Algunos incluso se han inventado para ellos».

Mas también es verdad que a mediados de los noventa la preocupación se le agudiza hasta el extremo de realzar la necesidad del Estado en unos términos que no parecen siempre guardar su ponderación característica ni que tampoco acaban de augurar la conexión precisa con la libertad que está indagando con tanto empeño para su obra en curso. Por estos momentos, en sus pronunciamientos públicos, proclama las ansiedades morales que le embargan más que anticipa las exigencias constitucionales sobre las que trabaja. Tal era su encrucijada.

---

así él tituló. Sólo se edita póstuma como encabezamiento en sus *Obras Completas* y como apéndice en mi *Biografía intelectual*, advirtiendo de sus limitaciones, pues la *Autobiografía* data de las navidades de 1989, sin retoque ninguno posterior, y además se detiene discretamente en 1980, por no adentrarse en el periodo de magistratura. Pensada para una revista que la encargó y no la publicó, él la encarpó y dejó inédita. La responsabilidad de haberla hecho pública es en exclusiva mía. Reproducir la sin la debida ubicación pudiera hacer flaco favor a su memoria sobre todo allí donde su entera trayectoria no resulte tan del dominio público como en España. Ahora, frente a mi consejo mediante consulta formal que agradecí, aparece en italiano como gesto anexo a la traducción de su estudio truncado sobre la génesis del constitucionalismo gaditano: *Genesi di un Costituzionalismo Euro-Americano, Cadice 1812. Con una Autobiografía dell'Autore*, Milán, Giuffrè Editore-Dipartimento di Storia e Comparazione degli Ordinamenti Giuridici e Politici (director, Andrea Romano), Università di Messina, 2003. Entre los comentarios que ha merecido mi *Biografía*, alguno del gremio manifiesta sin empacho la reserva de que invento, más que alumbro, un Tomás y Valiente *inédito*, este al que finalmente me he referido, ante lo cual no se me ocurre nada mejor que remitir a la documentación y argumentación que obran en ella, en la biografía, y callar. Si es en causa no propia, juzgue cada quien.

Así se pronuncia en 1994:

No se puede pensar en los derechos fundamentales sin pensar en el Estado, ni fortalecer aquéllos sin fortalecer el Estado. La inolvidable e ineludible paradoja consiste en que para hacer realidad esos derechos humanos declarados por y frente al Estado es necesario el Estado. El Estado crea Derecho y debe garantizar y respetar los derechos, pero sin Estado no hay Derecho ni derechos: sólo hay caos.

Y así lo hace en enero de 1996, a un mes de perder la vida: «En momentos en que parece ingenuo o pasado de moda seguir creyendo en el Estado, yo quiero renovar mi creencia», bien que, añade enseguida, «no en cualquier Estado, sino en éste», en «nuestro Estado de Derecho, nuestro Estado de los derechos y las libertades». He ahí unas últimas palabras de agnóstico creyente en el Estado, pero últimas, recordémoslo siempre, no por determinación propia, sino por la vesania asesina. No pudo en realidad pronunciar ni las últimas ni las penúltimas ni las antepenúltimas realmente suyas.

Con previsión de vida por delante, estaba tomándose su tiempo para afrontar la *paradoja*, como él mismo dijera, que hubiera de cuadrar y optimizar el círculo virtuoso entre libertades y poderes. Se sabía joven de espíritu capacitado por tantos años de empeño y trabajo. Le arrebataron ese tiempo precioso para él y su familia, como también, por lo que se traía entre manos, para nosotros, todas y todos.

Salamanca, 27 de octubre, 2003,  
Sevilla, 14 de febrero, 2004