

LOS LIBROS DE LOS OTROS
Debates metodológicos
sobre historia del Estado
y del pensamiento jurídico

Sebastián Martín

DYKINSON

LOS LIBROS DE LOS OTROS

DEBATES METODOLÓGICOS SOBRE HISTORIA DEL ESTADO
Y DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

The Figuerola Institute
Programme: Legal History

The Programme "Legal History" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the history of law from different points of view –academically, culturally, socially, and institutionally– covering both ancient and modern eras. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
Legal History

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Catherine Fillon, *Université Jean Moulin Lyon 3*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*
Carlos Petit, *Universidad de Huelva*
Cristina Vano, *Università degli studi di Napoli Federico II*

More information at www.uc3m.es/legal_history

LOS LIBROS DE LOS OTROS
DEBATES METODOLÓGICOS SOBRE HISTORIA DEL ESTADO
Y DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

SEBASTIÁN MARTÍN

DYKINSON
2023

Fondo Europeo de
Desarrollo Regional



Unión Europea

Publicación financiada por FEDER/Junta de Andalucía-Consejería de Conocimiento, Investigación y Universidad/Proyecto “Historia del Estado español en perspectiva comparada (1923-1983)” PY20_01134.

Historia del derecho, 123
ISSN: 2255-5137

© 2023 Sebastián Martín

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1170-132-7

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/37026>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*Para mi madre, que me
enseñó a amar los libros*

SUMARIO

| | |
|---|-----|
| PRESENTACIÓN | 15 |
| I. EDIFICACIÓN DEL ESTADO ENTRE ANTIGUO RÉGIMEN Y LIBERALISMO | |
| CAP. 1. <i>La justicia en España entre antiguo régimen y estado liberal</i> | 29 |
| CAP. 2. <i>Legislación autoritaria, estados de sitio y enemigos políticos en la construcción del estado liberal</i> | 45 |
| 1. Introducción: los sobreentendidos de un tema de actualidad | |
| 2. Poder, naturaleza, derecho: un encuadre camusiano | |
| 3. El ente a construir: los atributos del estado administrativo | |
| 4. Las peculiaridades del caso español | |
| 5. Los medios a emplear: legislación autoritaria y estados de excepción | |
| 6. Los enemigos a derrotar: anarquismo en España, disidencia en Italia | |
| 7. Conclusión | |
| II. HISTORIA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA | |
| CAP. 3. <i>Orígenes del constitucionalismo en España. La visión de un maestro</i> | 127 |
| 1. Un texto con plena vigencia | |
| 2. Semblanza de Tomás y Valiente | |
| 3. La historia constitucional como historia de hombres y acontecimientos | |
| CAP. 4. <i>Las ideas políticas del siglo XIX español</i> | 145 |
| CAP. 5. <i>Los partidos políticos en la España constitucional</i> | 151 |
| III. JURISTAS, SABERES JURÍDICOS Y FACULTADES DE DERECHO | |
| CAP. 6. <i>La enseñanza del derecho en Salamanca</i> | 169 |

| | |
|---|---------|
| CAP. 7. <i>Actualidad del derecho político. Antologías, reediciones e iniciativas de recuperación de una disciplina jurídica histórica</i> | 177 |
| 1. Introducción: dos modos posibles de contemplar el derecho político | |
| 2. Propósitos y contenidos de una selección de textos | |
| 1. <i>Postergación de la historia de la ciencia</i> ; 2. <i>Soporte bibliográfico</i> ; | |
| 3. <i>Los criterios de selección</i> ; 4. <i>Hipótesis sobre el desenvolvimiento del ‘derecho político-constitucional’</i> : a. La ‘ideología constitucional’ del primer liberalismo; b. Moderados y progresistas; c. La institucionalización universitaria del moderantismo; d. La mentalidad jurídica de la Restauración; e. El derecho político de los años veinte y treinta | |
| 3. Oportunidad científica de una reedición | |
| 4. Intenciones y carencias de una empresa editorial y su entorno | |
| 5. Conclusión: el poder sin constitución, la constitución sin poder | |
| CAP. 8. <i>Sobre olvidos históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas</i> | 237 |
| 1. Introducción | |
| 2. El olvido de la República | |
| 1. <i>Las carencias historiográficas</i> ; 2. <i>La carencia política</i> . | |
| 3. Los iuspublicistas | |
| 1. <i>Vida y obra</i> ; 2. <i>De los iuspublicistas a la iuspublicística</i> . | |
| 4. La estrategia política | |
| 1. <i>El criterio de una corporación elitista</i> ; 2. <i>El anacronismo de las advertencias</i> | |
| CAP. 9. <i>La enseñanza del derecho en Friburgo</i> | 271 |
| CAP. 10. <i>Trayectoria de un constitucionalista republicano: Mariano Gómez</i> | 277 |
| CAP. 11. <i>Adolfo Posada en vísperas de la República</i> | 285 |
| CAP. 12. <i>Revistas y ciencia jurídica bajo la dictadura</i> | 295 |
| IV. CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO Y CRÍTICA ANTIDEMOCRÁTICA EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS | |
| CAP. 13. <i>Cultura constitucional republicana</i> | 307 |
| 1. ¿Una guerra civil de treinta años? | |

| | |
|--|-----|
| 2. Relevancia historiográfica del pensamiento jurídico democrático | |
| 3. Preuß, Anschütz, Thoma | |
| 4. Debates en torno a la práctica de la democracia | |
| <i>CAP. 14. Crisis de la democracia y responsabilidad de los juristas</i> | 327 |
| 1. Proemio | |
| 2. Presentaciones | |
| 3. Síntesis | |
| 4. Aportaciones | |
| 5. Apreciaciones sobre el contexto histórico-constitucional | |
| 6. Liberalismo contra democracia: Triepel, Kaufmann, Leibholz | |
| 7. Alcance real del control judicial de la ley | |
| 8. Réditos del institucionismo | |
| 9. ¿Exilio de administrativistas? | |
| 10. Funciones políticas de los discursos jurídicos y responsabilidad de sus autores | |
| <i>CAP. 15. La República de Weimar y su Constitución</i> | 371 |
| 1. Celebración de un centenario | |
| 2. La <i>Reichsverfassung</i> , una esperanza frustrada | |
| 3. Emergencia de la ciencia constitucional posmoderna | |
| 4. Trascendencia en latitudes latinas | |
| V. SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA | |
| <i>CAP. 16. Reconstrucción contextualizada de la Segunda República</i> | 391 |
| 1. Ensayo de una nueva perspectiva | |
| 2. Aspectos de historia política | |
| 3. Aspectos de historia jurídica | |
| 4. Rastros del paradigma anterior | |
| <i>CAP. 17. El Tribunal de Garantías republicano, objeto de la historia constitucional</i> | 407 |
| 1. De la doctrina del ‘error’ a la reconstrucción objetiva | |
| 2. Una investigación actualizada, aún bajo el peso del 78 | |
| 3. A la busca del ‘núcleo dogmático’ de su doctrina jurisprudencial | |
| 4. Sobre la difidencia republicana frente a la ‘garantía jurisdiccional’ | |
| <i>CAP. 18. República frente a Transición</i> | 435 |

VI. DICTADURA FRANQUISTA

CAP. 19. *La cultura política del fascismo español* 449

1. La dictadura, entre el autoritarismo y el totalitarismo
2. Sobre el ‘proceso de fascistización’ y la ‘conquista del poder’ en España
3. Permanencia del ‘18 de julio’ y ‘Estado católico’
4. Del liberalismo al fascismo

CAP. 20. *La contemporaneística ante al Estado franquista* 471

1. Legitimación cultural e instituciones políticas
2. El ‘régimen’ como experiencia institucional unitaria

VII. METODOLOGÍA EN LA HISTORIOGRAFÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

CAP. 21. *Cartografiando la Historia constitucional* 491

1. Abordaje interdisciplinar
2. Dimensiones y dilemas metodológicos
3. Historiar «el fundamento político-social de una época»
4. La historia constitucional como historia del discurso jurídico
5. Historia constitucional y prácticas del poder
6. En busca de los modelos del constitucionalismo
7. España, la bibliografía histórico-constitucional ante las encrucijadas políticas y estado actual de la disciplina
8. Historia del Estado, historia del poder, historia jurídica global

CAP. 22. *Desafíos de la historia jurídica global* 515

VIII. POLÍTICA, DERECHO Y CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

CAP. 23. *Crítica del neoconservadurismo jurídico* 535

1. Perfil jurídico
2. Perfil político
3. Propuesta política
4. Propuesta científica

CAP. 24. *Posmodernidad y globalización para la historia del derecho* 565

1. Nueva cronología del derecho contemporáneo
2. Atributos de la posmodernidad jurídica
3. Administración liberal, dualidad republicana, regresión posmoderna

- CAP. 25. *Nuevo mapa conceptual para el constitucionalismo crítico* 583
1. Modelo
 2. Confesión y esquema
 3. Síntesis
 1. *Propósitos*; 2. *Aportaciones*
 4. Flaquezas
 1. *Metodológicas*; 2. *De diagnóstico*; 3. *Argumentativas*; 4. *Aplicativas*
 5. Historia sobrante
 1. *Época clásica*; 2. *Época moderna*; 3. *¿Narración o invención?*

PRESENTACIÓN

En su recomendable obra sobre la jerárquica academia alemana del primer tercio del siglo xx, cuenta Fritz Ringer un célebre y polémico contencioso representativo de aquel mundo universitario¹. En él se aprecian las consecuencias lamentables y deshumanizadoras que podían tener la rígida división en rangos de su personal, el aristocratizante estatus que distinguía a los catedráticos alemanes y las congruentes facultades disciplinares que estos podían ejercer sobre sus colaboradores.

El episodio, que pasó a conocerse como «caso Valentin»², refiere la osadía de un joven profesor no numerario de la facultad de filosofía y letras de la Universidad de Friburgo llamado Veit Valentin (1885-1947), que se atrevió a publicar una recensión sumamente crítica de un ensayo suscrito por Ernst Graf von Reventlow³, noble marcadamente pangermanista. Corrían tiempos de guerra, y el claustro, de mayoría *völkisch*, aun con ilustres y testimoniales presencias liberales⁴, se mostraba visiblemente irritable con los asuntos de trascendencia política. La mayoritaria corriente conservadora tenía además en el campo de las humanidades un eximio representante, el historiador Georg von Below, quien, solidarizándose con su correligionario, increpó en términos personales, por correspondencia privada, a Valentin. El joven docente, cuenta Ringer, «respondió con la interrupción de todo tipo de re-

1 F. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes. Catedráticos, profesores y la comunidad académica alemana, 1890-1933*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1995, 63-5.

2 Quedó reconstruido e introducido poco después por Felix Rachfahl (Hrsg.), *Der Fall Valentin: Die amtlichen Urkunden. Im Auftrage der Philosophischen Fakultät zu Freiburg i.-Br.*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1920, disponible en reimpresión actual de la propia casa editorial.

3 V. VALENTIN, «Graf Reventlow als Geschichtsschreiber», *Preußische Jahrbuch*, 165 (1916), 243-52. La obra objeto de su crítica despiadada fue la automáticamente poliédica *Deutschlands auswärtige Politik, 1888-1914*, Berlin, Mittler & Sohn, 1914 (1915², 1916⁴...). La recensión se publicó como separata *mit der Antwort des Grafen Reventlow und einem Schlußwort*, Berlin, 1916. Cuando estalló el conflicto con los pangermanistas, Valentin se encontraba con no menos éxito encima del asunto: *Bismarck und seine Zeit*, Leipzig-Berlin, Teubner, 1915 (1918⁴) y, poco después, *Deutschland Außenpolitik von Bismarcks Abgang bis zum Ende des Weltkrieges*, Stuttgart, Cotta, 1921.

4 Sobre la atmósfera de aquella universidad, puede consultarse en este volumen el cap. 9: «La enseñanza del derecho en Friburgo», con parecidos contrastes y proporciones.

laciones personales con Below», quien «solicitó la adopción de una acción disciplinaria al considerarse insultado». La facultad pidió entonces al colaborador que renunciase a su puesto si quería evitar el mal trago de que el propio claustro, en uso de sus competencias disciplinarias, le retirase la *venia legendi*⁵.

La anécdota ilustra la función política que podía llegar a desempeñar el comentario bibliográfico en la universidad de principios del siglo pasado. Instancia de igualación racional y hasta por eso mismo de inversión de la jerarquía establecida, la recensión daba ocasión para la crítica sustantiva de la obra ajena con independencia del rango del autor. Desenvuelta en el plano de la fundamentación conceptual o de la inspiración metodológica, concomitante con el área de las implicaciones políticas de las propias posiciones científicas, la ponderación de los libros publicados por colegas incitaba a la polémica hasta el punto de poner en riesgo y sacrificar la propia continuidad profesional. En momentos de cambio político y cultural, podía incluso llegar a significar espacio y oportunidad para el rechazo de vetustos legados, o para la rebeldía contra oprimentes prelaciones, aunque también, desde luego, terreno en el que afirmar las posiciones de dominio, con la exclusión lapidaria de lo que no se adecuaba a la ortodoxia⁶.

Podría decirse que la literatura de reseñas y revisiones proporcionaba un termómetro fiable de las relaciones de poder, y de los asuntos más controvertidos, en el campo académico. Pero quizá lo más decisivo sea reparar en que

5 Valentin, liberal demócrata, renunció y, hasta donde alcanzo a saber, no pudo llegar nunca a catedrático. Vinculado a la *Handelshochschule* de Berlín y a la *Deutsche Hochschule für Politik* –institución fundada en 1920, cuyo *Gründungskuratorium* estaba elocuentemente compuesto, entre otros, por Friedrich Naumann, Friedrich Meinecke, Max Weber, Hugo Preuß o Moritz Julius Bonn–, fue autor de una muy reconocida –por democrática y no nacionalista– *Geschichte der deutschen Revolution 1848-1849*, Berlín, Ullstein, 2 Bände, 1930-1931, y una difundida *Historia universal: los pueblos, los hombres, las ideas*, Buenos Aires, Sudamericana, 3 vols., 1943-1945, que tradujo al castellano el escritor exiliado Ramón de la Serna.

6 Impresiona el modo fulminante con el que, tras un inicial silencio, fue recibida la primera y casi única obra académica de Friedrich Nietzsche, entre otros por uno de los filólogos más reputados de la época, Ulrich von Willamowitz-Möllendorff, iniciándose un «pleito» de recensiones, comentarios, panfletos y réplicas por persona interpuesta de «lectura» hoy tan «penosa» por su tono como «fascinante» por sus contenidos: Andrés SÁNCHEZ PASCUAL, «Introducción» de F. Nietzsche, *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*, Madrid, Alianza, 2001, 7-22.

facilitaba la palanca para hacer avanzar, con el juego de las contraargumentaciones, el propio proceso cumulativo en que toda ciencia consiste. Quienes, dentro de la historia del derecho, nos hemos especializado en la del pensamiento jurídico moderno, con el reiterativo recurso al argumento de autoridad ya abolido, y, más concretamente, en la de la iuspublicística contemporánea, sabemos que algunos de los hitos fundacionales de la teoría actual del Estado y del constitucionalismo consistieron precisamente, en su origen, en un intercambio de recensiones, réplicas y fragmentarias contrarréplicas, capaces de tejer conceptual y argumentalmente los marcos de comprensión de problemáticas basilares⁷. Si todo acto de conocimiento se desenvuelve en una tensión entre alternativas perceptivas, diríase que el momento en que la producción científica se torna más abiertamente en diálogo es el más propicio para individualizar, organizar y sistematizar esas opciones intelectivas disponibles para dilucidar cualquier asunto. Y ese momento no es otro que el de la crítica bibliográfica directa, con el baile de contestaciones y réplicas que conforman el debate.

No debe, pues, sorprender que, cuando los ritmos resultaban más pausados y adecuados a la producción de una obra reflexiva, cuando las formas eran menos competitivas pero los resultados lo eran considerablemente más, los mismos maestros de nuestra ya venerable materia dedicasen buena parte de su tiempo, antes de culminar una investigación de aliento, a elaborar recensiones⁸. Si formaba parte del oficio es porque se ahormaba a sus exigencias. Investigar, en historia del derecho, y en cualquier otra ciencia humana y social, tiene, sigue teniendo, mucho de estudiar, de esa actividad intelectual

7 Recuérdese, claro, la discusión entre Kelsen y Schmitt a cuenta de la defensa de la Constitución o entre el propio Kelsen y Smend a propósito de la teoría de la integración. Se agradece que una editorial como Tecnos, en su colección sobre pensamiento político dirigida con mérito por Eloy García, ponga en manos de los investigadores estos debates en su conjunto, bien presentados y documentados: *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, 2019; *La controversia Smend-Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado en la República de Weimar*, Madrid, Tecnos, 2019. Y véase también de Schmitt *la polémica con Thoma sobre el significado de la democracia*, Madrid, Tecnos, 2018.

8 Era el caso de Francisco Tomás y Valiente, de quien aquí se trata en el cap. 3 –«Orígenes del constitucionalismo en España. La visión de un maestro»–, y de quien, a la busca de la orientación y los temas de sus numerosas recensiones, puede consultarse la «Noticia bibliográfica» de sus *Obras completas*, I, Madrid, CEPC, 1997, xv ss., y vol. VI, 4909-5168, para el propio texto de esas reseñas.

consistente en la lectura que busca asimilación, pero también construcción del propio criterio y perspectiva en relación dialéctica con la exposición en la que nos hemos sumergido.

Si no es acarreo de datos en el aire –y no puede serlo, pues, aunque implícitos, siempre existen supuestos culturales que comunican coherencia al discurso–, la disciplina iushistórica tiene su momento más valioso en los intersticios de su fundamentación. La consulta fragmentaria y finalista de materiales para documentar cada objeto particular, por ingente y diligente que resulte, sirve para cubrir flancos, introducir o discutir matices, apoyar aseveraciones o precisar datos. Pero toda la información se encuentra movilizadada por un ángulo interpretativo en buena parte establecido de antemano. Cosa diferente sucede cuando a la consulta toma el relevo la lectura minuciosa, a la nota esporádica el resumen crítico completo, y a la cata selectiva una asimilación razonada que aspira a plasmarse por escrito. El estudio alcanza entonces ese registro más elevado en el que la escritura exige el esfuerzo de la organización argumental. Convertido así en ejercicio de la crítica, se afina la búsqueda de estratagemas retóricas, la reproducción inconsciente de lugares comunes, el mantenimiento de convenciones superadas por la investigación, pero también se abre la percepción al aprendizaje, al deslumbramiento ante la obra ajena, e incluso a los desplazamientos y avances de la misma ciencia que se cultiva. El estudio dirigido a la confección seria de un comentario crítico se convierte con ello, no solo en método cualificado de actualización individual, ese gravoso deber de todo científico, a quien apenas se le puede perdonar la humana flaqueza de anquilosarse, sino también en cauce privilegiado para el avance cumulativo de la ciencia, que solo es tal si sabe dar cuenta de la cambiante realidad.

Como sugería el modo de proceder de Tomás y Valiente, la recensión puede ser una sala ideal de ejercitación en la que, mediante socrática conversación con los pares, ir ensayando la perspectiva personal que encontrará su cumplida concreción en una obra mayor. El redactor de reseñas puede emplear este género menor para, en diálogo con posiciones científicas simultáneas, elaborar la propia, que después animará sus investigaciones particulares. Pero, más allá de su provecho utilitario individual, el género del comentario amplifica el sentido y diversifica la interpretación de los textos comentados, activando el movimiento que proporciona vida a la ciencia misma. No se trata solo de que pueda ser una instancia singularmente apta para el contraste de ideas, con la invitación consiguiente a mantener un elevado

nivel de autoexigencia antes de aportar trabajos al escrutinio público. Es que el comentario bibliográfico contribuye a constituir la identidad y los contenidos de la propia comunidad de productores culturales en el interior de la cual la obra se elabora y difunde.

Semejante facultad se torna bien visible en el campo más general de la literatura. La dedicación a la obra ajena como forma de preparación de la propia, y como modo de configurar el espacio cultural en el que se entablan las comunicaciones mutuas, tiene numerosas y célebres ejemplificaciones. Por escoger un tramo decisivo y un asunto vital para el caso de la española, como fueron la metabolización de la experiencia dictatorial, y la vivencia de un vertiginoso proceso de cambio, baste pensar en la obra crítica producida durante –y sobre– la transición por un escritor como Rafael Chirbes.

Su lectura sirve para pulsar la apertura político-cultural que vivía entonces la sociedad española, cuando «[l]a política y el sexo, los dos grandes proscrios de tantos años» de dictadura⁹, regresaban sin represiones al espacio público, cuando se mostraba el entusiasmo por poder «beber de un agua que hasta ahora nos había sido negada»¹⁰. Pero en sus páginas se observa asimismo la interrelación entre el ejercicio de la crítica, la reflexión metaliteraria sobre el propio oficio y su objeto, y la incesante constitución del campo cultural al que se pertenece. El comentario se presenta como el género idóneo para celebrar autores, perfilar géneros o reivindicar tradiciones, como oportunidad para descartar, por su «pedantería» impudorosa, estrellas en ascenso¹¹, o como ocasión estratégica para amplificar los efectos políticos de la obra ponderada¹². Ejercida la crítica de la obra ajena desde la perspectiva

9 R. CHIRBES, «De puertas adentro» (abril, 1976), en Id., *Asentir o desestabilizar. Crónica contracultural de la transición*, ed. de Álvaro Díaz Ventas, Madrid, Altamarea, 2023, 125. Todas las noticias citadas en adelante se encuentran recogidas en el volumen aludido en esta nota.

10 La que manaba nada menos que de la poesía de Luis Cernuda: R. CHIRBES, «Cernuda: entre la realidad y el deseo» (mayo, 1975), 65.

11 R. CHIRBES, «Un torbellino de imágenes: *Mortal y rosa*, F. Umbral» (enero, 1976), 104-6, y aún sobre Umbral, 112, n. 71.

12 Piénsese en su sintética valoración de la trayectoria literaria de Juan Goytisolo, movida por el propósito de «[d]estruir el medio que ha[bía] posibilitado toda [l]a cultura» del fascismo español, de «romper con una moral y con un lenguaje», los de «la ideología nacional»: R. CHIRBES, «Adiós y camino hacia el fuego: *Juan sin tierra*, J. Goytisolo» (noviembre, 1975), 93.

dialéctica¹³, propone además el reto de hallar sus «claves» histórico-políticas y funcionales profundas¹⁴, y regala el excepcional momento del asombro intelectual –en el que se comprende la razón de ser de la obstinada vocación del estudioso– ante la «precisión» y el «rigor en la conceptualización» con los que, muy pocas veces, logra atraparse el tiempo, como sucedía con la monumental *Antagonía* de Luis Goytisolo¹⁵, capaz de suscitar por sí sola todo un fórum de comentaristas e intérpretes¹⁶. Y, de regreso al propio autor metido en el papel de exégeta, la recensión se presenta, por último, como identificación en la obra de los demás de aquello a lo que se aspira que sea la propia; en el caso que nos ocupa, «testimonio minucioso y vibrante de la sociedad española y de sus mecanismos de ruina o poder»¹⁷.

Ventana abierta a la composición simbólica del propio campo, la práctica de la recensión reflexiva, no protocolaria, se presenta así como momento central de la producción cultural tanto en su aspecto de comunidad como en el de la autoría individual. La dedicación a los textos ajenos es una forma de cuidar la confección de los propios, así como de procurar el avance colectivo de la propia disciplina mediante la aplicación de reglas precisas de valoración. Porque la crítica debería ser un arte por completo extraño a la arbitrariedad visceral, sin excluir por eso su irrenunciable e inevitable carga de subjetividad. Situados aún en el marco mayor de la literatura, un ejemplo nítido nos lo proporciona el quehacer de quien, escritor de fama, dedicó «la mayor parte de [su] vida a los libros de los otros», sometiéndolos muchas veces a una crítica de naturaleza editorial¹⁸.

13 Aquella que entiende «por clasicismo la cumbre artística en la que una época encuentra su síntesis»: R. CHIRBES, «Visconti: un clásico» (abril, 1976), 119.

14 V. la luminosa caracterización de otra trayectoria insoslayable para comprender aquellos tiempos de dictadura y transición: R. CHIRBES, «Luis Martín-Santos: *Tiempo de destrucción*» (junio, 1975), 74.

15 R. CHIRBES, «Luis Goytisolo, *Recuento*» (mayo, 1976), 129, primera parte de *Antagonía*, de 1973, prohibida inicialmente en España.

16 AA. VV., *El cosmos de «Antagonía». Incursiones en la obra de Luis Goytisolo*, Barcelona, Anagrama, 1983.

17 R. CHIRBES, «*Tormento*. Sobre cine y literatura» (mayo, 1975), parte dedicada a «Las novelas de Galdós», 59, con un comentario aplicable a la futura obra del propio reseñista.

18 Italo CALVINO, *Los libros de los otros. Correspondencia (1947-1981)*, Barcelona, Tusquets, 1994, que documenta buena parte sus cartas de evaluación remitidas como empleado de Giulio Einaudi. El título –así prestado– del presente volumen se debe a la acer-

Diríase que, para Calvino, la crítica literaria alcanzaba dignidad cultural si partía de un triple presupuesto. Primero: el convencimiento de que el acto de publicar se encuentra revestido de un valor especial, entraña una responsabilidad singular, por lo que no puede constituir el cumplimiento de un deber heterónimo, mecánico, sino la consecuencia de apercibirse de «haber alcanzado lo que [se] quería alcanzar»¹⁹. Segundo: la disciplina de solo exigir a los demás lo que uno está dispuesto a autoimponerse para lograr «expresar[s]e acabadamente»²⁰. Y tercero: la franqueza –«O te escribo lo que pienso o no te escribo»²¹–, el lenguaje directo, «sin ambages»²², a sabiendas de que se está sometiendo a juicio una creación objetivada, desligada ya de su creador, que no debe –aunque suela– personalizar la crítica, porque esta habrá de reparar en los defectos y carencias –al referir también las «cosas que gustan menos»²³–, señalando en primer término los más graves –incluso cuando hay que apuntar: «no has acertado una»²⁴–.

Y es que la crítica bibliográfica tiene su núcleo irrenunciable en la negación fundamentada, en la posibilidad motivada de *no* aceptar conclusiones o estilos. La clave reside, claro, en que se trate de una negativa razonada. Y los

tada sugerencia de Carlos Petit. No pasa desapercibida la marcada diferencia de registro entre la crítica editorial contenida en el género epistolar y la del comentario bibliográfico circulado en medios de comunicación académica: íntima y personal –pero decisiva– la una, pública y colectiva –aunque cada vez más irrelevante– la otra, existe una desigualdad entre el autor y el editor que decide la publicación de la obra que en nada se asemeja a la paridad de los dedicados al cultivo de un mismo saber debatiendo sobre algunos de sus asuntos. Pese a la evidente disimetría –minimizada en el caso de Calvino, que recordaba a sus destinatarios: «yo también soy autor», p. 127–, y al significativo hecho de que no se dedicase al género –«Reseñas no hago nunca», p. 72–, no se fuerza la citación siguiente ateniéndola a un punto preciso: las reglas objetivas en que basaba su valoración de obras ajenas, con la vista puesta en el avance de un afán colectivo. Todas las notas siguientes se refieren al volumen citado en esta nota.

19 I. CALVINO, «A Mario Ortolani, Camerino» (7-VIII-1954), 83.

20 I. CALVINO, «A Giuseppe de Robertis, Florencia» (3-IV-1952), 43.

21 I. CALVINO, «A Raul Lunardi, Sassoferrato» (6-X-1954), 84.

22 Pues el destinatario «no [s]e toma a mal las críticas»: I. CALVINO, «A Berto Perotti, Verona» (2-II-1954), 71. «Estas son observaciones personales de hombre a hombre», anunciaba «A Libero Bigiaretti, Roma» (23-II-1951), 31.

23 I. CALVINO, «A Raffaello Brignetti, Roma» (5-V-1954), 77.

24 I. CALVINO, «A Geno Pampaloni, Ivrea» (22-VI-1951), 34, en relación a un libro sobre Pavese.

motivos abundan: la «inmadurez en la toma de contacto con la realidad»²⁵, la incursión en tentadores maniqueísmos esquemáticos²⁶, que conducen irremediablemente a la falsedad²⁷, la interposición tácita de «falsas posiciones morales»²⁸, o la explícita de los grandes marcos desfiguradores que infectan la opinión pública y pervierten la producción cultural...²⁹. Todos –se observa– reconducibles a un solo motivo (el falseamiento ideológico de la realidad), o por expresarlo del revés, a la tensión constituyente de todo conocimiento: dejar que la realidad, con su complejidad, hable a través del propio lenguaje, al tiempo que se intenta que este discurra con un estilo genuino, capaz de mirar de un modo singular aquello que narra. Por eso la crítica puede convertirse en el lugar donde se descende a los resortes más básicos del oficio, tratando de explicarlos en su mecánica y función³⁰, e incluso puede tornarse en el momento idóneo para compartir consejos prácticos rudimentarios, pero ineludibles si se pretende remontar pobreza y resolver con éxito la citada tensión³¹.

Ahora bien, lo decisivo de esa negación fundamentada siempre contenida en la crítica reflexiva es el modelo que la inspira. En él reside todo lo que, en su envés, tiene ella de afirmación, de utopía, pues consiste en una aspiración de realización de humanidad, y con ello de consecución de un bien colectivo. En literatura, según el ejemplo que nos da Calvino, ese modelo que sirve de referencia a su crítica consiste en la creación genuina, entendida, por decirlo otra vez a la manera dialéctica, como objetivación del espíritu, como compendio feliz y personal de una época y de sus encrucijadas más

25 I. CALVINO, «A Giose Rimaneli, Roma» (17-V-1950), 22.

26 Como los precedentes «del socialismo simplista (los ricos y los pobres, el sistema) que siempre te amenazan»: I. CALVINO, «A Silvio Micheli, Viareggio» (14-VII-1950), 23.

27 Ofrecer «de la política una imagen simplista y por lo tanto falsa» con «manera de escribir encendida» pero «elemental en los contenidos» constituía así un vicio a evitar: I. CALVINO, «A Giorgio Ognibene, Bolonia» (3-V-1956), 107.

28 I. CALVINO, «A Liano Fantì, Milán» (28-VII-1950), 25.

29 Por entonces –y como farsa también hoy–, «el anticomunismo», «uno de los males más tristes y comunes de nuestra época», que hacía olvidar al buen escritor su «*habitus* crítico y acumula[r] los errores»: I. CALVINO, «A Geno Pampaloni», 36. Para consumo español actual, uno de los marcos culturales más difundidos en la opinión general y más empobrecedores para la producción científico-social es, a su vez, el «antinacionalismo», mucho más cuando se reproduce desde posiciones nacionalistas inconscientes.

30 Véase la colección de útiles, aun implacables consejos de «método» remitidos «A Marcello Venturi, Milán» (16-III-1951), 32.

31 Al propio Venturi le había sugerido meses antes «haz lecturas ordenadas, estudia un poco, trata de saber qué quieres hacer» (3-V-1950), 21

vitales, en el cual sujeto y objeto coinciden en una suerte de «inteligencia integrada»³². Expresiones puras de literatura, dignas de encomio –y de publicación–, serían entonces aquellas capaces de identificar la problemática moral de una generación, pero sin «juicios explícitos», logrando que la «moral est[é] toda implícita en el relato»³³, o aquellas otras que consiguen ofrecer al lector «el máximo de implicaciones generales a partir de la circunstancia más particular»³⁴. Pero tales expresiones solo alcanzan la cota literaria debida cuando demuestran profesar con rigor la «religión de la palabra, de la frase», con resuelta voluntad de hallar «una verdadera expresión estilística». Y conquistar semejante objetivo no solo requiere la «orquestración» proporcionada interna³⁵, sino también huir del auténtico demonio que impide la creación: la servidumbre a los «lugares comunes»³⁶. Para enfrentarse a ellos, Calvino recomendaba aspirar a un «estilo dúctil», puesto «al servicio de una sutil inteligencia de las cosas»³⁷. El esfuerzo literario tendría que materializarse así en «creaciones poéticas autónomas», no mediadas por nada ajeno a la propia literatura³⁸, capaces incluso de dialogar, deconstruir o impugnar el género heredado en que sus obras han venido moldeándose³⁹.

Aunque inscrito en la órbita de literatura, nada de lo dicho es ajeno a la producción de una ciencia social. Tanto los retos de creación autónoma y registro original de flancos de realidad como los vicios de la convención son compartidos. También en ella cumple la confección del comentario crítico con arreglo a los presupuestos y las reglas de valoración aludidos. Pero existe a día de hoy una diferencia notoria: el sistema de producción actual de la

32 Por no ser pura brillantez subjetiva: I. CALVINO, «A Franco Fortini, Milán» (15-I-1953), 51. En Calvino también operaba la dialéctica como filtro de la crítica: «Encuentro que esto no es dialéctico. Un hombre es modificado y al mismo tiempo modifica el ambiente», «A Antonio Guerra, Sant’Arcangelo di Romagna» (15-V-1951), 34.

33 I. CALVINO, «A Beppe Fenoglio, Alba» (2-XI-1950), 25.

34 I. CALVINO, «A Silvio Guarneri, Feltre» (20-V-1954), 80, a quien, tras celebrar su «método de lectura de la realidad», reprochaba seguidamente la falta de estilo con la observación siguiente (80-1).

35 I. CALVINO, «A Manlo Dazzi, Venecia» (18-VII-1951), 32.

36 I. CALVINO, «A Raffaello Brignetti», 78.

37 I. CALVINO, «A Giorgio Ognibene», 107.

38 Así, el cliché muy bien podía continuar dando pasto a «películas» o «historietas», mas no a «creaciones poéticas autónomas»: I. CALVINO, «A Raul Lunardi», 85.

39 La novela: hacerlas era «la gran cadena al pie que arrastramos con nosotros»: I. CALVINO, «A Valerio Bertini, Florencia» (7-III-1956), 106.

ciencia social obedece a unas pautas que han logrado extirpar la recensión polémica como momento crucial de la fabricación del saber.

Padecemos un agudo desfase entre las reglas inmanentes de la actividad científica y su organización institucional. Habría que regresar a los tiempos premodernos y su anquilosante e irracional magnificación del argumento de autoridad para tropezar con una disociación de envergadura semejante. La burocratización del oficio científico ha convertido el acto de publicar en el acatamiento de un deber heterónomo, ejecutado con cálculo instrumental en un entorno administrado hiper-competitivo. Su cumplimiento se halla casi enteramente disociado del requisito de tener algo sustantivo que decir porque se ha dado feliz terminación a una empresa investigadora. En esta carrera alocada de publicaciones en que ha degenerado la profesión universitaria, cuyo sinsentido culmina en la valoración de las mismas por puros indicios externos en lugar de por sus aportaciones ciertas, la recensión ha sido, no ya desterrada, sino recolocada en una posición que desvirtúa su función científica. Irrelevante como mérito personal de su autor, se cuenta, sin embargo, como logro de quien ha elaborado la obra recensionada. Semejante consideración produce un efecto diabólico en un escenario académico cada vez más individualista: con nadie interesado en publicarlas porque no valen para su propia promoción, se transforman en una imposición para los nóveles o en un favor protocolario entre iguales a la espera de su devolución, mas muy pocas veces son ya el fruto de la necesidad imperiosa de dialogar, y poner argumentos en común, con las posiciones científicas que, por diferentes motivos, nos interpelan.

El triste lugar al que se han relegado las recensiones sirve de observatorio para contemplar dinámicas de carácter más general. Ahora que, gracias al desarrollo social acumulado, la producción de saber podía estar liberada de hipotecas mercantilistas, toda la organización universitaria, desde la de su personal hasta su misma configuración institucional, se somete cada vez más a las lógicas del mercado. No es extraño a este fenómeno el que la tarea de reseñar sea valorada ante todo como publicidad de una obra convertida en mercancía, índice supuestamente fiable para medir su «impacto» y, con ello, como si existiese por necesidad una relación proporcional, su «calidad»⁴⁰. En un momento de máxima igualdad formal como el actual, se promociona

40 No es necesario ahondar aquí, con ejemplos específicos, en los casos en los que la amplia difusión de una obra, en particular las de historia, se encuentra en relación inversamente proporcional a su calidad científica.

muchas veces la verticalidad, y tampoco es ajeno a tal paradoja el que la reseña traiga demasiadas veces causa de una orden embozada del superior, que se acata con expectativas de futura promoción y se resuelve a la ligera. Así, cuando es labor iniciática, faltando los elementos formados de la crítica, sus contenidos suelen contraerse al resumen y la adulación, y se evita a toda costa, por el riesgo que comporta, lo que le es más propio, esa negación fundamentada que se apoya en un modelo reflexivo de creación del saber. Por eso, en los apartados bibliográficos de las revistas puede contemplarse hoy, quizá con mayor claridad que en otros lugares, el mal que carcome la ciencia social, su entrega justo al demonio del lugar común ya anquilosado, que termina contando con una sobrevenida fase de ratificación precisamente en aquella sede que debería ser la de su impugnación. Con su esterilidad curricular, con su naturaleza prevalente de favor protocolario, y por un temor sobrevenido y general a que la crítica se personalice y termine regresando para su autor —como en tiempos de Veit Valentin— en forma de represalia, se ciegan las vías que podían conducir a la discusión y el contraste argumentado de pareceres, pero justo en un momento en que, por cantidad de recursos y personal, mayor potencial de productividad creativa ha acumulado la ciencia elaborada en la universidad.

«Estas son las reglas y hay que adaptarse a ellas si se pretende prosperar», es comentario que uno ha podido escuchar hasta la saciedad. En él trasparece el grado de autoritarismo asimilado como natural en el campo académico actual, que desconoce una evidencia básica para cualquier ciencia social, que las reglas que rigen en los múltiples campos en que los hombres despliegan su actividad las fabrican ellos mismos, y que es su estricta responsabilidad optar por obedecerlas pasivamente en lugar de por cambiarlas. Cabe así imaginar como una consecución posible, nada inalcanzable, el que un sistema de promoción premie, en lugar de neutralizar, la tarea de ponderar críticamente la obra ajena, no solo como dedicación individual sino como fase indispensable de la producción colectiva. No es figuración impensable. Pero semejantes cambios exigen un grado de movilización para el cual el campo académico, hasta cuando se trata de los intereses retributivos de sus componentes, se revela incapaz. De modo que confrontar la contradicción entre las reglas inmanentes de la producción científica y su organización burocratizada se convierte en un desafío individual, en la búsqueda personal de un esforzado equilibrio entre la lealtad al modelo ideal del oficio y la concesión a los imperativos promocionales.

Acaso este libro exprese como ninguna otra publicación mía el intento de alcanzar ese punto de equilibrio. En él se recoge una dedicación más o menos continuada a *los libros de los otros* de aproximadamente quince años. Siguiendo precisamente consejos de Calvino⁴¹, pertenezco quizá a la última generación académica de este país que se pudo permitir el lujo de publicar tarde, solo cuando se había estudiado mucho, y en el estudio se había otorgado una posición prevalente a los textos de fundamentación teórica del propio quehacer. Eso se manifiesta también en las reseñas publicadas: la primera de ellas, de 2008, recogida aquí como capítulo primero, fue ya escrito posdoctoral, y da testimonio temprano, aún inseguro, de mis objeciones epistemológicas a la reconstrucción del antiguo régimen por parte del grupo histórico-jurídico al que entonces me incorporaba.

Todos los comentarios aquí recopilados tienen un hilo temático común: la historia constitucional y del Estado, con lugar privilegiado dentro de la misma para el pensamiento jurídico, para la iuspublicística, más concretamente. Ya el propio asunto imprime su cronología, contemporánea en general, y muy centrada en la primera mitad del siglo xx por vocación y especialización particular, ante todo en lo que hace a los tiempos republicanos y dictatoriales. La ubicación geográfica de sus asuntos, siendo idealmente europea, es, como comprobará el lector, preferentemente española y también alemana. En estos tiempos digitales, la presente colección de trabajos no merece mayor identificación en unas páginas introductorias: presentando al pie cada uno de los textos se indica la sede original en que vieron primeramente la luz, ubicación en todo caso accesible a simple rastreo con cualquier buscador. La publicación conjunta ha dado ocasión propicia para corrección de erratas, mejorar la distribución interna de los trabajos y, en su caso, precisar el estilo y la expresión.

Es aún una incógnita para su autor saber si este libro compondrá también el testimonio quijotesco de una protesta justo en el instante previo a la claudicación.

41 «Que no se te contagie la manía de publicar [...] espera diez, quince años para publicar, y entre tanto haz lecturas ordenadas, estudia...», en cita que ya conocemos (n. 31) de I. CALVINO, «A Marcello Venturi», 20-1. Es otra de las cosas que debo a mi maestro Carlos Petit, que me liberase de esa impaciencia juvenil, descartando mis primeros escritos, y con ello del desdoro de viejos textos impresentables. También tuve la fortuna de comenzar tarde, ya formado, mi labor docente.

I. EDIFICACIÓN DEL ESTADO ENTRE ANTIGUO RÉGIMEN Y LIBERALISMO

CAPÍTULO 1

LA JUSTICIA EN ESPAÑA ENTRE ANTIGUO RÉGIMEN Y ESTADO LIBERAL¹

Refrescante contrapunto historiográfico en una colección eminentemente dogmática, la monografía que reseñamos suma el sexto de los volúmenes integrados en la anualidad de 2006 de la revista *Cuadernos de Derecho Judicial*, publicación de la Escuela de Jueces adscrita al órgano de gobierno de nuestra magistratura. Su enclave ya nos indica la procedencia de los capítulos en ella recogidos: unos cursos dictados por sus autores para la formación de jueces en esa misma Escuela. Pero no nos encontramos simplemente ante las transcripciones de las citadas lecciones, aunque la instancia editora y la misma presentación nos señalan que sus destinatarios fueron, y son ahora, «los encargados de hacer justicia en general». Se nos hace saber que hubo además, en tal momento originario de transmisión oral, un estimulante turno final de debate no registrado entonces y, por tanto, no incluido entre las páginas que nos ocupan. Cabría especular con la posibilidad de que tal intercambio de pareceres nos hubiese transmitido el desconcierto, la perplejidad o la indiferencia de quienes, instruidos y disciplinados en el principio de legalidad y en la independencia judicial como categorías desprovistas de historicidad desde su formulación constitucional², se enfrentaron a su complejo y esquivo proceso de emergencia e implantación en la genealogía judicial hispana, pues de eso mismo trata el texto que pasamos a examinar.

1 Recensión de Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, 460 pp., publicada originalmente en *Forum Historiae Iuris*, 2008.

2 O al menos carentes de introducción y encuadre historiográficos en el temario de oposición memorizado por los aspirantes a judicatura (y fiscalía) disponible, el último de ellos, en el Boletín Oficial del pasado dieciocho de marzo [de 2008], con la mera concesión de un apartado, en el primero de los temas, sobre «El constitucionalismo en España: Precedentes históricos». [El último temario en vigor, el publicado en el propio Boletín Oficial el 2 de noviembre de 2022, ya no cuenta siquiera con ese inciso histórico primero, comenzando por «La Constitución Española de 1978: estructura y caracteres». No hay tampoco la menor consideración histórica en ninguno de los apartados –civil, penal, procesal, mercantil– en que se subdivide el temario, ni aproximación a los antecedentes en la configuración del propio cuerpo profesional.]

Es resultado de un proyecto de investigación sobre *Historia cultural e institucional del constitucionalismo español* (HICOES) y expresión del trabajo conjunto del grupo de historiadores del derecho que lo componen. Tales pormenores no son gratuitos. El ámbito de indagación del que HICOES, en sus sucesivas ediciones, se viene ocupando, a saber, el de las relaciones y compenetraciones entre los órdenes jurisdiccional y constitucional en España y América entre los siglos XVIII y XIX, nos suministra su escenario temático general. Por otra parte, contemplamos en él la confluencia sistematizada de las parcelas particulares de estudio cultivadas por cada uno de sus miembros. Todas las contribuciones, o bien traen causa de análisis más exhaustivos y extensos sobre idéntico asunto, o bien anticipan de forma quintaesenciada publicaciones inminentes³. Aparte de la relativa falta de novedad que ello pueda comportar, tal circunstancia propicia utilidades y condiciona, aligerándolo, el formato.

Ofrece así nuestro volumen un sintético destilado de la aportación global del mencionado grupo a la historia de la justicia, hábil compendio que, mediante una visión panorámica del problema, nos introduce en sus herramientas conceptuales y sus conclusiones científicas más salientes⁴. Invitaciones razonadas a profundizar sobre el asunto, las «orientaciones bibliográficas» de cada capítulo, junto a las recomendaciones generales, suelen localizar los más profusos escritos originarios, evitándonos con ello el habitual acarreo de notas, reservadas ahora en exclusiva para la citación de fuentes históricas. Pero si esta monografía plasma un empeño científico solidario, no es tan solo, ni siquiera principalmente, por precipitarse en ella trabajos anteriores o de próxima aparición con el fin de componer una reconstrucción trabada y coherente de la historia judicial hispana. A diferencia de los libros colectivos habi-

3 Caso, digno de destacar, del capítulo de M^a Paz Alonso, adelanto, según sus palabras (p. 242), de su próximo título sobre *Juicios y garantías procesales entre Antiguo Régimen y constitucionalismo en España* [publicado finalmente como *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008], aunque sintetice asimismo extremos ya tratados en *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, 1982.

4 [. Como méritos ulteriores inscritos en esta misma línea, y conformadores, por tanto, de esa «aportación global» de HICOES a la historia judicial, debe añadirse hoy la mención a Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. 'Una' historia de sus orígenes*, Madrid, CGPJ, 2008, y Marta LORENTE SARIÑENA, Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, M^a Julia SOLLA SASTRE, *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*, Madrid, Iustel, 2012.]

tuales, formados en su mayoría por participaciones singulares yuxtapuestas e incomunicadas, el que aquí examinamos refleja una investigación coordinada, fruto ostensible de una –cada vez más infrecuente– reflexión compartida. Una de sus señas identificativas, el diálogo interno entre las diferentes contribuciones, ya nos lo pone de manifiesto. Personalmente, en este debate colectivo que nuestro tomo presupone encuentro una de sus principales virtudes, la de plantear resistencia al voraz individualismo que también invade el menester científico, labor acaso más fructífera si fuese desempeñada, como sucede en este caso, aunando esfuerzos. Objetivamente, a mi juicio, lo más valioso del volumen se halla en las consecuencias epistemológicas de este modo de obrar conjunto, en los «supuestos historiográficos homogéneos» que su coordinadora nos anuncia en la «Presentación» y gracias a los cuales se obtiene una visión coral al tiempo que coherente del tema tratado.

Pero vayamos por partes. Antes del abordaje sucinto de esta mirada historiográfica común, pasemos a la sinopsis de los argumentos que en esta ocasión presenta ante el lector. Llama la atención en primer término la división periódica ensayada, inferencia ella misma de uno de los supuestos antes aludidos: la máxima adherencia al objeto estudiado. En lugar de transferir, siguiendo la costumbre más extendida, las etapas canónicas de la historia política al análisis del desenvolvimiento específico del aparato judicial, se opta porque sea la morfología concreta de la justicia histórica la que se dote a sí misma de su propia cadencia cronológica. El dilatado tracto comprendido entre la baja edad media y el término de 1870, año, como es sabido, de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, comprendería así, según esta distribución *autónoma*, cuatro lapsos bien diferenciados entre sí: el primero, el antiguo régimen, distinguido por la vigencia exclusiva o la preponderancia palpable de la que llaman «cultura jurisdiccional»; el segundo, de solapamiento, fusión y decantación genuina final entre el modelo antiguo y las tempranas, y tímidas, prácticas constitucionales; el tercero, coincidente con el reinado de Isabel II, de absorción completa de la justicia por parte de la administración; y el cuarto, de configuración inicial, pronto «desfigurada» y al poco frustrada, de una justicia más propiamente constitucional. Esta parcelación temporal también admite distinciones internas, pues en general nos encontramos, para cada uno de dichos períodos, con ambientaciones discursivas, políticas o comparadas seguidas de recorridos pormenorizados por cada uno de los correspondientes organigramas judiciales.

Sin embargo, por encima de dichas divisiones, ya de por sí ilustrativas,

en nuestra síntesis habrán de guiarnos los hilos conductores que a mi entender enhebran cada una de las aportaciones. Dichas constantes constituyen campos de tensiones íntimamente interrelacionados y reductibles, en última instancia, a los siguientes tres pares de conceptos: el más evidente, esbozado desde el mismo título, contrapone justicia y legislación, al cual debe adjuntarse el que confronta jurisdicción y administración para, por último, coronar con el que opone justicia y constitución. Planeando sobre todos ellos, hemos de colocar la dialéctica entre la mentalidad y organización del antiguo régimen y el tipo moderno del orden constitucional, o, también cabría decir, del estado liberal.

Para fijar en sus aspectos cultural e institucional este primer referente denominado «jurisdiccional», al que se remitirá constantemente el grueso del trabajo, acuden los capítulos primeros de Alejandro Agüero y Carlos Garriga⁵.

En una sagaz y completa reconstrucción de la «estructura conceptual del discurso jurisdiccional», cuya consigna teórica procedente de la antropología proclama el «reconocimiento» de la alteridad⁶, Agüero caracteriza la cultura jurídica clásica por basarse en la idea de un «orden trascendente» de proveniencia divina, composición plural y contenido tradicional, con severa jerarquización interna y subsiguiente «primacía de la comunidad sobre los individuos», indisponible por la voluntad humana y recreado teóricamente en términos religiosos y organicistas. La función que en este marco semántico corresponde al poder público es de naturaleza primordialmente declarativa, cual concreción normativa de aquel orden primigenio, ya en esencia jurídico. La sujeción que de ello deriva no puede sin más desdeñarse, pues de ella depende la legitimidad misma de la actuación política, entendida así en términos exclusivos de *iurisdicatio*, como actualización local de un orden objetivo precedente que comunica moralidad a las decisiones institucionales que lo

5 A. AGÜERO, «Cap. 1. Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», 19-58; C. GARRIGA, «Cap. 2. *Justicia animada*: dispositivos de la justicia en la Monarquía católica», 59-104.

6 Por creer que pueda iluminar esta consigna, evoco aquí la «transición paradigmática» propuesta por Boaventura Sousa Santos del moderno «conocimiento-regulación» al posmoderno «conocimiento-emancipación», en el cual «la ignorancia es el colonialismo y el colonialismo es la concepción del otro como objeto, es decir, el no reconocimiento del otro como sujeto», en *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*, Porto, 2002, 29. Puede continuarse esta ilustración teórica con Emmanuel Levinas, *Entre nosotros: ensayos para pensar en otro*, Valencia, Pre-textos, 1993, y *Totalidad e Infinito: ensayo sobre la exterioridad*, Madrid, Sígueme, 2002.

corporeizan. En lo que atañe a la actividad judicial, junto a la superioridad de la costumbre entre las fuentes y la centralidad de la interpretación, las dos consecuencias principales de esta cosmovisión pluralista, a las cuales se vincula la justicia de las decisiones, son el carácter sustantivo del proceso y la importancia capital de los atributos morales del magistrado. Por último, y como vaciamiento del imperio jurisdiccional, despieza Agüero el orden doméstico, espacio de sumisión superpoblado regido por la voluntad, religiosa y *económicamente* disciplinada, del padre de familia, y proveedor, en su dimensión más pública, de argumentos y justificaciones a la «exaltación absolutista», dada la representación del monarca como el «supremo padre de familia» de todo el reino.

Con un eficaz arranque, Garriga por su parte explora con detalle, ciñéndose al ejemplo castellano, la materialización institucional del paradigma jurisdiccional, de este mundo tradicional «que cambiaba permaneciendo». Interrogándose, y realizando una perspicaz lectura, acerca del «proceso» de «encubramiento de la jurisdicción real sobre las restantes», el autor propone como gozne que desdoble el «pluralista», interiormente homogéneo e históricamente constituido aparato de justicia la concurrencia, o no, de nombramiento regio en el oficio de juez. Junto a la descripción minuciosa de la compleja y «conflictual» organización de la magistratura, perfila finalmente, tanto en positivo como en negativo, la esencial figura del *iudex perfectus* – modelo regulado por el católico «temor de Dios», fundamentado, «no en la ciencia», sino en la esfera interna de la «conciencia» del juez, y distinguido por el «secreto» de sus actuaciones– y el cuadro de garantías procesales –reclusión, apelación y, sobre todo, responsabilidad personal y patrimonial–, extremos de los que la vieja cultura predicaba la rectitud de las resoluciones judiciales y en el interior de los cuales debe situarse hoy la comprensión historiográfica cabal de las «leyes reales». En suma, el cuadro resultante nos depara una justicia sin legislación que tase competencias ni predetermine sentencias, acompañada en el siglo XVIII por una paralela «administrativización de la Monarquía» que no socava sus cimientos y sujeta a una muy particular constitución, la que instituye aquel orden religioso y tradicional desplegado y «animado» por la función jurisdiccional.

Contra el criterio dominante, es axioma fundamental para nuestra monografía la persistencia casi incólume del modelo descrito hasta el umbral mismo de la génesis constitucional⁷. A estos albores van dedicados los capítulos

7 «Estaba en marcha un proceso de *estatalización* de los jueces, pero nada apuntaba a

siguientes, inspirados en la premisa según la cual el nuevo sistema se alza forzosamente sobre las «ruinas del viejo edificio» (Agüero, p. 23), limitándose, por constricciones materiales, «al arreglo de lo existente» (Alonso, p. 211).

Con una narración sobre las recolocaciones del triángulo Monarquía-Nación-Constitución en estos comienzos constitucionales, nos pone en perspectiva José M^a Portillo, quien ahonda además en una de las constantes de este trabajo: la atención a la dimensión americana de la experiencia cultural e institucional analizada⁸. Con tonalidad algo discrepante, M^a Paz Alonso también introduce sugerencias preliminares de interés, que vienen en cierto modo a quebrar la compacidad de la justicia premoderna antes diseñada al dar entrada y peso específico a las fundadas acusaciones liberales e ilustradas contra unos oficiales que reputaban arbitrarios, recriminaciones que desde el siglo XVIII hasta Cádiz pondrían en movimiento una transformación histórica del proceso consistente, no tanto en un desecho de leyes medievales estimadas suficientes, cuanto en una sustitución de magistrados considerados incompetentes⁹. Descienden después al detalle organizativo, sin abandono de principios e indicaciones culturales y gnoseológicas, Carmen Muñoz¹⁰, Fernando Martínez¹¹ y la misma Alonso.

En su texto, ejemplo de claridad y síntesis no reñida con minuciosidad, Muñoz de Bustillo nos relata la (escasa) suerte en el solar hispano de las reformas judiciales francesas, propósitos en los que se entremezclan provisionalidad, realismo político y extemporaneidad. Condicionada por determinaciones político-militares y por lo efectivamente instaurado y operativo en España, la renovación josefina del aparato de justicia resultó ser una amalgama de prácticas pasadas y tentativas modernas. La lectura que de ella hace la autora nos coloca ya ante dos factores de constante aparición en los capítulos ulteriores: el peso insorteable del pasado jurisdiccional, encarnado en este

la *legalización* de la justicia», afirma Garriga sobre el «reformismo borbónico», p. 101. Es inevitable aquí la cita de Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

8 José M^a PORTILLO, «Cap. 3. Crisis de la Monarquía y necesidad de la Constitución», 107-134.

9 M^a Paz ALONSO, «Cap. 6. Las reglas del juego: herencia procesal y constitucionalismo», 209-242, especialmente 224 ss.

10 Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, «Cap. 4. La fallida recepción en España de la justicia napoleónica (1808-1812)», 135-168.

11 Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, «Cap. 5. La constitucionalización de la justicia (1810-1823)», 169-207.

caso particular en la continuidad del personal y del «estilo» del Consejo Real, y la preceptiva adhesión política de los magistrados, concretada ahora en las depuraciones «a través de cese» promovidas por el gobierno.

En efecto, estos elementos serán también los ejes centrales de la contribución de Fernando Martínez, provista además de una prelusión metodológica de imprescindible consulta para quienes apetezcan ponerse al tanto de los presupuestos teóricos movilizados en nuestro libro. Con la bien construida premisa según la cual, a falta de Estado al que imputar las resoluciones judiciales, continúa siendo la persona del juez el epicentro de la justicia, el autor distingue su versión doceañista por la persistencia de un legado jurisdiccional sostenido por dos claves básicas: por un lado, la permanencia de «una concepción patrimonial del oficio», y por otro, la relevancia tanto de «los trámites procesales» como de las «calidades» externamente apreciadas del juzgador, punto, este último, que, además de agregar a las virtudes morales del *iudex perfectus* la variable afección política del primer juez constitucional, sustenta el expediente definitorio de este intervalo histórico: la responsabilidad del magistrado en cuanto empleado público.

Por último, y ejerciendo nuevamente de relativo contrapeso, M^a Paz Alonso subraya el alcance de algunas reformas penales humanitarias registradas en la Constitución de Cádiz y los variados intentos de enmendar «las dilaciones procesales», mal endémico del tipo judicial anterior.

Como balance final obtenemos, por lo tanto, una justicia que opera todavía sin motivar sentencias y, sobre todo, sin «canon normativo» de referencia, aunque ya aparezca vinculada a disposiciones constitucionales expresas y se oigan voces que derivan garantías y responsabilidades de la fijeza y claridad de las leyes (Alonso, p. 237); una justicia sin segregarse de la administración – como demuestran los alcaldes con facultades gubernativas –, que puede aún por vía ordinaria fiscalizar sus actuaciones y potencialmente sometida a ella al equipararse el magistrado al funcionario y depender del ministerio correspondiente el esclarecimiento de responsabilidades de frecuente cariz político; una justicia, en fin, que deja parcialmente de estar suspendida sobre la constitución encantada del antiguo régimen para imbuirse, solo en una proporción mínima, del moderno constitucionalismo de salvaguardia de los derechos individuales y organización y limitación explícita del poder público, pues lo que en realidad se acumula (y quiebra) a la compartida axiología anterior es la moderna controversia entre programas e intereses políticos, cuya resonancia a nuestros efectos es la transmutación del juez *perfecto* en el juez *afecto* (a los sucesivos regímenes).

El posterior tríptico de contribuciones forma, a mi entender, el nudo de nuestra historia, por examinarse en él una tipología de justicia desembarazada ya de la herencia jurisdiccional y triunfante a la postre en nuestro escasamente constitucional siglo XIX¹². Atendiendo desde el universo de los principios hasta el campo más inabarcable de las prácticas procesales, esta serie comienza con un capítulo de Marta Lorente que, de nuevo, incorpora apartado metodológico enjundioso y no menos decisivo. Tras abocetar los rasgos fundamentales de la justicia bajo el reinado de Fernando VII, materia sobre la cual se ensayarán las nuevas reformas, Lorente encara el montaje extraparlamentario e «infralegal» de la «justicia moderada». La contrafigura para el contraste la procura el paradigma revolucionario francés; de la comparación entre estos parámetros y la realidad española se desprende el imperceptible calado entre nosotros de la noción moderna de ley como «norma general, cierta y accesible» o, en sentido contrario, la extendida vigencia de una mentalidad tradicionalista que atribuía validez a disposiciones remotas. Esta formidable acumulación normativa, ni siquiera aliviada por las técnicas de publicidad al uso, hacía de la indeterminación el signo característico del ordenamiento isabelino, también complejo e internamente conflictivo en lo que respecta a la pluralidad de jurisdicciones y la persistencia *práctica* de la «confusión entre gubernativo/contencioso».

Por su parte, encuadrando sus valoraciones en las líneas trazadas por Lorente, y teniendo asimismo al sistema legalista francés como punto implícito de referencia, M^a Julia Solla, con un cuidadoso y encomiable acopio de fuentes, indaga en algunos aspectos concretos de la justicia isabelina, como la motivación de las sentencias, la ubicación del aparato judicial, el estatuto del juez y su responsabilidad e inmovilidad. Si el orden normativo del momento era incierto e indeterminado, ¿qué otra función podía desempeñar el deber de motivar que «el control administrativo de los fallos»? ¿qué otra dimensión podía tener la responsabilidad que un «control sobre la persona del juez»? Dada la prescriptiva adhesión a la ideología y moralidad dominantes, ¿qué destino aguardaba en el reclutamiento del personal a las aptitudes técnicas sino el de ser oscurecidas por las viejas, y constantemente actualizadas, «calidades» morales del magistrado? Ya que no podía ser entonces garantía de

12 Me refiero a los siguientes capítulos: Marta LORENTE, «Cap. 7. Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», 245-287; M^a Julia SOLLA, «Cap. 8. Justicia bajo Administración (1834-1868), 289-324; Jesús VALLEJO, «Cap. 9. Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico», 325-360.

independencia política, ¿qué sentido podía tener la inamovilidad sino el de preservar al modo antiguo la estabilidad en el oficio?

Con su habitual destreza y pulcritud estilística y una destacable, rara y exquisita deferencia por las miniaturas históricas, Vallejo culmina con un modelico ejemplo de *case history*, y así lo califico porque trasciende la anécdota para elevarse al plano categorial donde interactúan las normas, las garantías, el gobierno, las audiencias, la prensa, los textos de causas célebres y los juristas. Con el truculento y representativo episodio de historia criminal narrado, estamos en realidad ante la corroboración empírica de lo consignado en los dos capítulos anteriores, ante la recreación microhistórica de los numerosos elementos que entretejen nuestra criminal historia: una «opinión pública» impermeable a los principios constitucionales; unos aparatos judiciales que, espoleados por la dirigencia oficial, funcionaban con celeridad carente de garantías; obras facturadas por juristas abarrotadas de prejuicios deletéreos; fiscales y magistrados que empujaban al garrote con la apoyatura de normas medievales expresamente derogadas.

Vista la imposibilidad de articular en la praxis el principio de legalidad, la imagen ahora resultante vuelve a problematizar la sumisión del juez a la legislación. La piedra angular de todo el sistema es ya la administración, que, por una parte, mediante el trámite de la autorización previa para encausar a sus empleados, se sustrae por completo de la fiscalización judicial, y por otra, somete a la justicia a través de su configuración reglamentaria, su funcionalización y su distribución territorial. Y es tan solo aquí, en esta subordinación al gobierno, donde cabe contemplar la residual relación entre justicia y constitución, ya que ésta, en su acepción moderada, ni designa protección de derechos ni habilita, limitándolo, al poder, sino que pone a disposición de éste la determinación normativa de aquéllos para mejor garantía de un orden público nacional, trasunto ideológico de las pulsiones de los sectores socialmente dominantes.

Se cierra la monografía con dos contribuciones dedicadas al momento en que el binomio antedicho de justicia y constitución parece invertirse y cobrar cierta sustantividad. Con su ejercicio de «historia integral» y comparada de la justicia, Bartolomé Clavero nos introduce en las posibilidades genéricamente disponibles a fecha de 1868¹³. Compartiendo comienzos «ciudadanos» —uno por concebir la justicia como «garantía de derechos frente a los poderes

13 B. CLAVERO, «Cap. 11. Justicia en España entre historia y constitución, historias y constituciones», 397-428.

todos» y por fundamentarse en la institución igualitaria del jurado, y otro por ser la justicia de carácter electivo, comprender arbitraje y conciliación y basarse en leyes democráticas—, los modelos estadounidense y francés llegan bien mudados al instante en el que España intenta reconstituirse a sí misma sobre bases constitucionales. En el segundo caso, «reinventada» la universidad, codificado el derecho y suprimida la representatividad de las leyes, la justicia se convierte en «función del Estado» y deja principalmente de proteger derechos. En el primero, situado en una segunda fase posterior a la Decimocuarta Enmienda y anterior a su perverso uso por la Corte Suprema, la justicia sí se compromete con la defensa de las libertades y sirve entonces de ejemplo para «un constitucionalismo de derechos antes que de poderes» como a priori lo era el de la norma fundamental de 1869.

A su elaboración y desarrollo legislativo y reglamentario en lo que concierne a la justicia atiende Carmen Serván en su texto¹⁴, donde puede observarse cierta atemperación del rigor crítico de los juicios formulados sobre el particular en su tesis doctoral¹⁵. En los variados terrenos que la autora recorre, el diagnóstico sobre el estatuto de los derechos individuales es homogéneo: a un inicio «prometedor», por cuanto los declara naturales e ilegislables, sigue una plasmación constitucional más tibia, dilatoria y polisémica que, finalmente, en leyes orgánicas y disposiciones menores, se concreta en un vaciamiento a favor de la potestad estatal (y aun de la doméstica de los padres de familia, como sucede en la institución del jurado). Y todo ello repercute en la justicia, que pasa de custodio supremo de los derechos en la esperanzadora fase constituyente, a tercer poder sometido todavía a la vigilancia gubernamental de la conformidad política, desplazado a nivel capilar por los arrestos gubernativos y sustituido incluso por la jurisdicción militar en el sangrante caso de las previsiones de excepcionalidad.

Por último, con sugestiva reflexión final de actualidad, y respondiendo al significativo interrogante de si «¿puede la justicia garantizar derechos frente a ley?», Clavero confirma en lo sustancial este parecer sobre la génesis constitucional de nuestra organización judicial, caracterizada entonces por la intromisión de la legislación en el diálogo, así mediatizado y estatalizado, entre justicia y constitución.

14 C. SERVÁN, «Cap. 10. Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869», 363-395.

15 C. SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, CEPC, 2005.

Antes de comenzar con esta síntesis ya concluida decíamos que una estrategia cognitiva común recorre casi todas las contribuciones. En ella, repito, se concentra la utilidad teórica, que es mucha y profunda, de la presente obra. Ante todo debe subrayarse su carga polémica, el hecho de que marca desde hace años¹⁶, y a día de hoy, «el estado de la cuestión» sobre el asunto de la historia judicial (y constitucional) hispana. No basta, en cambio, con señalar que estamos ante una alternativa meditada a la consuetud y anacrónica historia normativa, que con positivismo acrítico busca en las disposiciones pasadas la realización paulatina de los principios liberales de organización de la justicia. La dialéctica de convicciones supone además la inclusión en negativo de la opción criticada. En los textos académicos no solo sedimenta la razón analítica, sino que también cristalizan las oposiciones, fracturas y compensaciones que escinden, unifican y constituyen el campo científico. Y esta determinación polémica del propio punto de vista, con las consecuencias que ello pueda arrastrar, resulta perfectamente perceptible en nuestro libro. Estamos, pues, ante un cuestionamiento íntegro de la historiografía convencional de la justicia, ante una enmienda a la totalidad de sus pautas discursivas¹⁷: en lugar de identificarse norma y realidad, se dilucida la imbricada relación entre normatividad y facticidad; en vez de presuponerse categorías tales como las de Estado, ley o administración, se problematiza su campo semántico y se les atribuye sentido en función de su articulación histórica concreta; deja de diluirse la fenomenología judicial en las etapas genéricas de la historia política para restituirle su autonomía; se prescinde de la cesura en nuestros orígenes

16 Baste para comprobarlo con la consulta de Marta LORENTE, «Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838)», en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1992, 215-295; y Marta LORENTE, Carlos GARRIGA, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (La vinculación del juez a la ley)*, 1 (1997), 97-142, integrado ahora en Id., *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional (Epílogo de Bartolomé Clavero)*, Madrid, CEPC, 2007, 261-312.

17 Para ponernos en antecedentes, valga la cita de la organizada y legalista monografía de Juan SAINZ GUERRA, *La Administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, EUEMA, 1992, el inconsistente estudio preliminar de Javier PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal (los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870)*, Madrid, Civitas, 1991, y también, aunque en menor medida pero con mayor y más eficaz dogmatismo (retórico) de principios, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley», *Anuario cit.* (n. 16), 79-95.

constitucionales, no porque el absolutismo hubiese ya preparado el terreno a la racionalización estatal, según sostiene la visión ortodoxa, sino porque, contrariamente, la sombra jurisdiccional se alarga y expande por todo el siglo liberal; los principios abstractos, en fin, ya no son el observatorio escogido, ni su (insuficiente) grado de realización la guía exclusiva de la búsqueda, emprendida ahora con el fin de aprehender, metodología crítica mediante, la fisonomía cultural e institucional de la praxis judicial pasada.

Es en este plano, el de los principios, donde más sobresale la aportación de dicha perspectiva historiográfica¹⁸. Lo más evidente no es sino el intento de contrarrestar la «naturalización» interesada de ciertos conceptos e instituciones –colocados así fuera de la disposición colectiva– con la reversión de la historicidad que les corresponde. Esta historiografía como ciencia de la contingencia se desembaraza por tanto del relato usual de la modernidad¹⁹ para, deslastrada de gravámenes trascendentes, aterrizar en la complejidad irreductible de la trama jurídica histórica²⁰. Por eso debe reputarse impertinente aquella crítica que, formulada aún desde el plano soporífero de los relatos, descalifica por reaccionaria, antimoderna o antiliberal la postura aquí ensayada. La torcedura del gesto, el escándalo o el malestar que puedan provocar sus conclusiones son más síntoma de sordo dogmatismo y unilateralidad que de reflexión científica. También esta observación ampliada al máximo, este amor por los hechos que nos permite descender hasta el nivel molecular de los mecanismos concretos, los dispositivos tangibles y las personas con nombre y apellidos, distingue este enfoque del célebremente propuesto por Arno J. Mayer²¹. No hay aquí detección llana y simple de la persistencia de una organización impoluta en sus trazas más superficiales, sino reconstrucción, sobre la base de una multiplicidad de fuentes, de unas realidades nuevas que por imperativo de las circunstancias no podían ser más que una aleación com-

18 Clavero nos lo advierte: «manifiesto preferencia, como piedra de toque, por los constitucionalismos concretos frente al pensamiento constitucionalista en abstracto», p. 401.

19 Para las estupefacientes funciones semánticas, éticas y políticas de los relatos, véase Jean-François LYOTARD, *La condición posmoderna* (1979), Madrid, Cátedra, 1987.

20 Percibiéndose con ello el grado de contemporaneidad que caracteriza esta contemplación histórica. Mejor que la acepción funcionalista de Niklas Luhmann, que tiene la discutible y cada vez más propagada ‘virtud’ de equiparar complejidad e inmovilismo, acúdase a Edgar MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1995.

21 Me refiero, como es obvio, a *La persistencia del Antiguo Régimen. Europa hasta la Gran Guerra*, Madrid, Alianza, 1984.

pleja de prácticas jurisdiccionales y tentativas constitucionales o tácticas gubernamentales²². Prescindir de tales prótesis teleológicas implica por último el abandono de la dicotomía, cara a la ilustración liberal, entre el orden y el caos, lo regular y lo excepcional, lo «fisiológico» y lo «patológico». Los acontecimientos que desde el ángulo de los principios eran entonces calificados como desviación transitoria y corregible, son aquí elevados a factor estructural y propio de la dinámica pretérita de la justicia. Y también lo que, desde ese mismo estrato, era sencillamente desestimado u olvidado como desecho del paso triunfal de la modernidad, es ahora recuperado con sensibilidad benjaminiana como posibilidades canceladas, como valiosas rutas obliteradas por la preclusión histórica y el idealismo historiográfico²³.

No se piense sin embargo que la renuncia a observar la realidad pasada a través de la pantalla tergiversadora de la racionalización progresiva del mundo supone, sin más, un amoral rechazo de todo principio ético y racionalizador. Antes bien, en nuestro texto –y en el grupo de historiadores que lo suscribe– puede contemplarse la convivencia, con eventuales trasvases y conexiones recíprocas, entre dos concepciones preliminares de la justicia y la política²⁴. Una de ellas, presente de modo tácito en las disquisiciones de Marta Lorente, pero también latente en las contribuciones de Fernando Martínez y M^a Julia Solla, toma como horizonte de lectura la democracia política, donde la ley pasa a ser, no ya monopolio del derecho en manos del poder, sino instrumento primero de garantía por obedecer a las aspiraciones sociales mayoritarias. La segunda, seña indiscutible de identidad de buena parte de la producción de Bartolomé Clavero, y visible asimismo en el capítulo de Carmen Serván, compone un «jurisdiccionalismo de los derechos» que confía en la justicia ciudadana otorgándole la responsabilidad de defender la libertad

22 En Marta LORENTE, Carlos GARRIGA, *Cádiz, 1812*, cit. (n. 16), pueden encontrarse alusiones introductorias a la «*forma de ver*» que articula dicha selección de escritos y que también está en la base de los nuestros. Desde dicho ángulo de observación, en lugar de asignar a los agentes históricos fines trascendentes y sublimes, «son más bien los medios disponibles los que condicionan los fines alcanzables y hasta concebibles», p. 21, y, en general, pp. 11-40.

23 Puede en este sentido recurrirse a un ejemplo de esta actitud en B. CLAVERO, «La gran innovación. Justicia de Estado y Derecho de Constitución», en J.-M. Scholz (ed.), *El tercer poder*, cit. (n. 16), 169-188.

24 Vid. sobre esto Antonio SERRANO GONZÁLEZ, «Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX», en Aldo Mazzacane e Cristina Vano (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994, 425-462.

inclusive contra la decisión legal de la política. Además, obviando esta cuestión de los principios, poca duda ofrece cuál sea la opción con mayor impacto ético: si narrar nuestro pasado constitucional como antesala esforzada de nuestra libertad política actual tapando, o minimizando, sus vulneraciones, o más bien ponerlo al descubierto por entero para, fijado el contraste, no tolerar ya más excepciones.

Cerremos, más que con apartado de críticas, con sugerencia de interrogantes. Ya se ha señalado que el propio punto de vista se construye en buena medida en diálogo con fuentes y polemistas. La lectura de los textos jurídicos –al menos teóricos– circulantes a partir de la fecha en que nuestro libro concluye ha compuesto hasta el día de hoy mi material básico de trabajo. De ella quizá provenga la sensación de que acusa cierta ingenuidad política la oposición neta entre poderes y derechos, sin cabida alguna para un poder conculcador de derechos adquiridos en orden a la consagración de otros más universales, y sin lugar tampoco para la realidad nada infrecuente de unos derechos devenidos en poderes o de unos poderes que se escudan en derechos para ejercer su dominio opuesto precisamente a los derechos. En estos textos más cercanos en el tiempo se refleja además la obstinada supervivencia de la noción jurisdiccional de un orden providencial inmodificable por la decisión política, si bien comparece para legitimar ahora un régimen como el de la Restauración, que no sería sino la materialización razonable de tal orden armónico de ascendencia divina, o para desacreditar después un régimen democrático como el de la II República, Estado voluntarista o constructivista que con sus leyes arbitrarias opuestas al orden indisponible dividiría la sociedad.

Cierto es que existen diferencias sustantivas entre la declinación tradicional y ésta más reciente de la que hablo. En primer término, la rígida jerarquía de los status fue sustituida por la no menos severa jerarquía de las facultades y aptitudes naturales de los individuos aislados. Pero el caso es que también en este paradigma más moderno se traza un orden natural, prepolítico, inmanente e infranqueable por la acción estatal. Dejando a un lado la suerte y difusión del organicismo krausista, católico o nacionalista, me refiero al orden de los equilibrios y compensaciones producidos entre los individuos libres e iguales, inviolable por las leyes estatales y actualizado, preferentemente, por la actividad de los jueces inclusive en contra de la legislación vigente. En efecto, el liberalismo religioso y económico fue en este sentido un continuador de algunas estrategias conservadoras inherentes al paradigma jurisdiccional. Adoptó la forma de defensa del principio de igualdad ante la ley como clave

de bóveda de todos los derechos individuales con el fin de neutralizar jurisdiccionalmente la democracia parlamentaria contraria al privilegio²⁵.

Lo que interesa indicar es que parece claro entonces que el modelo jurisdiccional, interiormente transformado pero sustancialmente inalterado, permanece vigoroso hasta bien entrado el siglo xx, haciendo no más de reflujó del pasado sino sirviendo al liberalismo devoto e individualista. Pero esto implicaría que unos mismos planteamientos, que unas concepciones teóricas homogéneas, han inspirado usos políticos dispares. Significaría esto, en suma, que los principios definidores del modelo jurisdiccional son susceptibles de ser utilizados con diferentes objetivos prácticos.

¿Por qué entonces no suponer lo mismo para su vigencia durante el antiguo régimen, buscando materializaciones opuestas de un mismo marco cultural en lugar de describirlo como la época de su estable e incommovible reinado? Para constatar su carácter duradero, su rango «ontológico» y omnicomprensivo, ¿basta con fundamentarlos en consensos doctrinales elitistas sin registrar el hecho de que las capas mayoritarias de la sociedad no nos legaron fuente alguna que nos permita hoy conocer sus creencias? ¿No contrasta en cierto modo la exhaustividad con que se describe la interferida materialización de los principios liberales con el carácter monolítico, sin fisuras, que se asigna al modelo jurisdiccional hasta incluso su prolongación decimonónica? ¿No podría recogerse la propuesta de Foucault y perseguir líneas antagónicas, unas destinadas a lubricar el gobierno de los hombres y otras a promover su indocilidad, pero ambas desenvueltas en el interior de un mismo discurso homogéneo? ¿No cabría, siguiendo las sugerencias de Adorno para historiar las ideas, concebir la cultura jurisdiccional como un campo de tensiones, en el que potencialmente se comprenden potencialidades políticas contrapuestas, remitiendo todas ellas a un terreno más allá del mero discurso de los juristas? ¿Por qué no rastrear, en fin, las funciones políticas de ese orden jurisdiccional sin adherirnos a la representación que de él hacían sus promotores? ¿Por qué pensar que era un orden de imperio del derecho con exclusión de la política y no que era una forma histórica de la política misma? En definitiva, ¿por qué no pensar que el desencantamiento del mundo tiene efectos retroactivos y vinculantes en todo caso para la historiografía cultivada desde el presente?

25 Vid. Erich KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, Berlin, De Gruyter, 1927, y, entre nosotros, Eduardo L. LLORENS, *La igualdad ante la ley*, Universidad de Murcia, 1934 [edición anotada en Sevilla, Athenaica, 2015].

CAPÍTULO 2

LEGISLACIÓN AUTORITARIA, ESTADOS DE SITIO Y ENEMIGOS POLÍTICOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LIBERAL¹

I. INTRODUCCIÓN: LOS SOBREENTENDIDOS DE UN TEMA DE ACTUALIDAD

Ateniéndonos a un concepto legalista del estado de excepción, no hay año en que no conozcamos la declaración de tales situaciones en algún país. En unos casos, se decretan para hacer frente a «inesperadas» catástrofes naturales. En otros, sin embargo, las razones de fondo son de naturaleza política, bien nos refiramos a la represión de la disidencia o a golpes militares ejecutados contra gobernantes igual de golpistas. A poco que indagemos, puede incluso que esta aparente dicotomía entre emergencias naturales y excepciones políticas se difumine. Por ejemplo, los sucesos de Chile en 2010, reveladoramente vividos por alguna de sus víctimas como si del comienzo de una guerra se tratase, nos pusieron frente a una irrupción masiva de actos vandálicos, sabotajes y robos con un contenido político-económico evidente. El despliegue del ejército no tuvo como fin exclusivo la remoción de escombros y el salvamento de vidas. También procuró impedir el desencadenamiento de una guerra civil cuyo primer paso parecía ser la apropiación legalmente indebida, pero subjetivamente legítima, de bienes ajenos. Y las consecuencias del terremoto de Haití de aquel año, además de constituir un curioso caso de estado de excepción gobernado de facto por un ejército extranjero, nos colocaron ante a una realidad aún más dolorosa: la de un Estado «fallido» o, mejor, la de una comunidad que vivía, y vive, en permanente estado de excepción.

1 Entre otras referencias bibliográficas acerca del asunto que vamos a tratar, a propósito de Lutz RAPHAEL, *Ley y orden. Dominación mediante la Administración en el siglo XIX* (2000), Madrid, Siglo XXI, 2008, trad. Jesús Albores; José Antonio GONZÁLEZ CASANOVA, *La derecha contra el Estado. El liberalismo autoritario en España 1833-2008*, Lleida, Milenio, 2009; José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Madrid, Síntesis, 2008; Patrick Anthony CAVALIERE, *Il diritto penale político in Italia: dallo Stato liberale allo stato totalitario: storie delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Roma, Aracne, 2008. Y, por lo que se deduce del encuadre, a propósito también del cincuentenario del fallecimiento de Albert Camus. [Publicado originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 39 (2010), 841-912.]

La excepcionalidad remite así a una situación de normalidad susceptible de ser definida en términos jurídicos, pero también políticos y económicos. Una situación caracterizada tanto por el orden y el consenso indispensables para que rijan eficazmente el derecho como por la cobertura total de las necesidades elementales para el desarrollo de una vida digna. Un extremo y otro están además estrechamente relacionados, pues la falta de esta cobertura compromete la integridad de aquel orden. En definitiva, desde la legítima perspectiva pequeño-burguesa de quien suscribe, se trata de una situación de normalidad cuyo núcleo es el valor de la seguridad, entendida como posibilidad de prever las acciones de nuestros semejantes y de nuestros gobernantes, así como sus consecuencias jurídicas, pero concebida asimismo como red de aseguración pública que garantice necesidades básicas, trocadas jurídicamente en derechos que deberían considerarse fundamentales, como la vivienda, la educación, la sanidad, los subsidios por desempleo o enfermedad, el trabajo razonablemente remunerado y, asimismo, una renta mínima, indispensable para la plena realización individual y una socialización igualitaria.

Esta situación de normalidad, que reclama en efecto la vigencia estable y arraigada de determinadas instituciones públicas, acota por contraste una zona de excepcionalidad mucho más extensa que la delineada por la visión meramente legalista. Con este enfoque, habrían de incluirse en el campo de los estados fácticos de excepción todas aquellas poblaciones desprovistas de los medios indispensables para su subsistencia, y privadas también de los recursos necesarios para garantizar la autonomía individual de sus miembros y su misma autonomía colectiva en cuanto comunidades. Añadiendo este dato, acaso debamos concluir que el estado de excepción no es en absoluto excepcional. Y aún menos lo será si agregamos las consecuencias de la interpretación sesgada, parcial y oficialista de la seguridad propia del liberalismo económico², que la reduce al aseguramiento de la vida del conjunto y de las propiedades individuales frente a peligros anónimos e inminentes, sin incidir siquiera en las posibles causas de dichos riesgos y exigiendo a cambio un supuestamente necesario recorte de las libertades. De hecho, la eventualidad de un posible estado de excepción futuro, esto es, la vigencia permanente de un estado de excepción potencial, cada vez está más presente en la conformación

2 Sobre «la formidable extensión de los procedimientos de control» y la «administración de los peligros» que lleva aparejados el liberalismo económico, vid. Michel FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Madrid, Akal, 2009, 74 ss.

política de la actualidad occidental. Y la inminencia de esta excepcionalidad provendría tanto de la erosión creciente y –al parecer– fatal de los supuestos culturales y socioeconómicos del Estado constitucional³, como de la existencia de una amenaza latente que pone en peligro los fundamentos mismos de la sociedad⁴. Si en un extremo el paso de la precariedad a la indignidad se hace cada vez más verosímil para un buen número de ciudadanos, en el otro se hace indispensable la adopción de medidas de urgencia con fines de defensa social. De este modo, la realidad jurídico-política occidental se caracterizaría por una intensa paradoja, a saber: por mostrar una sólida conciencia de sus conquistas constitucionales, democráticas y sociales –trasvasadas incluso al mismo orden jurídico internacional⁵– y, al mismo tiempo, experimentar agudamente, y con creciente preocupación, su fragilidad.

Como suele acontecer, el presente marca la agenda de los saberes, incluido el historiográfico, y esta omnipresencia, actual o potencial, de los estados de excepción, no podía dejar de traducirse en un recobrado interés por el asunto. En el campo de las ciencias sociales, jurídicas y políticas, el lector puede encontrar intentos recientes de reconstrucción sistemática, anuarios monográficos, análisis comparados y estudios doctorales sobre la dimensión teórico-política y jurídico-administrativa del objeto⁶. En el terreno de la filosofía, es cita obligada la valiosa, y a ratos críptica, indagación de Giorgio Agamben⁷, y en la historiografía, en parte debido al impulso dado por la pro-

3 Christof MÖLLERS (et. al.), *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*, Berlin, De Gruyter, 2009.

4 Bruce ACKERMAN, *Before de Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006.

5 Vid. Jaime ORÁA, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992; y la tesis de Florentín MELÉNDEZ PADILLA, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2003.

6 Cf. Oren GROSS, Fionnuala Ní AOLÁIN, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006; David DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006; Nomi Claire LAZAR, *States of Emergency in Liberal Democracies*, Cambridge University Press, 2009; Alfredo FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008; y el monográfico –que me facilita Federico Fernández-Crehuet– de los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 43 (2009), dedicado al tema *Libertad y seguridad*, con interesantes aportaciones de Erhard Denninger y Danilo Zolo.

7 Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* (2003), Valencia, Pre-Textos, 2004.

pia obra de Agamben, también pueden hallarse tentativas de profundización en el particular⁸.

Estas prospecciones historiográficas muestran en primer lugar la dilatada trayectoria cronológica de nuestra problemática, documentable desde los tiempos romanos hasta la época constitucional⁹. Es este último intervalo el que nos va a interesar, pues en él acaso podamos encontrar claves de comprensión que nos permitan encarar los desafíos de la actualidad. En este sentido, puede advertirse que quizá no sea del todo riguroso fundir, mediante análisis etimológicos esencialistas, la naturaleza de la excepcionalidad en la época romana, en tiempos medievales, en la edad moderna y en la era liberal. Quizá la investigación filológica y la historia antigua o medieval nos provean de útiles informaciones sobre la *forma* y la legitimación abstracta de los estados de excepción, pero en lo atinente a su *materia*, a sus contenidos concretos, existe una sensible divergencia entre los diversos tractos de la historia¹⁰, principalmente si atendemos a lo que con el recurso a las situaciones de emergencia pretendía preservarse y, también, a la naturaleza de los poderes extraordinarios que en ellas comenzaban a operar.

En principio, y a diferencia de lo existente con anterioridad, lo que tras las revoluciones burguesas quería salvaguardarse con el recurso a los estados de excepción era un Estado, el constitucional, caracterizado por la separación de poderes y la declaración de los derechos. Descontando sus accidentales tropiezos, dicho Estado fue implantándose paulatinamente por todo el territorio europeo hasta que en el intervalo de entreguerras se hundió en una excepción permanente, causada ante todo por los extremismos de izquierda y derecha que agredían con sus doctrinas y sus acciones a las democracias representa-

8 Valga citar como ejemplo sintomático el monográfico de *Quaderni Storici*, 131 (2009), dedicado a los *Sistemi di eccezione* y con contribuciones que abarcan desde los crímenes atroces, las leyes de excepción y los procesos extraordinarios en el bajo medioevo –vid. los textos de Julien Théry, Giuliano Milani y Sara Menzinger– hasta la lógica de la excepcionalidad en el mundo penal moderno y en el Estado de policía –vid. los artículos de Massimo Meccarelli y Paolo Napoli–.

9 Para una historia casi completa, que no obstante se detiene en el siglo XIX, cf. François SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, Paris, PUF, 2001. Vid., asimismo, para los antecedentes romanos, N. C. LAZAR, *States of Emergency*, 113 ss.

10 Para estos «desplazamientos» del sentido de los estados de excepción, cf. F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, 181 ss. y 261. El mismo Agamben lo advierte: «es importante no olvidar que el estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrático-revolucionaria y no de la absolutista», *Estado de excepción*, p. 15.

tivas y liberales. Tras la derrota del totalitarismo, se restauró en Europa el Estado demoliberal, que ahora se ve obligado a adoptar puntuales medidas de emergencia para hacer frente a imprevisibles coyunturas económicas, a catástrofes naturales o a la amenaza anónima del terrorismo.

Si, de manera simplificada, este es el relato ortodoxo que flota en el ambiente, las páginas que siguen tratan de problematizarlo. Sus dos sobreenfrentados capitales, filtrados hasta en el discurso científico, podrían ser los siguientes: la excepción como regla es característica del período de entreguerras –calificado en muchas ocasiones como de «guerra civil» europea– y ajena a la naturaleza del Estado burgués; una vez reimplantado éste los riesgos que amenazan su estabilidad son impredecibles, anónimos y naturales, esto es, apolíticos, ajenos al concurso de las voluntades subjetivas y, por tanto, no susceptibles de ser pronosticados, prevenidos o resueltos a priori mediante políticas estatales o internacionales. El presente texto querría así, en primer lugar, poner de manifiesto que la lógica de la excepcionalidad fue consustancial a la instauración del Estado liberal, estando, por el contrario, muy presente antes del período de entreguerras, durante el cual se ensayó la articulación de un sistema político que en muchos puntos se oponía al antes vigente, enfrentamiento que estaba además en la base del auge de la excepcionalidad. Y, en segundo término, querría igualmente mostrar que, desde su arranque contemporáneo, las pautas de la excepción han tenido siempre una valencia política, inclusive cuando han pretendido disfrazarse de estrategias de mero y aséptico dominio de la naturaleza.

Para intentar lograr estos objetivos adoptaremos la fórmula de la crítica bibliográfica y el comentario de textos actuales y no tan recientes. En primer lugar, realizaremos una exégesis de la famosa obra de Albert Camus, *Estado de sitio*, en la cual se delinean con precisión los dilemas implicados por los estados de excepción en cuanto técnica de gobierno aplicada desde la génesis del Estado burocrático hasta los totalitarismos. En segundo lugar, con el auxilio de algunos libros más o menos actuales, habremos de dilucidar en qué consistía ese Estado nacido y edificado a lo largo del siglo XIX, atendiendo tanto a su morfología europea como a las particularidades de la experiencia española. Y en tercer y último lugar, estudiaremos a través de algunas obras ya clásicas y otras más recientes cuáles eran los diversos niveles de excepcionalidad presentes en la dinámica del Estado liberal. Se estará entonces en condiciones de concluir que quizá la visión que tengamos de lo acontecido en entreguerras esté en buena medida tergiversada por una idealización de los

antecedentes. E igualmente podrá indicarse que hasta la reparación de las catástrofes naturales contienen un inconfesable contenido político.

II. PODER, NATURALEZA, DERECHO: UN ENCUADRE CAMUSIANO

LA PESTE: Yo reino, es un hecho; por tanto, es un derecho [...] El estado de sitio ha sido proclamado [...] Yo traigo la organización [...] Ponerse en fila para morir bien, esto es lo principal. De este modo tendréis mi favor. Pero cuidado con las ideas insensatas, con las furias del alma, con las pequeñas fiebres que dan lugar a las grandes revueltas. He suprimido estas complacencias y he puesto la lógica en su lugar. Me dan horror la diferencia y la sinrazón. A partir de hoy seréis, pues, razonables, es decir, tendréis vuestra insignia. Iréis con las ingles marcadas y llevaréis públicamente bajo la estrella el bubón que os designará para ser azotados. Los otros, los persuadidos de que esto no les concierne, hagan cola los domingos en las plazas de toros. Pero no tengáis ninguna amargura: también con ellos va esto. Están en la lista, y yo no olvido a nadie. Todos sospechosos, he aquí un buen comienzo.

De este modo era decretado el estado de excepción en la conocida pieza teatral de Albert Camus¹¹. Si la traigo a estas páginas no es con el propósito de hacer una interpretación profunda de su estructura, ni siquiera un estudio literario sobre sus contenidos y sobre el rango que ocupaba en la completa obra del autor. Faltan a quien suscribe las competencias para hacerlo. Además del afán de rendir justo tributo a Camus, nos ha de ocupar la exégesis de *L'état de siège* porque con ella acaso podamos identificar un marco interpretativo ajustado a la presente revisión bibliográfica. Un marco cuya clave maestra no es sino el muy significativo hecho de que el mal que se pretende remediar con el estado de excepción –en este caso, la peste y la muerte– es a su vez quien reina e impera en él.

Concentrada, entre otros aspectos, en descifrar la forma del poder y en poner al descubierto la lógica de sus excesos, la obra de Camus tiene en este drama en tres actos un pormenorizado examen del advenimiento, la implan-

11 Albert CAMUS, *El estado de sitio* (1949), Madrid, Alianza, 2004, trad. Pedro Laín Entralgo y Milagro Laín Martínez, 75-76. Las citas extractadas a continuación, como puede deducirse, proceden de esta obra. Solo de aquellas frases que pertenecen a otros textos del autor será indicada la procedencia exacta en el cuerpo de notas. En lo poco que tenga de meritoria la siguiente reflexión, va dedicada a Cándido Romero, quien al concluir mi carrera me dio a leer *El hombre rebelde*.

tación y el final de un estado de sitio en la ciudad de Cádiz. No es irrelevante que fuese escrito en 1948, poco después de una ocupación que le había llevado al exilio, y contra la que se había resistido, y en el momento en que, opuesto ya al comunismo por su degeneración dogmática y estalinista, se aproximaba a círculos libertarios¹². Tales circunstancias no son insignificantes porque, debido a ellas, este documento puede ser leído como un testimonio de quien, con treinta y cinco años, ha sufrido la excepción permanente y ha conocido el camino que, desde las promesas irrealizadas de justicia, desemboca en ella.

Tampoco carece de sentido la ciudad seleccionada por Camus. Acogiendo, en particular, la sustitución de un gobierno ordinario por otro excepcional y transitorio, nos evoca también, en general, un espacio de transiciones políticas, un contexto que para el lector mediterráneo simboliza el paso de un dominio con amplias lagunas por regular a una forma de autoridad vocacionalmente total. A los efectos de nuestra interpretación, nos interesa, pues, atender a los detalles de aquella sustitución, pero inscribiéndola en el horizonte global de esta transición que va de un régimen antiguo a otro nuevo, supuestamente más sofisticado, eficiente y abarcador. Tanto es así, que hasta se diría que, sin poseerla de manera explícita, el relato de Camus transmite la sensación de contar con una estructura en bucle: una vez concluido el estado de sitio, los poderes extraordinarios ceden su lugar a las autoridades ordinarias, que, con sus vicios todavía persistentes –principalmente su «sordera» y su «ceguera» frente a los problemas reales de la población–, parecen condenadas a repetir la abdicación en favor del soberano excepcional, quien, a su vez, será el que, a efectos prácticos, discipline y ordene irrevocablemente la sociedad, hasta tal punto que la nueva forma que ésta terminará adoptando se debe mucho más a su intermediación –accesoria y transitoria, según se presumía en un principio– que al ejercicio rutinario de sus funciones por parte de los poderes ordinarios.

12 Vid. la con frecuencia superficial biografía de Oliver TODD, *Albert Camus. Una vida* (1996), Barcelona, Tusquets, 1997, 95 ss. (militancia comunista), 240-266 (sobre el exilio, y donde pueden leerse testimonios epistolares de sus vivencias: «Me han despertado las sirenas y el zumbido de los aviones y los disparos», p. 252; «Uno vuelve a casa y espera la alarma o cualquier cosa», p. 255), 333 (sobre la transparente alegoría de su principal novela: «Para los lectores, la peste es, también, el nazismo. La peste no tiene límites: es la ocupación, el terror, los sufrimientos, los muertos»), 347 ss. (compromiso periodístico con la Resistencia como jefe de redacción de *Combat*), 432 ss. (oposición expresa al estalinismo desde fines de 1946) y 454 ss. (su apoyo en 1948 al *Rassemblement Démocratique Révolutionnaire*, lanzado por políticos socialistas).

He aquí entonces una primera, decisiva indicación: el estado de excepción, y las prerrogativas que supone, no sirven tanto para restaurar una constitución temporalmente suspendida, cuanto para constituir la sociedad mediante un uso intenso de la violencia, fundiéndose así las categorías de estado de excepción y de poder (materialmente) constituyente. De ahí que, por inquietante que parezca, si hoy las situaciones excepcionales pueden aparentemente remitirse, sin mayor problema, a una constitución válida que le sirve de referencia y límite¹³, puede que a su vez haya que remitir ésta, y su vigencia estabilizada, a una concatenación anterior de estados de excepción. Es justo lo que Schmitt, el pensador de la excepción, sugería, algo crípticamente, cuando afirmaba que «[e]n todo átomo jurídico permanece una ordenación que presupone una situación anormal y difiere del derecho que debe regir en el estado normal de las cosas»¹⁴. Este excedente fáctico, que remite a una pasada instauración violenta del orden normal, habría quedado registrado de modo permanente, y se encontraría presente, al menos en forma latente, en el ordenamiento rutinariamente efectivo. La historiografía en general, y la del derecho en concreto, tendrían así, en demasiadas ocasiones, un interlocutor equivocado, pues esos poderes ordinarios, que, a decir de Camus, «escriben la historia», al tiempo que la historiografía trata solo de ellos, como si de su voluntad procediese el orden social, no han sido más que figurantes, o actores secundarios, en una fábula cuyos protagonistas verdaderos parecen ser, por un lado, el afán desmedido de dominación, ese inevitable pero impracticable «apetito de absoluto» y «unidad»¹⁵, y por otro,

13 Cf. N. C. LAZAR, *States of Emergency*, 7-8, quien reniega de la dicotomía «norma/excepción», entendiendo que esta última permite la arbitrariedad, y sosteniendo que aun durante las situaciones de emergencia las «normas liberales» y los principios éticos continúan vigentes. Pero, ¿cómo llegaron a consolidarse dichas normas y tales principios? Para un acercamiento jurídico garantista desde perspectiva constitucional entre nosotros, véase el clásico trabajo de Pedro CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

14 C. SCHMITT, «Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung», en *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1924, 63-104 (101), quien concluía aconsejando: «La conciencia de esta diferencia [entre el derecho formalmente válido y la ordenación fáctica violenta que creó las condiciones socio-culturales normales para su vigencia pacífica] no debería perderse, al menos en la ciencia jurídica».

15 Sobre él ya habla Albert Camus en *El mito de Sísifo* (1942), Madrid, Alianza, 2002, 30 y 69.

el combate heroico que contra él ha librado siempre la rebeldía en el solo nombre del «honor» y el «orgullo».

Una cesión temporal de poderes que tiene como finalidad instituir de modo permanente, pero a través de medios excepcionales, el entorno social, este es, pues, el objeto genérico del drama de Camus. Los elementos de mayor importancia para nuestra particular lectura son, así, los dos tipos de gobernación —el ordinario, el excepcional— en liza, sus caracteres distintivos, la transición entre ellos, los sujetos que los representan, las realidades y los símbolos que los animan. Junto a esta tensión entre ambos modos de ejercer el poder queda otra significativa bipolaridad, la que opone el nihilismo, encarnado en el personaje llamado «Nada», y la bondad heroica, sacrificial, redentora y mesiánica, representada por el protagonista «Diego». Aunque en ella se condensa buena parte de la dimensión ética del relato, ha de quedar relegada a un segundo plano en este análisis, que pretende tan solo extraer un marco útil para la comprensión de nuestra problemática, la de los estados de excepción y sus implicaciones políticas en la conformación del llamado Estado liberal.

Concretada en el gobernador, los alcaldes, el juez, la guardia civil, el cura y el heraldo que difunde su mensaje, la gobernación tradicional es estructuralmente conservadora e inmovilista, tiene en el mantenimiento exterior del «orden público» su ratio principal y, en última instancia, se caracteriza por la ausencia de decisión, es decir, por la delegación de esta a la «costumbre», no entendida en términos románticos, como expresión espontánea de pueblo inclusivo alguno, sino en modo realista, como sedimentación normativa producida por la dinámica autónoma de los poderes sociales privados. En el fondo, la gobernación tradicional se encuentra instituida para garantizar un orden cuya procedencia y condición se colocan fuera de su ámbito decisorio, un orden prepolítico considerado fruto de la providencia al que la voluntad de los hombres, comenzado por la de los gobernantes, ha de plegarse.

La virtud que han de cultivar los ciudadanos es entonces la *sensatez*, concebida como adecuación pasiva e inmovilista a ese orden superior previo: «¡En verdad, todo está en orden, el mundo se equilibra! ¡Sensatos! Seremos siempre sensatos, pues nada cambiará nunca», exclama el pueblo, por voz del coro. Se atribuye con ello, según queda dicho, un significado preciso a tal atributo, caro al léxico conservador: el de atenerse, sin conato de voluntad transformadora, a un orden esencialmente heterónimo. La *responsabilidad*, por su parte, es la *sensatez* de las autoridades, la virtud que estas han de

practicar, consistente en respetar el concierto de las costumbres privadas y los derechos adquiridos para evitar la aparición trágica de la violencia en que dicho concierto se asienta.

El ideal de gobierno, siguiendo la emblemática sentencia de Fichte, es de estirpe liberal: «Los buenos gobiernos son los gobiernos en los que nada pasa», sentencia el heraldo; «¡Soy el rey de la inmovilidad!», proclama, confirmándolo, el gobernador. Pero, en realidad, esa armonía consuetudinaria, jerárquica, privada y presuntamente natural no es más que una falacia, el síntoma visible de una insensibilidad política, una distorsión ideológica de la realidad, una expresión de falsa conciencia, un exceso de voluntarismo asumido por parte de una gobernación que se presenta a sí misma como la negación misma del voluntarismo: «Ésa es la voluntad del gobernador –anuncia el heraldo–, que no pase nada en su gobierno para que este continúe siendo tan bueno como lo ha sido siempre».

Con su pasividad e inmovilismo, la gobernación tradicional prepara la llegada de la extraordinaria. Ya la «Peste», el soberano excepcional, cuando va a abandonar la escena, y contempla el regreso de los poderes ordinarios, se congratula «porque ellos preparan mis caminos». ¿Cómo lo hacen? «Nada» lo revela: «en lugar de cerrar las bocas de los que gritan su desgracia, cierran sus propias orejas». La gubernamentalidad ordinaria se caracteriza, pues, por no canalizar una dimensión indispensable de la vida humana, por obliterarla y reprimirla hasta hacerla estallar o manifestarse de manera abrupta y deformada. El anhelo de justicia, el borrar activamente la irremediable culpa sentida por la miseria ajena, que no es sino un aspecto de la propia, no encuentra eco en unos poderes ocupados en mantener una paz epidérmica, aparente, afanados en tapar a toda costa los conflictos hasta que estos conviertan en inevitable el auxilio constitutivo de las potestades excepcionales.

Si la responsabilidad era su presunta virtud, la falta absoluta de prevención, su radical impermeabilidad frente a necesidades materiales que expresan una traza humana inmaterial y natural, es el defecto más ostensible de esos poderes ordinarios. La retórica de la responsabilidad ampararía, desde esta perspectiva, la más clamorosa de las irresponsabilidades: la desconexión radical entre el gobernante y los gobernados. Así lo muestran la ausencia plena de toda asamblea en una gobernación ante todo ejecutiva, la complacencia del máximo dirigente porque «nada ha cambiado», y la obediencia ciega a la ley por parte del juez –«No sirvo a la ley por lo que ella dice, sino porque es ley. Si el crimen se convierte en ley, deja de ser crimen», se justifica el

juez Casado—, esa profesión imposible —¿quién es tan inocente como para culpabilizar?— que, al serle propio el disponer sobre la vida y la libertad de los hombres, daba para Camus la cifra, en buena tradición francesa, de un poder terrible, propenso, por la dificultad de interponerle límites, a la arrogancia moral y la arbitrariedad¹⁶.

Una política antinatural, ajena a la geografía de las necesidades y pulsiones naturales de los hombres, concentrada en mantener un orden artificial y, por consiguiente, en expulsar toda rebeldía que a este se oponga, esa es la política exteriorizada por la gobernación tradicional. Pero ella, como se ha indicado, al tiempo que se basa en la invocación remota de una omnipotencia que permanece en estado latente, contribuye a su venida, único modo al parecer de activar los resortes adecuados para cumplir la misma finalidad que los poderes ordinarios se muestran incapaces de lograr. El mal que hace inevitable su llegada, y que supuestamente se intenta neutralizar, es interpretado a través de los parámetros —religiosos, providenciales, mitológicos— que rigen y cimientan la política tradicional. El mal que obliga a decretar el estado de sitio es una plaga, un fenómeno imprevisible y anónimo de la naturaleza, «un maleficio» que se cierne «sobre la ciudad», debido a la voluntad de Dios o a la fatalidad. Lo único que puede afirmarse a su respecto es la culpabilidad originaria de los hombres, sobre los cuales se cierne la peste como «el castigo» de que se han hecho merecedores por su «pecado mortal», por alguna osadía cometida contra el orden de la trascendencia. Mientras los gobernantes ordinarios se obstinan en negarlo, o prohíben «toda reunión pública y

16 La figura del juez (y del fiscal) es muy recurrente en la obra de Camus. En los casos que conozco, el juez, aplicador acrítico de los mandatos legales, es también un personaje profundamente religioso, sumiso a la providencia, es decir, a principios morales presuntamente suprapositivos, y opuesto por completo al espíritu de la rebeldía. Puede en este sentido recordarse el interrogatorio que el juez instructor hizo a Mersault, protagonista de *El extranjero*, donde se escenifica la incomunicación radical entre el juez y el procesado, la incapacidad estructural de aquel para comprender los verdaderos motivos, colocados más allá de su mera voluntad subjetiva, del crimen de este. O también su juicio agobiante, donde la moral y las buenas costumbres tuvieron un papel más relevante que la aplicación de la propia ley. Cabe también recordar al juez Othon, personaje de *La peste*, contrapunto del doctor Rieux y calificado como «el enemigo número uno», o al padre de Tarrou, abogado fiscal que encarna la culpable y mecánica disposición sobre la vida ajena ejecutada por los tribunales. Vid. A. CAMUS, *El extranjero* (1942), Madrid, Alianza, 2005, trad. José Ángel Valente, 70-75 y 85-100, y *La peste* (1947), Madrid, Bibliotex, 1999, trad. Rosa Chacel, 124-125, 200 y 204-206.

toda diversión» como «señal de penitencia», su análisis se convierte en labor de astrólogos, iluminados, curanderos y brujas. Solamente en palabras de «Nada» y de «un hombre del pueblo» se sugiere que ese mal acaso tenga una procedencia política y económica reconducible, en último término, a la voluntad y la acción de los hombres. Mientras que el primero asegura tener la impresión de que el advenimiento del mal «no es cosa del cielo», sino más bien de que «los hombres» se han puesto «a romper cristales y cabezas», el segundo afirma:

Esta mañana ha habido ruido en la ciudad y por encima de la ciudad. En verdad, hemos tenido miedo. Hemos tenido miedo de que algo cambiara y que, de repente, los miserables se vieran obligados a alimentarse de chocolate.

Con ello, Camus alude tácitamente a los antecedentes del estado de excepción crónico que instauró el fascismo, pero, por extensión, también se evocan todos aquellos poderes extraordinarios que durante décadas se habilitaron para frenar la pulsión igualadora, el resentimiento económico y el comprensible y estéril revanchismo. Ahora veremos que en la misma gobernación extraordinaria se funden desde el Estado burocrático que empieza a extenderse por Europa a partir del siglo XIX hasta las dictaduras totalitarias de los campos de concentración. Pero antes puede que ya estemos en condiciones de identificar una segunda, e igualmente decisiva, observación. La de que el estado de excepción es la contrafaz inevitable de un modo de gobernación conservador, basado en categorías naturalistas, sordo frente a ciertos requerimientos insoslayables, incapaz de adoptar decisiones que los satisfagan, y liberal en el sentido de que se limita a ratificar los decretos unilaterales de la espontaneidad social, los designios de una sociedad autónoma cifrada por la tradición y la jerarquía económica e institucional.

El tránsito conduce así desde el inmovilismo consuetudinario e iusnaturalista a los decretos de emergencia. No hay, como se suele pretender, oposición entre ambos extremos, sino constante retroalimentación. De cualquier forma, la transmisión de poderes, al no ser del todo pacífica, al verificarse mediante el chantaje y la amenaza velada, demuestra que el soberano excepcional ya ejercía presión sobre las autoridades ordinarias. Estas no son su equivalente exacto en tiempos de normalidad, no constituyen la simple instancia de su reproducción en los períodos de paz, e incluso pueden entrar en relativa tensión con él. Pero este conato de oposición de las autoridades tradicionales se desvanece cuando, como de costumbre, la Peste, «la nueva potencia que acaba de

manifestarse», concede la petición del gobernador: «¿podemos salvar la vida yo, los míos y los alcaldes?».

En el momento de cesión de los poderes, en la antesala de la declaración del estado de sitio, puede apreciarse así que la situación de excepcionalidad tiene como objeto, no tanto ordenar la sociedad para posibilitar la vigencia del derecho, cuanto garantizar la continuidad, la supervivencia, el regreso futuro de las autoridades tradicionales, aquellas legitimadas para declarar el derecho válido. «El acuerdo a que llegue con la nueva potencia evitará sin duda lo peor, y así tendréis la certidumbre de conservar fuera de estas murallas un gobierno que un día pueda seros útil», pretexta el gobernador ante el pueblo, haciendo patente a su vez que, en última instancia, la fuente de la que emana el poder tradicional se coloca fuera de sus órganos institucionales comunes, en una zona que al entendimiento ortodoxo u ordinario solo se le hace comprensible como potencia taumatúrgica, como poder misterioso, anónimo e irresistible¹⁷.

Del mismo modo que los poderes tradicionales necesitan del extraordinario para preservarse, este requiere los servicios de algunas instituciones ordinarias para revestirse de cierta legitimidad, de la legitimidad que comunican la costumbre y la normalidad. Así, uno de los alcaldes se pondrá al servicio del «hombre» y su «secretaria» como «intermediario para dar a conocer [sus] deseos». Los personajes que representan esta segunda gobernación, la extraordinaria, la del «terrorismo de Estado»¹⁸, son la Peste, la enfermedad frente a la que el estado de excepción pretende inmunizar, y su secretaria, que no es sino la muerte, el mal que con tal situación excepcional se quiere expulsar. Como se ha indicado, imperan en el estado de sitio justo los males que con él pretenden remediarse. Si la Peste simboliza la arbitrariedad, uno de los rasgos definidores de esta nueva gobernación, la muerte –y el pavor que siembra su posibilidad inminente– encarna su instrumento más recurrente; el gobierno excepcional se caracterizará, en efecto, por la disposición caprichosa de la vida humana, en una parábola que termina convirtiendo una política instituida supuestamente para preservar la vida frente a su aniquilación natural en una política esencialmente criminal por tener como objeto la muerte de los hombres.

17 De hecho, en esta primera aparición, «La Peste», el soberano excepcional, no deja conocer su identidad, y figura meramente como «El hombre», como una presencia anónima y desconocida, pero ya omnipotente.

18 Así la calificará en *El hombre rebelde* (1951), Madrid, Alianza, 2001, 209 ss.

En el estado de excepción reina quien «de hecho» manda(ba). Es, por esencia, un régimen de hecho, nunca de derecho, por más que solo a su través, mediando su intervención originaria, pueda regir este. Después veremos que su potencia, inevitablemente, se encuentra limitada por los mismos propósitos que se ha dado. Con todo, su dominio fáctico parece ser también jurídico, hecho y derecho coinciden en su persona porque la norma jurídica se reduce a regla obligatoria, y solo quien domina de hecho está capacitado para imponer obligaciones de un modo eficaz. Otra cuestión es que esta concepción imperativa agote el contenido del derecho, algo negado con insistencia por los personajes populares. Pero su capacidad de obligar está fuera de toda duda. El pretexto que invoca para ponerla en práctica es la salvaguarda del Estado, la *suprema lex* de la *salus rei publicae*. Perplejo, «el Pueblo» recuerda que si el Estado era el gobernador, ahora, con su ausencia, o no hay Estado, o es la misma Peste, que por tanto, con sus medios violentos, se protege a sí misma. Solo un personaje como «Nada», capacitado por su radical descreencia para rasgar el velo mitológico y moralizante que recubre las instituciones y los hábitos sociales, señala la irrelevancia del problema, pues siempre se trata de la defensa del poder bajo el nombre pomposo y abstracto de Estado. Y la forma de actualizar dicha defensa es, como se ha sugerido, sembrando el terror.

El instrumento primero que empieza a desplegarse en el estado excepcional es la propagación indiferenciada del miedo. Aunque también la gobernación tradicional había de infundirlo para mantener su autoridad, lo que ahora, bajo la gobernación extraordinaria, lo caracteriza es su inminencia, su incertidumbre, la falta de límites, la incapacidad para pronosticar, la inseguridad de no saber cuándo puede materializarse la terrible circunstancia temida¹⁹. Si resulta tan eficaz esta estrategia es porque ancla en el poderoso e insuperable instinto de autoconservación, componente indispensable de la apacible y despolitizada armonía consuetudinaria deseada por las autoridades tradicionales, que muestra ahora su envés, su capacidad para instituir gobiernos liberales, pero también gobiernos basados en el «terror general». En el fondo, la lógica del estado de excepción, comprendido como actualización de unos poderes extraordinarios que pueden llegar a disponer de la vida humana con el pretexto de salvar la vida del Estado, se asienta entonces en la

19 Cf. Roberto ESPOSITO, *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (1998), Buenos Aires, Amorrortu, 2007, 61, refiriéndose a la distinción de Franz Neumann entre *Angst* y *Realangst*. Del curso del artículo se deducirá que esa supuesta previsibilidad de la coacción estatal tampoco es que fuese un signo del todo distintivo de la penalidad liberal.

certeza de que, muy por encima de su impulso innato de libertad, predomina en el hombre su capacidad de adaptación, su facultad de «acomodarse» a un «orden» que «le parece insoportable», su disculpable propensión a obedecer para salvar, condenándola de todos modos, su propia vida.

El modelo al que responde esta gobernación extraordinaria es el propio de la *biopolítica*, al menos a una de sus posibles perversiones. «¡Usted no se preocupa más que de los conjuntos! Cien mil hombres, eso comienza a ser interesante», espeta Diego a la secretaria de la Peste. Es la población considerada como unidad amorfa, como masa a la que hay que conducir, ordenar, sistematizar e inscribir en un orden de identidades y funciones, lo que permite disponer arbitrariamente de vidas particulares en nombre de la vida, la salud y la «organización» del conjunto. Si entran en juego las individualidades diferenciadas de los sujetos que conforman la población, es para adecuarlas jerárquicamente a la trama funcional con el fin de optimizar su despliegue. La intensidad de su carácter arbitrario, su vocación de omnipotencia, menciones explícitas a los «setos de espino» con que ha de rodearse «la ciudad» y a las estrellas con que serán marcados los apestados, y un llamamiento final a la «limpieza general», nos trasladan, desde luego, al contexto del régimen nacionalsocialista. Pero el escenario trazado cuenta con mayor amplitud. En él caben todas las situaciones en que las constricciones al poder se han relajado desencadenando una historia de sangre y tiranía. Tienen espacio incluso aquellas democracias aparentes y malformadas, donde «el voto es libre» porque «los votos favorables al gobierno serán considerados como expresados libremente», mientras que los votos críticos, contrarios a éste, o partidarios de alternativas reales, expresan «un voto sentimental, encadenado por las pasiones», y por lo tanto nulos y prescindibles. Pero su alcance es aún mayor. El estado de sitio descrito por Camus representa la instauración misma de una gobernación burocrática, formalizada, abstracta y aparentemente racional, que alude a la historia del Estado desde misma su génesis burguesa.

Comienza por acotar un espacio en el que aplicar su poder, describiendo así un dentro y un afuera que será el mapa orientador de su ejercicio. Prosigue convirtiendo de forma automática a inocentes en culpables, evidenciando con ello que la criminalización arbitraria es seña de su identidad. Divide en compartimentos, excluye, deporta, estigmatiza, concentra, segrega a los individuos entre sí, llegando a deshacer la unión simbólicamente más natural, que es la de los sexos. Encuadra a los sujetos en un proceso productivo forzoso, heterónimo, incesante, pero inútil –«Que comiencen los trabajos

inútiles», exclama la Peste—. Así procede la gobernación excepcional. Su propósito es convertir a los individuos en órganos de un plan político, que «todas las personas» acaben ejerciendo de «vigilantes, guardianes, ejecutores y sepultureros», que sean los hombres quienes se ejecuten entre ellos. Entonces, también ella, como la gobernación tradicional, aspira a mandar sin ser vista, construyendo la apariencia de que las órdenes emanan de los mismos sujetos que las obedecen. El fin perseguido por esta segregación universal, por esta integración forzosa de los sujetos en un orden de gobierno y de producción económica que, en su arranque, antes de su naturalización, se vive como imposición irresistible, es, en palabras de «Nada», llegar «al momento perfecto en que todo el mundo hablará sin encontrar jamás eco», el eco de sus semejantes.

La gobernación extraordinaria de Camus funda un nuevo lenguaje, una forma desconocida hasta el momento de ejercer el poder, que resulta indescifrable para los súbditos e incluso para las mismas autoridades tradicionales. Es el lenguaje de la «organización», del mundo administrado, del «orden», de la razón instrumental, de «las sangrientas matemáticas» donde «ninguna moral ni ningún esfuerzo son justificables *a priori*»²⁰. Su objetivo: la colocación de los sujetos en función de los fines marcados por el poder. Sus medios: certificados, reglamentos, bandos, encuestas, informes y todo un enjambre normativo, estadístico y calculador en el que se pierden y desdibujan los administrados y tras el cual, según reconoce la secretaria, «queda nuestra real gana». El «sueño político» que expresa el tipo de gobernación puesto en planta para enfrentar «la peste» es así el de «un poder exhaustivo», «sin obstáculos», «que se ejerce en plenitud», de forma capilar, logrando la misma fabricación positiva de la sociedad²¹.

Su trascendencia antropológica tiene un alcance fundamental. No se trata tan solo de que los sujetos se desorienten en una nueva, asfixiante trama reglamentaria cuya jerga les resulta extraña, incomprensible y absurda. Colocándose por encima de los fines naturales de la subsistencia, el amor, la diversión, la vocación profesional y la convivencia vecinal aquellos otros de la organización burocrática y la producción económica heterónomas, los su-

²⁰ A. CAMUS, *El mito de Sísifo*, 28. En *El hombre rebelde* señalará que «el lenguaje propio de las doctrinas totalitarias es siempre un lenguaje escolástico o administrativo», 330.

²¹ Tal es la evocación, seguramente ligada a recreación teatral de Camus, que de esa metodología gubernamental hizo M. FOUCAULT, *Los anormales* (1975), Madrid, Akal, 2001, 49-53, contraponiendo el «modelo de exclusión del leproso» y el de «inclusión del apestado».

jetos, irremediablemente, pasan a ser meros medios, puros instrumentos al servicio de su cumplimiento. Propio de este mundo administrado y automatizado, que ha de instaurarse mediante recursos extraordinarios, pues en su arranque solo resulta concebible como excepción a la vida natural, es así su carácter deshumanizador, su capacidad para cosificar e instrumentalizar a los hombres en la proporción en que caen bajo su imperio²².

Monopolizando la producción de este nuevo lenguaje, que tiene la virtud coactiva de generar obligaciones, de producir una representación paralela y preceptiva de la realidad, el poder excepcional exhibe su facultad de fundar estatutos ciudadanos, identidades personales, la misma existencia civil y económica, en definitiva. Pero ahí radica también su mayor debilidad, exasperación paroxística a su vez de la que ya presentaban las autoridades tradicionales: si el poder extraordinario, con su nuevo lenguaje burocrático, con su pulsión administradora, organizativa y totalitaria, aliena al hombre y lo extraña de sí mismo, igualmente se separa de la verdadera naturaleza humana, la cual, irreductible al sistema de la lógica y la unidad, y aunque reprimida en este caso hasta el grado máximo, permanece inmarcesible y enfrentada a su intento, en última instancia infructuoso, de dominación. Por eso, si bien el soberano que pretende implantar una organización universal «no se olvida de nadie», en verdad «todos se le escapan».

Con lo expuesto podemos así detenernos en una tercera indicación, descriptiva del contenido y los fines del estado excepcional: de alcance constituyente, con una capacidad profunda para disciplinar conductas y promover obediencias a través del terror, la gobernación extraordinaria se caracteriza por disponer de la vida humana en nombre de la vida del Estado, resume el momento de fusión total entre el hecho y el derecho, haciendo de éste un puro mandato coactivo, e intenta, con el uso arbitrario de la fuerza, reconducir las diferencias y lo concreto de la existencia a un orden abstracto de identidades y funciones, reprimiendo con ello la naturaleza hasta el máximo nivel concebible.

El estado de excepción, y las realidades que provoca, termina de todas formas por revelar su completa fisonomía al contrastarse con la población sobre la que se declara y con las dos alternativas éticas más sobresalientes

22 Sustrayéndoles la autonomía, atrofiando su sensibilidad, eliminándoles el sentido moral y aletargando su voluntad y su libertad de espíritu y de acción, convirtiéndolos, en definitiva, en extranjeros de sí mismos, como bien muestra el personaje principal de *El extranjero*.

del relato, el nihilismo y el honor. El pueblo, representado por el coro, por el pescador, por hombres y mujeres anónimos, en su estado originario, previo a la llegada de la peste, se halla entregado a un discurrir vital sin objetivos de progreso ni grandeza. Por eso no comprende cuando le inquieten acerca de «las razones que tiene de estar en la vida». No contemplamos, sin embargo, y pese a las apariencias, un idílico estado de naturaleza. La vida popular no es armónica, ni edénica, ni se encuentra exenta de conflictos y miserias. Pero su signo más visible es que no se ha fijado fines ni sentidos que la trasciendan. La inmanencia de sus afanes refleja así que la condición humana es concreta y, desde esta perspectiva, la política solo se hace legítima en cuanto se ajusta a dicha concreción mundana²³. En esta vida natural hay espacio, por supuesto, para el oficio, para una relación con la naturaleza de contenido productivo y organizada de manera espontánea y vocacional, pero no para una labor forzosa inscrita en una planificación (o división del trabajo) heterónoma. También hay lugar para el derecho y las reglamentaciones, pues quienes prescinden de ellas por completo «también rebasan los límites». Ahora bien, dado que la «honradez no necesita reglas»²⁴, ese derecho coincide con los «derechos» –y, por qué no decirlo, con las correlativas «obligaciones» de solidaridad²⁵– derivados de la vida natural, mas no con la «ley» del gobernador, aplicada acriticamente por el juez y dirigida con frecuencia a la consecución de objetivos inmorales. Junto a la profesión y al derecho, el centro de esta vida lo ocupan además el amor, la comedia, los ritos que la enlazan con los ritmos y cadencias naturales. En cierto sentido, y por expresarlo con la conocida fórmula de Hegel, el pueblo, antes de la llegada de la peste, vivía instalado «en el domingo de la vida»²⁶, donde se aloja la verdad.

23 En eso consistía, al menos en parte, la propuesta política de Camus: «El sindicato, como el municipio, es la negación, en beneficio de lo real, del centralismo burocrático». «[La política inspirada en la rebeldía] se apoya primero en las realidades más concretas, la profesión, el pueblo», y proclama «la comuna contra el Estado, la sociedad concreta contra la sociedad absolutista, el individualismo solidario contra la colonización de las masas», *El hombre rebelde*, 345-346.

24 A. CAMUS, *El mito de Sísifo*, 90.

25 Sin las cuales los primeros son impracticables en una vida en comunidad, según sugería Simone Weil al contraponer a la «semántica de los derechos la semántica de las obligaciones» que el hombre tiene respecto de sus semejantes. Vid. R. ESPOSITO, *Inmunitas. Protección y negación de la vida* (2002), Buenos Aires, Amorrortu, 2005, 37-39. Simone Weil era autora de cabecera para el mismo Camus en *El hombre rebelde*, 252-3.

26 Secularizando, como es obvio, la expresión, e identificándola, no con la práctica de

Es este tipo de existencia lo que la gobernación extraordinaria se propone erradicar. Considerándola «la anarquía», pretende ahora inscribirla en una organización utilitaria, «normalizada»²⁷, introduciendo en ella «los perfeccionamientos de la contabilidad». El «pueblo», objeto pasivo de su acción, se convierte «en masa». Sus miembros se hacen «presidarios» al aire libre, pues son encadenados a un proceso productivo y a una ordenación jurídica impuestos desde arriba por la fuerza. Se acuña así un sentido agudo del deber antes inexistente. El abandono a una existencia sin fines superiores se hace motivo de intensa culpabilidad. De hecho, la propagación de una conciencia generalizada de culpa, según expresa la secretaria, corre pareja a la implantación de este mundo administrado y burocrático, que desde su arranque se ha definido a sí mismo en oposición a la vida verdadera y natural. Es en esta oposición donde se revela además toda la falsedad de este tipo de gobernación, su sedicente racionalidad, pues la razón no puede desgajarse, sin degenerar en irracionalidad y barbarie, de las exigencias de dicha vida natural.

La represión de esta no se ha saldado, sin embargo, con su total extirpación. Lo reprimido retorna. Los sujetos ya reconocen sus «pasos contados», sus «horas ordenadas», que están «administrados», pero confiesan asimismo que su «corazón reniega de las listas y las matrículas», que «en el silencio de las oficinas [escuchan] un largo grito contenido que es el de los corazones separados, el que nos habla del mar bajo el sol del mediodía, del olor de las cañas al atardecer». Aunque percibe remotamente el aliento de esa calidez, el pueblo, en el relato de Camus, parece incapacitado para emanciparse por sí mismo, para desencadenarse y liberar ese grito contenido. Solo sabe encomendarse a la providencia, al «viento» fresco que purificará el aire de la ciudad y se llevará la peste. Habrá que esperar al autosacrificio del rebelde para su aparente y provisional redención.

Ese rebelde es Diego, encarnación del «orgullo» y el «honor», héroe por dar sentido a su vida entregándose a los demás y por remontar para ello el instinto de autoconservación, base tanto de la política conservadora cuanto

la fe, pero sí con la suspensión de las obligaciones y del obrar «con arreglo» a los «propios intereses» y a fines utilitarios: vid. Georg W. F. HEGEL, *Lecciones sobre la historia de la filosofía* (1833), vol. 1, México, FCE, 1977, trad. Wenceslao Roces, 89.

27 Vid. Georges CANGUILHEM, *Lo normal y lo patológico*, Madrid, Siglo XXI, 2005^s, 185, comienzo de las «Nuevas reflexiones» que sobre su tesis, de 1943, escribió entre 1963-1966, identificando esa «normalización» racionalizadora como aportación central del programa político-cultural burgués; sobre ellas M. FOUCAULT, *Los anormales*, asentó sus consideraciones sobre el nuevo modelo de poder introducido a fines del siglo XVIII.

de la del terror. También supera este instinto «Nada», encarnación del nihilismo. «Borracho por desdén de todo y por asco de los honores», lisiado por faltarle el atributo del sentido moral, su final será servir a la barbarie, al verificar el salto mínimo que lleva de despreciar al hombre por su imperfección y mezquindad hasta consentir y colaborar con su eliminación. «¿Puedo hacerle notar –le indica la secretaria a la Peste– que éste es de los que no creen en nada y que ese género de pájaros nos es especialmente útil?»²⁸. Su pulsión autodestructiva, el que tenga como «evangelio» la «supresión» y como destino el suicidio, le hace poseedor de una virtud, la de que ante sus ojos se desvanezcan las ilusiones y los espejismos que los hombres proyectamos sobre las cosas, pero también le hace ostentar el vicio de que su vacío moral pueda ser rellenado por «la razón reglamentaria», la sumisión a la inmoralidad y el sentido de la exterminación. Si el escepticismo individualista frente a la conquista de la justicia o ante las luchas contra la injusticia, esto es, si la pasividad de los indiferentes, contribuye indirectamente al advenimiento de la barbarie²⁹, el nihilismo, forma extrema y degenerada de aquel, claudica y colabora activamente en su implantación.

No ocurre lo mismo con Diego, estigmatizado por los poderes tradicionales como portador de la peste misma, pero catalizador en realidad de esas energías populares que por sí solas son incapaces de materializarse. De cualquier forma, el rebelde no se destaca del pueblo por sus mejores cualidades, por sus virtudes perfectas. Antes al contrario, comparte sus flaquezas, es tan imperfecto y vulnerable a la dominación y al miedo como sus semejantes. Se le podría definir como un hombre «inclinado hacia» el prójimo «y decidido, por su parte, a rechazar la injusticia»³⁰. Su horizonte es además idéntico: regresar a esa vida natural, conquistar una «felicidad» sencilla pero imposible sin la «paz de las ciudades y de los campos». En el fondo, la rebelión de Diego contra el orden de la excepción no es sino el alzamiento frente a este de «la regla de la naturaleza». En este punto, además, se torna visible uno de

28 «En el corazón del nihilismo, el crimen tiene su lugar privilegiado», afirmará Camus en *El hombre rebelde*, 12.

29 Vid. la crítica de Max HORKHEIMER, «Montaigne y la función del escepticismo» (1938), en Id., *Historia, metafísica y escepticismo*, Madrid, Alianza, 1982. En la obra de Camus, el cinismo lo encarnaba el protagonista de *La caída* (1956), Madrid, Alianza, 2002, trad. Manuel de Lope, quien proyectaba una *Oda a la Policía* y «la publicación de un manifiesto denunciando la opresión que los oprimidos hacían pesar sobre la gente honrada», 80-81.

30 Así se autopresenta el doctor Rieux, héroe de *La peste*, 18.

los máximos argumentos del libreto de Camus. En el mundo administrado, esa felicidad, expresada en la forma privada del amor de los amantes, parece factible. «El deber está al lado de los que uno ama», le recuerda Victoria, su prometida, reprochándole con egoísmo: «Campos de cadáveres o praderas, ¿qué importa eso a mi amor?». La elección de Diego, en cambio, enseña que el amor particular, que la felicidad del reducto privado, es un espejismo sin la previa consecución de la justicia general, pues ese amor que se pretende puro terminará irremediabilmente reflejando y reproduciendo en su interior la injusticia y la dominación vigentes en la generalidad.

Ante su figura, queda aclarada la ilegitimidad originaria del estado de excepción y su estructural tendencia al exceso: «Ningún hombre tiene bastante virtud para que pueda consentírsele el poder absoluto», reprocha Diego a la Peste. Su opción para poder ser feliz, lo que de veras le distingue, es permanecer «junto a los enfermos», curar «a quienes le llaman», arriesgando así la propia vida y perdiendo, pues, el miedo en que se fundaba toda la gobernación extraordinaria. En esta superación definitiva del temor, en este acto de liberalidad, en este entregarse a los demás hasta las últimas consecuencias, se cifra el desencadenamiento transitorio e incompleto del pueblo. Pero son una entrega y una generosidad infértiles sin el concurso activo de los semejantes, sin su trabajo continuado y sin su simultánea superación del temor a pagar con la misma sangre de siempre su acto de rebeldía.

La salida planteada por Camus no es entonces revolucionaria, mucho menos en un tiempo en que, o bien se ha demostrado la rotunda derrota de la revolución, o bien, allá donde dice haber triunfado, se ha convertido, no en «cosa del pueblo», sino de la «policía». El final de la excepción no pasa por seguir prolongando esa historia secular de la excepcionalidad que estriba en «matar para suprimir el asesinato» y en «ejercer la violencia para subsanar la injusticia»³¹. «El tema de la revolución permanente se traslada así a la expe-

31 «1789 y 1917 siguen siendo fechas, pero ya no son ejemplos», escribía Camus con la convicción de que «en 1946, [la revolución] habría nacido muerta», O. TODD, *Albert Camus*, 433. Con motivo de su cincuentenario, no son pocas las ocasiones en que puede apreciarse un intento de apropiación del legado de Camus por parte de autores y periodistas conservadores. Su lúcida, acertada e implacable oposición a las consecuencias soviéticas del marxismo, al terror estalinista, así parece permitirlo. Para él, en efecto, «crimen y rebeldía son contradictorios», y la consecución de una presunta justicia futura en ningún caso justifica la vigencia generalizada y consentida en el presente de la injusticia y el crimen: *El hombre rebelde*, 221 ss. y 327. Pero su posición política se oponía del todo al conservadurismo; se inscribía más bien en el anarquismo individualista, teniendo como refe-

riencia individual». Para sacudirse el yugo de la planificación heterónoma y reintegrarse mediante la «rebelión», y sin perder la lucidez, a la «vida cotidiana» debe perderse el miedo, abandonarse el odio y entregarse conjuntamente a los demás en una tarea absurda, consciente y siempre provisional, una tarea diariamente renovada por continuamente fracasada³².

Solo de este modo puede ganar transitoriamente la batalla a los «conquistadores» y poner fin a su estado de excepción. Pero este se va sin irse, se acaba sin terminar, se marcha permaneciendo porque –y he aquí la cuarta, última, y más relevante indicación– la victoria sobre él siempre es transitoria y, sobre todo, porque, como técnica de gobierno, pervive en la memoria y prolonga sus efectos hasta después de haberse declarado oficialmente su extinción. Así precisamente finalizaba el estado de sitio en la obra de Camus:

LA PESTE. Sí, me voy, pero no triunfaréis, estoy contento de mí. Ahora sé que vosotros no me olvidaréis. Reconoced a vuestro soberano y conoced el miedo [...] Un muerto, si queréis mi opinión, es refrescante, pero carece de rendimiento. En suma: no vale lo que un esclavo. El ideal es obtener una mayoría de esclavos con la ayuda de una minoría de muertos bien escogidos. Hoy la técnica está a punto. Por eso, después de haber matado o envilecido a la cantidad de hombres que eran precisos, pondremos a pueblos enteros de rodillas³³.

rencia histórica la criminalmente eliminada Comuna de París, como filosofía política la de la transformación social –«su preocupación [la del rebelde] es transformar», *El hombre rebelde*, 17– y como objetivo institucional la inserción «en la democracia de los grandes organismos obreros» y de las comunidades naturales, remontando así la experiencia de entreguerras, esto es, la de «un sistema parlamentario impotente ante las potencias capitalistas», la de unas «reformas aplicadas por un gobierno impotente, saboteadas por funcionarios hostiles, acechadas por un capitalismo intacto que ha preferido perder Francia antes que verla socializarse», según proclamaba un editorial del periódico *Combat*, citado por el propio Todd, pp. 349-350. Por otro lado, en ningún caso Camus equiparó culpas y responsabilidades: «No encuentro excusas para el crimen que desde todos los tiempos se ha cometido contra [los oprimidos]», que «si alguna vez llegan a matar será en la locura de un momento», mientras que los «conquistadores» asesinan «conforme a la ley y la lógica», haciendo del crimen su sistema: *El estado de sitio*, 170.

32 Pues para su triunfo definitivo habría que volver «a crear al hombre». La «grandeza» entonces de la rebelión no radica en su victoria, sino «en la protesta y en el sacrificio sin futuro», en la «reivindicación del hombre contra su destino», algo inconfundible con el suicidio, que es «exactamente su contrario, por el consentimiento que supone», *El mito de Sísifo*, 70-73 y 113-114. También en *La peste*, 110-111 se aludía a la provisionalidad del triunfo del rebelde.

33 Es ésta la «técnica de gobierno» puesta en pie por los regímenes de excepción y

III. EL ENTE A CONSTRUIR: LOS ATRIBUTOS DEL ESTADO ADMINISTRATIVO

La pieza de Camus nos ha trasladado a la implantación de un régimen burocrático que abraza desde el Estado en sus comienzos hasta su degeneración totalitaria. Es este el arco en que debemos situarnos. Una vez colocados, habremos de observar en primera instancia qué estructura política comienza a construirse en Europa desde el arranque del siglo XIX, pues en ella descubriremos tanto lo que se trataba de salvaguardar con los estados de excepción como el modo en que se hacía, un modo que era ya inseparable, a diferencia de los casos anteriores, de los derechos constitucionales. Podría afirmarse entonces, en tal sentido, que el objeto a custodiar con el recurso a las medidas de emergencia era un Estado constitucional concebido según la lógica de la separación de poderes y la garantía de los derechos individuales, tal como lo describía la célebre Declaración de 1789, en oposición al sistema de poder absoluto y arbitrariedad vigente en el *ancien régime*. Obra del liberalismo y la burguesía, impulsado por aquellos autores que opusieron el igualitarismo liberal a la estratificación antigua, dicho Estado contenía ya *in nuce* todos los presupuestos éticos e institucionales para su desarrollo progresivo y florecimiento final a través del avance paulatino de la razón, del progreso técnico y de la liberación y expansión de las fuerzas productivas, y forzosamente distributivas, del capitalismo. Confiando en esta evolución latente e inexorable podía derivarse del primigenio Estado parlamentario e individualista decimonónico otro régimen político, consecuencia espiritual suya, fundado en la democracia, en el reconocimiento sin exclusiones de los derechos y en una distribución de la abundancia que solo es factible con el concurso de la iniciativa privada. Su defensa mediante los estados de excepción tuvo como destinatarios, por consiguiente, a aquellos que pretendían boicotear el inicio de su andadura, reclamando un regreso imposible a las estructuras premodernas, y a quienes deseaban, mediante la violencia, una aceleración irrealista de su curso. Pero en ningún caso dicha defensa extraordinaria implicaba la alteración de la sustancia ética de un régimen que, con los coyunturales, episódicos y accidentales estados de excepción, tan solo hacía frente a las adversidades con que su realización progresiva iba tropezando.

que Giorgio Agamben, pese a proponérselo, no llega a explicitarla con equivalente claridad. Una técnica que, «favorecida por tres guerras y merced a la destrucción física de una elite de rebeldes, ha sumergido la tradición libertaria», sentenciaría en *El hombre rebelde*, 348.

Si las líneas anteriores componen, abreviadamente, el relato teleológico difundido por la narrativa jurídico-política ortodoxa, el primer libro que nos va a entretener cuestiona con solvencia semejante representación³⁴. Y lo hace porque, en lugar de recrear por enésima vez la historia de los valores del liberalismo, prefiere examinar su institucionalización concreta, pero con el tácito entendido de que dichos valores equivalen exactamente, tanto en términos de historiografía como de ética, a su materialización efectiva.

En este sentido, el primer hallazgo de la monografía, inscrito en su misma titulación, es que la vía principal de ejercicio de la autoridad estatal desde 1800 hasta 1914 en Europa fue, no tanto la constitución, el parlamento o la justicia, cuanto la administración y el poder ejecutivo, lo cual se traducía en una constante tensión, en un «precario equilibrio», entre la limitación jurídica del poder público y el «despliegue técnico de la burocracia» (p. 2)³⁵.

Su autor, Lutz Raphael, experto en la historiografía social del siglo xx y muy permeable su investigación a las sugerencias pragmáticas de Pierre Bourdieu, nos ofrece con *Ley y Orden* una exposición sintética, con las notas e indicaciones bibliográficas indispensables, de las diversas facetas que signaron la burocracia y la administración decimonónicas, pero también el Estado y el poder público considerados en su conjunto, visto que, durante buena parte del siglo xix, prácticamente «gobierno y administración eran los únicos actores políticos legítimos» (p. 200).

Se ocupa el texto del proceso de «estatalización de las sociedades europeas», que llevó desde el sistema de las monarquías administrativas de la Ilustración hasta el régimen de los Estados liberales de derecho. Su campo

34 Representación que resulta asimismo discutible en el plano lógico y argumentativo. El presente constitucional no puede derivarse del pasado liberal, no solo porque aquel responda a premisas y postulados políticos –inclusivos y democráticos– esencialmente extraños a este (extremo que Bartolomé Clavero lleva apuntando desde hace ya bastantes años: «Amos y sirvientes. ¿Primer modelo constitucional?», *AHDE*, 56 (1986), 995-1016), sino porque el estadio en el que provisionalmente han desembocado los acontecimientos es el fruto, no de la evolución de una esencia espiritual indeleble, aunque susceptible de despliegue y desarrollo, sino del concurso de las acciones y decisiones tanto de los actores liberales como de los que a ellos se opusieron activamente.

35 Nos estamos refiriendo a la monografía de Lutz RAPHAEL, *Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Fischer, 2000, cuya traducción castellana, que es la aquí manejada, está citada en n. 1. En adelante, tanto en este texto como en los siguientes, serán referidas las páginas de donde proceden las citas en el cuerpo del texto entre paréntesis.

de análisis lo conforma toda la geografía europea, con especial atención a las experiencias de Francia, Inglaterra, Prusia-Alemania, Austria y Rusia, aunque con eventuales y valiosas observaciones sobre los territorios italianos, ibéricos y escandinavos. Teniendo siempre muy presente el escenario institucional precedente³⁶, la primera impresión transmitida por el libro, opuesta también a las representaciones superficiales impropias de la ciencia, es la de que la construcción del Estado liberal, en lugar de suponer una disrupción, constituyó un proceso complejo jalonado por varios y contradictorios hitos³⁷, y en el cual se articuló un sistema estatal identificado, sí, con la (relativa) «despersonalización del dominio» (p. 15) y el imperio de la norma jurídica abstracta, pero caracterizado igualmente por amalgamar contenidos del pasado legitimista o tradicional todavía muy persistentes con principios propiamente modernos y liberales.

Es precisamente esa compleja combinación de factores de contrapuesta procedencia, escamoteada habitualmente en las reconstrucciones historiográficas comunes, la que aquí se hace transparente a cada página. El presupuesto de toda la indagación es la identificación previa de un concepto historiográficamente útil del «Estado de derecho». Probablemente sea en este extremo donde mayor debilidad presente la monografía, tanto por acusar cierta laxitud conceptual, visible en el uso a veces indiferenciado, y en ocasiones erróneo, de los tipos «Estado de derecho», «Estado constitucional», «Estado legislativo» y «Estado parlamentario», como por su intento inacabado de conceptualización del «Estado de derecho». Sucede igual con la difícil acotación del campo semántico del término «liberalismo»³⁸, vagamente delimitado por el hecho de poseer variantes nacionales o territoriales, un acusado

36 Sobre el cual puede consultarse el libro colectivo, de igual proyección comparada, editado al cuidado de Christopher Storrs bajo el título *The Fiscal-Military State in Eighteenth-Century Europe*, Surrey, Ashgate, 2009.

37 Brevemente: la expansión napoleónica, la Restauración de 1815, los empujes constitucionales de 1830 y 1848, la pronta reacción conservadora y la génesis de un nuevo, estabilizador y hegemónico consenso en los años posteriores a 1850, las unificaciones nacionales de Italia y Alemania y el surgimiento de movimientos sociales y agudas contradicciones económicas en el último tercio del siglo.

38 Cf. al respecto Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa 2: L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, «VII.3. Il liberalismo come categoria storiografica», y la completa reconstrucción de Jörn LEONHARD, *Liberalismus. Zur historischen Semantik eines europäischen Deutungsmusters*, München, Oldenbourg, 2001, quien ya de entrada avisa de la carga polisémica del término (pp. 28 ss.).

pluralismo interno y una vertiginosa historia de dos siglos en los que experimentó notables transformaciones³⁹. La tentativa de definición, de cualquier modo, parte de la valiosa sugerencia de tipificar el Estado de derecho, no de forma unidimensional, sino entendiéndolo como categoría graduable desde un punto en que concurren los «requisitos mínimos» para identificarlo hasta otro en el que se culminen sus «programas máximos» (p. 19). Y si bien este Estado de derecho perfecto, que funde realidad y concepto, no llega a circunscribirse del todo, probablemente por ser un constructo ideológico, lo cierto es que sí queda bien fijado el «estándar mínimo», que contiene, de un lado, los requerimientos de la dominación de tipo legal-racional –entre otros factores una burocracia «experta en derecho» y un «sistema jurídico uniforme»–, y de otro, la limitación sustantiva y la finalidad política de «la protección y seguridad jurídica de los individuos», lo que suponía proteger sus «derechos adquiridos», principalmente los de propiedad, y limitar severamente las «libertades políticas» (pp. 21-23). La historia del Estado liberal sería así, desde este enfoque, no ya la implantación, desarrollo y superación de esos requisitos mínimos, sino la complicada tarea de su instauración, recortada siempre por persistencias premodernas, ni siquiera comenzada hasta final de siglo en muchos territorios y limitada por espacios obstinadamente refractarios a la estatalización.

Más importancia que su definición tiene la reconstrucción propiamente dicha del Estado liberal de derecho. En ella podremos apreciar que la representación trazada por Albert Camus distaba mucho de ser una simple recreación imaginaria, o el mero retrato del nazismo. Estamos ante una institución estatal coagulada, sobre todo en el espacio continental, en el poder ejecutivo monárquico y en la creciente burocracia que va formándose a su alrededor. Estructurada jerárquicamente, conforme, con frecuencia, al patrón militar de «mando y obediencia» (p. 81), esta burocracia destila la esencia del Estado de derecho porque en sus actuaciones se materializa el principio de legalidad en

39 De hecho, en nuestro texto, los términos «liberal» y «conservador» parecen en principio contrapuestos, como de hecho lo fueron en un arranque, cuando conservador designaba a quien quería conservar las estructuras antiguas, aunque después ambos revelan en muchos puntos coincidencias institucionales y convergencias ideológicas, especialmente patentes desde la segunda mitad de siglo y siempre en oposición, más o menos neta, a la democracia, lo cual obliga a pensar en una práctica confluencia entre ambas doctrinas, aunque una subrayase más el aspecto económico y la otra el cultural, religioso y nacional de una cosmovisión al fin y al cabo homogénea y, reitero, bien diferenciada de –y conjuntamente confrontada a– la democracia.

forma de procedimientos escritos, prefijados, calculables y objetivos. Después incidiremos en las resistencias estructurales con que tropezó la implantación de dicho principio. Ahora conviene resaltar que a esta aparente formalidad precedía una conformación del aparato burocrático, principalmente en sus más altas instancias, que aseguraba, a través de modelos educativos elitistas, de rigurosos sistemas de captación, de inspecciones «de índole moral, social y política» (p. 82) y de depuraciones ideológicas del personal, una composición de alta cualificación técnico-jurídica, entre aristocrática y burguesa, políticamente conservadora y moralmente devota. Con ello se creó una nueva casta signada por su «*ethos* de servicio», su objetividad tecnocrática, su «exclusividad social», su «ideología de neutralidad política con tintes fuertemente autoritarios» (p. 203) y su lealtad al Estado⁴⁰, que alcanzaba el grado extremo de la identificación con él y que se recubría ideológicamente de apelaciones a «valores universales» e «intereses generales» (p. 184). De ese modo, en suma, la forma de los procedimientos burocráticos era rellena y conducida por una materia muy definida en términos ideológicos y sociológicos, tan definida que difícilmente puede hablarse, pese a la retórica empleada por los burócratas para su propia reproducción, de «una ‘neutralidad’ política de la función pública» en todo el siglo XIX (p. 40), o de una administración independiente de la lucha de partidos o facciones (p. 199).

Era un Estado, al menos en su traducción continental, caracterizado igualmente por el control autoritario del aparato de justicia (p. 36, p. 44, p. 47), punto en el que «los regímenes parlamentarios no se diferenciaban en absoluto de los autoritarios» (p. 36). Si la constitución ocupaba un lugar central en su organigrama era, principalmente, por razones orgánicas, porque en ella se estatuían los órganos del Estado y se delimitaban con claridad los protocolos «del ejercicio de la autoridad» (p. 18). El parlamento, cuando empezó a dejar de ser una asamblea de notables reunida básicamente para acordar los tributos y comenzó a canalizar las discrepancias ideológicas, era contemplado con desprecio y «escepticismo tecnocrático» por la alta burocracia, que, como se ha indicado, se consideraba garante «de la razón de Estado y el bien común» (pp. 202-203). Junto a la preparación técnica y gubernamental de la legislación, que vaciaba la posición parlamentaria, y al lado de una parálisis casi

40 Aun siendo una reconstrucción sociológica ceñida al mundo académico y burocrático de finales de los sesenta del siglo XX, no puede olvidarse en este punto, por sus indispensables sugerencias metodológicas válidas igualmente para la historiografía, la obra de Pierre BOURDIEU, *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Minuit, 1989.

permanente en la adopción de decisiones políticas, la legitimidad del órgano legislativo se veía igualmente resentida por prácticas electorales fraudulentas (p. 199). Por su parte, la base financiera del Estado liberal no gravaba «las ganancias individuales» y estaba constituida principalmente por el cobro de impuestos indirectos sobre el consumo, recayendo de este modo «una mayor carga fiscal sobre los grupos de rentas bajas y medias» (pp. 109-111)⁴¹. La contribución de los sectores más favorecidos se solía basar en su libre aquiescencia y cooperación voluntaria. Se daba además la reseñable coyuntura de que los gobernantes eran juez y parte en el asunto de la financiación y el endeudamiento masivo y estructural del Estado. Lo representaban y dirigían al tiempo que lo exprimían, es decir, al tiempo que hacían de él un régimen de exacción generalizada.

Era también una institución ordenada jurídicamente en torno al eje de «la propiedad» (p. 102) y fuertemente intervencionista en términos racionalizadores. Mediante el empleo expansivo de estadísticas, registros oficiales, padrones y encuestas se inscribía a la ciudadanía en el plano jurídico-formal de la gobernación. No faltó una estatalización creciente de las políticas de asistencia social, pero ésta era inseparable de los objetivos demográficos, productivos y policíacos que dichas políticas perseguían y con frecuencia supuso una reducción de los recursos a ellas destinadas (pp. 91-93). Constituye así un error pensar que podríamos estar ante un antecedente del Estado social o del bienestar, visto que el propósito nunca fue el de consagrar y defender derechos constitucionales cuanto el de asegurar un determinado modo de gobernación de las poblaciones. El intervencionismo económico, que no se tradujo en un gasto público superior al de las monarquías administrativas del siglo anterior, sino justamente en lo contrario (p. 120), tenía además como propósito, en buena parte de los Estados continentales, la creación de las condiciones que permitieran el despliegue de la industrialización capitalista. Y como la regla inicial era una desafección generalizada respecto de los organismos públicos, la intervención también se extendió al ámbito cultural, traducándose en adoctrinamiento político y control ideológico de la moral, las costumbres y la religión, pero sobre todo en una inoculación masiva de los

41 Especialmente revelador es, de hecho, el capítulo sobre «las bases financieras del Estado administrativo», tras cuya lectura es difícil resistirse a los paralelismos entre aquel modelo y el que está comenzando a (re)implantarse por Europa tras 1989. En España, por ejemplo, el sesenta por ciento del total de la financiación procedía de impuestos indirectos a la altura de 1910: *Ley y Orden*, p. 111.

cultos nacionales como principal factor aglutinante mediante el cual construir una base social de la que, en un principio, carecía el Estado de derecho (pp. 189 ss., p. 213).

Como puede apreciarse, semejante estampa no cuadra bien con las representaciones al uso. El dominio de parte conservadora, el antiparlamentarismo propio de la alta burocracia o el recurso a la nacionalización de las masas emparentan sospechosamente este modelo con su ulterior degeneración dictatorial. No afirmo que en su carga genética estuviese depositado, como consecuencia fatal, el totalitarismo, pero si se quiere defender que en su institucionalización se contenían los presupuestos para su desarrollo constitucional, habrá asimismo que reconocer que en igual o mayor medida existían ya líneas de fuerza para la aparición de un sistema autoritario que, evidentemente, no surgió de la nada. Mas, aparte de esta conclusión, la lectura del texto de Raphael arroja otras, de tanta o mayor importancia, e igualmente desmitificadoras, en las que conviene detenernos brevemente.

La primera reflexión –ya aludida– que viene a la mente del lector se refiere a los vínculos estrechos entre el Estado liberal y sus antecedentes institucionales. No hay simple persistencia del antiguo régimen, pero sí perduración de este en unas prácticas jurídicas y sociales atravesadas asimismo por la lógica legalista. No había tampoco «ninguna vía que condujera de forma directa» desde las monarquías tradicionales al Estado de derecho, pero sí pueden señalarse «numerosas continuidades» y resistencias «tenaces y vigorosas» del mundo premoderno (pp. 25-26). Valga aquí con señalar, a modo de ejemplo, algunas de ellas, con exclusión de la evidente permanencia de las estructuras absolutistas en algunos países como Rusia o Austria. La más importante fue la penetración, en los cuadros estatales, de sectores cuyo poder y posición procedía del modelo anterior y que, con tal integración en el cuerpo del Estado, pudieron continuar ejerciendo su autoridad, aunque ahora de un modo predeterminado legal o reglamentariamente, aun con generoso espacio cedido a la discrecionalidad. En el aspecto social, permanecían intactas ciertas prerrogativas privadas, con larga tradición, como los «derechos de sanción y disciplinamiento de los padres y jefes de las familias patriarcales» (p. 124). Es más: monumentos jurídicos de la envergadura y difusión del *Code* no harían sino aquilatar y profundizar «la desigualdad jurídica de los sexos» (p. 36). En el lado burocrático, «el juramento de fidelidad frente al monarca» constituía «el núcleo de los procedimientos de nombramiento» de los funcionarios, subrayando «el elemento de vinculación personal» entre el empleado público

y el jefe del Estado (p. 163). En materia de impuestos, existieron exenciones nobiliarias, o solicitud de éstas por lealtad al Estado (p. 118), y revueltas campesinas interpretadas por sus actores, al igual que en siglos anteriores, como «oportunidades para la liberación» de la carga fiscal (p. 119). Y en el lado ético, los gobernantes continuaron legitimando su labor con la invocación de categorías ya existentes como la del bien común o la felicidad pública.

Otro de los puntos seriamente cuestionados por nuestra obra es aquel de la división entre el Estado y la sociedad civil como factor determinante de la modernidad. Ciertamente es que el despegue de un poder jurídicamente reglado, que se expresaba en términos generales, abstractos y procedimentales, conllevó una independización de las esferas estatales y administrativas respecto de los círculos de influencia social (p. 208). Esta «autonomía del Estado» –por emplear la conocida categoría de Michael Mann⁴²– llegó además a su punto álgido en el último tercio de siglo, cuando se transformó en hipóstasis y mitificación conservadora de la «independencia del Estado respecto a los intereses particulares» (p. 213). Pero ni una cosa ni otra implica que hubiese una «separación tajante entre la Administración pública y el poder privado» (p. 209); antes al contrario, de la lectura de *Ley y Orden* se infiere con claridad que esa oposición teórica recubría una realidad práctica caracterizada por una retroalimentación constante entre ambos polos: de un lado, la abstracción a la que se denominaba *sociedad* –que Bluntschli, en la estela de Siéyes, identificaba con una sola parte de ella⁴³– rellenaba de contenido a las instituciones o desempeñaba directamente y en nombre propio funciones estatales; y de otro, un Estado así constituido allanaba el terreno para el despliegue de las fuerzas productivas de esa misma sociedad. Se establecía así un proceso, no salvo de fricciones, en el cual el Estado servía de recipiente a un entramado social jerárquico al tiempo que ejercía de actor con capacidad para conformarlo según patrones jurídicos abstractos⁴⁴.

42 M. MANN, «El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados» (1984), *Revista académica de Relaciones internacionales*, 5 (2006), trad. Pablo Sánchez León.

43 Con «el tercer estamento», concretamente: vid. Theodor ADORNO, «Sociedad» (1965), en Id., *Escritos sociológicos*, 1, Madrid, Akal, 2004, 9-18.

44 Cf. M. MANN, *Las fuentes del poder social*, vol. II: *El desarrollo de las clases y los Estados nacionales, 1760-1914* (1993), Madrid, Alianza, 1997, trad. Pepa Linares, p. 73. También Mann señala la obviedad: que los estadistas y dirigentes decimonónicos «eran hombres de raza blanca, procedentes en su mayor parte del antiguo régimen y de las comunidades lingüísticas y religiosas dominantes», p. 79. Vid. asimismo P. BOURDIEU, *La*

Como casos relevantes de la primera dirección de dicho proceso pueden citarse la procedencia noble y alto-burguesa de prácticamente todos los elementos de la dirigencia⁴⁵ –elitismo extremado con prácticas extendidas como la del ennoblecimiento– y el ejercicio de competencias estatales y policíacas, es decir, de la coacción legítima, por parte de poderes privados. En Prusia, «los gobernadores de distrito» se escogían «entre las filas de los terratenientes aristocráticos», de modo que «reunían en su persona el papel de funcionario real» y el de autoridad tradicional (p. 44). Lo mismo acontecía en Austria, donde la mayoría de los gobernadores procedían también de «la nobleza rural». Fue una práctica habitual la concesión de prerrogativas disciplinarias y sancionadoras a «los propietarios de las fábricas», las labores policiales se solían verificar con la cooperación estrecha de las «diversas autoridades sociales» y, pese a su paulatina desaparición, no fue infrecuente ni irrelevante la «actividad administrativa honoraria» (p. 124, p. 152).

Y en el sentido inverso, en el que hace del Estado un actor que transforma el plexo social en beneficio de parte, puede traerse a colación la intensa intervención activa del Estado en la supresión y control de las propiedades comunales, en la disolución de «las dependencias feudales» para establecer «relaciones contractuales de derecho privado entre los antiguos señores y sus colonos» (p. 43), y, en general, en la preparación de las condiciones de seguridad jurídica y de orden indispensables para el desarrollo del mercado (p. 99). Las labores de vigilancia y represión policial tenían normalmente la finalidad de salvaguardar propiedades e intereses particulares. Los sectores privilegiados se beneficiaron de ventajas fiscales y se apropiaron «de los recursos del poder público» (p. 209). La monarquía, y los sectores a ella afines, solían «vincular a las administraciones» y establecer «gobiernos conservadores» pese a la inestabilidad que provocaban por su falta real de representatividad (p. 203). Si nos referimos al aspecto cultural, abundó «la supervisión de las escuelas y el establecimiento de contenidos educativos» (p. 96). Y, finalmente, la regla, intensificada en «la Europa meridional y oriental», fue la instrumentalización política de las administraciones públicas por «las minorías influyentes» (p. 209).

En este punto se pone además de relieve cuánto de mitológico tiene el

noblesse d'état, «V. Pouvoir d'état et pouvoir sur l'état», 531 ss.

45 Vid. Manuel PÉREZ LEDESMA, «La sociedad burguesa», en Miguel ARTOLA (dir.), *Historia de Europa*, 2, Madrid, Espasa, 2007, 607-675, especialmente «Las clases dominantes. La nobleza y la gran burguesía», 627 ss.

ejemplo inglés, comúnmente considerado como el caso en que la conjugación de la autonomía social y la tradición jurídica permitió el progreso y la conquista indolora de un Estado constitucional. De corte aristocrático e igualmente oligárquico, lo que verdaderamente, en el aspecto administrativo, distinguió la experiencia británica fue la tardía llegada del normativismo. Antes de la burocratización, que ya homologó «el aparato estatal británico» al «modelo continental» (p. 51), lo que existía no era, desde luego, una especie de armoniosa anarquía igualitaria, idea transmitida por la emotiva etiqueta del *self-government*, sino una «Administración de notables» y «terratenientes» en la cual los mismos sectores privados que en el continente desarrollaban funciones estatales conforme a reglas jurídicas ejercían el poder en Inglaterra, pero de un modo aún más discrecional, no muy proclive a infundir seguridad jurídica. Y la venida y generalización del sistema burocrático, en lugar de proceder del legalismo inscrito en la doctrina de la soberanía nacional, tuvo un origen mucho más rudimentario y excluyente, como fue la importación a la metrópolis de las prácticas administrativas de la burocracia colonial.

De esta fusión entre sociedad civil y Estado administrativo, de esta percepción que deja de representar al Estado como ente diferenciado y hasta opuesto a la trama social para considerarlo como una expresión institucional suya, se colige además que la presunta justicia del poder no radicaba tanto en el acatamiento de la legalidad en su toma de decisiones cuanto en la legitimidad personal de quienes las adoptaban. Se cuestiona así la imagen consensuada del Estado liberal como Estado legalista. Ésa era solo parte de la historia, y acaso no la principal, pues la legalidad tenía la relevancia que cobró tras 1789 porque expresaba una legitimidad que la antecedía y que gozaba de un rango superior. Para apreciarlo basta con detenerse a considerar cuál fue la crítica conservadora, en las democracias de entreguerras, frente a un uso de la legalidad que se suponía ilegítimo por dejar de preservar los institutos jurídico-privados en los que determinados grupos basaban su poder social. En el siglo XIX no se trataba, sin más, de garantizar el imperio de la ley, sino de preservar el orden institucional y moral que esta declaraba y presuponía. Así se explica, por ejemplo, que la policía y los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la ley no vigilasen «únicamente su quebrantamiento abierto, sino también [la integridad de] sus fundamentos morales y sociales», como «la propiedad, la moral y la religión» (p. 125).

Pese a la propensión del Estado decimonónico a la regulación total, a la inscripción en el derecho de toda la fenomenología social, siempre hubo es-

pacios refractarios a ser administrados conforme a patrones generales, abstractos y centralizados. Era el caso de los municipios, encargados en los comienzos de casi todas las funciones de seguridad, orden y asistencia social, y víctimas de la política de supresión de los dominios comunales (p. 143). En las localidades, las decisiones adoptadas desde el centro estatal, transmisoras de un lenguaje extraño e impositivo, o bien ni siquiera se aplicaban o bien se ejecutaban una vez adaptadas a sus peculiaridades. Muy reacios al proceso de centralización burocrática se mostraron asimismo los órganos intermedios de la administración, cuadros procedentes en buena parte del sistema anterior. «La ejecución de las disposiciones y leyes en los niveles inferiores de la administración quería decir negociar y mediar, motivar y criticar, siendo frecuente que la mera orden se quedara en un acto administrativo muerto» (p. 78). Por último, fue igualmente un impedimento estructural para la implantación del Estado de derecho el limitado alcance de su «poder infraestructural», causado ante todo por la falta de medios técnicos y por la precariedad de las comunicaciones, lo cual implicaba, más que un vacío de poder, la circunstancia de que éste fuese ejercitado del mismo modo en que venía haciéndose con anterioridad.

Pero quitando esos espacios por estatalizar, que, reitero, no se caracterizaban por la igualdad, sino por la persistencia de las jerarquías tradicionales heredadas, el aparato del Estado y el radio de su acción describían un dominio de clase concentrado en la propiedad y traducido en medidas favorables a los intereses privados de los mismos gobernantes (p. 102). Las concesiones administrativas y las reformas institucionales fueron, de hecho, uno de los principales dispositivos para la acumulación privada de riqueza y para el amasamiento de fortunas personales (p. 209). La acción estatal se coagulaba también en un intenso control ideológico y moral tanto de la sociedad como de los funcionarios públicos, sometidos con frecuencia a depuraciones, y en una fuerte presencia del aparato militar, hasta el extremo de que buena parte de la historia del Estado decimonónico puede concebirse como la historia del conflictivo «reparto de poder entre las élites militares y civiles» y de la problemática y nada pacífica «desmilitarización del monopolio estatal de la violencia» (p. 127).

Y este dominio ejercido por una minoría constituyente no podía sino saldarse con la resistencia cada vez más intensa de la mayoría a ser constituida sin su audiencia y participación. Desde el comienzo, la reacción frente al servicio militar obligatorio adoptó la forma de «disturbios, revueltas y desercio-

nes» (p. 35). «A la orden del día» estaban «los muertos y heridos entre los soldados y los manifestantes civiles», fenómeno provocado por el empleo, «tanto en los regímenes autoritarios como en los liberales», del «ejército» para sofocar «los intentos revolucionarios, las rebeliones regionales y los disturbios» (p. 128). La opinión pública como canal de intervención de los sectores subalternos y no integrados, como el corrector del déficit participativo del Estado liberal, solo podía funcionar en muy escasa medida dada la circunstancia de que venía conformada por las mismas clases, «cultas y propietarias», que gobernaban (p. 125). El auge de una opinión pública de raíz popular fue además obstruido constantemente por «leyes de prensa» (p. 96), medidas policíacas, injerencias permanentes «en las asociaciones y formas de reunión de las clases bajas» (p. 127), decisiones propias de una justicia política, leyes que perseguían el socialismo y una represión penal a menudo brutal, ajena a las garantías en que supuestamente se basaba el Estado de derecho y secundada incluso por «los partidos liberales», prestos a olvidar «sus propios principios en vista de los peligros revolucionarios» (p. 135).

Toda la energía invertida en la represión y ocultación de tan graves contradicciones contrastaba con la poca dedicada a su prevención. Debe además observarse, como más adelante se indicará, que dicha energía contó con efectos muy escasos, pues se reveló impotente «en su lucha defensiva contra los supuestos peligros para la paz, el orden y la moralidad» (p. 97). Ahora bien, la degeneración del Estado liberal en un «Estado policial», debida a la cerrada protección del «nuevo consenso nacional-liberal» de las élites gobernantes (p. 98), sí que propició, «tanto a ojos de las personas cultas como de las clases bajas» (p. 135), una corrosión creciente de la legitimidad del Estado en términos absolutos, y, en términos particulares, del Estado tal como trataba de instituirse por entonces. Ahí puede que se ubique la raíz de fracasos y perversiones posteriores, pues antes de su auténtico nacimiento, la democracia parlamentaria, debido a su corrupta y menoscabada versión antecedente, posiblemente estuviese condenada a la derrota, incapaz de suscitar adhesiones generalizadas debido al descrédito que su forma sucedánea y suplantadora anterior había acumulado durante décadas. Y entre los motivos de la desconfianza al Estado liberal, articulado según los patrones sucinta y brillantemente expuestos por Lutz Raphael, destacó el que en su proceso de institucionalización se recurriese con suma frecuencia, y por necesidad, dadas sus características excluyentes y subversivas, a los estados de excepción.

IV. LAS PECULIARIDADES DEL CASO ESPAÑOL

¿Qué sucedió por entonces en España? ¿Se plasmaron en territorio ibérico estas mismas constantes o hubo algunas particularidades dignas de reseñar? En términos preliminares, puede afirmarse que la construcción del Estado español reprodujo muchos de los factores antevistos, pero con intensa y redoblada presencia de algunos de ellos, como el control ideológico derivado de la hegemonía católica, la centralidad del poder militar, la instrumentalización política de la burocracia o el peso decisivo, dada la ausencia de cesura histórica, de los grupos de poder procedentes del antiguo régimen.

No son muchos los textos que, en nuestra academia y en el campo de la historia jurídica, se hayan dedicado a la construcción del Estado como precondición para entender su evolución constitucional. Pionero en este terreno fue Bartolomé Clavero, revelando hace ya años que la articulación entre nosotros de la institucionalidad estatal, en algunos de sus aparatos decisivos, como los de justicia y los administrativos, fue un asunto autoritario de gobierno sustraído a debate alguno de las cámaras y, por supuesto, a intervención decisoria de la ciudadanía⁴⁶.

De la década de los ochenta procede también otro estudio que, centrado en el análisis de los orígenes de la guardia civil, ilustró de paso la construcción del Estado liberal español. Con un notable soporte documental, que recorría desde fuentes parlamentarias hasta memoriales privados, Diego López Garrido, su autor, nos describía un sistema estatal en fase de realización caracterizado por algunas notas muy salientes. Enumerémoslas⁴⁷.

En primer lugar, por ser la expresión institucional del «pacto histórico» entre la «oligarquía terrateniente de raíces absolutistas» y «la nueva burguesía con poder inmobiliario y mobiliario». En segundo término, por hacer del tránsito del antiguo régimen al liberalismo un salto desde la acción política trabada por «las jurisdicciones señoriales» hasta un ejercicio del poder centralizado y sin más mediatizaciones que las impuestas por unos anónimos «mercados», los cuales, ya por entonces, a decir del presidente Luis González Bravo, tenían «poca fe en la Constitución» y mucha más en el decisionismo

46 Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España* (1989), Madrid, Alianza, 1992³, «Cap. III. Un período preconstituyente», 45 ss.

47 D. LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista* (1982), Madrid, Alianza, 2004², del que seguidamente empleo sus pp. 53, 71, 84, 86, 88-89, 118 y 128.

autoritario de «los Gobiernos». En tercera instancia, por una formidable impronta militar, por un omnipresente ejército que controló todo el proceso de cambio, que consumía la mayor parte del presupuesto y que hacía problemática la misma génesis de «un Estado moderno». En cuarto lugar, por llevar el sello inequívoco del liberalismo conservador, según muestra, por ejemplo, la ocupación sistemática «del aparato estatal con agentes afectos» a dicha ideología. Y en último pero principal lugar, por identificar la estatalización con la centralización del poder, confusión que permite calificar este proyecto como un «freno a la democratización de la vida española» y que, en consecuencia, no pudo sino saldarse con una enconada oposición en la arena social.

De fecha posterior es la exhaustiva, galardonada y realista reconstrucción llevada a cabo por el administrativista Alejandro Nieto⁴⁸. El retrato extraído de su lectura cuenta con unos perfiles aún más endurecidos. En su arranque, desde 1833, el Estado liberal no es más que una ficción existente en el plano normativo de los decretos y las leyes que tropieza con una sociedad escindida, primero, por una guerra civil, y segundo, por todo un cúmulo de resistencias armadas y populares. El alzamiento de este sistema político estuvo además fuertemente condicionado por la actividad conspiratoria y económica de embajadores, acreedores, sociedades secretas y, sobre todo, del ejército. Sus protagonistas, aun llamándose liberales (conservadores), procedían en buena proporción de las filas del absolutismo. En el núcleo de toda la institucionalización estatal se colocaba el proceso de privatización de las propiedades comunales, amortizadas y vinculadas. Ya en su tambaleante comienzo, se distinguía orgánicamente por el falseamiento estructural de la actividad de las Cortes, por la falta absoluta de independencia judicial y por un uso político descarado de la administración pública. La constitución, cuando fue sancionada en 1837, no gozó nunca del rango que se le suponía, siendo vulnerada «de manera deliberada y sistemática». Y, en términos políticos, el producto resultante fue un Estado incapaz de mitigar «la discordia civil» entre las minorías conservadoras y progresistas y edificado de espaldas a un torrente popular encarnado por «demócratas, republicanos, federales, socialistas y anarquistas», todos excluidos del juego político por colusión de ambas familias liberales. Se trataba, pues, de construir un Estado «*seudoconstitucional*» entendido fundamentalmente como un «Estado de propietarios tutelado por el ejército».

48 A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina* (1996), Madrid, Ariel, 2006; vid., para lo que sigue, la entera «Introducción».

Por último, en el campo estricto de la historia del derecho conviene mencionar los trabajos de Marta Lorente, autora, en mi opinión, de las aportaciones más sugestivas a la reconstrucción del Estado liberal. Entre otros extremos, con sus trabajos ha mostrado las implicaciones que en la organización de la justicia tuvo el proceso de privatización de la propiedad, el carácter indeterminado del ordenamiento jurídico de la España isabelina o la dificultad de considerar sin más al Estado liberal español –o al aparato institucional en funcionamiento a mitad del siglo XIX– como un régimen legalista⁴⁹.

En esta misma línea de indagar en la historia del Estado decimonónico español podría haberse situado la reciente monografía del constitucionalista José Antonio González Casanova sobre la genealogía del liberalismo autoritario. Y digo que podría haberlo hecho porque no llega a hacerlo del todo tanto por su tono excesivamente ensayístico y didáctico como por su ostensible carácter militante.

Con *La derecha contra el Estado* estamos ante un título que pretende divulgar la trayectoria del conservadurismo español desde la conclusión del reinado de Fernando VII hasta la actualidad. Ya por esta amplia proyección, y por la clara desproporción entre la parte dedicada a la historia y la ocupada en la crítica partidaria del presente, habrá de interesar solo limitadamente al historiador del derecho. Un interés que disminuye a medida que el lector tropieza con juicios de valor algo parciales («a Madrid le enrabiaba la modernidad europea de Barcelona», p. 38), aseveraciones bienintencionadas que incurren en inexactitud historiográfica («La guerra incivil provocó más de un millón de muertes», p. 53) o equiparaciones demasiado forzadas e imprecisas (como la que identifica el régimen franquista con «una monarquía absoluta del Antiguo Régimen», p. 57).

Junto a su carácter divulgativo –que, por muy extendido y comercial que sea, no puede satisfacer al lector especialista si no viene acompañado del rigor–, este texto, que podría haber aportado más a la historia constitucional, se distingue además por su sesgo partidista, por observar el pasado político desde la experiencia concreta de la socialdemocracia catalana. No se quiere

49 Vid. Marta LORENTE, «Reglamento Provisional y Administración de Justicia. Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en J.-M. Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión de la justicia contemporánea*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1992, 215-295; «Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868», en Id. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007, 245-287; y *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC, 2001.

significar con ello que las conclusiones alcanzadas carezcan de validez, pues, en definitiva, a todas las interpretaciones historiográficas les subyace una experiencia vital y una ideología política concretas. No se trata en absoluto de eso, sino de proporcionar una lectura que, precisamente por ser más política que científica, compone una denuncia de los excesos del conservadurismo español en vez de un análisis de su morfología interna, de los supuestos de su emergencia y consolidación y, sobre todo, de las condiciones que permitieron que ejerciera el poder del modo abusivo en que lo hizo.

Desde un enfoque algo más analítico, no basta, pues, con representar a la derecha como una especie de formación política homogénea que ha permanecido más o menos idéntica a sí misma a lo largo de siglo y medio. En esta imagen, más que la realidad de una agrupación signada por la pluralidad interna y las transformaciones históricas⁵⁰, se ve reflejada la maniquea y aparente lucha bipartidista actual. Tampoco colma las mínimas expectativas científicas una demonización de las élites conservadoras que permanece en el terreno de la crítica política sin colocarse en el más objetivo de las causas, los resortes jurídicos o institucionales y los mecanismos culturales de autolegitimación de un dominio que fue, efectivamente, parcial. La cuestión que el lector se plantea es si incluso para el objetivo de hacer política con los libros de historia no sería preferible prescindir de la inflamada exaltación producida tanto por la militancia como por la indignación ante los desmanes objetivos cometidos por el conservadurismo hispano y, en su lugar, colocar el máximo rigor científico posible.

Un rigor que, para ser justos, tampoco resulta por completo ajeno al texto que manejamos. En múltiples aspectos, de hecho, ofrece una historia bien ilustrativa de los avatares derechistas y, por extensión, un retrato bastante fiel de la composición de lo que los krausistas bautizaron como el «Estado oficial», ente efectivamente ajeno al «país real» (p. 30). Y es que, conformado por aristócratas, terratenientes, industriales, financieros, eclesiásticos y militares, el aparato estatal español tuvo como finalidad superior la consolidación, perpetuación y reproducción de un dominio, si no directamente de clase, al menos sí de «una minoría sobre la mayoría de la población» (p. 22).

50 Son ya bastantes las obras disponibles que permiten apreciar dicha pluralidad: vid., por ejemplo, Pedro C. GONZÁLEZ CUEVAS, *Historia de las derechas españolas: de la ilustración a nuestros días*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000 y, más recientemente, Alejandro QUIROGA, Miguel Ángel del ARCO (eds.), *Soldados de Dios y apóstoles de la Patria. Religión, violencia y derechas en España*, Granada, Comares, 2010.

Este tipo de ejercicio de la autoridad, según se desprende de las páginas de González Casanova, se caracterizó además por algunos rasgos que, vista la reconstrucción de Lutz Raphael, permiten asociar el caso español a la más general experiencia europea. Fue una dominación que se saldó con el enriquecimiento directo de sus ejecutores debido a la instrumentalización del presupuesto público y al «expolio de los bienes comunales» (p. 20, p. 27). Alcanzó un rango hegemónico, al menos en el plano de los cuadros institucionales, tras el gran pacto sellado entre los sectores liberales y los nobiliarios, fusión decisiva, producida en Europa mediado el siglo, que supuso, de un lado, la integración de los grupos aristocráticos y del clero en la dinámica política y mercantil burguesa, y en sentido inverso, prácticas habituales como el «ennoblecimiento burgués por la vía matrimonial» (pp. 26-27). De este modo, como ya advirtiese Francisco Tomás y Valiente⁵¹, la carga revolucionaria del liberalismo burgués se trocó en una cerrada actitud conservadora cuya consecuencia más palpable fue la exclusión política estructural y creciente de buena parte de la población.

Si tomamos entonces nota de este punto de inflexión, acaso podamos concluir que a partir de esas fechas la oposición entre liberal y conservador, ya discutible en sus comienzos doctrinales, como demuestran autores como John Locke, dejó por Europa, o al menos en España, de tener un contenido efectivo. Conservadores de un orden natural prepolítico inalterable por la legislación, pero expresado por ella, en el cual cabían por supuesto derechos individuales como el de propiedad o libertades negativas como la contractual, todos institutos funcionales al despliegue del mercado, eran tanto los liberales conservadores como los autodefinidos progresistas. Las diferencias eran de matiz –según, por ejemplo, el grado de inclusión y participación políticas, la extensión legal de ciertos derechos como los de reunión o asociación, el nivel de garantías de la libertad de prensa, o el alcance de la función judicial– mas en ningún caso de concepto, pues había coincidencia en su compartida identidad política, identidad cristalizada en buena parte como rechazo polémico de un liberalismo revolucionario, o, mejor, de un republicanismo identificado con el poder constituyente, el voluntarismo político, el sufragio universal, la soberanía parlamentaria y el legicentrismo democrático.

⁵¹ Quien situaba en España el pacto entre la burguesía y los «grupos sociales poderosos procedentes de la sociedad del Antiguo Régimen» en 1874, con el desplome de la República y a las puertas del final de la última guerra carlista: cf. *Manual de Historia del derecho español* (1983^a), Madrid, Tecnos, 1997, 405.

El Estado decimonónico puede así denominarse correctamente como liberal, dado que liberal era ese dominio social incompatible con una extensión generalizada de las libertades políticas y los derechos individuales y con una consagración constitucional de los derechos sociales. No había, como suele pretenderse en tono exculpatorio, paradoja alguna entre su dimensión axiológica y su materialización institucional. Tanto en el plano teórico como en su realización práctica, el liberalismo decimonónico, profundamente coherente, siempre fue jerárquico, providencialista y excluyente, siempre mantuvo un concepto de libertad como realización de un orden prefijado y siempre se opuso a las doctrinas republicanas, democráticas o de signo plebeyo. Como se ha indicado, en la periferia de su hegemonía, con desigual grado de integración en las instituciones oficiales, discurrían desde demócratas y federales hasta socialistas o anarquistas, un espectro de izquierdas en el que efectivamente se inscribían las líneas de fuerza que reclamaban y habrían de conducir a la consagración de la soberanía popular, principio también diverso y hasta opuesto, pese a que no suela resaltarse, al de soberanía nacional. Es ahí entonces, en la resistencia al liberalismo, y no en el despliegue de sus potencialidades, donde se alojan los primeros pilares de la democracia constitucional.

La clase de dominación descrita por González Casanova es la propia de dicho «liberalismo autoritario», tal como nos anticipa el título. Y lo es, como se ha sugerido, por muy antiliberal que parezca. Si produce esta impresión no es tanto por la desviación del liberalismo decimonónico respecto de las doctrinas ideales del liberalismo cuanto por las profundas transformaciones experimentadas por éstas, cuya configuración actual no puede asimilarse sin más a las declinaciones que tuvo con anterioridad. Y no puede hacerse, entre otros motivos, porque propio del liberalismo decimonónico fue construir mediante leyes, decretos y concesiones, esto es, mediante intervencionismo estatal, el espacio del mercado, para, una vez realizada esta labor constructivista, naturalizar su resultado y practicar lo que sí continua siendo su seña de identidad, esto es, la conciliación de un Estado «casi inexistente» –o, más bien, supletorio– frente a la dinámica mercantil y un «Estado fuerte» y autoritario para afrontar las exclusiones y divisiones generadas por el predominio exclusivo y corrosivo del beneficio privado (p. 26).

El Estado liberal español se construyó así como organización institucional que sirvió para canalizar un afán hegemónico, las pretensiones de determinados sectores minoritarios presentadas retóricamente como dotadas de validez universal. Esta tendencia a disfrazar de valores universales sus reales

ambiciones particulares pudiera ser, de hecho, una de las trazas que distingue al conservadurismo liberal desde su identificación pasada con principios como el «bien común» hasta su autocalificación presente como «centrista» (p. 11). Este rasgo delataría además la fundamental negación conservadora de la estructura polémica y pluralista de la sociedad, solo resoluble por vía pacífica mediante el antagonismo democrático entre identidades diferenciadas⁵², y presuntamente superada por el pensamiento conservador a través de categorías como la unidad nacional, el interés general o el sentido común, que, no por azar, encarnarían sus representantes.

Pero además de esta carga antipolítica propia del dominio liberal, de su afán por sustraer del debate y la decisión colectiva principios e instituciones reputados intangibles por naturales, también le fue característico, según se deduce de nuestra monografía, abocarse al frentismo extremo entre dos bloques y terminar invocando una dictadura militar. Un Estado planteado como proyección institucional de una minoría, por mucho que pudiese en teoría satisfacer las exigencias de la legitimidad, había de terminar produciendo, por su nula capacidad de inclusión y mediación, un desencuentro radical entre los integrados y los excluidos. Sin descontar la importancia de todos los antecedentes, condición necesaria de su eclosión final, acaso el punto histórico crucial a este respecto en la historia política española fuese el fracaso de la «revolución desde arriba» patrocinada por el conservador Antonio Maura, consistente en «ampliar la base social del Estado hispano, dando entrada a las clases medias conservadoras y católicas» (p. 43). Desde la derrota de dicha tentativa, calificada por el mismo monarca como el intento de «construir España contra *media España*» (p. 43), hubo una buena parte de las derechas que se desvincularon del todo de la lógica parlamentaria, por minúscula que fuese, y abrazaron el autoritarismo radical como única vía para responder al principal desafío del momento: se optó por «proceder con energía y resolución» —es decir, con vulneración de derechos y garantías— «contra aquellos elementos partidarios de la revolución» (p. 25), según prescribía el propio Maura. Precedentes muy inspirativos los había, como el de las advertencias vertidas por Cánovas de erigir una dictadura de «las minorías propietarias» frente al auge de un socialismo identificado, no por casualidad, con la democracia misma (p. 20, p. 32). Pero es aquí, en esa bipartición maurista de la «cosa pública» entre «los partidarios del motín» y los defensores de una «fuerte disciplina social», donde ya se enquistaba casi de modo irreversible la

52 Vid. Chantal MOUFFE, *En torno a lo político* (2005), México, FCE, 2007.

dinámica de la enemistad que hubo de hendir la historia política española del siglo xx hasta que fue posible, ya bajo el franquismo, «la tranquila consolidación de [cierta] derecha liberal» (p. 21).

El comentario del texto de González Casanova no figura de todos modos en la presente revisión porque sirva para trazar paralelismos entre la *vicenda* española y el escenario europeo, o porque vuelva a indicar algo constantemente olvidado: que la lógica excluyente, sectaria y oligárquica del dominio conservador es inseparable de la degeneración dictatorial encarnada por el franquismo. No se encuentra en estas líneas porque atesore el valor de los libros escritos por quienes tienen toda una vida académica y política a sus espaldas, autorizándoles tan dilatada experiencia a hablar sin tapujos. Como tampoco se debe su presencia a que sus reflexiones reflejen un fenómeno generacional: la vuelta al compromiso con ciertos axiomas democráticos y sociales que se pensaron conquistados y cuya vigencia se hace cada vez más precaria. Si *La derecha contra el Estado* está entre los textos atendidos es, sobre todo, porque se pone en cuestión que un tipo de autoridad como la constituida por entonces pueda ser sin más titulada de estatal. No forma parte el autor de esa línea de pensamiento ultraconservador que describe la historia política española como carente de «estatalidad» hasta la llegada del régimen franquista, bien sea por la insuficiente nacionalización de una ciudadanía aún identificada en términos patrióticos con el monarca, o bien por la falta del poder represivo indispensable para pacificar la sociedad⁵³. Antes al contrario, si a juicio de González Casanova no había propiamente Estado, no era porque la sociedad no asumiese el relato patriótico oficial o porque no se plegase a los designios de la autoridad oficial, sino precisamente porque esta no se abría y adaptada a la conformación social, nacional e ideológica efectiva de la sociedad española del momento, viéndose condenada a concentrar sus esfuerzos en la represión de la diferencia en lugar de en el arbitraje de fórmulas de integración.

El «Estado liberal» pasa a ser así, en definición de González Casanova, «una derecha sin Estado», el dominio político de una parte con exclusión sustantiva de las restantes. Vistas así las cosas, en España el Estado estuvo ausente, no hasta que la dictadura del general Franco impuso la unidad

53 Cf. Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado de España*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Para una crítica de este ultraconservadurismo jurídico, cf. Sebastián MARTÍN, «Actualidad del derecho político» [apartado recogido en la presente monografía bajo el título «Crítica del neoconservadurismo jurídico»].

mediante la fuerza, reduciendo «el Estado al Gobierno» (p. 59), sino hasta 1978, momento de aprobación de una norma constitucional verdaderamente inclusiva que, en un gesto significativo, contó con la oposición del partido heredero del franquismo (pp. 74-76). La convicción planteada por el autor, su intención de dirigir el libro a desmentir la errónea creencia de que «la derecha es favorable a la existencia de un Estado» (p. 11), se basa además en un planteamiento teórico específico, de procedencia marxista, que comprende la institución estatal como «pacto transaccional» sellado entre las «clases originariamente hegemónicas» y las «clases subalternas» para lograr una distribución más equitativa del poder político y de los recursos (p. 35, p. 63)⁵⁴. Mas, independientemente del grado de validez de dicha explicación, lo que en el fondo pone de relieve es que un Estado solo es tal en cuanto supone la inclusión activa de todos los individuos que lo componen. Tan inherente es la generalidad al concepto de Estado, que no por azar el gobernar en su nombre otorgaba y otorga, por expresarlo en términos de Pierre Bourdieu, el máximo «beneficio de universalidad». Y aunque en puridad no pueda existir dicha universalidad con un carácter atemporal y exenta de todo antagonismo, cierto es que su concreción momentánea y pasajera solo es legítima cuando presupone un proceso colectivo plenamente inclusivo. Justo lo que brillaba por su ausencia en el Estado español decimonónico, cuyos dirigentes reclamaban la «legitimidad social que otorgaba la palabra *Estado*» y se apropiaban de su formidable capacidad coactiva con el censurable fin de proteger «sus intereses» (p. 11).

La cuestión es que el mantenimiento de dicho aparato institucional requería por necesidad la inversión de una considerable energía política e institucional, aparentemente impropia de un Estado llamado liberal. Opuesto a la «innegable realidad plurinacional» (p. 36) de la sociedad hispana y temeroso siempre de la reacción subversiva de los numerosos sectores no integrados en el juego político, esta forma de Estado hubo siempre de oscilar entre la obsesión por la seguridad, la represión estéril y las aperturas forzadas. Digno de elogio, dados los tiempos que corren, es que González Casanova adopte la perspectiva de dichos sectores excluidos –de «la población analfabeta, adoctrinada y explotada»–, desde la que el orden estatal deviene más bien un «*desorden* establecido» y desde la cual se torna igualmente perceptible el «pecado histórico» cometido por la hegemonía liberal contra «un pueblo

⁵⁴ Para la exposición sistemática del autor sobre el asunto vid. J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Barcelona, 1994⁵.

explotado y humillado» y, claro, resentido y ávido de vindicación (p. 54). De ahí procedía además la desafección generalizada de unas gentes, «muy conscientes de su exclusión», que identificaban el Estado con los militares, los gobernadores, los obispos y los caciques locales (p. 31).

Mas lo que de todos modos interesa subrayar es que este Estado, el liberal, precisamente por «dominar sin pactar» (p. 63), por no ser una instancia de mediación interclasista y expresar un solo sentimiento de identificación nacional, por no atreverse al «diálogo con los nuevos movimientos que había provocado» (p. 40), por no incidir sobre las causas de los peligros y contradicciones que su mismo dominio generaba y limitarse a reprimir las consecuencias, se vio a lo largo de su trayectoria obligado a recurrir crónicamente a los estados de excepción, los poderes militares y a la criminalización cultural y jurídica de sus oponentes.

V. LOS MEDIOS A EMPLEAR: LEGISLACIÓN AUTORITARIA Y ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Al nacimiento mismo del régimen constitucional en Europa le fue consustancial la declaración de estados excepcionales y la habilitación de poderes extraordinarios con el fin de reprimir los tumultos o de ajusticiar a los enemigos. Atendiendo solo a la política interior, dejando, pues, de lado, la situación de guerra, en el primer tracto revolucionario francés, de 1789 a 1792, la lógica de la excepcionalidad pasó de una legalización relativamente garantista hasta su desbocamiento. La primera *loi martiale* (otoño de 1789) regulaba, cubriendo una laguna normativa, «la intervención de la fuerza armada de la nación contra los ciudadanos», subordinando el poder militar a las autoridades electivas, autorizando a los amotinados a que expresasen los agravios cuya reparación reclamaban y garantizando la inmunidad de los guardias. Centrada primero en París, y extendida después mediante diversos decretos a las provincias, prestó cobertura legal a «la matanza del Campo de Marte», desproporcionada respuesta represiva ante el movimiento democrático y las «peticiones masivas». Poco después se ampliaron sus tipos y se le añadió una nueva norma, de julio de 1791, en la que ya se autorizaba el empleo de armas «en la actuación ordinaria del poder», a lo cual vino finalmente a añadirse la figura de *la patria en peligro*, inicialmente pensada para la guerra contra el enemigo extranjero, pero que afectaba por igual a la «seguridad interior», constituyendo «un verdadero estado de emergencia para todo el territorio nacional, solemnemente promulgado y perfectamente delimitado en el tiempo»⁵⁵.

55 Cf. la importante y pionera monografía de Pedro CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio*

Si esto acontecía en el primer tramo revolucionario, bien condenado por la historia está lo sucedido con posterioridad. Aunque la Convención comenzase aboliendo la ley marcial, pronto recurrió a instrumentos aún más excesivos. De manera simultánea a la aprobación de la Constitución de 1793, fue instaurado un gobierno revolucionario apoyado ya en instituciones de control ideológico, en jurisdicciones criminales especiales desprovistas de las más elementales garantías y en leyes penales que amplificaban la intervención punitiva del Estado y suspendían en la práctica derechos fundamentales⁵⁶. Se consolidaba y extendía de este modo un régimen de terror, opuesto por completo a las exigencias del constitucional, y alzado con el pretexto de perseguir a los enemigos de la revolución con el resultado final de comprometer la misma continuidad de ésta⁵⁷. Y, con el fin de abolirlo, pero también de rechazar por la fuerza las reivindicaciones populares de promulgación de la Constitución jacobina, el Directorio recurrió asimismo a la ley marcial, a los tribunales militares para procesar civiles, a la suspensión de garantías y al estado de sitio «ficticio» dirigido contra municipios rebeldes, situación de monopolio

y la Constitución. *La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1979, CEC, 129-156. Fue (y es) importante porque aparte de su indiscutible calidad, fue escrita y publicada en un momento político decisivo para España, en el que la misma democracia dependía de una mesurada comprensión del problema de la excepcionalidad y sus antecedentes. Para una narración más pormenorizada de los sucesos de ese primer período francés, en lo que hace a la lógica de la excepcionalidad y su acompañante de la enemistad, vid. Roberto MARTUCCI, «Les Nazioni, lato oscuro dell'Ottantanove. La Rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 321-418, especialmente 342 ss. Puede consultarse igualmente con provecho Hans BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Eine Studie über den Belagerungszustand des bürgerlichen Rechtsstaates im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, 27, donde puede comprobarse que el alcance de la problemática política del estado de sitio resultaba evidente desde un comienzo, como demuestra el art. 13 del proyecto de declaración de los derechos de Sieyès que cita el autor: «Le pouvoir militaire n'est créé, n'existe, et ne doit agir que dans l'ordre des relations politiques extérieures. Ainsi, le soldat ne doit jamais être employé contre le citoyen. Il ne peut être commandé que contre l'ennemi extérieur».

56 P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio*, 278-287.

57 Roberto MARTUCCI, «Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)», *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), 131-274 (220 ss.); y Pietro COSTA, «Lo Stato di diritto: un'introduzione storica», en Danilo Zolo, Pietro Costa (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 89-170 (96-97).

militar del poder represivo que, a partir de septiembre de 1797, y sin soporte constitucional, pasó a convertirse en una entidad «jurídico-pública» creada por la «declaración de alguno de los poderes del Estado». Se consumaba con ello el paso desde el *état de siège* como practica militar para confrontar un ataque externo a su uso político para combatir enemigos interiores⁵⁸.

Por latitudes hispanas el arranque constitucional fue asimismo gravoso. Durante la experiencia gaditana, signada por la guerra contra Francia, los estados excepcionales se hallaban motivados por el enfrentamiento bélico, si bien creaban un marco de actuación del poder militar que en más de una ocasión afectó a civiles del propio bando. Las situaciones de excepción estaban reguladas y eran decididas por unas ordenanzas y un ejército instituidos en el régimen anterior, o bien eran declaradas por la autoridad militar sin base jurídica alguna con la finalidad de garantizar «la seguridad de las Cortes». En un comienzo, antes de la Constitución de Cádiz, ni siquiera contaban con el contrapeso de un sistema de libertades, aunque después de su entrada en vigor, y aun reconociendo uno de sus artículos (el 308) la posibilidad de suspender legalmente las garantías procesales, continuaron aplicándose las leyes premodernas para dispersar las «asonadas». Ya en el Trienio el centro de gravedad se desplazó hacia la neutralización del enemigo interno con la aprobación, en abril de 1821, y vista la cómplice lenidad de la justicia ordinaria, de una ley para reprimir los actos contrarios al sistema constitucional, mas a costa de agredirlo, al incluir un ámbito desmesurado de aplicación y poner a sus autores bajo la jurisdicción militar⁵⁹.

Todos los datos antevistos, qué duda cabe, resultan reveladores, pero no es menos cierto que al origen europeo del régimen constitucional también le fue propio haber consagrado unos derechos individuales, y también sociales, que limitaban y servían de contraste ético respecto de la lógica de la excepcio-

58 G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, 14-15 y, de nuevo, P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio*, 306-310, y H. BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 27-29.

59 Sobre el particular, cf., sobre todo, Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ, *El derecho de excepción en el primer constitucionalismo español*, Universidad de Valladolid, 2000 e Id., «El estado de sitio en las Cortes de Cádiz y el Trienio Liberal», *Investigaciones históricas*, 21 (2001), 181-204. Véase asimismo Roberto L. BLANCO VALDÉS, *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Madrid, Siglo XXI, 1988, 496-506, advirtiendo los casos posibles en que el proceso se atribuía a «milicianos nacionales», instancia más semejante «a un juicio por jurados que a un tribunal militar» (503); Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Madrid, Alianza, 1985², 43-85, y P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio*, 319-328.

nalidad. En todo caso, el profundo dilema frente al que nos colocan algunos episodios de la revolución francesa y del Trienio liberal consiste en saber si la implantación de un sistema constitucional, de protección y vigencia plena de derechos, ha de atravesar por fuerza una etapa previa signada por su vulneración, debido a la necesaria neutralización de sus opositores violentos. Para resolver dicha disyuntiva, conviene ante todo no desconocer el estado político precedente y, en consecuencia, no ocultar ni minimizar la carga polémica que siempre tuvo el espíritu constitucional. Si se comienza pensando que, «a partir de la Revolución, Francia ha sido un país dividido»⁶⁰, no se alcanza a comprender cuáles eran las trágicas y discriminatorias escisiones a las que respondía el movimiento revolucionario. Si se opta por examinar todo el engranaje premoderno desde un enfoque inmanente, detenido en las categorías de su autolegitimación, mientras que se prefiere analizar el Estado liberal por la cesura insalvable entre sus premisas ideológicas y su torcida materialización, las conclusiones habrán de ser igualmente condenatorias de aquel intento transformador. Y si se desconoce que la implantación de un régimen íntegro de derechos, en la medida en que es indisociable de la igualdad y por tanto opuesto al privilegio, implica un considerable grado de antagonismo, tampoco podrán evaluarse sin incurrir en anacronismos las evidentes perversiones revolucionarias, las cuales, en todo caso, no pueden achacarse a la vigencia inexistente de una constitución, la jacobina, aunque sí dejaron claro para la posteridad que la imposible exigencia de la virtud absoluta conducía derechamente al terror general.

Ante otro escenario nos situamos al avanzar en el tiempo, más allá incluso del período napoleónico y de la ya inviable Europa de la Restauración fraguada en Viena en 1815. Lejos de las ambiciosas cotas normativas planteadas por el liberalismo revolucionario, el aparato estatal que comenzó a edificarse después de estas fechas, el llamado Estado liberal de derecho⁶¹, fue el fruto de un balance crítico de las experiencias pasadas, cuyo resultado, no siempre logrado, supuso, de un lado, extirpar tanto el poder constituyente como el afán igualador propios de la revolución, y de otro, conservar la autoridad suprema de la ley estatal, la administración centralizada de la cosa pública, la unifor-

60 Así comienza el célebre ensayo de Normann HAMPSON, *Historia de la Revolución francesa* (1963), Madrid, Alianza, 1984, trad. Javier Pradera, 15.

61 Vid. en este punto las valiosas apreciaciones de Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), Madrid, Trotta, 2007⁵, trad. Manuel Martínez Neira, pp. 97 ss.

midad codificada del ordenamiento y algunos derechos individuales como los de libertad, propiedad y seguridad o la libertad de prensa, de modulación variable, por la omnipresencia del control ejercido por la censura gubernativa, pero considerada indispensable para la conformación de la opinión pública.

Es este modelo estatal el que nos interesa, en el entendido de que si para su instauración hubieron de desplegarse estrategias de carácter extraordinario y contrarias a la constitución fue con el fin de garantizar el establecimiento de un entramado institucional que no puede identificarse sin más con el pretendido por el primer liberalismo revolucionario. De hecho, si se toman con rigor los dos célebres requisitos que la Declaración de 1789 estableció para poder calificar a un régimen de constitucional, puede concluirse que tanto por la falta permanente de una separación de poderes como por la vulneración y menoscabo legal de los derechos no hubo tal sistema constitucional a lo largo del siglo XIX.

Si todos los estados de excepción convergen en la máxima *salus publica suprema lex*, habrá que convenir entonces que para su correcta intelección deberá dilucidarse qué concepto de cosa pública entra en juego en cada tracto histórico. Y aquí, en plena era burguesa, dicha *res publica*, cuya defensa era la ley suprema, coincidía por entero con el término moderno de «sociedad», agregado contractual de individuos privados, ordenado jerárquicamente según sus respectivas capacidades, posesiones y talentos, enucleado en torno al derecho de propiedad y las libertades de comercio y prensa, y organizado en forma de Estado con el fin principal de dotarse de normas jurídicas homogéneas, generales y obligatorias⁶². Bien cierto es que este tipo de comprensión contractualista –en el sentido economicista– de la sociedad política, como fundamento previo de las propias instituciones estatales, se encontraba ya

62 Aunque, en el caso español, las normas constitucionales aludiesen siempre a la salvación de la monarquía, mostrando con ello el sello distintivo del constitucionalismo español, los actores históricos justificaban el recurso al estado de sitio por la defensa, en una situación de necesidad, del «admirable artificio de la sociedad», según palabras del devenido conservador Francisco Martínez de la Rosa citadas por P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio y la Constitución*, 332 n. 97. Sobre el propio Martínez de la Rosa y su papel en las políticas de excepción, basadas en el «respeto» y «conservación» de la «sociedad» como forma de defensa de la monarquía isabelina y de garantizar la afluencia de «capitales», véase Pedro PÉREZ DE LA BLANCA SALES, *Martínez de la Rosa y sus tiempos*, Barcelona, Ariel, 2005, 321-335 y 357-362. Y para la *Gesellschaftsordnung* liberal que subyacía al *burgerliche Rechtsstaat* y se trataba de proteger con medios excepcionales, vid. nuevamente H. BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 80-84.

presente en el arranque revolucionario, según atestigua el programa representativo preconizado por Sièyes⁶³, pero lo distintivo de su declinación decimonónica es que, junto a su dimensión individualista, y en términos compensatorios, concurría ahora una dimensión colectivista, identificada con la concepción romántica nacionalista de la comunidad política.

La cuestión es que el arraigo y consolidación de dicha *sociedad nacional*, cuyos autores primeros no tenían inconveniente en considerar artificiosa y de creación principalmente gubernamental, requirió con frecuencia la suspensión de su presunta institucionalización normal. Suponía esta una asamblea representativa de los poderes sociales encargada de la discusión racional de las leyes –fundamentalmente tributarias– que habrían de regir en el territorio, una administración de justicia independiente, aunque sometida al dictado legal, y una constitución en la que se declaraban ciertos derechos privados y se delimitaban los poderes en pro de la consecución de un gobierno equilibrado y de la seguridad jurídica. Ciertamente que tales derechos, reproduciendo el mismo esquema en vigor desde la Declaración de 1789, quedaban, al final, a disposición de la ley, pero el problema se agravaba no solo por la falta de representatividad real de unas normas aprobadas por unas cortes oligárquicas y sancionadas por un poder dinástico, sino también por la común circunstancia de que, desde su fase preparatoria hasta su ejecución final, la ley fuera asunto casi exclusivamente de gobierno y, por consiguiente, de naturaleza cuasi-dictatorial.

En efecto, el organigrama recién esbozado del Estado liberal, ya circulante en los mismos años de su implantación, no agota en absoluto la explicación de su dinámica jurídica. Antes al contrario, de su rutinario desenvolvimiento puede inferirse un ámbito estructural de actuación que, según se ha sugerido, pone en suspenso su hipotético funcionamiento durante las etapas de normalidad. Lo decisivo antes de pasar a describir someramente dicho ámbito de excepcionalidad es que no puede sin más disociarse del cuadro institucional característico de la normalidad. Por el contrario, si ambos se examinan conjuntamente podrá apreciarse que este solo se hace posible previa intermediación de aquel. En términos cuantitativos, pero sobre todo cualitativos, resulta además dudoso que a los efectos de la constitución de la sociedad las situaciones excepcionales sean las transitorias y accidentales. Y, por último,

63 [Vid. S. MARTÍN, «Ambigüedades y logros de la mitología representativa liberal», *Revista general de Derecho público comparado*, 31 (2022), sobre todo «III.1. El tercer estado como nación completa» y «III.2. Arranque de la representación política moderna».]

como Camus nos enseñaba, la obstinación en institucionalizar la normalidad de forma tan excluyente e inmovilista abocaba por fuerza al recurso permanente a la ley marcial y los estados de sitio.

Partiendo de esta precaución preliminar, cabe afirmar ahora que la zona de actuación extraordinaria propia del Estado liberal se desplegaba en cuatro planos no siempre bien delimitados aunque confluyentes en el principio común de convertir la necesidad en fuente primordial del derecho legítimo y, con ello, en fuente de mayor rango que la misma constitución⁶⁴. Lo decisivo a mi juicio para distinguir dichos niveles es el empleo de tres criterios cruzados: uno, saber si se daba una suspensión expresa de los derechos constitucionales; dos, saber si el estado de excepción resultaba en la práctica controlado por el poder ejecutivo o bien por el militar; y tres, conocer si el estado de excepción contaba con alguna acotación política o cultural, colocando bajo su imperio a colectividades muy precisas en lugar de a la población en su conjunto o a un sector indiferenciado de ella.

Empleando tales parámetros puede identificarse en primer lugar la legislación por decreto. Basada en el pretexto de la urgencia o la necesidad, y no siendo siempre ratificada con posterioridad por el parlamento, esta clase de legislación autoritaria excedió con mucho el tipo de los decretos de emergencia, vinculados, ya sí, a la suspensión de ciertas garantías. Puede sostenerse que en el correcto funcionamiento de los poderes y en el escrupuloso respeto al equilibrio o separación entre ellos radicaba en buena parte la protección de la libertad. Y así es, pero desde una aproximación algo más técnica cabe apreciar que la legislación gubernamental no hubo por fuerza de estar acompañada de la previa suspensión de derechos. De esta forma, si bien los estados de excepción creaban un marco favorable para su puesta en marcha, esta forma de legislar pudo canalizarse también con la aprobación de decretos durante los prolongados períodos de vacancia de las cortes y se articuló asimismo a través del mecanismo de las delegaciones, que permitían al ejecutivo desarrollar la función legislativa mediante una autorización materialmente determinada de las cámaras, de manera tal que las leyes aprobadas siguiendo este procedimiento dejaban de tener el escaso marchamo representativo del

64 G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, 40. Por afán de claridad, adelantemos aquí al pie esos cuatro planos de actuación excepcional: la legislación autoritaria por decreto, la concesión de plenos poderes al ejecutivo mediando suspensión de derechos, los estados de sitio controlados por el ejército y la proscripción, respecto de la ley común, de grupos social, cultural o políticamente connotados.

que pudieran gozar y se convertían en normas tecnocráticas aprobadas sin el pertinente debate parlamentario.

Al lado de este tipo de gobernación extraordinaria se coloca otro caracterizado también por la legislación en forma de decretos e igualmente habilitado por una transferencia de poderes desde el legislativo, pero mediando ahora una suspensión legal de ciertos derechos constitucionales. Los dispositivos específicos en que se concreta este otro nivel solían ser la delegación de «plenos poderes» al ejecutivo, y no ya de facultades circunscritas a la aprobación de una norma específica, y los decretos de emergencia por él sancionados con el fin de eliminar la causa que provocaba la excepcionalidad. La competencia para declarar el estado de necesidad y suspender las garantías podía recaer en la jefatura del Estado, en las mismas cámaras o en el ejecutivo, a condición de la posterior ratificación parlamentaria. Pero lo decisivo es que era un poder civil el encargado de dirigir los órganos administrativos, policiales y hasta militares durante el estado de excepción.

Algo que no ocurría en el siguiente de los niveles anunciados, el de los estados de sitio, consistentes en la abdicación (voluntaria o forzosa) del gobierno en favor del poder militar, el cual, con las mismas prerrogativas que en tiempos de guerra y empleando su jurisdicción, había de combatir el mal que ponía en peligro el Estado (o la sociedad).

Y por último, era posible también la declaración y mantenimiento de un estado de excepción parcial, que suspendía, entre otros, los principios de igualdad ante la ley y de generalidad de las normas, se manifestaba a través de leyes especiales y colocaba jurídicamente a un sector de la población, connotado en términos políticos o culturales, en las afueras del derecho vigente, aplicándole unas medidas extraordinarias propias de una guerra librada contra enemigos o de una explotación militar ejercida sobre esclavos. Y es que esta última estrategia del estado de excepción permanente, pero demográficamente delimitado, no solo afectaba a los movimientos políticos radicales, extremo que nos va a interesar, sino también al mundo carcelario y sobre todo al espacio colonial, expresamente expulsado del derecho común constitucional y sometido a leyes especiales, con frecuencia de contenido gubernativo y militar, por las mismas disposiciones constitucionales⁶⁵.

65 Sobre este gobierno militar cernido sobre las colonias, vid., para el ejemplo paradigmático de la Guinea española, Carlos PETIT, «*Detrimentum rei publicae*. Constitución de España en Guinea», en José M^a PORTILLO, José M^a INURRITIGUI (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, CEC, 1998, 425-494, y Bartolomé CLAVERO, «Bioko,

La historia de las realizaciones del Estado liberal equivale, efectivamente, a la recreación de las decisiones y normas adoptadas por el poder ejecutivo. Esta constatación es fundamental porque sin ella no se comprenderán con acierto las críticas al parlamentarismo vertidas en tiempo de entreguerras, dirigidas mucho más a su presente que a un pasado más o menos inventado o al menos concebido principalmente desde la historia de las ideas y de la filosofía. Aunque no abundan, las obras que se han detenido a indagar en profundidad en el engranaje y en los mecanismos del sistema político liberal arrojan conclusiones de validez imborrable, precisamente por su capacidad desmitificadora.

Es el caso, por ejemplo, de la tesis doctoral sobre la implantación de la Monarquía constitucional y la forma de «Gobierno representativo» en España de Juan Ignacio Marcuello⁶⁶. Preocupado por revelar la distancia, a veces insalvable, entre, por un lado, el tenor constitucional y el «esquema ideal de la Monarquía parlamentaria», y por otro, la praxis del poder público, Marcuello recompone las piezas de un aparato estatal encabezado por la corona, dirigido por el gobierno y solo muy limitadamente determinado por unas cortes bicamerales. Con intervención en el proceso legislativo a través de la iniciativa legal, y aupada de nuevo tras el transitorio recorte gaditano, la corona desempeñaba un papel protagonista y en absoluto neutral en la dinámica política, dependiendo la continuidad del gobierno, al menos en el plano de las convenciones constitucionales, tanto de la confianza parlamentaria prestada a la corona como de la aquiescencia regia ante las medidas gubernamentales. Por su parte, el consejo de ministros gobernaba la nación, era responsable políticamente ante las cámaras, mas impune penalmente en la práctica, y participaba de forma permanente en la función legislativa a través del ejercicio constante, y muchas veces exitoso, de la iniciativa. En un principio, cotitulares de la potestad de hacer las leyes eran las cortes, pero del marco constitucional solo se desprendía la reserva de ley en algunas materias como lo atinente a la libertad de prensa y lo referido a la tributación y lo presupuestario, ambos terrenos muy acordes al concepto liberal que habían de encarnar unas

1837-1876: constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante», *Quaderni Fiorentini*, 35 (2006), 429-556. Como asunto, en general, es imprescindible la consulta de Josep Maria FRADERA, *Colonias para después de un imperio*, Barcelona, 2004.

66 Fue Jesús Vallejo quien en primer término me encareció la lectura de *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986. Para lo indicado en las líneas siguientes atiéndase a las pp. 13-46, 83-133 y 239-281.

cámaras de composición estamental y nombramiento regio, y de extracción burguesa y elección sensiblemente restringida.

No bastó con la colocación de estos diques elitistas para garantizar una participación regular de las cortes en la vida política. Hubo casos de regulación por decreto del gobierno de asuntos en principio reservados a la ley, incluidos los presupuestos estatales. Pero sobre todo hubo una práctica bien habitual, que es la que nos interesa, de delegación legislativa por parte de las cámaras y en favor del gobierno para que éste aprobase por decreto, no ya leyes ordinarias, sino hasta códigos nacionales. Se trataba entonces no solo de un evidente predominio del gobierno en el ejercicio de la iniciativa⁶⁷. Hablamos también de la apropiación por parte del ejecutivo de la potestad máxima dentro del Estado aprovechando una laguna, ya que ni se establecían ni se prohibían las delegaciones en sede constitucional. Características de los gobiernos conservadores y paradójicamente amparadas por la soberanía omnipotente del parlamento, estas prácticas delegatorias revelaban la composición predeterminada de las cortes y la condición autoritaria de algunos de los cuerpos legales más importantes del régimen liberal, como lo eran el código penal o las leyes de corporaciones locales y provinciales⁶⁸. Y junto a estas delegaciones de la función legislativa, hubo además otras autorizaciones, conocidas como *voto de confianza*, en la que se concedían al ejecutivo poderes extraordinarios con el pretexto de «poner término a la guerra interior», pero que éste aprovechaba igualmente para, en un contexto de emergencia y

67 Pues en el origen de muchas leyes figuraban los proyectos ministeriales diseñados previamente, una vez que se instauró, por la también gubernamental Comisión de Codificación. Este predominio, que de cualquier modo dejaba espacio al debate parlamentario, llegaba al punto de que «la totalidad de las leyes *políticas*, como por ejemplo la ley electoral y aquéllas que tendían a organizar de nueva planta la administración local y provincial, fueron leyes cuya iniciativa partió invariablemente del Gobierno de la Nación. De la misma instancia partieron las iniciativas de ley que tenían por objeto las más decisivas reformas *socio-económicas* tendentes a desarticular la sociedad del Antiguo Régimen y fijar los presupuestos de la nueva sociedad liberal, como eran las leyes desvinculadoras y desamortizadoras», J. I. MARCUELLO, *La práctica parlamentaria*, 88-89.

68 Vid. M^a Dolores del Mar SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España. Los códigos de 1848 y 1850*, Madrid, CEPC, 2004 [título al que hoy puede sumarse, para este mismo asunto, el de Emilia IÑESTA PASTOR, *El código penal español de 1848*, Valencia, Tiram lo Blanch, 2011, y para el tema de la legislación provincial y local, Enrique ORDUÑA REBOLLO, *Historia del Estado español*, Madrid, Marcial Pons, 2015, y Luis MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español*, Madrid, Marcial Pons, 2022].

con inactividad de las cámaras, aprobar mediante decretos con fuerza de ley medidas cruciales tal que la desamortización eclesiástica.

Estas autorizaciones al ejecutivo, que tuvieron como fin la aprobación de leyes esenciales, la asunción de prerrogativas en materia de orden público con suspensión temporal y localizada de garantías⁶⁹, y, en su punto extremo, la concesión de «plenos poderes», eran un factor común a otros sistemas políticos, como por ejemplo el italiano, según ha evidenciado Carlotta Latini. Con la mirada puesta en los decretos de emergencia dictados durante la Gran Guerra, la autora vuelve la vista atrás para mostrar que las pautas de la excepcionalidad –estados de necesidad, reforzamiento del ejecutivo, providencias extraordinarias– estaban instaladas en la historia italiana desde su misma génesis constitucional, formando un tapiz complejo de recursos decisorios que conspiraban siempre contra el régimen representativo y los límites constitucionales. Atravesada por la guerra, la Italia decimonónica puso en práctica la delegación legislativa en favor del poder ejecutivo durante los estados de sitio, pero, aprovechando dichas situaciones de emergencia, el gobierno aprobó con regularidad «decretos con fuerza de ley» cuyos contenidos excedían con mucho el objetivo de hacer frente al peligro que había provocado la transmisión de poderes. Con tal «decisionismo de guerra» se adoptaron medidas legislativas libres de toda mediación parlamentaria y fundamentales para la codificación del ordenamiento. Esta lógica de la excepcionalidad se trasladó además al funcionamiento ordinario de las instituciones con unas «delegaciones especiales o de paz» que ensanchaban todavía más las potestades normativas del ejecutivo, hasta el punto de convertir el sistema italiano en paradigma de la «democracia gubernamental»⁷⁰.

Hemos podido ver entonces que el Estado liberal, tanto en España como Italia, fue edificándose a través de las delegaciones legislativas y de la legislación por decreto. Todo ello describe un campo de actuación autoritaria por parte del ejecutivo que ponía en suspenso la hipotética fisiología de la monarquía constitucional. El estudio de Latini, o las monografías de Marcuello

69 Cf. el listado de autorizaciones de esta clase elaborado por Alejandro Nieto en *Los primeros pasos del Estado constitucional*, pp. 161 ss., poniéndose en definitiva de manifiesto que la praxis del Estado liberal distaba mucho de la racionalidad y la sistematicidad que se le presume, siendo más bien fruto de las necesidades perentorias, las improvisaciones y las convenciones que fuesen asentándose.

70 Vid. C. LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, 5-7, 121 ss. y 246. La última aseveración pertenece a G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, 30.

y de Alejandro Nieto, nos han aclarado que también los estados de excepción sirvieron para atribuir unas prerrogativas extraordinarias que no siempre se ciñeron a la finalidad de la pacificación social, atendiendo a la más acuciante de la construcción estatal. Pero tales estados de excepción, aparte de prestar cobertura a la legislación autoritaria, suponían la emanación de medidas de emergencia contrarias al ordenamiento en vigor y la activación de determinados dispositivos dirigidos a afrontar situaciones de necesidad. Ya que en todos estos casos se suspenden las garantías constitucionales y se consiente la vulneración del derecho vigente, una posible divisoria a trazar para poder clasificarlos consiste, como se ha indicado, en averiguar si estamos ante circunstancias excepcionales gobernadas por el ejecutivo o comandadas por el ejército.

Atendiendo a la experiencia española –y, en menor medida, a la italiana– sobre el particular, pueden entresacarse algunas conclusiones⁷¹. Durante la construcción del Estado liberal prevaleció, por razones estructurales, el recurso a los estados de sitio, que se habían convertido ya en una ficción al desvincularse de situaciones objetivas de guerra librada contra un enemigo extranjero y dirigirse a la represión militar de los levantamientos populares, a la reparación del caos provocado por las catástrofes naturales o a ambas cosas juntas, pues dichas catástrofes solían acarrear episodios de saqueos, manifestaciones e insubordinación⁷². La ausencia de una administración policial de carácter civil y la omnipresencia del ejército impedían el recurso ordinario a la dictadura del ejecutivo. Algún proyecto de regulación de aquella época –1839–, aun distinguiendo, al modo francés, los estados de *prevención, guerra y sitio*, no concedía funciones destacables en ninguno de ellos a la auto-

71 La base para las reflexiones que siguen la dan P. CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio*, 170-171, 268-276 y 328-365; M. BALLBÉ, *Orden público y militarismo*, 116-127, 162-163 y 196-201; D. LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia civil*, 64 y 83 ss.; Luciano VIOLANTE, «La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare», *Rivista di storia contemporanea*, 5 (1976), 481-524 (489 ss.); R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna, Il Mulino, 1980, 38, 42-46; y Mario SBRICCOLI, «Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano (1860-1990)», en L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia Annali 14: Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, 487-551, especialmente «I.I. Bajo el signo de la emergencia».

72 Vid. el relato de Massimo LA TORRE, «La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato di eccezione», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 29/1 (2009), 3-30, especialmente 13 ss.

ridad y jurisdicción civiles, dejándolo todo en manos militares. Y es que la declaración y la delimitación de dichos estados de guerra no implicaban una atribución de poderes al mando militar. Se trataba más bien de una directa y desreglada competencia de las mismas autoridades castrenses, sin que existiese tampoco una inserción clara de estas en una estricta cadena de mando, dándose el caso de estados de sitio declarados unilateralmente por capitanes en sus respectivas divisiones. Cuando, como en Italia, prevalecía la presencia del ejecutivo, declarando este directamente los estados de sitio, el recurso al ejército en vez de a «los ordinarios poderes de policía» solía igualmente ser la norma, pues, como sostiene Martucci, «el aparato estatal no garantizaba un suficiente control social», cosa que solo lograban «las fuerzas armadas».

Por utilizar la feliz expresión de Cruz Villalón, estamos, en efecto, ante unos «estados de sitio en estado de naturaleza», desprovistos prácticamente de soporte legal y declarados sin cumplir la previsión constitucional, que ordenaba la mediación de una ley para autorizar la suspensión de las garantías constitucionales y que consagraba el derecho a la tutela jurisdiccional civil. En el caso español, el único marco existente lo suministraban normas premodernas, constantemente invocadas y utilizadas hasta bien avanzado el siglo XIX, y la ya citada ley progresista de 1821, con su generosa atribución de competencias a la jurisdicción militar. En la experiencia italiana, durante los dramáticos episodios de la incorporación del Sur al Reino de Italia, tampoco existía un marco regulador del estado de sitio –«instituto [que] venía delineándose esencialmente en la praxis»–, y, además, bajo su imperio, según nos recuerda Mario Sbriccoli, «se dio vida a una legislación excepcional –la ley Pica, de 15 agosto 1863–» y a unas «prácticas y principios que se instalaron permanentemente en el ordenamiento penal». A diferencia del ejemplo francés, tanto en Italia como en España, la regulación legal del orden público no llegará hasta más tarde⁷³, pero si bien en el primer caso los estados de guerra y la jurisdicción militar no volverán hasta final de siglo, en el segundo su injerencia continuó siendo constante aun después de la ley de orden público de 1870.

73 En Italia, concretamente, no llega hasta 1865, aunque esta primera ley no salvó una situación práctica de ostensible heterogeneidad, y su sucesora de «seguridad pública» de 1888, pese a contar con un propósito sistematizador, incluyó entre sus preceptos figuras indeterminadas que reprimían la peligrosidad. Cf. Luciano MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, Giapichelli, 2007, 37.

Lo importante de cualquier modo es indicar que la declaración de dichos estados de sitio suponía, no ya la suspensión de los derechos, sino la creación mediante bandos de delitos y penas, incluidos entre tales penas los «fusilamientos inmediatos». La evidente desproporcionalidad existente entre los males que pretendían erradicar y los que provocaban desvincula esta práctica represiva de su finalidad restauradora y, por tanto, obliga a buscar en otro lugar su fundamento último. En más de una ocasión se trató de legalizar «un estado de hecho» garantizando con ello la impunidad de quienes ejercían arbitrariamente una autoridad con posible sacrificio de vidas humanas. Téngase en cuenta que nos colocamos en unos períodos donde a la periferia solo llegaban el ejército y la iglesia, que, en consonancia con los poderes fácticos locales, podían desarrollar funciones represivas y en todo caso públicas sin fiscalización posible desde el centro institucional. Por otro lado, los estados de sitio «ficticios» no cabe separarlos de las funciones políticas que efectivamente desplegaron. En este punto el asunto de su «constitucionalización», de su regulación jurídico-positiva en cumplimiento de un mandato constitucional, puede implicar la transmisión de cierta seguridad jurídica y la actuación más o menos protocolaria y previsible de los órganos involucrados, pero en ningún caso resta su dimensión política ni tampoco destierra por completo la arbitrariedad bajo su despliegue, visto el grado de discrecionalidad que tanto en el tenor legal como en su aplicación rutinaria consentían los preceptos de las leyes de seguridad u orden públicos.

La comprensión de los estados de guerra, por tanto, en ningún caso puede reducirse a considerarlos episodios destinados a garantizar exteriormente el orden público. Sus objetivos eran de mayor calado. Se trataba en primer término de neutralizar la disidencia y de disciplinar a la ciudadanía con el horror y la ejemplaridad. En realidad estaba en juego la construcción misma del Estado, cuyo primer peldaño exigía desarmar a un pueblo inserto en las milicias y en las revoluciones nacionales. Sirvieron así los estados de sitio para permitir la adopción acelerada, sin mediaciones procedimentales ni incómodas transacciones, de decisiones fundamentales para el alzamiento del Estado liberal, pero también para inocular de un modo eficacísimo cuáles habían de ser los patrones de conducta indispensables para adaptarse al nuevo sistema burocrático. En España, el estado de guerra sirvió hasta para crear el contexto propicio en que aprobar toda una Constitución, la de 1876, ilegítima así desde su mismo origen, por mucho que la *indemnidad* parlamentaria concedida después pretendiese ocultarlo.

El recurso a los estados de excepción dirigidos por el poder ejecutivo, incluso declarados por el legislativo, y sin el concurso crónico de la jurisdicción militar, solo pudo llegar cuando la relativa desmilitarización de cada Estado particular así lo permitió⁷⁴. Su posibilidad dependía en muy primera línea de las disposiciones constitucionales que regulaban la declaración de la excepcionalidad, permitiendo con ello la suspensión de determinados derechos y el establecimiento de una dictadura legal, y de la normativa específica sobre orden público. En España, durante el siglo XIX hubo al menos tres dictaduras del ejecutivo, una en 1844, durante la cual se gobernó por decreto tras la disolución de las cámaras, otra en 1848, esta vez con autorización parlamentaria para suspender garantías pero de carácter inconstitucional, ya que las cortes delegaban al gobierno la potestad misma para apreciar y declarar la emergencia, y la última de 1866, también autorizada pero incurriéndose de nuevo en la misma infracción que la anterior. Hasta 1870 no se reguló el reforzamiento extraordinario del ejecutivo, estatuido tanto en los estados de alarma como en los de prevención, pero la carencia de recursos y la preponderancia militar impidieron su real e inmediata implantación. Cuando resultó factible, los poderes extraordinarios del ejecutivo se combinaron con frecuentes estados de guerra⁷⁵, pero debido tanto a la estabilización de algunas instituciones estatales como a la intensificación creciente de la oposición política al régimen liberal hubieron de arbitrarse nuevas fórmulas que permitiesen, sin recurrir a los estados de excepción generalizados, fuesen ejecutivos o militares, la suspensión localizada y selectiva de las garantías como medida político-criminal conducente a la neutralización de los disidentes y de las clases subalternas.

VI. LOS ENEMIGOS A DERROTAR:

ANARQUISMO EN ESPAÑA, DISIDENCIA POLÍTICA EN ITALIA

Mientras haya enemigos, habrá terror.

Albert Camus

Compone este el último de los niveles de excepcionalidad indicado, que

⁷⁴ Para esta tensión en otras latitudes, véase H. BOLDT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 47-59 (sobre la ley francesa de 1849) y 66-73 (sobre la ley prusiana de 1851).

⁷⁵ Es más: dado que muchos gobernadores civiles eran militares, y visto que los estados de excepción coordinados por el ejecutivo contaban en muy primer término con su actuación, puede afirmarse que ni en tal caso se había logrado la desmilitarización de la excepcionalidad en España.

suponía una suspensión parcial del derecho común y la vigencia, en su lugar, de normas especiales aprobadas con el fin de reprimir más intensamente a sujetos considerados enemigos peligrosos para la subsistencia de la comunidad. Reténgase que la legitimación habitual de esta excepcionalidad solía revestirse de categorías naturalistas: en el fondo, tanto si se garantizaba con la violencia el trabajo forzoso del indígena colonizado como si se ajusticiaban anarquistas se trataba en última instancia de domesticar, civilizar o eliminar a sujetos distinguidos por su atavismo. Si nos ceñimos al caso de los enemigos políticos interiores, esta forma de excepción solía además instaurarse durante los estados de sitio y, bajo su vigencia, eran igualmente aplicados, poniéndose con ello de manifiesto el solapamiento habitual entre regímenes excepcionales de estatuto jurídico diverso. La proliferación de las leyes penales especiales, que suspendían derechos y garantías de forma localizada y daban entrada tanto a fuerzas gubernativas como a la jurisdicción castrense, se verificó en primer lugar para combatir el bandidaje y principalmente cuando la oposición al Estado liberal pasó de los tumultos populares premodernos a la movilización política organizada. Si bien este tránsito comenzó a realizarse en los años cuarenta, con la sintomática aparición del concepto de «clases peligrosas»⁷⁶, y sobre todo tras el consenso «nobiliario-burgués» posterior al fracaso revolucionario, no alteró sustancialmente la lógica represiva del Estado hasta el último tramo del siglo.

En la experiencia española, como en la general europea, la presencia de estos enemigos políticos, inicialmente de los anarquistas, y con posterioridad de los sindicalistas, fue particularmente intensa y duradera⁷⁷. El análisis historiográfico de este crucial asunto ha solido llevar, al menos en el caso español, el sesgo de la historia política generalista, concentrada en ilustrar la evolución de los movimientos sociales y sus implicaciones políticas. Si se ha atendido a la dimensión jurídica de este fenómeno, ha sido de manera colateral y siempre desde la perspectiva positivista entretenida en describir los instrumentos legales de la represión. Existiendo incomprensiblemente para

76 Henri A. FREGIER, *Des classes dangereuses de la population dans les grandesvilles*, París, 1840; LOUIS CHEVALIER, *Clases laborieuses et clases dangereuses à Paris*, París, 1858; y como apunte bibliográfico Massimo PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (1980), Madrid, Siglo XXI, 1983², 43 ss.

77 Para una bibliografía cuya cita ahora me ahorro séame permitido remitirme a S. MARTÍN, «Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 861-951, especialmente a las páginas dedicadas al anarquismo: 894 ss.

la historia jurídica española ese hueco por rellenar del siglo xx, no figuran estudios de la disciplina, como algunos ejemplares de Mario Sbriccoli, que hayan tratado de reconstruir unas prácticas, al fin y al cabo, y sin descontar sus concomitancias políticas generales, de naturaleza eminentemente jurídica, en concreto de naturaleza penal, procesal y administrativa.

Si el lector se orienta de forma preliminar por los títulos de los textos que pretende consultar, habrá que convenir entonces que una monografía subtitulada *Los grandes procesos contra el anarquismo español* puede generar la expectativa de que la laguna citada comienza a colmarse, siquiera en la muy legítima forma de una historia de casos célebres en lugar de con el más costoso análisis de la estructura del proceso penal codificado, tanto en su versión civil como militar. Y, en parte, ha comenzado a cubrirse este vacío, pues solo el hecho de centrar una investigación en el plano procesal de la represión del enemigo patentiza que se es perfectamente consciente de que existe y, por fuerza, habrá de conllevar conclusiones y balances que afecten a la parte más jurídica del objeto tratado. Sin embargo, no es este el núcleo de un libro volcado ante todo en la reconstrucción del contexto histórico-social que circundó a los procedimientos propiamente dichos.

En efecto, el estudio de Gutiérrez Molina, historiador de la Universidad de Cádiz y buen conocedor del movimiento anarquista⁷⁸, se detiene principalmente en la reconstrucción de los pormenores que rodearon los procesos contra el anarquismo: narración de antecedentes, presentación de personajes, exposición de las reacciones públicas, crítica moral de los sucesos. Es en este aspecto, pues, donde residen casi todos los méritos del texto, algunos de ellos verdaderamente escasos, por su oportunidad, claridad y contundencia, en la academia española. Quisiera destacar al menos los tres que considero de mayor relevancia: la valoración de la violencia política en la España contemporánea, la ponderación de las políticas represivas y la sensibilidad mostrada frente a la experiencia vivida por los represaliados.

Resulta cada vez más imprescindible conectar la violencia ejercida por los colectivos rebeldes con la violencia desreglada y anárquica enquistada en la dinámica estatal, así como va siendo del todo indispensable vincular esta última violencia institucional con el desencadenamiento ulterior de la guerra civil. «En los treinta años transcurridos entre 1851 y 1881 habían tenido lugar

⁷⁸ Baste un título para acreditarlo: José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *La idea revolucionaria: el anarquismo organizado en Andalucía durante los años treinta*, Madrid, Madre Tierra, 1993.

ochenta sublevaciones militares y las guerras carlistas y cubana. Unas y otras llevaron a la muerte a casi trescientas mil personas» (p. 31). Aseveraciones como esta muestran hasta qué punto estamos frente a un Estado consumido en su faceta castrense, al menos desde la óptica de quienes seguían tutelados por potestades privadas y solo reconocían al Estado oficial por sus requerimientos patrióticos. Nos hallamos, por tanto, ante un Estado desprovisto del más elemental arraigo entre todos los estratos sociales, o, por expresarlo a la inversa, frente a una extendida «secesión» de «la masa popular» respecto de «las instituciones oficiales», muy en especial el fisco, la justicia o el ejército, este último visto de forma masiva como «un peligro a evitar», como una organización «escandalosamente discriminatoria» –según mostraban las prácticas fraudulentas que rodeaban el reclutamiento– que ahondaba el «abismo» abierto «entre el ‘país legal’ y el ‘país real’»⁷⁹. A todo ello subyacía además, en forma de causa destacada de este divorcio patente, «la precariedad de los equilibrios económicos» y consiguiente «la violencia latente que recubr[ía] un orden social que algunos cre[ía]n inmutable».

Si a la falta efectiva de penetración no impositiva del Estado en las relaciones sociales, es decir, si a su falta de hegemonía y a la desafección generalizada que le acompañaba se añade asimismo un ejercicio de la autoridad con frecuencia desprovisto de soporte jurídico, o facultado por unas leyes que consagraban la discrecionalidad más plena, el anarquismo no puede apreciarse entonces como una patología, como una desviación aberrante que hubiera que extirparse para preservar el normal funcionamiento del orden natural, sino como un factor fisiológico, o como una externalidad insoslayable del Estado liberal, indisociable de la distribución del poder que este se proponía conservar y de las prácticas institucionales que desplegaba para lograrlo.

Tan congénitos eran los actos sediciosos y las rebeliones que todos los esfuerzos invertidos en suprimirlos se mostraron inútiles, hasta que se optó por un exterminio genocida, esto es, por una vía que causaba una catástrofe de mayor envergadura que la inicialmente temida. El auge del anarquismo fue, efectivamente, directamente proporcional al grado de su represión. Los medios empleados para perseguirlo ponían una y otra vez de manifiesto que contribuían a redoblar el mal que pretendían neutralizar. Sus nefastas consecuencias para la producción, los desórdenes que finalmente provocaban las

⁷⁹ Carlos SERRANO, *El turno del pueblo, Crisis nacional, movimientos populares y populismo en España (1890-1910)* (1987), Barcelona, Península, 2000, 48, 285 y 61 para cita siguiente.

políticas de orden público, la persistencia reforzada del anarquismo tras la caída de sus líderes, revelaban que no se trataba ni de una cuestión económica ni tampoco de un sincero intento por garantizar la paz social. Lo que estaba en liza era más bien la fundación misma del Estado, la apropiación de los recursos y la posición social indispensables para declarar el derecho válido y legítimo en un territorio.

No es que el anarquismo fuese estatista, pero sí portaba una dimensión normativa e institucional, ya difundida ampliamente a través de escuelas libertarias y las prácticas organizativas sindicales, que colisionaba con aquella impulsada por los sectores que copaban las instituciones y que aun no se había consolidado. Cabe incluso afirmar que mientras el Estado oficial colocaba al movimiento anarquista en un estado de excepción, éste, por su parte, decretaba materialmente su propio estado de excepción y ponía en suspenso el establecimiento rutinario de las instituciones estatales y tradicionales⁸⁰. No puede, por tanto, juzgarse retrospectivamente la actitud revolucionaria de los anarquistas españoles como simple señal de utopismo, pues resulta del todo verosímil que ante un Estado desmedrado como el de entonces los rebeldes considerasen factible mediante la insurrección la consumación de sus propósitos (p. 52). De hecho, como el mismo Gutiérrez Molina asegura, cuando la administración estatal se desplomó, floreció repentinamente toda esa carga transformadora en la efímera experiencia conocida como «la revolución española», «el último aporte –a juicio (discutible) de Gutiérrez Molina– del llamado viejo continente en la búsqueda de una sociedad más justa» (p. 16).

De la valoración positiva del legado libertario se desprende además una delicada atención a las trayectorias vitales de sus protagonistas. Uno de los puntos más brillantes del texto es precisamente esa práctica de la historia social, opuesta a la hagiografía de los reyes y los prohombres, que desciende hasta el nombre y los apellidos de todos los actores involucrados activamente en el proceso histórico. De esta sensibilidad se extraen numerosos periplos biográficos, que permiten al lector conocer no solo la suerte de los rebeldes, sino también de los agentes encargados de su represión, percibiéndose en

80 [Esta equiparación, posibilitada por el acentuado sesgo oligárquico y la menguada representatividad –y, por consiguiente, legitimidad– de la institucionalidad y legalidad estatales, deviene imposible si no se toman en consideración semejantes taras, lo que empuja entonces a confrontar el Estado legítimo con un execrable terrorismo, posición historiográfica más habitual, de Rafael NÚÑEZ FLORENCIO, *El terrorismo anarquista, 1888-1909*, Madrid, Siglo XXI, 1983, a Javier AVILÉS FARRÉ, *La daga y la dinamita. Los anarquistas y el nacimiento del terrorismo*, Barcelona, Tusquets, 2013.]

este último caso la perniciosa continuidad, bajo la República, de cuadros policiales instruidos y consolidados durante la dictadura anterior. A ella también se debe el rescate de alguna figura mayor, como lo es la del abogado anarquista Eduardo Barriobero, responsable de algunas de las más certeras y clarividentes alocuciones pronunciadas en las Cortes Constituyentes republicanas.

Pero más que informaciones, lo que este cuidado nos transmite es la profunda y benjaminiana convicción ética de que aquellas víctimas de los «asesinatos legales» no dieron su vida en balde; antes al contrario, se sacrificaron precisamente para que algún día llegase un régimen de libertades, donde principios que hoy parecen tan elementales como la igualdad de sexos o la redistribución de la riqueza pudiesen prevalecer sobre el dominio y la servidumbre. Gutiérrez Molina se inscribe así en esa encomiable línea de investigación científica e intervención política que impulsan Cecilio Gordillo y Francisco Espinosa, identificable bajo la rúbrica *Todos los nombres*, ocupada en recuperar y honrar la memoria de todos y cada uno de los asesinados y represaliados por el fascismo en España y que, sobre todo, nos enseña que la memoria histórica, o la historia como memoria, supone superar la falsa distinción «entre grandes y pequeños» y restituir la «tradición de los oprimidos» para, por un lado, atender a lo que pudo ser y no fue, y por otro, inmunizarnos frente al «conformismo», el principal «instrumento de la clase dominante» y, en consecuencia, la disposición anímica propicia para la venida de la barbarie⁸¹.

Al igual que en este aspecto ético radica uno de los principales méritos del libro, puede que en él resida también una de sus mayores debilidades. Resulta evidente la clara simpatía –y la falta consiguiente de distanciamiento– del autor con respecto a su objeto de estudio, lo que le hace incurrir en reduccionismos y contraposiciones maniqueas. Quien suscribe, no practica en este punto relativismo moral alguno, pero sí intenta encarar el asunto con cierto realismo y no reducirlo a la inocua y pacífica «pretensión de los rebeldes de sustituir un injusto sistema social por otro más solidario e igualitario» (p. 232). Que «la violencia no [fuese] un hecho excepcional en la vida política y social española» (p. 30) no ha de significar un juicio exculpatario de parte,

81 Las iniciativas y resultados de este proyecto pueden consultarse en www.todoslosnombres.org. Y las últimas referencias del párrafo proceden del principal y primer inspirador de la historia como memoria, Walter Benjamin, concretamente de sus *Tesis sobre el concepto de historia*, traducidas y comentadas por Reyes Mate en *Medianoche en la historia*, Madrid, Trotta, 2006.

sino más bien el síntoma de un fracaso general. El desafío que implicaba el movimiento anarquista, y en general las tremendas divisiones que escindían la sociedad política española desde el mismo siglo XIX, solo podía resolverse por una doble vía. Si las partes en litigio nada más que contemplaban la posibilidad de apropiarse en exclusiva del aparato estatal, para materializar con proscripción de los enemigos su programa social, entonces aquellas dramáticas oposiciones solo podían remontarse con la anulación o neutralización del otro, senda que conduce como bien sabemos a la eliminación de la diferencia y que, en última instancia, nunca llega a prosperar. Si, por el contrario, se hubiese escapado de este callejón sin salida, el reto pasaba a ser el hallazgo de fórmulas de mediación, el cultivo de la transigencia, el hábito de la negociación y el pacto⁸². Y si la historia parece demostrar que la hegemonía liberal y conservadora, salvo concesiones gubernamentales, no estaba dispuesta a escoger esta segunda vía, ¿lo estaba por su parte el anarquismo, o más bien aspiraba igualmente a una hegemonía total sin transacciones posibles?

Su actitud frente al régimen republicano, disculpada por Gutiérrez Molina, además de un profundo desacierto, como vino a evidenciarse, parece demostrar que ni siquiera se avenía a colaborar con un sistema constitucional entre cuyas prioridades figuraba la protección y promoción de los derechos sociales. No deja de resultar irónico el contraste entre la oposición implacable planteada por los anarcosindicalistas al primer gobierno republicano y su aceptación, ya en el exilio y bajo la dictadura franquista, de una restauración monárquica con elecciones constituyentes (p. 278). Llama igualmente la atención contemplar a los anarquistas cumplimentando todos los trámites gubernativos para legalizar sus huelgas, pero con simultáneo y sistemático rechazo de las instancias jurisdiccionales de previa conciliación habilitadas precisamente para evitar los paros. Cierto es que, como en la República de Weimar, una de las principales causas del fracaso de la española fue la trágica desunión entre las fuerzas que hipotéticamente podían sostenerla y que, a la vuelta de un lustro, se vieron en efecto abocadas a «la unidad de acción» para defenderla de su destrucción. Algún político destacado como Blas Infante ya advertía, según nos hace saber el autor, que «el intento de las autoridades de acabar con el anarcosindicalismo llevaría el país al caos» (p. 209). Pero el choque entre «republicano-socialistas» y anarquistas fue propiciado tanto por la política oficial republicana, que efectivamente pudo afrontar en algún

82 Vid. las reflexiones de José Luis VILLACAÑAS, *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008, 289 ss.

punto «la cuestión social con la misma visión de orden público de la monarquía» (p. 14, p. 201)⁸³, como también por el boicot nada despreciable auspiciado por los anarquistas, actitud que en nuestro libro resulta por completo exonerada de responsabilidades pese a sus nefastas consecuencias. Y es que «la batalla Estado-anarcosindicalismo» (p. 202) no prosiguió tras 1931 sin solución de continuidad, dada la diversa condición del Estado republicano – incluida en primer término la política de orden público del primer bienio– si lo comparamos con el vigente con anterioridad.

Dejando a un lado las observaciones más histórico-políticas y yendo al aspecto jurídico del asunto estudiado, pueden también realizarse algunas apreciaciones, esta vez quizá más críticas. No es infrecuente que el autor se quede a veces en el plano de las menciones generales («el Parlamento dictó leyes contra el obrerismo», sin citar cuáles, p. 26), que sustraen al lector detalles de interés. En algunas ocasiones acaso se incurra en cierta imprecisión conceptual o en alguna incorrección («[El movimiento obrero en 1931] pretendía recuperar las condiciones de trabajo y salariales perdidas durante los años de Primo», p. 201⁸⁴) y en otras se refieren múltiples jurisdicciones cuyo encaje general no llega a conocerse (habla concretamente del «juzgado especial para delitos de espionaje y terrorismo», del «tribunal de delitos terroristas» y del «tribunal especial de actividades extremistas», p. 326, p. 329, p. 336). Pero, de cualquier modo, de lo dedicado a la faceta jurídico-procesal y policíaca del objeto analizado puede concluirse que estábamos principalmente ante una represión caracterizada, en lo gubernativo, por la ilegalidad, y en lo procedimental, por la politización de la justicia y la malformación del proceso.

En el primer aspecto, abundan los ejemplos de torturas con resultado de muerte o incluso «enajenación mental» (p. 39), de confesiones forzadas, detenciones sin tutela judicial, registros sin autorización y, en suma, de la primacía procesal del atestado policial. Y en el segundo se hace patente el

83 [Pero solo si tratamos de la aplicación policial o gubernativa de esa política de orden público, no a su diseño global, deliberadamente alternativo y contrapuesto a la de signo monárquico: S. MARTÍN, «Los enemigos de la II República, 1931-1933», *AHDE*, 90 (2020), 439-508. Sobre esas continuidades, y los diversos niveles en que se desplegaron, da asimismo buena cuenta Rubén PÉREZ TRUJILLANO, *Creación de Constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española*, Madrid, Dykinson, 2018.]

84 [Para un contraste institucional puede verse S. MARTÍN, «Modelos de derecho sindical y del trabajo entre la dictadura de Primo de Rivera y el primer franquismo (1926-1944)», en Irene Stolzi (a cura di), *Sindacati e diritti del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa mediterranea e latina del XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2019, 123-161.]

control gubernamental ejercido sobre los tribunales y fiscales y la actuación permanente de la jurisdicción militar, posibilitada por la declaración de sucesivos estados de guerra y canalizada por el inflado tipo penal de rebelión. Ya en el interior del proceso, se trataba sobre todo de una constante vulneración del derecho de defensa, de un abuso de la prisión provisional y del expediente sumarísimo y de un problema de creación artificial, manipulación, torcida apreciación o directa destrucción de las pruebas. En definitiva, con demasiada frecuencia el proceso servía para protocolizar, formalizar y validar una condena arbitrariamente decidida de antemano. Solo la intermediación del jurado cuando no intervenía la justicia uniformada y sus frecuentes decisiones absolutorias alteraron el curso previsto de los acontecimientos, pues, en contra de lo que se esperaba, pronto se suscitó un instinto de simpatía de los jurados, con frecuencia de procedencia humilde, hacia los procesados por delitos políticos⁸⁵.

En este tema, quedan además tratados o anotados algunos puntos que por su interés invitan a profundizar en ellos. No era inusual, por ejemplo, que existiesen discrepancias y votos particulares en los consejos de guerra, ni que en estos la defensa ejerciese su papel con independencia y profesionalidad. La sustanciación de los procesos solía tener por otra parte una resonancia pública que permite apreciar la escisión entre una opinión oficialista y una opinión pública espontánea de radio internacional, cuya fortaleza llegaba a condicionar decisiones gubernamentales y cuya sola presencia ya nos pone de relieve la complejidad de la categoría de la *public opinion* consustancial al régimen liberal⁸⁶. Las condenas daban asimismo la oportunidad para llevar a

85 Así se deduce de muchas de las memorias elevadas por el Fiscal del Tribunal Supremo al Ministerio de Gracia durante la Restauración. Similares reacciones se observaban en la experiencia italiana, donde los «Procuradores del Rey» también se lamentaban del «exceso de indulgencia de los jurados populares»: vid. L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista*, 116; Giampietro BERTI, «La sovversione anarchica in italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 579-600 y, en primer lugar, M. SBRICCOLI, «Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal *Programma* di Carrara al *Tratatto* di Manzini», *Quaderni Fiorentini*, 2 (1973), 607-702 (617).

86 Conforman además las relaciones entre proceso penal y opinión pública un campo de investigación sumamente interesante: vid. Carlos PETT, «La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración», *AHDE*, 75 (2005), 369-412; y Floriana COLAO, Luigi LACCÈ, Claudia STORTI (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto en Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2008.

la práctica la deshumanización ya realizada en la cultura oficial de los anarquistas, degradando públicamente la imagen de unos sujetos caracterizados por su dandismo. Y la ejecución final de las más severas sentencias, si bien podía inscribirse en la función de prevención general por su deliberada ejemplaridad, mostraban igualmente la persistencia de una penalidad brutal muy reveladora de los anacronismos propios del sistema político en vigor.

Unas constantes similares pueden detectarse en la recta final del Ochocientos italiano. También en este caso encontramos un país dividido «entre Estado y Antiestado, entre legitimidad y extraconstitucionalidad, entre clases dirigentes desprovistas de hegemonía y masas no nacionalizadas»⁸⁷. La represión finisecular contaba desde luego con antecedentes cualificados, previos incluso a la Unificación, como el recurso a comisiones especiales o a tribunales militares para perseguir la oposición política⁸⁸. La resistencia frente al régimen liberal en este último tramo del siglo la protagonizaban, como en España, los anarquistas e internacionalistas, responsables de un movimiento político, de marcado perfil doctrinal, cuya persecución desquició los moldes jurídico-penales del régimen liberal, exigiendo, primero, un desvirtuador ensanchamiento de las prácticas gubernativas y de las figuras penales, y después, la adopción de leyes penales de excepción⁸⁹. Su existencia describía todo un perímetro de disidencia y rebeldía reputado por la dirigencia como «extraconstitucional», pero concebido también por quienes lo poblaban como expulsado y excluido del orden liberal. Y su estéril represión tuvo como consecuencia primera el robustecimiento de la versión más autoritaria del Estado, erigida con la excusa de afrontar un discutible peligro revolucionario y en cierta medida presagiadora de los derroteros fascistas ulteriores⁹⁰.

En el aspecto jurídico e institucional, la protección extraordinaria del Estado frente a la disidencia política supuso un encendido debate en torno al alcance del delito político, la activación de novedosos dispositivos legales y la adecuación de la magistratura y el proceso al desempeño de ciertas funciones

87 Son las acertadas palabras, de inspiración gramsciana, de Umberto ALLEGRETTI, «Disenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale», en L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 12: *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, 719-756 (722).

88 C. LATINI, «Procesare il nemico. Carboneria, dissenso politico e penale speciale nell'Ottocento», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 554-577.

89 Vid. G. BERTI, «La sovversione anarchica in Italia», 587-8.

90 Son apreciaciones, de nuevo acertadas a mi manera de ver, de Umberto ALLEGRETTI, «Disenso, opposizione politica, disordine sociale», 748-751.

político-criminales opuestas a un régimen de garantías. Sobre todo ello trata el extenso, heterogéneo y fluvial texto de Patrick Anthony Cavaliere⁹¹, autor especialista en el sistema penal del fascismo que rastrea ahora también en este libro sus antecedentes liberales. Debido a su manifiesta ambición, avalada por un extenso aparato bibliográfico y documental, la obra que manejamos nos transmite con frecuencia informaciones elocuentes y alcanza conclusiones valiosas, pero lo hace de un modo árido que puede desorientar al lector, en concreto de una forma en la que caben autocitas de varias páginas para redondear lo aducido en el cuerpo del texto y que se caracteriza por unos capítulos sin divisiones internas, pero de contenido variado, que pueden cubrir hasta setenta páginas.

Estamos, pues, y pese al título, ante un intento de escribir la historia criminal italiana del Estado liberal al fascismo, colocando en el centro de la atención la problemática de los delitos y la delincuencia políticos, pero ilustrándola asimismo con el análisis pormenorizado de la confección de los códigos, del aparato judicial, del lenguaje de las normas penales, del papel de los juristas y del contenido de la doctrina penalista. Una variedad de temas –algunos de ellos ya tratados en profundidad y con anterioridad por otros autores⁹²– desprovista, sin embargo, del afán de ordenación sistemática que tanto contribuye a clarificar el objeto tratado. De esta variedad, según se ha indicado, cabría entresacar algunos tópicos para concluir la exposición de este último nivel de la excepcionalidad, aquel dirigido a colectivos políticamente connotados.

El primero de ellos se refiere al aspecto más doctrinal de la cuestión. Si algo caracterizó la polémica entre los especialistas italianos del derecho penal fueron las ambivalencias de los miembros de las corrientes clásica y positiva. Parte Cavaliere de la acertada crítica al esquematismo simplificador que no tiene en cuenta la complejidad interna de ambas escuelas, para ilustrar después, con un recorrido doxográfico, las concepciones particulares de los penalistas más destacados sobre el delito político. El entendimiento clásico se encontraba atravesado por una tensión histórica: la identificación todavía fresca del delincuente político con el «protagonista de la lucha del Resurgimiento»

91 P. A. CAVALIERE, *Il diritto penale politico*, cuyas primeras trescientas páginas van dedicadas al régimen y doctrina penales previos al fascismo, al cual dedica los cuatro últimos capítulos, que se escapan ya de nuestra acotación temporal.

92 Aparte de los textos de Mario Sbriccoli que se anotarán a continuación, indíquese ahora el estudio de Floriana COLAO, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da 'delitto fittizio' a 'nemico dello stato'*, Milano, Giuffrè, 1986.

(p. 63). Este dato, y una sincera profesión de fe liberal, contraria por principio a los abusos de la autoridad instituida y partidaria de un estricto principio de legalidad, explican los rigores que autores como Francesco Carrara o Enrico Pessina exigían del poder público a la hora de tipificar y reprimir los delitos políticos⁹³. Pero tanto en un caso como en otro, los requerimientos garantistas y las críticas severas al «arbitrio de los gobernantes» se vieron acompañadas de distinciones conceptuales –la que oponía, en el corpus de Pessina, los delitos contra la «persona del Estado» y contra su «actividad jurídica» (p. 50), o la que confrontaba, en el ideario de Carrara, los delitos de «daño particular» con aquellos contrarios al «derecho universal» (p. 12)– que permitían una mayor intervención penal en los casos de la oposición política delictiva.

Por su parte, en la corriente positiva, «complejo mosaico de ideologías penalísticas» (p. 44), hallaban acomodo desde apresuradas y metafísicas criminalizaciones hasta una benevolente exculpación. Ocurría lo primero porque, como bien apunta Cavaliere, cierto positivismo, aun criticando por metafísico «el mito del libre albedrío», incurría en una hipóstasis todavía mayor al entender la comunidad en términos ontológicos, como suma de valores inimpugnables puesta en peligro por los sujetos subversivos y la disidencia política (p. 28). Con semejantes presupuestos, este «bando medieval» (p. 150) del positivismo podía ya estigmatizar como bárbaros, salvajes o dementes a quienes en ningún caso cabía confundir con los «verdaderos revolucionarios» (pp. 184 ss.). Exculpaciones relativas procedían de autores como Enrico Ferri, quien combinaba cierta comprensión hacia «el ansia de mejoramiento» exhibida por ciertos condenados con un consentimiento tácito del derecho penal político vigente. Y es que la consecuente culminación de los principios socialistas, sostenidos por Ferri solo superficialmente, se veri-

93 Sobre este tema resulta indispensable la lectura del trabajo de M. SBRICCOLI, «Disenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento», 627-644, para Pessina y Carrara, con una valoración más precisa de los claroscuros del clasicismo penal. Y en este mismo sentido, han continuado las indagaciones: vid. Giovannangelo de FRANCESCO, «Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del clasicismo penale», *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), 611-662, con una exaltación algo acrítica de Carrara, y Luigi LACCHE, «La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico': problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara», *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), 663-695, indicando que el problema no era tanto el rechazo de la excepcionalidad como su inclusión en el código, aunque apuntando igualmente que Carrara –uno de «los liberales más coherentes que haya tenido Italia en el siglo XIX»– nunca privilegió «*a priori* los derechos del Estado», pp. 688 y 691.

ficaba en otra tendencia, diversa de la positivista: la corriente del socialismo jurídico⁹⁴, de las reflexiones primeras de Fiovani Bovio —que rechazaba «la defensa social porque *la clase dominante llama orden a la propia conservación*» (p. 23)— a las construcciones de Filippo Turati, quien ya conectaba estrechamente la criminalidad con la cada vez más patente cuestión social.

Si en el campo doctrinal se observan disociaciones y ambivalencias, igualmente se podrán apreciar, aun con diversas connotaciones jurídico-políticas, en el terreno legal. En este aspecto, el fenómeno más reseñable es la elaboración, debate y promulgación casi simultáneos del *Codice Zanardelli* y de la *legge de pubblica sicurezza*. Por influencia directa del clasicismo liberal, muy principalmente por la de su más destacado exponente, Enrico Pessina, el código italiano de 1889, en contraste con la deriva política del momento⁹⁵, constituía ciertamente un cuerpo legal de indiscutible impronta garantista, incluyendo en su articulado «delitos contra las libertades públicas» como «el caso del ejecutivo que fuera de los casos previstos por la ley» se atribuyese plenos poderes (p. 75). Pero era asimismo, a juicio de Cavaliere, un texto jurídico «deliberadamente ambiguo», que dejaba indecisa e indefinida la acotación de los delitos políticos con el fin de que la magistratura pudiese desempeñar, llegado el caso, una función represiva cualificada, a lo cual contribuían asimismo «las numerosas hipótesis sancionadas», la extensión de algunas figuras y el rigor de las penas que las acompañaban (pp. 87-89).

La dialéctica entre «tutela de las libertades políticas» y «exigencias de defensa social» estuvo presente, en efecto, durante la elaboración del código y en su plasmación final, abriendo las esclusas a una aplicación e interpretación defensiva del mismo y dando entrada en su articulado a tipos penales, como el de «incitación al odio entre las clases», que ya perseguían la desarticulación de ciertas «organizaciones políticas» (p. 101, p. 140). Su principal vaciamiento, no obstante, se debía a la coetánea ley de seguridad pública recién citada, también de 1889, que dedicaba un «entero título» a regular el control y la represión de las así llamadas «clases peligrosas para

94 Sobre cuyas concomitancias jurídico-penales, desde las trayectorias e idearios personales hasta los niveles de su difusión —científico, divulgativo, forense, parlamentario—, ha de verse M. SBRICCOLI, «Il diritto penale sociale, 1883-1912», *Quaderni Fiorentini*, 3-4 (1974-75), 557-642 e Id., «Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano», 513-517.

95 Resaltaba el contraste M. SBRICCOLI, «La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita», en Aldo SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, 147-232 (193).

la sociedad», concepto en el que fueron entrando igualmente colectivos radicales⁹⁶.

Estas ambivalencias y dialécticas cabe en última instancia reconducirlas a una duplicidad primera y estructural, que afectaba tanto al plano de la legislación como a la fase aplicativa –gubernativa, judicial y procesal– del sistema penal. Su detección se la debemos a un joven Mario Sbriccoli, quien con indignación denunciaba en 1973 la convivencia durante la Italia liberal del ordenamiento legal –inscrito «en los códigos y en los principios fundamentales» del constitucionalismo– con «un ordenamiento jurídico de hecho», «forma de *ilegalidad de Estado*» adoptada con el pretexto de defender el orden y traducida en la vulneración y suspensión sistemática de derechos y garantías⁹⁷. Y a la historiografía de calado ético⁹⁸ de este mismo autor debemos igualmente su expresa tematización, en un texto perdurable en que se elevaba a la condición de seña permanente del sistema penal italiano la dualidad –evocadora del famoso ensayo de Ernst Fraenkel⁹⁹– entre un orden jurídico previsible y racional y otro de «segundo nivel», compuesto de leyes de excepción y prácticas extralegales. Se trataba, pues, de una bipolaridad en la que uno de los extremos estaba ocupado por una suerte de derecho penal del enemigo, activado con la excusa de la emergencia, pero siempre prorrogado o, de cualquier forma, persistente «en espíritu», y cuyas más sangrantes consecuencias fueron la criminalización de la sospecha, la identificación relativa «del Estado con el gobierno» y, en pleno reinado de la igualdad ante la ley, la escisión del derecho penal en atención a la identidad socioeconómica de sus destinatarios¹⁰⁰.

96 Vid. asimismo, L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista*, 55.

97 Cf. M. SBRICCOLI, «Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento», 611. En este trabajo, el autor, impresionado, afirmaba haberse colocado, en el curso de su investigación, ante «muchos episodios desconcertantes que muestran –con alarmante claridad– el compromiso de los aparatos del Estado con un tipo de gestión del poder y de administración de la represión que no vacilamos en llamar decididamente ilegal», y anunciaba un «estudio autónomo en preparación» sobre el particular cuya suerte desconozco.

98 Vid. Pietro COSTA, «Politica, diritto, società: la 'storiografia civile' di Mario Sbriccoli», en Luigi LACCHÈ, Carlotta LATINI, Paolo MARCHETTI, Massimo MECCARELLI (a cura di), *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, EUM, 2007, pp. 41-57.

99 Sumándose así otro dato que anticipa ya en la edad liberal un posible devenir totalitario: vid. Ernst FRAENKEL, *The Dual State: a Contribution to the Theory of Dictatorship* (1941), New Jersey, The Law Book Exchange, 2006.

100 M. SBRICCOLI, «Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano», 489-492.

Inscribiendo sus reflexiones en esta emblemática categorización, Cavaliere se ocupa en primer término de reconstruir los puntos de fuga consentidos por el código y desarrollados por una magistratura tradicionalmente subordinada a los designios del poder ejecutivo. Con el análisis de estadísticas oficiales y el estudio de procesos significativos, el autor traza un panorama en el que, de un lado, la legislación codificada dispensaba figuras indeterminadas y penas severas, mientras que del otro la magistratura abusaba de la prisión preventiva, estiraba hasta lo imposible la literalidad de los tipos y elevaba al ejército a la categoría de «institución constitucional», siempre con el fin de tutelar mediante el poderoso instrumento punitivo el orden social y moral conservador. Y aun cuando los presupuestos legales en que basar las sentencias resultaban endeble, las instancias judiciales sirvieron también como instrumento para perseguir y neutralizar la organización de la oposición política radical, criminalizándose «la conflictividad social en sí» y condenándose incluso «la afiliación a la Internacional con consideraciones que parec[ían] dictadas por el desprecio de clase antes que fundadas en argumentaciones jurídicas» (p. 146).

Como aconteció en la experiencia española, este entramado legal y judicial, aun pudiendo canalizar ciertos abusos, se reveló incapaz de reprimir la delincuencia política y terminó estallando frente a la expansión del anarquismo, dejando el puesto a una miríada de leyes excepcionales¹⁰¹ y, seguida o simultáneamente, a la declaración de estados excepcionales donde las cortes castrenses se sobreponían, con todas las consecuencias, a la jurisdicción ordinaria¹⁰². Cavaliere, en su atropellada exposición de datos, examina igualmente la compleja fenomenología penal del fin de siglo italiano. Describe el funcionamiento de los tribunales militares, valora la complicidad del máximo órgano de la magistratura civil, reconstruye determinados procesos, muestra los abusos cometidos contra procesados y defensores, delimita una represión que alcanzó a periodistas y diputados, pondera la brillante y efectiva crítica doctrinal de la justicia militar¹⁰³, pero no llega a indicar, empleando los re-

101 Las cuales, evidentemente, suponían un serio quebranto del principio de legalidad: cf. F. COLAO, «Il principio di legalità nella Italia di fine Ottocento», *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), 697-742 (707), con recreación de la toma crítica de posiciones de una penalística civil ausente por lo general en el escenario español.

102 Sobre el particular, vid. L. VIOLANTE, «La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale», 498 ss.

103 En este punto cabe resaltar la argumentación de Federico Cammeo invocando el derecho estatutario al juez natural y la garantía procesal del juicio de jurados para «los

sortes legados por Sbriccoli, que acaso estuviésemos ante el afloramiento y la generalización abrupta de unas prácticas que discurrían de modo permanente por el subsuelo del orden institucional liberal. Antes al contrario, aquellos episodios son presentados como «momentos de regresión» –pronto rectificad¹⁰⁴– en una «historia constitucional», que si bien «no se presenta con un desarrollo lineal y sin contradicciones», sí podría describirse en suma como la ascensión inexorable hasta la universalización de las libertades (pp. 166-7).

VII. CONCLUSIÓN

En los epígrafes anteriores, con el auxilio de las obras comentadas, se ha intentado describir la morfología del Estado liberal y su crónico recurso al estado de necesidad y las prerrogativas extraordinarias, entre ellas la que permitía a las autoridades disponer de la vida ajena con el fin de salvar la vida del Estado. La transparencia con que se revela la lógica de la excepcionalidad durante todo el siglo XIX no ha impedido que en el imaginario periodístico y académico sea el tiempo de entreguerras el considerado, por antonomasia, «el laboratorio en el que se han experimentado y puesto a punto los dispositivos funcionales del estado de excepción como paradigma de gobierno»¹⁰⁵. Si uno de los cometidos «más difíciles de la historiografía» es, ciertamente, percibir «las continuidades subyacentes», al tiempo que descubrir «la especificidad de los contextos [históricos] singulares»¹⁰⁶, habrá entonces que interrogarse

delitos comprendidos en el título primero del código», argumentación que no encuentro en el texto de Cavaliere sino en F. COLAO, «Il principio di legalità nella'Italia di fine Ottocento», 712.

104 Rectificados, pero para dejar de nuevo paso a un cometido judicial muy poco neutral que en materia de delincuencia política se solía colocar en el plano de «las valoraciones metajurídicas» con el fin de garantizar «la punición del *enemigo*», como asegura el mismo P. A. CAVALIERE, *Il diritto penale politico*, 177 y 182. En este mismo sentido, L. Violante recordaba que «las leyes de policía formadas en los primeros y tumultuosos cuarenta años de vida del Estado liberal fueron aplicadas hasta 1926» y traía ejemplos de militarización de la represión posteriores a 1900: «La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale», 482-3.

105 G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, 18 y 25. Según A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, 23-24, «el tema de la emergencia se desarrolla esencialmente en el siglo XX», siendo el ejemplo más evidente la Alemania de los años «1914 al 1933».

106 P. COSTA, «Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 1-40 (19).

si los estados de excepción en tiempo de entreguerras suponían la mera continuación de una dinámica anterior o bien constituían un tipo de estrategias del todo novedosas.

En una búsqueda de las inflexiones experimentadas por la excepcionalidad, saltan en primer término a la vista dos transformaciones evidentes. Desde las vísperas de la Gran Guerra hasta el triunfo de las dictaduras, los estados de excepción declarados por Europa adoptaban ya, una vez desmilitarizado el aparato estatal, la forma predominante del reforzamiento de los poderes del ejecutivo y los decretos de emergencia¹⁰⁷. Y después de 1933, tanto de facto como jurídicamente, el régimen político alzado en Alemania, el *Estado-prerrogativa* según la célebre definición de Fraenkel, tendrá directamente como constitución «la ley marcial»¹⁰⁸. No hay duda de que a partir de este momento nos encontramos ya ante un estado de excepción permanente donde se ha erigido un poder desnudo cuyas decisiones son del todo imprevisibles. Y tampoco resulta controvertible que, en el plano jurídico, fue la misma Constitución de Weimar con su regulación de los poderes extraordinarios del Presidente de la República la que facilitó tal desenlace¹⁰⁹.

Ahora bien, siendo evidente la conexión entre el predominio del ejecutivo y la deriva dictatorial, ¿qué vínculos unían los estados de excepción decretados bajo el imperio de repúblicas democráticas con los declarados con anterioridad a la Gran Guerra? ¿Trataban, como éstos, de continuar garantizando la construcción del Estado liberal o bien se dirigían a proteger la instauración de un Estado constitucional y democrático? Deteniéndonos a observar los casos alemán y español, atravesados ambos por el empleo frecuente y abusivo de los estados de excepción durante la República de Weimar y la II República, podría sostenerse que, al menos en apariencia, los poderes extraordinarios del ejecutivo se dirigían a garantizar un orden mínimo que posibilitase la vi-

107 Herbert TINGSTEN, *Les pleis pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre*, Paris, Stock, 1934, trad. E. Söderlindh; Émile GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif*, Paris, Sirey, 1938; Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, «Plains pouvoirs et régime parlementaire», *Bulletin International*, 1937, 1-9. Era un fenómeno también extendido en Inglaterra, donde topó con una firme oposición intelectual: Clareton KEMP ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1927, Lord HEWART, *The New Despotism*, London, Ernest Benn Limited, 1929.

108 «La carta Constitucional del Tercer Reich es el Decreto de Emergencia de 28 de febrero de 1933», E. FRAENKEL, *The Dual State*, 7.

109 Peter BLOMEYER, *Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

gencia y la eficacia de las constituciones democráticas. Así podría ser, siempre que no vayamos más allá del tenor legal con nuestro análisis, pero si lo llevamos también al campo de la conflictividad social comprobaremos que la excepcionalidad no siempre persiguió el propósito de reinstaurar la constitución formal, pudiendo incluso proponerse su abolición práctica.

El punto de partida para examinar estos sucesos debe ser, en efecto, el marcado contraste existente entre el Estado oligárquico del liberalismo y el Estado constitucional y democrático de las repúblicas de entreguerras. Sobre una misma estructura formal –constituciones, derechos, tripartición de poderes, legicentrismo– se verificaba un tránsito esencial hacia la democracia, el Estado social y la integridad del constitucionalismo tutelada por vía judicial. El programa político transformador contenido en las constituciones de estos nuevos sistemas políticos, en la medida en que negaba legitimidad a ciertos derechos adquiridos, contaba con una fuerte carga polémica y, por tanto, requería para su implantación notables dosis de autoridad. Pudiera darse el caso de que las dictaduras legales del ejecutivo hubiesen tenido como fin preponderante la materialización de los preceptos constitucionales con medios autoritarios. De hecho, Carl Schmitt sugería con realismo que la realización de «las garantías jurídicas materiales» de la norma fundamental de Weimar requería el concurso de una dictadura más que de un Estado parlamentario¹¹⁰. ¿Fue, entonces, el objetivo de implantar las constituciones democráticas y sociales lo que motivó el empleo de los decretos de emergencia? ¿Cabe relacionar, pues, el constitucionalismo racionalista y democrático con los estados de excepción? En teoría sí, y en la práctica también, dado que el antagonismo que provocaba este constitucionalismo generaba a su vez unos desórdenes y resistencias que servían de pretexto para la aprobación de leyes gubernativas especiales en defensa de las repúblicas e incluso la declaración de estados excepcionales con intervención militar. Ahora bien, una vez instaurados éstos, ¿qué política los conducía? ¿una acorde con el espíritu constitucional, o más bien opuesta a sus premisas axiológicas y tendente a garantizar por la fuerza las posiciones del bloque tradicional, justo en el que se había sustentado el orden liberal anterior?

110 Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad* (1932), Madrid, Aguilar, 1971, 9 y 69-70, aunque, en realidad, no se refería con ello a los derechos socioeconómicos, sino que aludía a las instituciones constitucionalmente garantizadas, de la propiedad a las iglesias o el funcionariado, que encontraba en peligro por el auge movimiento internacionalista y sindical, frente al cual –por entenderlo situado en el círculo de la enemistad pública– habría que erigir precisamente un régimen dictatorial.

La instauración de las repúblicas alemana y española, junto a la expresiva y violenta proscripción de las vertientes izquierdistas radicales, implicó la adopción de un sistema abierto, participativo e integrador en el que gozaban de representación todas las tendencias políticas con respaldo electoral. Se articulaba, sí, un modelo constitucional signado por su apertura y ductilidad, pero guiado asimismo por principios materiales de justicia que exigían determinadas intervenciones en el campo laboral y económico. Puede entenderse que esta clase de mandatos constitucionales intervencionistas, concretados en la forma de los derechos sociales, amparaba un tipo de política «corporativa», de lograr la igualdad social y económica a través de la ley, opuesta al universalismo burgués y a su concepción solo formal de la igualdad, cuyo destino inevitable consistía en propiciar, como compensación, el extremismo ideológico, antesala en definitiva de una dictadura¹¹¹. Tal parecer es del todo atendible siempre que no se centre exclusivamente en las políticas igualadoras propias del Estado social y tenga en cuenta la traducción también «corporativa», con su lógica disolvente, de los principios abstractos, formales y presuntamente universales del liberalismo burgués¹¹². Si, por el contrario, se piensa que fue un mal propio solo de Weimar, ausente del todo en el «régimen burgués» anterior, se desconoce entonces no solo el pasado sino también la presencia de principios igualmente universales en el constitucionalismo de entreguerras, la continuación de las garantías jurídico-privadas y, sobre todo, la verdadera entidad de las medidas jurídico-laborales, de una timidez y moderación que sorprende a cualquiera que se asome a verlas. Y si tal diagnóstico, circunscrito al Estado social, fuese cierto, habría además que concebir los modelos constitucionales actuales como caldo de cultivo de esa misma política corporativa y del consiguiente extremismo político, dado que en teoría siguen inspirándose en criterios de justicia material para impedir las desigualdades intolerables que amparaba y siguen amparando principios formales como el de la igualdad contractual.

La cuestión, en suma, es que buena parte de los decretos de emergencia adoptados en tiempos republicanos, en lugar de dirigirse a garantizar la cons-

111 JOSÉ L. VILLACAÑAS, «Legitimidad y legalidad en Max Weber», en Manuel MENÉNDEZ ALZAMORA (ed.), *Sobre el poder*, Madrid, Tecnos, 2007, 49-108 (74-5).

112 Puede aquí volver a recordarse a Camus: «La burguesía no reinó durante todo el siglo XIX sino remitiéndose a aquellos principios abstractos [declarados en 1789]. Simplemente menos digna que Saint-Just, se valió de esa referencia como de una coartada, practicando, en toda ocasión, los valores contrarios. Por su corrupción esencial y su desalentadora hipocresía, ayudó a desacreditar definitivamente los principios que invocaba. Su culpabilidad, en este aspecto, es infinita», *El hombre rebelde*, p. 158.

titución, se justificaban en preceptos que ella dispensaba pero con la finalidad, todavía persistente, de proteger el orden natural liberal. No debe así llamar la atención que los estados excepcionales concatenados en España desde 1933, es decir, desde el ascenso de las derechas al poder, se saldasen con una represión brutal del anarcosindicalismo, pero también con la persecución y detención arbitraria de sindicalistas, políticos y diputados republicanos. Con un aparato estatal copado todavía, excepto el parlamento, por las élites hegemónicas del sistema anterior, el intento de aplicar, sin ruptura alguna, los principios de la soberanía parlamentaria, la democracia constitucional, la supremacía de la ley y los derechos sociales no podía sino traducirse en un agudo enfrentamiento y en una profunda parálisis institucional salvados mediante la dictadura legal del ejecutivo.

Buena prueba de esto es también la reflexión de Carl Schmitt, en cuyo análisis profundo no podemos detenernos¹¹³. Sabido es que las coordenadas de su teoría de la excepción se coagulan en torno a las categorías de la dictadura, la soberanía, la decisión y la política entendida como señalamiento existencial del enemigo. Si el derecho no puede regir en una situación de caos, se requiere el descenso de un poder soberano capaz de disolver los antagonismos, pacificar la sociedad y constituirla jurídicamente. Y dado el cuadro institucional vigente en Weimar, el modo más eficaz de concretar este proceso en la sociedad de masas era la dictadura del Presidente del Reich, entendida como instituto con el que proteger una constitución cultural bien diversa de la jurídico-positiva. Esta preferencia por un concepto material, ontológico y nacional de la constitución nos lleva entonces a inquirirnos cuál era el orden que se pretendía recobrar para que fuese posible la eficacia de las normas¹¹⁴. ¿Acaso no podía ser un orden contrario al mismo ordenamiento constitucional?

Es aquí donde a mi entender residen algunas carencias en la interpretación del pensamiento de Schmitt en lo que atañe a la excepcionalidad. En obras recientes puede apreciarse la significativa coincidencia en la calificación del jurista alemán: se trataba de un conservador católico y contrarrevolucionario pero, en puridad, no de un nacional-socialista; fueron más bien las circuns-

113 [Para lo cual séame permitido remitir ahora a S. MARTÍN, *Vísperas de Behemoth. El asedio de los juristas liberal-conservadores a las repúblicas democráticas*, Sevilla, Athenaica, 2023.]

114 En este punto ha de tenerse presente la lectura de M. FIORAVANTI, «Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento», en Gustavo GOZZI, Pierangelo SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1986, 51-103 (78-9).

tancias y las obligatorias tomas de posición las que le abocaron al compromiso con un régimen que en teoría le era extraño y habría de repugnarle. La argumentación, sin embargo, puede modificarse para sostener que precisamente de tal conservadurismo excluyente floreció la semilla del totalitarismo, que su alzamiento se debió en primera instancia a la complicidad, apoyo, impulso y financiación ultraconservadores, algo que no le resta, una vez que se implantó, un ápice de su propia e inconfundible identidad, distante ya de la del conservadurismo tradicional, algunos de cuyos exponentes pudieron contemplar horrorizados las consecuencias de sus estrategias anteriores.

De ser válida tal observación, querría ello decir que, en la defensa extraordinaria del orden liberal conservador, responsable en buena parte del recurso crónico a la excepcionalidad, latían las líneas de fuerza que habrían de auparlo al nacionalsocialismo. Si nos ceñimos a la aportación de Schmitt, semejante aseveración podría rebatirse esgrimiendo su conocido pero ambiguo antiliberalismo. Los textos, en efecto, dejan poca duda acerca de su firme oposición al régimen parlamentario, al individualismo y pluralismo disolventes, a los derechos fundamentales y a la neutralidad y formalidad del Estado. La cuestión es entonces la siguiente: ¿contra qué institución dirigía Schmitt sus ataques?, ¿contra un Estado decimonónico realmente caracterizado por la prevalencia del ejecutivo?, ¿o era contra un sistema legalista que rellenaba de contenido material las leyes a través de burocracias elitistas y cortes oligárquicas?, ¿o más bien era contra un liberalismo que infiltraba continuamente en su legislación principios morales indeterminados e invocaba de forma permanente categorías antiindividualistas como el interés general?

Puede que el Estado constitucional construido por Schmitt no fuese más que una representación teórica, sin correlato cierto en la realidad histórica, o bien que equivaliese al Estado constitucional y democrático fundado solo tras 1919. Si ocurriese esto segundo, todo su programa de intervención política consistiría, como en el caso de tantos otros juristas conservadores, en un regreso imposible a las estructuras del Segundo Reich, esto es, a una de las posibles declinaciones del *Rechtsstaat*, concebida por quienes vivían en un estado de normalidad durante la *belle époque* como el *statu quo ante bellum*.

Y es que se echa de menos en la doxografía un distanciamiento crítico con respecto a los autores tratados. Resulta discutible que se siga calificando a Schmitt como un autor antiliberal y anticapitalista, cuando él mismo legó textos en que apoyaba el capitalismo¹¹⁵. También sería el momento de salir de

115 Apunta esta paradójica defensa de la propiedad privada y la libertad de empresa,

las interpretaciones inmanentes para, con una lectura desencantada y mundana, concluir que el imposible soberano absoluto y trascendente de Schmitt no podía ser más que la imagen patética y retórica de un soberano parcial y relativo, en interacción constante con los restantes poderes que se movían en la sociedad. Un soberano, eso sí, que tenía a la arbitrariedad como uno de sus rasgos definidores, al competerle, no solo la declaración del estado de excepción para restaurar el orden, sino la decisión unilateral acerca de quién era el enemigo a expulsar y también acerca de cuándo había llegado el momento de fundar jurídicamente la sociedad.

Si estas opciones se revelaron infructuosas, lo que sí debe reconocerse al autor alemán es el haber colocado el problema de la excepcionalidad en el terreno exclusivamente político, esto es, en el campo de las decisiones voluntarias de alcance público. Tomando esta actitud como principio, cabría problematizar la comprensión actual del estado de excepción, que lo entiende como respuesta, represiva o preventiva, frente a unos acontecimientos o riesgos estructuralmente impredecibles. Como a la política en una sociedad compleja no le es dado controlarlo todo –se sostiene–, solo cabe gobernar la incertidumbre, minimizar los riesgos y responder con estados de excepción a peligros imprevisibles y a sus inesperadas consecuencias. Se trasladaría de este modo a la reflexión específica sobre los estados de excepción un fenómeno general constitutivo de nuestro tiempo: que al sujeto se le figure cada vez más como fatalidad mítica e incontrolable el mismo proceso social del cual forma parte.

La comprensión naturalizada de los riesgos y de la excepción podría parecer veraz –aunque, bien mirado, no lo es en absoluto– en lo que se refiere a las catástrofes naturales. Los estados de emergencia en estos casos enfrentarían un problema imprevisible e incontrolable, y su fin exclusivo sería recomponer mínimamente un orden que permita de nuevo una existencia segura y la vigencia del derecho. Cabe, sin embargo, indicar que, cuando tales catástrofes no son dramáticas e implican la pérdida de vidas humanas, suspenden por un tiempo el orden rutinario de las utilidades y las funciones productivas, al cual le toma el relevo una economía de los comportamientos y los afectos, entretenida en el goce del tiempo y en el reencuentro del otro, que podría muy bien considerarse la base auténticamente natural, pero sistemáticamente soterrada, del derecho¹¹⁶. Puede asimismo objetarse que tales catástrofes quizá

Carmelo JIMÉNEZ SEGADO, *Contrarrevolución o resistencia: la teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Madrid, Tecnos, 2009, 146-148.

¹¹⁶ Véanse las páginas dedicadas al desbordamiento del Sena por Roland Barthes en sus *Mitologías* (1954-1956), Madrid, Siglo XXI, 2009.

no estén del todo desvinculadas de un dominio expoliador de la naturaleza, obra ya de la voluntad del hombre, y en buena medida, por consiguiente, previsible. Y, en todo caso, según demuestran los sucesos acaecidos en países pobres, sus consecuencias más nefastas también cabría prevenirlas con decisiones políticas y acciones preventivas que garantizaran la seguridad esbozada al principio de estas páginas.

Lo que no puede en ningún caso despolitizarse son los estados de excepción, frecuentemente parciales, adoptados para la presunta defensa frente a peligros procedentes de individuos –y hasta de comunidades enteras– degradados a la categoría de enemigos. Son fruto de decisiones particulares y obedecen a unos objetivos políticos que quizá no se identifiquen con la protección del Estado constitucional y más bien persigan su sustitución por otro Estado, ya más adaptado a las exigencias del liberalismo económico. Que la lógica del constitucionalismo sea la guía de la política exterior de los Estados constitucionales es algo más que discutible. Pero el problema se agrava cuando la duda también se cierne sobre una política interior caracterizada por la importancia creciente del poder ejecutivo y por la, consentida y hasta legalizada, expulsión de ciertos colectivos fuera del orden común de libertades¹¹⁷.

Esto nos coloca ante una duda inquietante: ¿cabría la vuelta de la excepción permanente al mundo occidental? Hay frenos que lo impiden, y no es desde luego el mayor la conformista confianza en el carácter irreversible de las conquistas democráticas, la cual, al preterir la actitud vigilante y movilizadora que las logró, conjura más bien en contra de su permanencia. Mayor capacidad de inmunización tiene precisamente el recuerdo de lo acontecido bajo los totalitarismos, hasta tal punto que cabría afirmar que la historia del fascismo es la que nos libra de no incurrir de nuevo en él. No obstante, el desdén hacia los más débiles mostrado en la sociedad y exhibido también por cierta dirigencia constituye un mal augurio y no autoriza el optimismo, pues si el «fascismo es el desprecio, inversamente, toda forma de desprecio, si interviene en política, prepara o instaura el fascismo»¹¹⁸.

117 Loïc WACQUANT, «Extirpar y expulsar: sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 43 (2009), 141-151.

118 Albert CAMUS, *El hombre rebelde*, 213.

II. HISTORIA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

CAPÍTULO 3

ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO EN ESPAÑA. LA VISIÓN DE UN MAESTRO¹

I. UN TEXTO CON PLENA VIGENCIA

Quizá a la fecha de publicarse estas notas se haya consumado ya el tan temido rescate financiero de España, o, mejor dicho, de la banca española a costa de la deuda pública. A nosotros nos va a interesar comentar otro rescate, esta vez literario, científico, muy oportuno y mucho más amable y gratificante que el económico y financiero del que tanto se habla. Se trata de la reedición de un extenso, homónimo e inacabado artículo de Francisco Tomás y Valiente dedicado al constitucionalismo gaditano², uno de los últimos textos publicados por el autor antes de su asesinato a manos del terrorismo etarra, en el que se apreciaban ya los sugerentes trazos de un próximo cultivo de la «*Historia del Constitucionalismo español*»³.

El momento no podía ser más oportuno. La casa editorial que ha promovido la publicación, la pamplonesa Urgoiti, ya nos tiene bien acostumbrados a los profesionales de la historiografía (jurídica o general) con su catálogo de restituciones bibliográficas, puestas en circulación con el valor añadido de prólogos y estudios preliminares solventes, que, a veces, hasta cuentan con

1 Recensión de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, prólogo de Marta Lorente Sariñena, Urgoiti, Pamplona, 2012, CXXX-160 pp., publicada en *Historia constitucional*, 13 (2012), 739-752, bajo el título «Un oportuno rescate».

2 El texto se publicó en el *AHDE*, 65 (1995), 13-126. Hoy también se encuentra en sus *Obras Completas*, CEPC, Madrid, 1997, V, 4449-4555.

3 Este tránsito desde el Tribunal Constitucional a la *Historia del Constitucionalismo Español* es precisamente uno de los ejes de la imprescindible biografía de Tomás y Valiente escrita por Bartolomé CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente: una biografía intelectual*, introducción de Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1996. Aparte de esa parábola telegráficamente descrita por el propio Tomás y Valiente como «De la HD al TC y de éste a la HCE» (pp. 4, 9, 11, 197), en la citada biografía se nos hace saber (p. 207) que el artículo hoy recuperado era «el anuncio de todo un proyecto truncado por el asesinato» y, más concretamente, el «primer capítulo de un libro» sobre «*Los orígenes del constitucionalismo español*».

entidad monográfica propia⁴. Así, sobre los asuntos que conciernen a la historia constitucional, y en la colección dedicada a los *Historiadores* donde figura nuestro título, podemos encontrarnos con la revolución francesa de Emilio Castelar prologada por Francisco Villacorta⁵, con la historia de las regencias de Alcalá Galiano presentada por Juan María Sánchez-Prieto⁶, y ahora, en el año del bicentenario de la Constitución de Cádiz, con el texto aludido de Tomás y Valiente, introducido por un estudio de Marta Lorente Sariñena, catedrática de historia del derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

El rescate es oportuno no solo por la efeméride, sino, sobre todo, por el modo original en que Tomás y Valiente se aproximó en su investigación al constitucionalismo gaditano.

Si ya es difícil orientarse selectivamente en el universo bibliográfico dedicado a Cádiz, la citada dificultad no podía sino agravarse desde las vísperas de su conmemoración hasta la presente fecha del Bicentenario. Con todo, creo que, entre los títulos y conferencias dedicados durante este intervalo celebratorio al particular, acaso pueda entresacarse un ramillete de publicaciones probablemente destinadas a convertirse en textos de referencia.

En el capítulo de la reedición de fuentes, por ejemplo, destaca la publicación del debate constituyente gracias a la labor de Fernando Martínez Pérez, M^a Julia Solla Sastre y Blanca Sáenz de Santamaría⁷. Entre los trabajos de síntesis, debe mencionarse el análisis general de Ignacio Fernández Sarasola⁸. Fruto de valiosos esfuerzos colectivos han sido los tres volúmenes sobre las Cortes y la Constitución de Cádiz dirigidos por José Antonio Escudero⁹ y el útil contrapunto sobre el mismo tema, con especial atención a la dimensión

4 Carlos PETIT, «El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de Rafael de Ureña», estudio preliminar de Rafael de Ureña, *Legislación gótico-hispana: (Leges antiquiores-Liber Iudiciorum) Estudio crítico* (1905), Pamplona, Uργοiti, 2003, IX-CLXXIV.

5 Emilio CASTELAR, *Historia de la revolución francesa* (1876), prólogo de Francisco Villacorta Baños, Pamplona, Uργοiti, 2009.

6 ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Historia de las regencias, 1833-1843* (1846), prólogo de Juan María Sánchez-Prieto, Pamplona, Uργοiti, 2008.

7 F. MARTÍNEZ PÉREZ (ed.), *Constitución en Cortes: el debate constituyente, 1811-1812*, Madrid, UAM, 2011.

8 I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz: origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, CEPC, 2012.

9 J. A. ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz: 200 años*, Espasa, Madrid, 2011, 3 volúmenes.

americana de aquella experiencia constitucional, coordinado por la propia Marta Lorente y por José María Portillo Valdés, y galardonado con el Premio de Investigación de las Cortes Generales¹⁰. Ha habido asimismo iniciativas institucionales de indudable valor, como la colección sobre el Bicentenario editada por el Congreso, con títulos monográficos, entre otros, de Pilar García Trobat¹¹, Jesús López de Lerma¹² y el anteriormente citado de Marta Lorente y José María Portillo. Y, por último, se han elaborado también provechosos números monográficos de revistas de referencia, como el correspondiente a 2011 del *Anuario de Historia del derecho español*¹³, o el de 2012 de *Historia constitucional*¹⁴.

10 M. LORENTE, J. M^a PORTILLO (dirs.), *El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

11 P. GARCÍA TROBAT, *Constitución de 1812 y educación política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010.

12 J. LÓPEZ DE LERMA GALÁN, *Prensa y poder político en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010.

13 Con contribuciones, entre otros, de Santos CORONAS GONZÁLEZ («De las leyes fundamentales a la Constitución de la Monarquía española (1713-1812)», 11-82), Carlos A. GARRIGA ACOSTA («Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico», 99-162), J. M^a PORTILLO VALDÉS («Jurisprudencia constitucional en espacios indígenas: despliegue municipal de Cádiz en Nueva España», 181-206), Carmen SERVÁN REYES («Los derechos en la Constitución de 1812: de un sujeto aparente, la nación, y otro ausente, el individuo», 207-226), Marta FRIERA ÁLVAREZ («El poder legislativo en la Constitución de Cádiz», 227-256), Faustino MARTÍNEZ («Un poder nuevo en el escenario constitucional: notas sobre el ejecutivo gaditano», 257-376), Fernando MARTÍNEZ («Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial», 377-408), Margarita SERNA VALLEJO («Apuntes para la revisión del concepto de propiedad liberal en España doscientos años después de Cádiz», 469-492) y Enrique ÁLVAREZ CORA («Libertad, abuso y delito de imprenta en las Cortes de Cádiz», 493-520). Este volumen correspondiente a 2011, el 81 concretamente, es el segundo monográfico dedicado a Cádiz por la revista *iushistórica*, correspondiendo a Tomás y Valiente, en calidad de director, el mérito de haber impulsado el primero, el número 65 correspondiente a 1995, justo en el que se publicó su *Génesis de la Constitución de 1812*.

14 Destacan aquí, entre otros, los artículos de I. FERNÁNDEZ SARASOLA («La Constitución de Cádiz en Inglaterra», 1-22), Nere BASABE («Die años de la Constitución de Cádiz en el debate político francés: 1814-1924», 23-97), J. VARELA SUANZES-CARPEGNA («El primer constitucionalismo español y portugués: (un estudio comparado)», 99-117), Fernando LÓPEZ CASTELLANO («Las Cortes de Cádiz y la implantación del buen orden económico (1810-1814)», 233-256) y Javier TAJADURA TEJADA («La problemática de los límites del poder de reforma constitucional en la Constitución de Cádiz: límites materiales y limitación temporal», 257-271).

Recuperar la investigación de Tomás y Valiente sobre los orígenes del constitucionalismo español bien merece figurar entre las iniciativas y publicaciones destacables en este ciclo conmemorativo. Y es que recordar su brillante aportación nos obliga, en el estudio de Cádiz, a descender al terreno más material, y decisivo historiográficamente, de las circunstancias históricas aleatorias y de las decisiones concretas de hombres particulares, para abandonar así el plano de los principios abstractos, aquel en el que habitualmente se desenvuelve la celebración de nuestro primer constitucionalismo. Por eso, como se intentará razonar en estas líneas, creo que el texto recuperado por Ugoiti cuenta con plena vigencia historiográfica y metodológica.

II. SEMBLANZA DE TOMÁS Y VALIENTE

Rescatar *Génesis de la Constitución de 1812* da, además, ocasión para recordar la trayectoria y figura de su autor. De hecho, tal es, si no yerro, el doble propósito de las colecciones de Ugoiti: recuperar para el debate, la reflexión y el estudio actuales textos historiográficos notables y hacer lo propio también con el ejemplo científico y humano de historiadores españoles eminentes. Esta segunda tarea, en el libro que reseñamos, la realiza Marta Lorente, discípula del autor y experta, como ha podido comprobarse, en la temática gaditana.

Para un historiador del derecho ya no tan joven, pero sí lo suficiente como para no haber podido conocer personalmente a uno de los maestros fundamentales de la escuela en la que, de un modo u otro, se inscribe, textos como el de la profesora Lorente encierran un notable estímulo profesional.

Con un comienzo rotundo y conmovedor, en el que se rememoran las circunstancias de su «trágica pérdida», el prólogo de Lorente nos ofrece un recorrido exhaustivo por su trayectoria intelectual y profesional, desde sus años formativos en Valencia hasta su ejercicio como magistrado constitucional, sin dejar de lado su decisivo paso como catedrático de historia del derecho por la Universidad de Salamanca.

Modestamente titulado «Anotaciones a una autobiografía», pues ya cuenta Tomás y Valiente con una sucinta e informativa presentación de sí mismo¹⁵,

15 F. TOMÁS Y VALIENTE, «Autobiografía intelectual y política» (1990), en Id., *Obras Completas*, Madrid, 1997, CEPC, I, 3-14, texto inédito recuperado primeramente por B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, 345-357, siendo precisamente uno de los principales méritos de esta biografía el estar apoyada en algunos puntos fundamentales en materiales de trabajo inéditos de Tomás y Valiente.

el estudio preliminar, en buen ejercicio de historia del pensamiento jurídico, combina útiles informaciones sobre la vida y la obra del autor con reflexiones de interés sobre la disciplina que cultivó.

Así, el ya no tan joven historiador del derecho puede conocer que el director de la tesis de uno de sus referentes intelectuales y profesionales no fue ningún historiador del derecho, sino el procesalista Víctor Fairén Guillén (pp. XXIX-XXX), jurista volcado hacia la historia por desafección respecto de su presente dictatorial¹⁶. Igualmente puede saber que, siendo fundamentalmente un autodidacta, como lo fue buena parte de su generación por causa del vacío científico dejado por la guerra (p. XXXIX), Tomás y Valiente trabó relación personal, y científica y políticamente productiva, con el «sector acallado» (p. XXX), representado en este caso histórico-jurídico por José M^a Ots Capdequí¹⁷. Y aunque no se ofrezcan demasiados pormenores del particular, también puede saber que tuvo el valiente atrevimiento de «presentarse a unas oposiciones de cátedra única de Historia del Derecho a pesar de que [...] estaba dada de antemano» (p. XXXIV)¹⁸.

Sobre su obra, este ya no tan joven jurista-historiador, o cualquier otro lector que comparta generación e inclinaciones con él, contemplará con cierta satisfacción que su lejano maestro amaba el género de las «reseñas y recensiones» (p. XXXIX), hoy directamente despreciado por las entidades encargadas de evaluar la calidad investigadora. Aparte de haber sido, en aplicación de una inteligente estrategia científica, su contacto único con la imprenta académica mientras preparaba una gran obra, quien consulte el estudio de Marta Lorente podrá sumariamente conocer otra dedicación fundamental, la de los artículos periodísticos (p. LXI), que no abandonaría hasta el final de su vida.

Las páginas de presentación de Lorente sirven para satisfacer curiosidades más científicas. Gracias a ellas se pone en valor el trabajo de Tomás y Valien-

16 Señala también el dato B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, 20.

17 [Referencia colateral a ese contacto se puede encontrar ahora en Mauricio VALIENTE Ots, *José María Ots Capdequí. El americanista de la Segunda República*, Sevilla, Renacimiento, 2022, 518-519.]

18 Desconozco si se trata de la oposición a cátedra iushistórica de la Universidad de La Laguna, celebrada entre noviembre y diciembre de 1959, que finalmente ganó José Martínez Gijón, y cuyos datos preliminares pueden consultarse ahora en Javier C. DÍAZ RICO, *El acceso a la cátedra. Inventario de oposiciones a cátedras jurídicas, 1859-1983*, Madrid, Dykinson, 2021, 873, y 918 para la cátedra tinerfeña, vuelta a convocar en enero de 1962, y ganada ya por Tomás y Valiente, en reñida votación con Jesús Lalinde, dos años después.

te de 1962 sobre «La Diputación de las Cortes de Castilla (1525-1601)» (p. XXXV), se desvela la profunda importancia metodológica de su estudio sobre *Los validos* (p. XXXVIII-XXXIX), se identifican los campos de investigación donde el autor tenía pensando ofrecer obras de síntesis (p. LXXIII) y se detalla el momento concreto de su evolución intelectual al tiempo de publicarse *Génesis de la Constitución de 1812* (pp. CI ss.).

Todavía en el aspecto profesional, el lector puede aproximarse a través del prólogo de nuestra obra a los frutos de su participación en la «política universitaria» (p. LVI), a la plasmación de su compromiso científico en el Seminario de materia histórico-jurídica que organizó en Salamanca (p. LXXVII) o a las personas que formó en aquella Universidad y a sus investigaciones, «una verdadera escuela caracterizada por la profesionalidad de sus miembros y la excelente calidad de su producción historiográfica» (pp. LXXX-LXXXI)¹⁹.

Como bien se sabe, Tomás y Valiente no ejerció exclusivamente de profesor e investigador de historia jurídica. También fue durante un dilatado periodo magistrado y presidente del Tribunal Constitucional. Sobre esta faceta encontrará asimismo el lector del estudio preliminar páginas sugerentes.

Teniendo como divisa el lema «La Constitución o el caos» (p. XCIII), Tomás y Valiente –según apunta con perspicacia la prologuista– pudo vivir en primera persona una experiencia que ya había estudiado en el pasado: la de poner «en planta» una nueva institución según «lo consignado en una norma, en este caso la Constitución» (p. LXXXVII). Llamará la atención en este aspecto la clarividencia del magistrado historiador, que tempranamente supo ver e identificar los males que, al giro de una década, lastran de modo severo la más alta magistratura del Estado español (pp. LXXXV ss.). Igualmente podrá conocer quien repase nuestro prólogo las posiciones y opiniones que Tomás y Valiente adoptó en los primeros momentos de dificultad que atravesó el Tribunal Constitucional, sobre todo a causa de la sentencia sobre el caso Rumasa (p. XCI). Y podrá asimismo tener noticia de la problemática entre el derecho positivo y los valores a la que hubo de enfrentarse la jurisdicción constitucional en sus primeras decisiones (pp. LXXXIX-XC) o de la importancia sustantiva atribuida a la forma y el estilo de sus sentencias (p. LXXXVIII)²⁰.

19 En referencia a Benjamín González Alonso, Alicia Fiestas, Salustiano de Dios, Paz Alonso Romero y Javier Infante.

20 Dato puesto de relieve, según indica la propia autora del prólogo, por B. CLAVE-RO, «La constitucionalización de la democracia. Tomás y Valiente, constructor del Estado

El prólogo de Marta Lorente va más allá de un repaso y una ponderación de la vida y la obra de Tomás y Valiente. Se adentra también en asuntos fundamentales para el historiador del derecho: la concepción que el maestro tenía de su disciplina y el lugar específico que ocupaba en ella.

A mi juicio, su concepción general se hace patente en la doble misión que asignaba a la materia histórico jurídica. Por una parte, y en un plano estrictamente cognitivo, la historia del derecho ha de esclarecer «la función que el Derecho ha desempeñado en cada formación social del pasado conocido»²¹. Por otra, y en un nivel ético-social, al historiador del derecho cumple «aportar, para el entendimiento y la superación de nuestro mundo presente, su experiencia jurídica del pasado» (p. XI)²².

En el aspecto metodológico, ya en las páginas de su *Autobiografía* dejó el profesor valenciano constancia didáctica de sus convicciones básicas al afirmar que huía «de dos polos», el que considera «el Derecho mera superestructura, simple excrecencia carente de historia autónoma», y el que, por el contrario, cree que la historia jurídica «puede consistir en la pura y positivista descripción» de leyes pretéritas. Para superar esa falsa dicotomía, Tomás y Valiente confesaba haber procurado siempre «relacionar el Derecho con aquellos soportes ideológicos y sociopolíticos que lo sustentan»²³, pudiendo con ello escapar tanto de una visión estrechamente marxista del derecho cuanto de su comprensión legalista.

En esta constatación personal abunda nuestro prólogo al recordarnos citas del propio Tomás y Valiente en las que, fundamentando teóricamente su concepto de la historia jurídica, hacía saber que debía dar «razón de lo que el Derecho fue en cada formación social y de su peculiar función en conexión con las otras ‘regiones’ de la realidad social» (p. LXXIX)²⁴. Esta concepción, aten-

constitucional», en Antonio López Pina (ed.), *La Generación del 56*, Madrid, Marcial Pons, 2010, 312-329. El propio Clavero acierta al designar esta «segunda fase» de su trayectoria profesional como de «magistratura constituyente», más que puramente «constitucional», *Francisco Tomás y Valiente*, 123.

21 Véase su «Historia del Derecho e Historia» (1976), en Id., *Obras Completas*, IV, 3285-3298 (3286). En cierto sentido, esta inclinación sociológica y funcionalista recuerda la metodología aplicada por el socialdemócrata Hermann Heller a la teoría del Estado.

22 La cita sobre la «conciencia de relatividad» que ha de sembrar el historiador del derecho se localiza en su «Laudatio a Paolo Grossi» (1994), en Id., *Obras Completas*, VI, 4767-4776.

23 F. TOMÁS Y VALIENTE, «Autobiografía intelectual y política», 9.

24 La cita procede de su «Historia del Derecho e Historia».

ta a las prácticas sociales más que al puro precepto legal, se vería confirmada, y habría asimismo de inspirar, el interés de Tomás y Valiente por los validos, que al fin y al cabo constituían «una práctica de poder» (p. XXXVIII), un caso peculiar de «oscilación entre el ser y el no ser», al no existir oficialmente «el título jurídico-político de Valido» pero ser notoria, y decisiva, su existencia²⁵.

La consecuencia disciplinar de esta perspectiva no podía ser otra que su apuesta clara y temprana «por la colaboración con los historiadores» (p. XXXVII), pues solo estos pueden suministrar con eficacia el escenario histórico-político, cultural y económico en que el derecho se formó y rigió. Esta cooperación y vecindad profesionales con la historia, que decididamente habría hoy que emularse desde la historia del derecho, tuvo desde luego consecuencias científicas, plasmadas, por ejemplo, en la colaboración escrita de Tomás y Valiente en empresas historiográficas fundamentales como la *Historia de España* fundada por Menéndez Pidal²⁶, pero también personales, como adveran sus contactos y admiración por historiadores como José M^a Jover o Miguel Artola (p. LXV) y su presencia activa en una «Arcadia» salmantina (Pablo Fernández Albaladejo *dixit*) en la que, entre otras cosas, se trataba de «renovar la quebrada historiografía española de la inmediata posguerra» (LXVI).

Esta proximidad con la historiografía y los historiadores generalistas contribuyó, como seguidamente veremos, a que Tomás y Valiente se liberase «del corsé» que asfixiaba a «la ya centenaria disciplina denominada historia del derecho español» (p. LXVII). Puede además que explique, en parte, el resuelto acercamiento de Tomás y Valiente, tanto en sus indagaciones monográficas cuanto en su exposición general de la asignatura, a periodos más cercanos de la historia²⁷, de los que ha podido ofrecer interpretaciones originales, como

25 F. TOMÁS Y VALIENTE, «Autobiografía intelectual y política», 9.

26 Se trata de «El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo XVII» (1982), en Id., *Obras Completas*, IV, 3683-3874.

27 Y digo «en parte» porque de su apuesta por estudiar la historia jurídica española hasta 1936 se deduce también una clara decantación política: durante el franquismo y hasta 1950, decía Tomás y Valiente, «el siglo XIX era todavía materia de estudio casi oficialmente vetada a los historiadores. Se exaltaba –y se mitificaba– la España de la Reconquista –de la Cruzada–; se añoraba la España de los Reyes Católicos –la de la unificación–; y se enaltecía la España del Imperio –de un Imperio que la retórica de los años del ‘nuevo Estado’ pretendía resucitar–. Pero sobre el siglo XIX sólo podía hablarse de la guerra de la Independencia»: «Notas para una nueva historia del constitucionalismo español» (1977), en Id., *Obras Completas*, IV, 3355-3372 (3356).

la dispensada en el texto que reseñamos, y realistas y certeras, como lo es su visión del siglo XIX español (p. XCVIII). Y, en cualquier caso, confiere un timbre singular a su obra y a su trayectoria académica.

Dado este particular concepto de la historia del derecho, ¿dónde se ubicó Tomás y Valiente en el seno de la disciplina? En el prólogo de Marta Lorente encontramos muchas claves para responder a esta pregunta, comenzando por una eficaz y reveladora interpretación sobre la causa del legalismo característico de la materia histórico-jurídica desde su arranque decimonónico (pp. XXXII ss.), y continuando, después, por una igualmente clarificadora explicación de la génesis del *Anuario de Historia del derecho español*, de sus propósitos nacionalizadores de posguerra, de la supuesta «Escuela de Hinojosa» coagulada en torno suyo y del presunto «mito fundacional» de la disciplina, que –también presuntamente– tuvo en Alfonso García Gallo la garantía de su continuidad (pp. XLV ss.)²⁸.

La cuestión sobre su lugar en la disciplina se puede responder así acudiendo a su opinión sobre el medievalismo y legalismo tradicionales en la asignatura, o tratando de comprender las relaciones académicas que podrían unirle a García Gallo. En este último sentido, parece evidente que si García Gallo era el promotor principal del formalista «método institucional» y, por consiguiente, defendía una concepción de la historia del derecho como dogmática de la legalidad pasada, preocupada ante todo en poner de relieve la continuidad en la vida del derecho, no muy influyente había de ser el vínculo discipular que uniese a Tomás y Valiente con el sempiterno director del *Anuario*.

Aparte de la fundamental discrepancia política de partida, Lorente señala (pp. XXXV ss., XLIII ss., LXX) algunos de los elementos que permiten la disociación y que se encuentran claramente registrados en los textos metodológicos y autobiográficos del autor: la consideración como trabajos impuestos de aquellos iniciales más próximos a los planteamientos propios del método institucional, su inconfundible «orientación historiográfica» frente al dogmatismo jurídico-positivo de García Gallo o la importancia atribuida por Tomás y Valiente a la «discontinuidad» en la experiencia histórica resultan, en efecto, indicios evidentes, sino de una desconexión plena desde el comienzo de

28 En este punto resulta indispensable la consulta de Jesús VALLEJO, «La escuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira», en Gustavo E. Pinard, Antonio Merchán (eds.), *Libro Homenaje 'In Memoriam' Carlos Díaz Rementería*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998, 765-782, ahora también en sus *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, 57-79.

su profesión histórico-jurídica²⁹, sí, desde luego, de una temprana separación reflexiva respecto de los postulados sostenidos por el autor principal de la historiografía jurídica franquista³⁰.

De este modo, Tomás y Valiente queda situado en el flanco crítico de la disciplina, donde, según nos indica la prologuista, no se hallaba en solitario. En ese espacio de contestación a un entendimiento legalista y anacrónico de la materia histórico-jurídica figuraban otras corrientes «también muy críticas»: de una parte, la que, «bajo un lema por completo contrario a la propuesta histórica sugerida por Tomás y Valiente», abogaba por «el diálogo con los juristas» (p. LXVIII), y no tanto con los historiadores, mediante el cultivo de una historia del pensamiento jurídico, que de todos modos nuestro autor también frecuentaría³¹; y de otra, la que, impulsada por un joven catedrático español, denunciaba «el abandono epistemológico de la historia del derecho», tanto en sus versiones histórico-sociales como jurídico-postivistas (pp. LXVIII-LXIX), y comenzaba a ofrecer una «antropología» jurídica de la edad moderna bien diferente a la imagen que de ella daban los textos de Tomás y Valiente³².

Cierto es que, tanto en relación a una corriente como a la otra, no faltaron los puntos de conexión y, sobre todo, la admirable permeabilidad del maestro respecto de la labor de sus discípulos y de los autores críticos. Así, cuando con

29 Desde su misma tesis doctoral sobre el proceso monitorio, Tomás y Valiente sostenía que la historia del derecho no podía reducirse al «estudio de las fuentes legislativas», según nos recuerda B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, 22-3, de ahí que el biógrafo concluya indicando que la «relación discipular con García Gallo fue intensa en el tiempo, aunque superficial y efímera en los resultados», 25-6, separándose plenamente de sus postulados, y los del *Anuario*, ya a fines de los años 1970: pp. 113-4.

30 He aquí uno de los múltiples ejemplos de esa oposición crítica: «la Historia del Derecho ni es ciencia jurídica, ni siquiera un puente vivo entre la ciencia de la Historia y la ciencia jurídica [...] es una especialidad de la Historia», en F. TOMÁS Y VALIENTE, «Historia del Derecho e Historia», 3288.

31 Valga como ejemplo F. TOMÁS Y VALIENTE, «El pensamiento jurídico» (1988), en Id., *Obras Completas*, IV, 3993-4070, texto inicialmente publicado en la *Enciclopedia de Historia de España* dirigida por Miguel Artola, otra buena muestra de su proximidad y colaboración con los círculos de la mejor historiografía española. La corriente crítica aludida no es otra que la escuela florentina liderada por Paolo Grossi.

32 Se hace referencia implícita al propio B. Clavero, sobre cuya impugnación del paradigma estatalista permítaseme remitir ahora a «Bartolomé Clavero y la deconstrucción del Estado nacional como categoría historiográfica», en B. Clavero, *Obra dispersa*, I: *Historia de las instituciones*, Sevilla, Athenaica, 2022, IX-LXIX.

trabajos como el reeditado ahora sobre Cádiz se disponía Tomás y Valiente a regresar a universidad para producir una personal *Historia del constitucionalismo español*, lo hacía consciente de que existía «un nuevo modo de estudiar el constitucionalismo [...] entre nosotros», con nombre y apellidos, cuyas aportaciones habían de tenerse muy presentes para desarrollar futuras investigaciones (pp. CII-CIII). Mucho antes, ya estimaba la «vertiente renovadora» impulsada por Jesús Lalinde o Bartolomé Clavero³³, hasta el punto de que, en una entrevista concedida en 1981 a una revista mexicana, el mismo Tomás y Valiente se adscribía con reservas a las nuevas corrientes histórico-jurídicas marcadas, de una u otra forma, por el marxismo³⁴.

Incluso no deja de ser reveladora, según sugiere la prologuista, su importante colaboración con algunos de estos historiadores del derecho críticos, y distantes de sus postulados para la comprensión del llamado «Estado moderno» (p. LXXII). No obstante, es este el punto más evidente de discrepancia entre la disciplina cultivada por el maestro y la promovida por los autores más renovadores, siempre en referencia a sus alternativas representaciones de los sistemas políticos de la edad moderna, «Estados absolutistas» para Tomás y Valiente y «Monarquías corporativas» con un derecho poco efectivo en la praxis cotidiana para autores como António M. Hespanha (pp LXXI-LXXII).

En efecto, fue el estatalismo, o la identificación de los regímenes monárquicos formados desde finales del siglo xv con la forma política estatal, lo que distinguió la aportación historiográfica de Tomás y Valiente respecto a las sugerencias, más actualizadas y matizadas, de historiadores como Vicens Vives o de juristas como Bartolomé Clavero³⁵.

«Hasta el final de sus días» fue Tomás y Valiente defensor del «paradigma estatalista» (p. LXXVII)³⁶. Ahora bien, tal defensa del Estado no era en el

33 F. TOMÁS Y VALIENTE, «Nuevas orientaciones de la Historia del Derecho en España» (1981), en Id., *Obras Completas*, IV, 3633-3650 (3640 ss.).

34 Da a conocer dicha entrevista mexicana B. CLAVERO, *Francisco Tomás y Valiente*, 115-6, quien además vincula con acierto a nuestro autor con Rafael Altamira, p. 117.

35 Véase, para documentar el debate y las proposiciones de cada uno de los tres autores, su texto sobre «El Gobierno de la Monarquía y la Administración de los Reinos en la España del siglo xvii», 3692 ss.

36 Si bien debe tenerse presente, según recuerda con acierto Paolo Grossi, «Alla ricerca di frammenti di verità», XXX, introducción de la biografía varias veces citada de Bartolomé Clavero, que no por ello Tomás y Valiente naturalizó el Estado, concibiéndolo siempre como un artificio político fruto de la voluntad humana y creado justamente para el servicio del hombre.

autor una cuestión puramente historiográfica, sino marcadamente política, pues identificaba políticamente al Estado, no con un orden institucional autoritario y heterónomo, sino con el aparato de poderes indispensable para una eficaz garantía de los derechos y libertades ciudadanas a través de la vigencia de un derecho objetivo y racional. Con tal convicción nos adentramos en la última, y no por ello menos fundamental, de las facetas que caracterizaron públicamente a Tomás y Valiente: su compromiso político con la socialdemocracia y los valores del constitucionalismo.

Aunque, efectivamente, en la figura del catedrático valenciano resalte sobre cualquier otro aspecto «la cultura», y el elegante respeto, no desprovisto de crítica, hacia posiciones políticamente contrarias³⁷, lo cierto es que su semblanza sería incompleta para un jurista español si dejasen atrás sus convicciones ideológicas y el compromiso político de ellas derivado. Con buen criterio, el prólogo trata extensamente estos aspectos. Pese a su sincera admiración en tiempos de estudiante por algún representante de la filosofía jurídica oficial del régimen, o a su «fugaz deslumbramiento joseantoniano»³⁸, Tomás y Valiente pronto se colocó entre los miembros de una generación que aspiraba a impulsar una transformación del franquismo desde dentro (p. XXV) y se expresaba, en consecuencia, «en unos términos entre los cuales no figuraba el de la rebeldía ni contra los fundamentos del régimen ni contra sus principales valores», según la descripción de Santos Juliá empleada por la prologuista (p. XXVI).

Varios fueron los episodios y las causas (pp. LVII-LVIII) que le colocaron en las filas de la oposición al franquismo, siendo además ostensible y decisiva la crítica política contenida, de modo cada vez más explícito, en sus textos y conferencias (pp. LXVII y LXXVII-LXXVIII).

Este compromiso cívico, concretado en su simpatía desde la independencia hacia el Partido Socialista Obrero Español (LXII), se vio redoblado en tiempos de la Transición con sus intervenciones a favor, no de la simple tolerancia (p. XII), sino de «la recuperación de las libertades y la democracia en España» y con una resuelta defensa de un «muy determinado concepto de Constitución» (pp. XIV-XV).

37 Para Grossi, Tomás y Valiente encarnaba «il primato e la vittoria della virtù unitiva e acomunante della cultura sul vizio disgregante e particolarizzante dell'ideologia», en «Alla ricerca di frammenti di verità», IX.

38 Señalados por el propio Tomás y Valiente en su «Autobiografía intelectual y política», 6-8.

Y fue precisamente esta «posición constitucional», de defensa de los derechos a través de las instituciones propias de un Estado democrático, lo que continuó signando las inclinaciones políticas de nuestro autor; del maestro remoto, pero actual, del ya no tan joven historiador del derecho, que comparte con él esas mismas inclinaciones y se admira al leer cómo, siendo copartícipe activo de nuestra problemática transición, de nuestro insuficiente proceso «constituyente» (p. LXXXIV), no dejó de advertir después lo «pernicioso» que sería que el «silencio» en que se asentó la reforma política del franquismo se transformase en «olvido» e «ignorancia» (p. XXII).

III. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL COMO HISTORIA DE HOMBRES Y ACONTECIMIENTOS

El texto recuperado por Urgoiti y prologado por Marta Lorente es un ejemplo de pulcritud profesional, de redacción transparente y precisa –rara cualidad en esta profesión, que poseía con largueza nuestro autor–, de elegante combinación entre crónica, abundante documentación e interpretación y de inteligente conciliación de referencias y trayectorias microhistóricas con encuadres históricos, conceptuales y metodológicos de carácter general. Su lectura produjo en quien suscribe la perdurable impresión propia de los textos profesionalmente formativos. Creo, pues, que el mejor modo de reflejar mi parecer sobre la obra sea referirme solo a los motivos que explican, a mi entender, este significado instructivo.

El contenido del artículo, del que no desarrollaremos sinopsis, trata de desarrollar su propio título, esto es, las circunstancias, personas y variables, no tanto que rodearon y contemplaron, sino que propiciaron e hicieron posible el nacimiento de la Constitución de Cádiz como tal constitución escrita basada en la premisa de la soberanía nacional.

He aquí la primera lección metodológica del texto de Tomás y Valiente: reconstruir la génesis de la norma fundamental gaditana no va a ser una tarea ideológica, de nuevo recorrido por las doctrinas de la soberanía nacional, el poder constituyente o los derechos naturales, dando por sentado que las ideas están abocadas por su racionalidad interna a materializarse en hechos e instituciones, sino una empresa historiográfica, de esclarecimiento de las condiciones materiales, humanas y culturales que hicieron posible dicho alumbramiento, y no otro.

No hay que aguardar más que una frase para que esta lección se vea expresada con transparencia: «ni los protagonistas de la crisis, ni el pueblo [...],

conocían desde un principio el resultado, que siempre fue incierto [...]. Aquella crisis política podía terminar [...] con la aprobación de una Constitución escrita, pero esta opción ni siquiera estaba formulada con claridad desde el comienzo de la aventura revolucionaria» (p. 5).

La historia, a tenor de este «Planteamiento», no está escrita de antemano ni regida por fatalidad providencial, o racional, alguna. Los resultados a los que llega, sus consecuciones políticas efectivas, por muy cargados de destino que puedan estar, componen el fruto contingente de la ordenación, muchas veces aleatoria, de las variables materiales y culturales disponibles en un momento dado. La historia, sobre todo en sus momentos críticos, en los que se acelera su ritmo y vuelve a visibilizarse la importancia constructiva de las decisiones humanas, se convierte así en un proceso regido por los principios de la indeterminación, de la incertidumbre. Su punto de llegada, siempre provisional, se desconoce con antelación, y depende de las estrategias, las tácticas, la persuasión y el poder desplegados por los agentes históricos en su mutua competición por conquistar posiciones sociales hegemónicas. De ahí que la historiografía, si aspira a ser independiente y honesta, y no un mero producto ideológico, deba imponerse como primer deber el huir de toda retroproyección, el abstenerse de toda consideración *post festum*. Por eso la historiografía, como recordaban Foucault o Deleuze, debe tratar de hacer ante todo historia del acontecimiento o de coyunturas específicas. Y no me refiero a una elección metodológica posible, que un superficial relativismo pueda equiparar en valor a cualquier otra, sino de la metodología materialista que, a la postre, impone a la historiografía político-constitucional la consulta empírica de los documentos de archivo.

A Tomás y Valiente le parecía «obvia» esta perspectiva. Y racionalmente lo es, aunque en la práctica no abunde. Ya sea por convicciones tradicionales, de vinculación de la historia con el dictado de la trascendencia, o bien por creencias racionalistas, ilustradas o liberales, de fe en el triunfo de la razón, en el progreso o en la armonía económica, o bien por cultivo de una historia constitucional puramente intelectual y doctrinal, para la que esta óptica materialista no resulta tan evidente, lo cierto es que muy pocos introducen con seriedad este principio de indeterminación, que, desde la primera página, sirvió de guía a nuestro autor.

Aplicando este enfoque, la Constitución de Cádiz deja de ser la plasmación española de la victoria necesaria de la libertad sobre la opresión absolutista para convertirse en una «opción» entre otras posibles, que si resultó final-

mente victoriosa, no fue por la fuerza del destino, sino porque concurrieron las circunstancias que así lo permitieron. Y reconstruir y explicitar dichas circunstancias, tal es la misión que se propone Tomás y Valiente.

Para ello hay que conocer las coordenadas histórico-políticas e histórico-sociales que presidieron el acontecimiento examinado, y hay que reconstruir también la trayectoria de los hombres concretos que tomaron las decisiones más cruciales, así como los marcos institucionales en que éstos actuaron.

Así lo hace en su texto Tomás y Valiente. Identifica, con su complejidad y sus tenues fronteras, las –cuatro– opciones políticas en liza, reconstruye la disyuntiva constitucional –leyes fundamentales vs. constitución escrita– del momento, localiza a los individuos responsables de las decisiones políticas fundamentales y los inscribe en el marco legal y en la dinámica institucional en que ellas se tomaron.

Esta historia de acontecimientos y de hombres particulares no puede sino contar con salutíferos efectos desmitificadores. En el fondo, la ciencia, en cuanto ejercicio de pensamiento racional, ha de aspirar justamente a eso, a abolir el mito. Y aquí, el primer mito derrumbado es el de creer que la Constitución de Cádiz, en sus postulados inspiradores, fue sin más el fruto de un proceso constituyente unitario y deliberante. La realidad, sin embargo, fue bien distinta, como demuestra el que algunas de las claves maestras de su arquitectura vinieran acordadas de antemano, en el periodo que Tomás y Valiente denomina como «fase preconstituyente» o «etapa preparlamentaria», ceñida a las decisiones tomadas en el seno de «la Junta de Legislación, auxiliar de la Comisión de Cortes, dependiente a su vez de la Junta Central, en las reuniones tenidas en Sevilla entre el 4 de octubre de 1809 y el 19 de enero de 1810» (p. 6).

De este modo, la *Génesis de la Constitución de 1812* fue posible porque se desechó parcialmente otra salida, muy barajada y estimada por entonces: la de recuperar o reformar las «leyes fundamentales» de la Monarquía, a las que no por casualidad continuaban refiriéndose textos tan básicos como el *Discurso preliminar* a la propia constitución.

A la dilucidación de ese concepto histórico, tradicional y consuetudinario de constitución dedica precisamente el autor buena parte de su estudio, la más apegada a la historia de las ideas políticas. Y serán las páginas dedicadas a su derivación española (pp. 36 ss.) las que nos den a conocer la posición de esa otra alternativa, finalmente desplazada, que abogaba por rescatar del «olvido» las «leyes fundamentales» y, en definitiva, la «constitución» tradi-

cional de España, «destruida por validos y reyes, déspotas unos y otros» (p. 38; cf., también, pp. 57-58 y las dedicadas a Jovellanos).

Con todo, el concepto de constitución histórica o de leyes fundamentales distaba de ser claro y unilateral entre nosotros. Comprendía una pluralidad, a veces antagónica, de acepciones, comenzando justamente por su composición pluralista desde el punto de vista nacional. Por eso, la génesis de la Constitución de Cádiz, además de hacerse posible por la postergación relativa de la opción netamente historicista, también resultó factible por una inflexión, o por una omisión, en el entendimiento de la nación española.

Poco antes de publicar *Génesis de la Constitución*, ya indicó su autor que una de las cuestiones más acuciantes a la que debía responder la historia del constitucionalismo español era la del «concepto histórico-cultural que se tenía aquí entre 1810 y 1870 sobre la nación española»: «¿desde cuándo existe? [...] si se trata, como se dice, del sujeto constituyente, pues es el titular de la soberanía, ¿cuándo se constituyó como tal?»³⁹. A tales preguntas trató de contestar en el trabajo ahora recuperado, pero debe tenerse en cuenta que su mero planteamiento resulta expresivo de una atinada conciencia del pluralismo político característico de la Monarquía católica aun después de la Nueva Planta, que puede suponer, y de hecho supone, una herejía para los defensores de los relatos esencialistas⁴⁰.

Con este parecer, la misma nación española puede pasar a concebirse en calidad de producto jurídico y cultural de un concurso de voluntades y no como identidad trascendente e indisponible. El hecho es que en las mismas vísperas del proceso constituyente gaditano las instituciones jurídicas y políticas propias de los territorios de la Monarquía, de las «provincias vascongadas» a Asturias, Galicia, Navarra o Valencia, continuaban gozando de vigencia y/o adhesión popular (pp. 44 ss.). Por lo tanto, en el arranque del siglo XIX español, «no se había olvidado la plural constitución histórica de la Monarquía hispánica durante el siglo de los Borbones» (pp. 52-53), y, sin embargo, la misma institución de las Cortes en 1810 y la propia Constitución de Cádiz fueron inequívocas en su referencia a la nación española como sujeto sobe-

39 F. TOMÁS Y VALIENTE, «Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)», en Id., *Obras Completas*, V, 4355-4363 (4358).

40 No está de más indicar aquí que su contribución a unos *Comentarios Socialistas* escritos, aunque finalmente no publicados, durante otro proceso constituyente tuvo como asunto el de «Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho» (1979), en *Obras Completas*, IV, 3455-3520.

rano con potestad constituyente. He aquí, pues, un acertijo histórico-jurídico –«¿cómo hacer compatible todo esto con el naciente concepto de España como nación política?» (p. 54)– al que nuestro texto intenta dar respuesta con el empleo de fuentes doctrinales y de documentación de archivo⁴¹.

Y para hacerlo, según se ha sugerido, indaga en ese momento «preconstituyente», que vino a decidir el rumbo político finalmente adoptado en España (pp. 62 ss.). Es este, sin duda, el núcleo esencial del estudio. Como el propio Tomás y Valiente indica, «fue ahí y entonces», en el «otoño de 1809», en Sevilla y en el seno de la Junta de Legislación, cuando unos individuos concretos (sobre todo Antonio Ranz Romanillos y Agustín de Argüelles, «los hombres fuertes de la Junta» (p. 87)) adoptaron las decisiones necesarias para abandonar «de hecho» el «proyecto de reforma de las leyes fundamentales» y suministrar «las bases» del futuro «Código político [...], con la muy importante consecuencia de que las principales opciones políticas tomadas por aquella Junta actuaron ‘de hecho’ como decisiones políticas fundamentales en relación con la futura Constitución» (p. 65)⁴².

El giro fue de gran envergadura y contó con una proyección considerable de futuro. No debió de resultar cosa previsible, pues no eran pocos ni débiles los partidarios de la salida «reformista». Tan vigente estaba el imaginario jurídico tradicional que, como nos recuerda el autor, los miembros de la Junta Central hubieron de prestar juramento comprometiéndose a conservar «nuestros derechos, fueros, leyes y costumbres» (p. 71). Interviniendo directa y activamente en el proceso, tratando de inclinar la balanza hacia «la defensa de la ‘constitución’ existente y de sus ‘leyes fundamentales’» (p. 72), figuraba alguien de sobresaliente estatura política e intelectual: Gaspar Melchor de Jovellanos. Tal era su influjo, que, a la altura de junio de 1809, ya constituida la Comisión de Cortes, «la cuestión constitucional» seguía en el campo de las instituciones oficiales «centrada en torno a las leyes fundamentales» (p. 82).

Lo decisivo, en fin, es que, para torcer los designios de quienes pretendían convocar unas Cortes «formadas por los tres brazos», en el entendido de que

41 Recordaba, por su importancia, la «España castellano-céntrica y uniformista» preconizada por Francisco Martínez Marina, pero como una alternativa entre otras en circulación (pp. 57-8), sin identificar entonces ahí la invención historiográfica seminal, llamada a convertirse en «paradigma constitucional», de la propia nación española en su dimensión institucional, como sí había hecho B. Clavero en «Cortes tradicionales e invención de la historia de España» (1990), ahora en su *Obra dispersa*, I, 285-341.

42 Los Acuerdos de la Junta figuran a modo de apéndice documental del texto (pp. 121-145).

en el ejercicio pactado del poder con estas por parte del rey radicaba la «esencia de nuestra constitución» (p. 78), tuvieron que concurrir numerosas variables, algunas azarosas, otras biográficas, culturales y políticas y otras tantas de naturaleza jurídica e institucional, todas ellas concentradas en esa «fase preparlamentaria», cuyos pormenores dejamos al lector que los descubra en esta excelente obra. Aquí interesa recalcar que, entre otros aspectos, y a partir del estudio de Tomás y Valiente, este concurso de variables debe tenerse presente para explicar historiográficamente el nacimiento de la Constitución de Cádiz como norma fundamental escrita decidida por los representantes de la soberanía nacional.

Con ello se demuestra que tras una «gran gesta» de la historia constitucional suelen discurrir juegos de poder, tácticas enfrentadas y circunstancias menores, pero muy humanas, que vienen a moderar con severidad los relatos superficiales meramente celebratorios. Y con ello se ve corroborado además el «Planteamiento» metodológico inicial, según el cual la historia no responde a un guión preestablecido, pues la escriben, con sus decisiones concretas, y orientándose entre escenarios cambiantes y coyunturas azarosas, los propios hombres.

LAS IDEAS POLÍTICAS DEL SIGLO XIX ESPAÑOL¹

Una vez superada definitivamente su habitual función de hacer patria y construir Estado, acaso el futuro de la historia del derecho en cuanto materia de docencia se cifre en su decidida conversión, por un lado, en una *introducción a las materias jurídicas*, dando cabida a capítulos hasta ahora descuidados como la historia criminal, las relaciones laborales, la constitución de la propiedad y el derecho internacional², y por otro, en una *historia constitucional comparada*, donde los avatares nacionales figuren a modo de ejemplo o como instrumento de contraste. El enfoque adoptado por esta segunda rama podría asimismo abandonar la tradicional y poco constitucional historia de las instituciones estatales, tomando como clave de lectura la entidad de los derechos³, e integrando sin reparos el lado cultural y más directamente teórico-político de la experiencia constitucional⁴. Y precisamente la exposición de los modelos filosófico-políticos circulantes en la España decimonónica, con expresa consideración además del lugar respectivo que en cada uno de ellos ocupaban los derechos, es el servicio que a mi juicio rinde el excelente libro que se comenta a continuación.

Es fruto de la encomiable consagración a la profesión académica de su autor y del impulso dado a la investigación filosófico-política por su maestro

1 Recensión de Antonio RIVERA GARCÍA, *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006 (*Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político*, 1), 355 pp., publicada originalmente en *Quaderni fiorentini*, 38 (2009), 1864-1870.

2 Un primer ejemplo en este sentido lo facilita Maurizio FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

3 Emulando el gesto de quien ilumina la configuración de los poderes desde la integridad de los derechos y trata de pueblos mejor que de estados: Bartolomé CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.

4 Siguiendo ahora la ruta excepcionalmente abierta por Pietro COSTA con su *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 1999-2001, 4 vols, y también recorrida por António M. HESPANHA, *Guiando a mão invisível. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004. Para el caso español, Joaquín VARELA-SUANZES insiste en la conveniencia de conciliar para la historia constitucional el aspecto jurídico con el teórico-político predicando con el ejemplo en la recopilación de trabajos titulada *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007.

José Luis Villacañas. El aliento de este infatigable filósofo se percibe no solo en la iniciativa editorial que la obra inaugura, una colección de historia del pensamiento político cuidada por él mismo. Su huella también se hace patente en la temática elegida –una historia política española que el maestro se ha propuesto recorrer exhaustivamente⁵–, en la metodología empleada –una weberiana reconstrucción de tipos ideales– y en la sensibilidad ideológica exhibida –un republicanismo ilustrado y liberal de estirpe kantiana que el mismo Villacañas ha expuesto de modo sistemático en lo que interesa a la filosofía jurídico-política⁶–. Es, por tanto, obra de escuela, gestada y debatida en los encuentros y seminarios del grupo *Res Publica*, según reconoce el propio autor (p. 32, n. 1), pero al mismo tiempo goza este de un perfil marcado, de intereses singulares y, en definitiva, de una agenda científica propia.

Filósofo, jurista e historiador, Antonio Rivera combina en su prolífica carrera literaria el estudio de los conceptos políticos y los autores de la modernidad con el examen del pensamiento público hispánico entre el barroco, la ilustración y el liberalismo. A la primera de estas vertientes, y siguiendo la línea que para la historia jurídica han trazado autores como Harold J. Berman, ha dedicado sus primeros ensayos sobre *Republicanism calvinista* (Murcia, 1999) y *Clericalismo jesuita y Estado moderno* (Hildesheim, 1999), en los que se anudan teología e historia de la filosofía del mismo modo que lo hacen en su último texto sobre las «patologías políticas de la modernidad»⁷. Y a la segunda de tales derivaciones corresponde la monografía que nos ocupa, ocasión para sistematizar y destilar intervenciones y contribuciones anteriores sobre el «liberalismo doceañista», «la reacción católica» y el «republicanismo liberal español»⁸.

5 Examinando los diversos modos de legitimación del poder político activos en nuestra cronología, recorrida, por ahora, hasta el comienzo de la llamada edad moderna con los títulos *La formación de los reinos hispánicos* y *Monarquía Hispánica* publicados en 2006 y 2008 respectivamente, a los que ha seguido su *Historia del poder en España*, Madrid, RBA, **FALTA FECHA**

6 J. L. VILLACAÑAS, *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*, Madrid, Akal, 1999.

7 Vid. A. RIVERA GARCÍA, *El dios de los tiranos. Un recorrido por los fundamentos teóricos del absolutismo, la contrarrevolución y el totalitarismo*, Córdoba, Almuzara, 2007, texto también fraguado en el grupo *Res Publica* que, convocado por Villacañas, se reúne «en Murcia para debatir libremente sobre filosofía e historia de los conceptos políticos», p. 33 n. 2.

8 Baste citar los siguientes textos preparatorios: A. RIVERA GARCÍA, «El concepto de

Reacción y revolución abarca desde el primer liberalismo hasta el fracaso de la I República y aborda el pensamiento de los principales publicistas de la España liberal, sin perder de vista el escenario político en que se formuló y sin descuidar tampoco sus implicaciones jurídicas más relevantes. El trabajo oscila entre el comentario de la obra de autores singulares y la reconstrucción de modelos teóricos generales con el examen de cada uno de los factores que lo conforman. Por su mayor complejidad y abstracción, es este último polo reconstructivo el más sustancioso científicamente. De una primera aproximación parece deducirse que el relato está compuesto del análisis de cinco sistemas teóricos más o menos sucesivos cronológicamente: el liberalismo gaditano, el liberalismo progresista, el liberalismo moderado, el tradicionalismo católico y el republicanismo federal. Mas, en realidad, de una lectura más detenida se infiere que tres fueron los protagonistas de la cultura jurídico-política decimonónica, figurando en primer lugar los impulsores de la revolución liberal, en segundo los responsables de la reacción y en tercero los defensores de un «justo medio» entre ambos extremos revolucionario y reaccionario. El mapa de nuestro libro quedaría entonces marcado por dos paradas principales, las relativas al moderantismo –«responsable de la corrupción del sistema liberal» (p. 103)– y a la «constitución monárquica y tradicional», y atravesado por un hilo conductor, el de la revolución liberal y democrática, con su irrupción primera a principios de siglo, su atemperación posterior en la versión del progresismo y su radicalización ulterior en los libros y folletos de los federalistas, demócratas y republicanos, por quienes, en sincera y esclarecedora conexión, el autor expresa su simpatía desde el mismo encabezamiento de su obra, paráfrasis del de aquella otra suscrita por Francisco Pi y Margall bajo el título *La reacción y la revolución* (Barcelona, 1854).

La estructura expositiva de nuestra monografía suele detenerse en los fundamentos filosóficos, morales y sociales de cada una de las corrientes citadas, así como en la organización de los poderes y en la condición y amplitud de los derechos postuladas por todas ellas. Equiparando la justicia al equilibrio entre autoridad y libertad, el moderantismo de los Joaquín Francisco

libertad en la época de las Cortes de Cádiz», en Manuel CHUST, Ivana FRASQUET (coords.), *La trascendencia del liberalismo doceañista en España y en América*, Valencia, Generalitat Valenciana, 2004, 93-114; «La reacción católica. El pecado liberal y la constitución tradicionalista en la España del siglo XIX», en Ángel RIVERO, Francisco COLOM (coords.), *El altar y el trono. Ensayos sobre el catolicismo político iberoamericano*, Madrid, Anthropos, 2006, 17-42; «El republicanismo liberal español. Libertad, democracia y asociación en el pensamiento republicano del siglo XIX», *Spagna contemporanea*, 30 (2006), 49-70.

Pacheco, Antonio Alcalá Galiano o Francisco Martínez de la Rosa constituye una tendencia identificada moralmente con el utilitarismo, socialmente con la «mesocracia» –es decir, con el protagonismo institucional de los poseedores de las riquezas y las «capacidades»– y políticamente con la soberanía compartida. Con tales premisas, especialmente con aquella utilitarista que atribuye preponderancia a los intereses generales de la nación frente al individualismo exacerbado, el espacio de las libertades queda bien angosto, subordinadas como están al mantenimiento del «orden público» (p. 21) y no siendo en ningún caso naturales e ilegislables, sino más bien materia decidida y concretada por la ley estatal (pp. 152 ss.). El único margen dejado al discurso de la libertad incide no tanto en los atributos naturales del individuo dignos de reconocimiento y protección cuanto en las condiciones indispensables de un poder público ordenado y legítimo. Y tales requisitos se resumen, como se ha sugerido, en la conveniencia realista de que las instituciones integren y reproduzcan a los factores económica, intelectual y espiritualmente prevalentes de la sociedad, lo cual implica, a mi entender, que el conservadurismo decimonónico continuaba otorgando prioridad a la legitimidad sobre la legalidad.

Al recaer entonces todo el peso sobre la organización del Estado, el autor, con buen criterio, pormenoriza los aspectos teóricos de la administración doctrinaria, comenzando por su principal axioma, el que, desvinculando «soberanía» y «representación», «derecho civil y natural», «poder constituyente y constituido» (p. 112, p. 116), abre la inevitable pendiente autoritaria que caracterizó al moderantismo. Una deriva plasmada de modo rutinario en una «omnipotencia parlamentaria» equivalente a la omnipotencia del poder ejecutivo del monarca y sus ministros, y materializada de modo extraordinario en la dictadura ejercida por el «hombre o institución providencial», por aquel sujeto o «cuerpo» (militar) con suficiente poder fáctico para imponer el orden en una «situación excepcional» (p. 115).

Si en la exposición de la doctrina moderada prima el análisis de su programa institucional, en el tradicionalismo católico destaca el examen de sus fundamentos. Ubicados en esta perspectiva, queda bien patente el contraste entre la noción moderna de la libertad como «autolegislación» y su concepto «antimoderno» como obediencia a una heterónoma «ley natural» (p. 163), entre el entendimiento racionalista de la historia como progresiva «liberación del hombre» y la «teología de la historia» que siempre halla tras los acontecimientos el eco de la providencia (pp. 173 ss.), entre la ruptura reformadora y la «continuidad del presente con la sabiduría de la Edad Media»

(p. 243), en definitiva, entre la autonomía gradual del hombre y el «*pecado monstruoso*» de querer actuar como dios creando sus propias normas (p. 178, pp. 181 ss., p. 210). En su presentación de las doctrinas de –entre otros– Juan Donoso Cortés, Jaime Balmes y Antonio Aparisi Guijarro, Rivera muestra en mi opinión su lado más enérgico y convincente, y aunque en ocasiones desmerezca «las farragosas argumentaciones» reaccionarias (p. 194), reconoce asimismo la corrección y profundidad de sus diagnósticos (p. 186). La identidad tradicional queda además fijada por su pertinente contraste con el socialismo revolucionario, al que a un tiempo admira por consecuente y teme por disolvente, y por el necesario –y a mi entender no culminado– cotejo con el moderantismo, convergente en tantos puntos –algunos más de los que el autor expresamente indica– con los principios tradicionalistas que resulta más conservador que liberal (p. 171).

Por lo que respecta a la faceta normativa del tradicionalismo, en relación a los derechos, junto a las beligerantes opiniones de los autores católicos contrarias a las libertades de imprenta y cultos, se percibe de nuevo que la protección de la libertad vuelve a radicar en una determinada organización del poder, concretamente la dictada por una «constitución mixta» donde los límites sean los sustantivos de la religión católica y los materiales de los «cuerpos intermedios» (pp. 252 ss.) en vez de los adjetivos y formales de la «artificial» constitución liberal. En lo relativo a los poderes, el libro de Rivera defiende como conclusión la controvertible tesis de la «nación católica» como «nación sin Estado» (pp. 279 y ss.), convicción discutible porque la nación del Estado liberal no fue sola ni principalmente la revolucionaria de los individuos –*formalmente*– «libres e iguales», sino la romántica, orgánica e histórico-natural del tradicionalismo en la que encaja sin fricciones la conceptualizada por los católicos. Nuestro texto delinea también a este respecto el perfil institucional postulado por los reaccionarios, introduciendo con eficacia, en el lado negativo, la precoz crítica reaccionaria al parlamentarismo, instrumento divisivo incapaz de representar la unidad social, y en el afirmativo, la organización pública perseguida por los tradicionalistas, estructura institucional cuyo pluralismo corporativo la separa de una totalitaria unidad sin mediaciones (p. 263), aunque sí resulte compatible con la admisión de una dictadura militar algo diversa de la moderada, visto que para la reacción los desórdenes revolucionarios que la justificaban no eran sino un síntoma de «la decadencia de la religión católica» y del olvido de la «constitución histórica» que el dictador tenía precisamente como misión restaurar (pp. 271 ss.).

Junto a los modelos antedichos, y recorriendo de principio a fin nuestro volumen, figuran los defensores de la revolución liberal, auspiciada en primer lugar por un temprano liberalismo basado en los principios de la soberanía nacional y la separación de poderes, ralentizada después por un progresismo internamente contradictorio y sin personalidad propia, e intensificada finalmente por los federalistas, republicanos y demócratas que reclamaban la universalización de los derechos políticos.

A los fundamentos de esta revolución –soberanía popular y derechos naturales universales– se adhiere el autor identificándolos, en su más acabada expresión demócrata, con el «*republicanismo liberal*» (p. 30) y reconociendo asimismo su deficitaria materialización efectiva a lo largo de todo el siglo (p. 16). Ahora bien, la merma de los axiomas liberales residía asimismo en el terreno discursivo: así ocurría con la sustracción deliberada de derechos a buena parte de la población defendida por los liberales gaditanos, según señala el mismo Rivera⁹, como también acontecía con la problemática «universalidad» de los «derechos civiles» o con un no menos elitista concepto de «pueblo» o de «soberanía nacional», asuntos sobre los que el autor no llega a incidir.

Fueron, en efecto, los demócratas radicales y federalistas republicanos los que, rompiendo con la tibia doctrina progresista, declararon natural, ilegible y universal tanto la libertad civil como la política (p. 289), propugnaron la justicia ciudadana y reivindicaron una plena soberanía popular remontando el mito del «pueblo indiviso» (p. 296). Rivera expone con tino y estrategia este republicanismo liberal, cualitativamente diverso del colectivismo comunista y del invasivo jacobinismo, con teoría propia del pacto social en la que los sujetos nunca ceden completamente su soberanía y nada ajeno a los fundamentos tradicionales del orden social. La dificultad estriba entonces en cómo derivar, sin incurrir en teleología –o sea, en una secularizada teología de la historia–, esta comprensión extensiva –aunque todavía insuficiente– de los derechos y la democracia de unas bases primeras expresamente excluyentes, pues acaso la realización del programa ilustrado, racionalista y liberal requiriese, más que el desarrollo, depuración o perfeccionamiento de sus comienzos, una resuelta ruptura con el liberalismo y sus connaturales exclusiones.

9 En las pp. 78-79, pasando de puntillas sobre el controvertido estatuto de los «sirvientes domésticos», expresamente excluidos del juego político por el liberalismo doceañista. Vid. sobre el asunto B. CLAVERO, «Amos y sirvientes. ¿Primer modelo constitucional?», *AHDE*, 56 (1986), 995-1016 y Carlos PETIT, «Amos, sirvientes y comerciantes: algo más sobre el primer modelo constitucional», en Id. (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, 87-122.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA ESPAÑA CONSTITUCIONAL¹

En un principio, el libro que pasamos a comentar, culminación de una línea de investigación cultivada por el autor desde hace años², dice abordar «la historia de la *idea de partido*, del concepto, de cómo se percibieron los partidos políticos en la conciencia de los actores de cada época» (p. 15). Con el paso de las páginas, el lector se percata de que está ante una monografía que abarca mucho más que la mera reconstrucción histórica de la idea de partido. Es más, desde la perspectiva de la historia del pensamiento jurídico, me atrevería a señalar que el estudio de la construcción teórico-jurídica de los partidos cuenta con una presencia proporcionalmente menor, aunque en absoluto carente de importancia. Comienza con el examen de las ideas de José Donoso Cortés o Antonio Alcalá Galiano, se hace patente en el análisis de los tratados de derecho político circulantes en los años treinta (p. 255 ss.), llega a su cénit con la valiosa recuperación de la tesis inédita sobre el particular de Francisco Ayala –uno de los momentos más destacables del libro (pp. 258-261)–, prosigue con el estudio de la doctrina franquista, en la que sobresale la interpretación de Luis Legaz Lacambra (p. 293), y concluye con la reseña de ciertos diccionarios políticos y de varios tratados y artículos publicados durante la transición.

Junto a esta temática, que supone apenas una cuarta parte del relato³, nos

1 Recensión de Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 382 pp., publicada originalmente en *Quaderni fiorentini*, 39 (2010), 707-720.

2 Cultivo que ha ido rindiendo sus frutos: «Los partidos políticos en el pensamiento español (1783-1855)», *Historia Constitucional*, 1 (2000); «La idea de partido en España: de la Ilustración a las Cortes de Cádiz (1783-1814)», *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII*, 8-9 (1998/9), 79-100; «Idea de partido y sistema de partidos en el constitucionalismo histórico español», *Teoría y realidad constitucional*, 7 (2001), 217-235; «Los conceptos de Cortes y parlamentarismo en la España del siglo XX», *Revista de las Cortes Generales*, 62 (2004), 141-178; «La idea de partido político en la España del siglo XX», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77 (2006), 77-107.

3 Y acaso no pudiera extenderse más, dado que un objeto como los partidos, manifestación del carácter polémico de la toma de decisiones políticas, obstaculizaba el afán de sistema que caracterizó al derecho público desde la segunda mitad del siglo XIX hasta su

encontramos con otros hilos conductores de mayor extensión, principalmente con dos: el primero hace referencia a la dimensión legislativa, institucional y organizativa de los partidos políticos en la historia contemporánea española, y el segundo desentraña las concepciones que sobre estos mantuvieron sus principales protagonistas, aquellos sujetos caracterizados por reflexionar sobre el partido desde la praxis y la estrategia política, incluso desde la misma pertenencia a formaciones partidarias. Si estamos, pues, ante una historia «de la idea de partido», y no frente a una historia política de los partidos mismos, es porque acertadamente se da por entendido que esta, su idea, también se halla engastada tanto en los proyectos, leyes y programas que los iban perfilando como en las disquisiciones de sus líderes o de intelectuales atentos a la actualidad social.

Ocupada en describir los pormenores de su progresiva y cambiante implantación, y partiendo de la constatación de que, «por lo general, en los partidos la realidad ha precedido a las ideas» (p. 15), nuestra monografía se centra así, fundamentalmente, en concepciones nacidas de la práctica política y la actividad legislativa, cuando no en los avatares de las propias agrupaciones partidarias. Para ilustrarnos sobre tales extremos, y pese a la restricción editorial de buena parte de las notas bibliográficas⁴, el autor se basa en un formidable repertorio documental, encomiable despliegue de fuentes que comprende textos legislativos y obras de doctrina, discursos parlamentarios y artículos de prensa, discursos políticos y alocuciones académicas, memorias y epístolas, programas y manifiestos, textos literarios y citas elocuentes que introducen cada uno de los epígrafes. Con tan heterogéneo material, se corre el riesgo de fundir lo dispar y de no distinguir estratos discursivos con relativa autonomía. Creo, no obstante, que Fernández Sarasola salva el peligro de una exposición heteróclita y logra ofrecernos un fresco completo de esta voz indispensable del léxico político moderno, ya sea en su aspecto más singular, como la noción de partido propugnada por políticos decisivos tal que Antonio Cánovas, Francisco Silvela o Manuel Azaña, o bien en su aspecto más general, exponiendo «la ideología» sobre los partidos imperante en cada período

tecnificación en el xx. Su propia razón de ser –la división social– venía a desmentir lo que presuntamente confería veracidad a la ciencia jurídico-política: la unidad e indivisibilidad de su objeto, de la *res publica*.

4 El autor nos indica ya desde el comienzo del texto que ha debido «eliminar dos tercios de las notas que originariamente lo acompañaban», supresión que intenta «compensar incluyendo en las fuentes y bibliografía todas las obras consultadas» (pp. 18-19).

histórico y sus transformaciones sucesivas. Y tanto para comentar idearios personales como para describir los contornos sucesivos del citado concepto el autor se sirve de una convincente ordenación estructural.

A ella le preceden dos premisas de partida. La primera consiste en la tácita convicción del autor de que el modo más ético de organizar la cosa pública se identifica con los cánones de una moderada democracia pluralista. Tal supuesto se hace patente, por ejemplo, en su elección como interlocutor histórico para narrar los pormenores del Sexenio de «los partidos más avanzados», «los demócratas y republicanos» (p. 119), en sus valoraciones positivas sobre la República, «la primera verdadera democracia española» (p. 246), o en la vinculación del «socialismo» con determinantes conquistas para la participación política y «la defensa del individuo» (p. 17).

La asunción legítima de principios políticos o juicios de valor apriorísticos comporta vidriosos problemas metodológicos. Lo más honesto científicamente es reconocerlos de un modo abierto y claro, pues resulta inverosímil que tales pre-comprensiones no estén presentes en la elaboración de las ciencias sociales. En el caso de la historiografía política, su adopción y contenidos son además fundamentales porque de ellos suele depender el resultado conclusivo final, y de su mayor o menor proyección en los análisis se derivan riesgos específicos. Al igual que para el antropólogo implica un importante error de apreciación valorar una cultura que le es exótica con los parámetros de la propia, el historiador no debe proyectar hacia el pasado valores fundadores de su presente. De hacerlo, incurriría en anacronismos y terminaría realizando una lectura teleológica y evolucionista del objeto tratado, como si por la fatalidad del destino estuviese abocado a tomar la forma que tiene en la actualidad. Ahora bien, el problema se complica para el examen del tracto histórico más contemporáneo, en el que comenzaron a circular valores relacionados con la libertad, el individuo y la democracia sobre los que supuestamente se asientan las últimas constituciones europeas. En ese caso, oponer como contraste a los regímenes políticos que se sucedieron en los siglos XIX y XX los principios y metas del primer liberalismo, lejos de constituir un signo de anacronismo, supone un recurso definitorio indispensable, pues desde el Estado liberal hasta los totalitarismos pasando por las repúblicas de entreguerras modularon su identidad, de un modo u otro, en referencia a los valores inaugurales de la tradición democrática, social y liberal, ya fuese para cercenarlos y negarlos o ya para llevarlos a término.

Pero esto nos coloca ante una nueva disyuntiva, a saber: el discurso oficial

en que se apoyaron los diversos sistemas de ambos siglos invocaba la libertad, la democracia y los derechos del individuo, pese a que el sentido de tales invocaciones no se correspondiese con el alcance que la libertad, la democracia y los derechos tuvieron en sus más exigentes formulaciones. Por lo tanto, el historiador se encuentra así ante una doble tarea, la de precisar el significado que en la cosmovisión hegemónica se atribuía a dichos términos políticos y la de definirlos en contraste con el sentido que estos tenían en su versión más completa y moral, que, repito, se supone –solo se supone– vigente en la actualidad.

Toda esta digresión metodológica se justifica porque, como veremos, esta preferencia del autor por el pluralismo democrático tiene en el texto una función irregular. En términos generales, habría de facilitar el punto de comparación con los modelos vigentes con anterioridad a 1978, sin interrumpir ni menoscabar la explicación del discurso político oficial que les sirvió de base cultural. Y el caso es que así lo hace en bastantes ocasiones, tanto para denunciar la falta de pluralismo hasta 1868, y aun durante el Sexenio (p. 128), como para poner de relieve el carácter excluyente del bipartidismo auspiciado por Cánovas (p. 176). Por eso no se comprende el motivo de que desaparezcan las convicciones pluralistas de fondo en otros momentos, quizá más decisivos, como en buena parte del examen del régimen franquista. Se deduce que Fernández Sarasola quiere evitar toda clase de anacronismo, cuidándose de oponer a realidades pretéritas el marco superior del pluralismo democrático y prefiriendo atender a los atributos distintivos de cada una de las declinaciones históricas de la idea de partido. Pero, comoquiera que no deja de oponerlo en otros fragmentos de la obra, el rango de que goza resulta confuso y el tenor de las conclusiones que alcanza puede generar equívocos.

Baste por ahora citar, antes de seguir profundizando en él, un solo ejemplo de este punto que tratamos: su preferencia por los políticos intransigentes y continuistas de la transición (p. 318), cuyos argumentos considera «más sólidos» y «consistentes» que los esgrimidos por los aperturistas porque, en definitiva, bajo el imperio de los principios incommovibles del «Movimiento» no cabían los partidos, aun disfrazándolos de «asociaciones políticas» con relevancia electoral. Si esto es cierto, no sobra tampoco una mención expresa al trasfondo pluralista y democrático desde el que es posible sostener semejante convergencia, pues, en efecto, un sistema compuesto de una pluralidad de partidos, por irrisoria que fuese, era radicalmente incompatible con la supervivencia de la dictadura, lo cual hacía deseable la ruptura con esta

última más que el rechazo de aquel sistema. Pero más allá del señalamiento de dicha incompatibilidad, interpretable como digo también en términos democráticos, la solidez y consistencia de los defensores integristas del Movimiento equivalía tan solo a la solidez y consistencia de sus intereses particulares protegidos por el régimen.

Si la primera premisa consiste en esta asunción irregular y tácita de la ética democrática, la segunda se corresponde con el concepto-tipo de partido que al autor sirve de guía en su prospección historiográfica. Esta acepción – según la cual el partido es una «asociación» coagulada en torno a una ideología compartida que aspira a «conquistar el poder para realizar su programa» (p. 236)– es la que marca la divisoria entre la prehistoria de los partidos y su andadura en sentido estricto. El gozne entre ambas etapas lo encarna un nombre propio, Andrés Borrego, primer formulador de esa «idea moderna de partido» en la historia intelectual española (pp. 101-109), la cual obtuvo de Manuel Azaña su versión más acabada, aquella que transitaba de «la opinión pública nacional» a las «opiniones en plural» y disolvía, por tanto, los mitos políticos ilustrados y liberales del «bien público», la «voluntad general» o el interés común como entidades compactas, objetivas e indivisibles (p. 247, p. 265).

Este concepto típico funciona además como punto de contraste para poder apreciar, por un lado, lo poco que en realidad tenían de partido la Unión Patriótica de Primo de Rivera o la Falange del franquismo, y por otro, lo que les quedaba para serlo a las dos corrientes de la familia liberal y a las agrupaciones parlamentarias que estas formaron en la España anterior a 1868, consideradas más bien como «tendencias ideológicas carentes de organización y líderes» (p. 61) y desprovistas de «un programa definido» y de la indispensable «cohesión interna» (p. 75). Por eso no se entiende el motivo que lleva al autor a denominarlas, de todas formas, como partidos. Se infiere que su objetivo, propio de la historia conceptual, no es sino ir revelando los diferentes significados que en el vocabulario político y periodístico de la época fueron atribuidos al campo semántico «partido», antes incluso de que éste hubiese sido concebido, o se hubiese materializado, en términos modernos⁵. Pero, en todo caso, no faltan las ocasiones en que el lector no puede distinguir con

5 Así, por ejemplo, indica que, en tiempos del Trienio, «diarios como *La Colmena*, *El Espectador*, *El Zurriago* o *El Amigo del Pueblo* comenzaron a referirse a exaltados y moderados como partidos. De esta forma superaban la primera idea de partido como facción» (p. 61).

claridad si dichas «tendencias» –que no nacían del derecho de asociación, ni expresaban pluralismo alguno, ni contaban con programas verdaderos sometidos al refrendo electoral– son calificadas como partidos por fidelidad a las fuentes de la época o por vaguedad conceptual.

Como se decía, junto a los dos postulados descritos, el abundante caudal de hechos relatados en nuestro texto viene además articulado por una certera distribución basada en principios generales. Cierto es que en el relato prepondera la narración de hechos en detrimento de la exposición estructural. Ello acarrea algunas reiteraciones, comunes, por otra parte, a la historiografía con más vocación informativa que teórica, y visibles, por ejemplo, en el estudio de los autores críticos con los partidos y el régimen parlamentario, los cuales, pese a sus particularidades accidentales, convergían en la defensa de un conjunto reducido de axiomas fácilmente identificable. Pero lo relevante es que, al lado de las habituales remisiones internas, que traban el texto y agilizan una lectura de por sí amena, la exposición se ordena en función de ciertos referentes que aparecen con frecuencia, orientando al lector y permitiéndole sistematizar sus conclusiones. Tales referentes se condensan en la oposición binaria entre Estado y sociedad, marco en el que son inscritas las diferentes acepciones y las variadas dimensiones del partido, visto que, en definitiva, «los partidos se concibieron en algún momento como émulos ya del Estado, ya de la sociedad» (p. 18).

Este esquema implícito permite que la problemática tratada en el libro se despliegue con claridad y en toda su extensión. Referido a la sociedad, el partido, entre otras cosas, se relaciona con el alcance del derecho de asociación, se topa con el dilema de si ha de representar la presunta unidad social o la pluralidad ideológica que caracteriza a la comunidad política, se vincula de un modo revelador con los idearios que pretende materializar y, más recientemente, se halla en tensión con las fórmulas de participación directa y con la existencia de agrupaciones electorales. Y referido al Estado, el partido entabla relaciones con su trasunto en las cámaras, el «grupo parlamentario» –ya sea apoyando al gobierno o en la oposición–, se debate entre ser un «instrumento al servicio del parlamentarismo», como en el sistema bipartidista, o un órgano supremo del Estado mismo, como en las dictaduras, y se coloca en la compleja posición de destinatario de unas normas que él mismo ha contribuido a producir.

Con la estructura abocetada y el acopio documental mencionado, Fernández Sarasola nos propone un recorrido exhaustivo a través de las diferentes

etapas que jalonan la historia española, desde las décadas de la Ilustración hasta la más palpitante actualidad. Por su legítima vocación de dirigirse al «público interesado en la política» (p. 18), y no solo al especialista, nuestro libro detalla los aspectos más relevantes de cada uno de dichos períodos. Es aquí, en la recreación instrumental de la historia política española, donde el recensor se aleja más de los postulados del autor y donde quizá se alojen los puntos más débiles del libro, al menos en la medida en que la referencia al pluralismo político deja de funcionar o funciona intermitentemente, con el resultado de trasladar al lector juicios y observaciones contradictorios entre sí.

No creo, por ejemplo, que el liberalismo gaditano se aproxime tanto a Rousseau, ni que esté tan liberado de referencias premodernas, ni que su concepto de constitución sea ya, a esas alturas, «racional-normativo» (p. 37), algo incompatible con el sostenimiento de principios tradicionales inamovibles hasta para el poder constituyente⁶. Tampoco caracterizaría exactamente a las Constituciones de 1837 y 1845 por su naturaleza transaccional, flexible y proclive a favorecer cierto pluralismo dadas sus continuas «remisiones a la ley» (p. 92) y, por consiguiente, a la dialéctica parlamentaria. Y no lo haría precisamente por la vigencia presupuesta de dichos principios inalterables, por el establecimiento extraconstitucional, y por tanto no sujeto a discusión en las cámaras, de aspectos fundamentales para la construcción del Estado y por la acostumbrada elaboración gubernamental de las leyes, dato que restaba protagonismo a las Cortes⁷. Y aun considerando que tales Constitucio-

6 Sabido es que existe abundante y actual bibliografía sobre el particular, que se decide ignorar, y hasta el mismo Fernández Sarasola sostiene que los herederos del liberalismo doceañista mantenían «la idea de que existían determinados principios intangibles que quedaban al margen de toda discusión» (p. 81). Al obviar el lastre jurisdiccional de este primer liberalismo y la persistencia corporativa en la sociedad hispana de principios del siglo XIX, se deja en consecuencia de mencionar uno de los principales motivos que impedían el florecimiento de los partidos. Y con respecto al concepto de constitución defendido por los primeros liberales, no está de más volver al significado original de la legitimidad racional-normativa para apreciar hasta qué punto no puede identificarse por entero con ella una norma con numerosas referencias historicistas. Para ello, cf. Max WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (1956⁴), México, FCE, 1993¹⁰, 173 ss.

7 Fernández Sarasola cita en este sentido el clásico estudio de Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986, como bibliografía válida «por todos» (p. 93, n. 52) para documentar el asunto de la «parlamentarización» de la Monarquía. En él se identi-

nes se caracterizan por dichas señas, lo más que habrían propiciado sería la división funcional para la praxis parlamentaria del liberalismo en dos grupos diferenciados, fenómeno todavía alejado del partido como institución política. Tampoco convence que el Sexenio, igual de propenso que los regímenes anteriores y posteriores a los estados de excepción y a la represión extralegal de cierta criminalidad, fuese ajeno al aseguramiento del orden público, rasgo que el autor atribuye tan solo a la Restauración (p. 114)⁸. Y, por último, me resulta algo excesiva la calificación de la «Constitución interna» como «exitosa construcción» de Cánovas del Castillo (p. 175), visto que procedía, en todas sus facetas, de bastante atrás⁹.

Estas indicaciones, de cualquier modo, patentizan unas divergencias que solo muestran que la historia político-constitucional española es susceptible de variadas lecturas¹⁰, aunque unas, a mi entender, guarden mayor fidelidad a las fuentes que otras. Caben, sin embargo, algunas otras apreciaciones que señalan, si no contradicciones, sí desde luego tensiones evidentes en los planteamientos de Fernández Sarasola. Por ejemplo, cuando se abre el capítulo dedicado a la República con el título «El pluralismo ‘excesivo’» y se cierra

fica, como rasgo estructural de dicho sistema parlamentario, la práctica «de *delegaciones legislativas* acordadas por las Cortes en favor del poder ejecutivo [...] en campos tan relevantes como el de las leyes orgánicas, las leyes de Códigos e, inclusive, las leyes de Presupuesto», p. 23. Y a dicha práctica se añadía un ejercicio de la iniciativa legislativa mayoritariamente gubernamental y una relegación de la iniciativa parlamentaria a campos secundarios, pp. 88 y 249. El mismo Fernández Sarasola, páginas más adelante, caracteriza el «parlamentarismo liberal» por «‘discutir y no legislar’» (p. 252). Se percibe así hasta qué limitado punto la dinámica parlamentaria encuadrada en las constituciones isabelinas pudo contribuir a la generación del pluralismo y, con ello, de los partidos.

8 Para deshacer cierta mitología liberal resulta de suma utilidad la lectura de Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1985².

9 Basta abrir la fuente bibliográfica que emplea el autor para saber que «Constitución interna es un concepto recurrente a lo largo de todo el constitucionalismo del siglo XIX», cuya función consistió en «oponerse a las pretensiones constitucionalizadoras basadas en principios propiamente liberales», Almudena BERGARECHE GROS, *El concepto de constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española*, Madrid, CEPC, 2002, 11.

10 Obsérvese que casi todas las objeciones realizadas sobre la visión que de la historia constitucional decimonónica transmite nuestra monografía convergen en un punto: en señalar que no es tenido en cuenta el pesado lastre tradicional, y por tanto preconstitucional, que la caracterizaba.

concluyendo que, «[f]raccionada España en dos bloques, desoída la llamada a la unidad política, la suerte de la República estaba echada» (p. 281), el lector espera tropezar con muchas de las convenciones de tono conservador que sobre aquel régimen han ido consolidándose en la última década, en especial la que vincula una situación de ingobernabilidad con un golpe de Estado poco menos que inevitable. Alguna desde luego hay, como creer que «uno de los grandes males que impregnaron la Segunda República [fue] su escasa capacidad de conciliación» (p. 247), vicio que no pertenecía tanto al sistema constitucional republicano –tan integrador que daba cabida política a la región, la mujer, el trabajador y a todos los partidos– como a los políticos, sectores, cuerpos y movimientos que lo destruyeron. Mas, pese a tal consideración, lo que el estudioso hallará realmente es una representación progresista del tracto republicano. Dicha imagen se torna perceptible, en primer término, con la calificación de la República como modelo que abolía «la artificiosidad» de los regímenes anteriores, acababa con «los partidos de notables» y permitía por fin que «los partidos emergieran del pueblo» (pp. 246-249), algo totalmente extraño al corrupto, falsario y oligárquico turnismo impuesto durante la Restauración¹¹. En segunda instancia, con la indicación de que 1931 supuso «una depuración de un parlamentarismo seriamente herido» (p. 249). En tercer lugar, con la útil recordación de que las tácticas de obstruccionismo parlamentario, lejos de ser inventadas o producidas por la República, venían de atrás¹². Y en cuarto –pero no último– lugar, con el muy oportuno apunte de que la República trató «de poner en práctica» un «parlamentarismo racionalizado» que se caracterizaba, entre otras cosas, por «fortalecer al Gobierno» y favorecer «la formación de mayorías estables» para evitar «la excesiva atomización política del Parlamento» (p. 252), es decir, por unos rasgos muy distantes de ese «pluralismo excesivo» que parecía denunciar la titulación del capítulo.

De similar manera procede el autor con su generoso retrato del franquismo posterior a la Ley Orgánica del Estado de 1967. Sobre este asunto vol-

11 Séame permitido introducir un recuerdo relacionado con el pluralismo democrático republicano. Cuando en el otoño del año 2000 consulté por vez primera el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* de la II República me llamó poderosamente la atención cómo todos los hoy denominados grupos parlamentarios se llamaban entonces «minorías», independientemente de la proporción de su presencia en la Cámara.

12 De ahí que en un temprano 1930, como Sarasola nos hace saber, la Derecha Liberal Republicana de Niceto Alcalá Zamora renegase ya del parlamentarismo que «derriba y no combate», p. 252.

veremos enseguida, pero puede ahora señalarse que este presunto «intento de apertura», que supuestamente incrementaba «los cauces de participación ciudadana» (p. 303), puede ser interpretado de modo alternativo, en concreto como una desesperada estrategia de supervivencia y perpetuación en el poder más que como síntoma de tímido democratismo o de incipiente rectificación¹³. Pero, independientemente de la interpretación realizada, la cuestión es que no casa del todo bien creer, por una parte, que se estaba ante «un relevante avance hacia la modernización» (p. 304), y por la otra, criticar el cínico y «casi nulo» asociacionismo que estatuyó el régimen nacional-católico (pp. 310-311).

Estas observaciones, centradas en la ilustración general de la historia político-constitucional española llevada a cabo por Fernández Sarasola, aunque a veces afectan al estudio del objeto central, no restan mérito alguno al notorio esfuerzo reconstructivo exhibido por el autor. De tal esfuerzo, verdaderamente digno de elogio, dan testimonio numerosas manifestaciones: la atención prestada a las condiciones que hicieron posible el rechazo, la emergencia y la proliferación de los partidos y su costosa liberación del estigma de facciosos; el análisis de asuntos vinculados a la temática principal como el derecho de asociación o las concepciones de la representación política y la voluntad general; la renuncia, en lo que el texto tiene de historia intelectual, a realizar una hagiografía al uso, dando por consiguiente cabida a voces solo aparentemente periféricas, que contaban, como en el caso de Manuel Llorente, con el logro de plasmar por vez primera, incluso antes de Andrés Borrego, una idea positiva y pluralista de los partidos (p. 73); y, por último, en lo que tiene de historia más política, cabe destacar un ostensible ánimo de exhaustividad, apoyado en el ya citado vigor documental, que permite al lector conocer las aventuras partidarias de Joaquín Costa y de Ortega y Gasset, el intento de Primo por instaurar un bipartidismo compartido entre Unión Patriótica y el Partido Socialista, el novedoso concepto de partido que supuso la irrupción del Frente Popular, la posición inicialmente perdedora del tradicionalismo en el régimen franquista, los entresijos legislativos e institucionales de la democracia orgánica y los términos exactos de problemas y fenómenos actuales como la ilegalización de partidos políticos por motivos de seguridad –más que por «irradiación o maximización democrática» (p. 332)–, el surgimiento

13 Intento al menos sugerir esa lectura en Sebastián MARTÍN, «Génesis y estructura del 'nuevo' Estado (1933-1947)», en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, 79-135.

de novedosas, significativas y ascendentes formaciones como Unión Progreso y Democracia o la discriminación positiva por razones de género en los cargos públicos.

Y es que nuestro libro cuenta con varios hilos conductores que lo atraviesan por entero y le permiten abordar un repertorio tan variado de temas. A lo largo de sus páginas, como cuestiones recurrentes, aparecen, en efecto, diversos asuntos de calado. Los resortes y el desenvolvimiento de la actividad parlamentaria, las relaciones entre los poderes del Estado¹⁴, los reparos que a lo largo de dos siglos se opusieron al régimen parlamentario, el fenómeno de las coaliciones, el sistema del turnismo, sus antecedentes y las causas de su crisis y disolución, las líneas de fuerza que condujeron a los partidos de masas, las posibles vertientes –orgánica, individualista, mixta– de la representación política y la configuración interna y el mapa de los partidos operantes en la escena hispana, desde las agrupaciones católicas y nacionalistas hasta los partidos de clase, son algunos de los tópicos que el lector podrá ver examinados en este estudio. Un rico entramado de materias en el que destaca una problemática específica, esencial para la teoría y la historia políticas, a saber: los complicados vínculos entre el pluralismo y la unidad, entendidos como factores indispensables, pero en tensión permanente, de la organización social. En este sentido, puede decirse que estamos ante una historia del (accidentado y maltrecho) pluralismo político en España. Aunque no se indague en sus motivos últimos, una de las conclusiones más claras del libro hace referencia a la inexorabilidad de la fragmentación ideológica en una sociedad desencantada, suerte de entropía política que afectó hasta a los colectivos supuestamente más cohesionados por sus creencias dogmáticas, según demuestran las escisiones y divisiones acontecidas en el seno de los partidos nacionalistas, católicos y socialistas (pp. 147, 152, 158) o en el interior mismo de los partidos únicos en que se apoyaron las dictaduras de Primo y Franco (pp. 242, 295, 306). Y en el polo opuesto, el de la unidad, también se contempla en nuestra monografía una cumplida exposición de sus diferentes modulaciones históricas, o, lo que es igual, de la reiterada estrategia desarrollada por determinados sectores políticos para erigirse en representantes exclusivos de la nación, con la consiguiente proscripción de las restantes sensibilidades ideológicas, descalificadas sistemáticamente, y por interesado y duradero influjo

14 Objeto del que Fernández Sarasola es buen conocedor: vid. su trabajo *Poder y libertad. Los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2000.

de la experiencia termidoriana francesa, como «facciones». Una apropiación ilegítima de la representación nacional que no solo fue patrimonio del partido único franquista o de su precedente primorriverista, sino también de las tendencias liberales, coincidentes en su rechazo del pluralismo por incompatible con la «razón» o la «unidad nacional» (p. 89), o del mismo liberalismo doceañista y «exaltado» (p. 57), el cual, Siéyes mediante, reducía la nación al estrato burgués¹⁵.

Como ya se ha insinuado, el lugar notable que ocupa este problema ético de la exclusión del pluralismo en algunos pasajes del texto contrasta con su práctica e incomprensible postergación en el tratamiento del franquismo. La causa de esta desatención relativa acaso sea la adopción de un enfoque inmanente al propio régimen franquista, optando así por representarlo con las propias categorías que este acuñó para concebirse a sí mismo y presentarse (o legitimarse) ante la historia. De ahí que la crítica más fundamentada en este particular, muy oportuna por otra parte, se refiera al desfase entre los grandilocuentes y revolucionarios principios nacionalsindicalistas y la más prosaica realidad institucional del franquismo.

El problema abierto por esta perspectiva inmanente es de notable magnitud. A mi entender, no puede justificarse con el prurito de evitar los anacronismos, puesto que después de 1931 los ideales democráticos y pluralistas eran ya contemporáneos al franquismo, ni con el pretexto de estar realizando exclusivamente historia institucional o del derecho, dado que las instituciones y leyes franquistas respondían y reflejaban unos determinados supuestos sociales o ideológicos de ineludible análisis. ¿Basta, por ejemplo, con que el Fuero de los Españoles mencionase ciertos derechos o con que algún eximio franquista hablase de constitución para concluir que ésta y aquéllos gozaban de vigencia durante la dictadura? Pues igual de evidente que la respuesta a este interrogante resulta que los procuradores en Cortes no representaron nunca «a toda la Nación», ni aun después de las leyes supuestamente reformistas y por mucho que así comenzase a entenderlo, abandonando las concepciones orgánicas, una imposible «teoría constitucional» (p. 305)¹⁶. Y la razón de esta im-

15 A este respecto, continúa teniendo plena vigencia la lectura que Foucault hizo de Siéyes, distinguiendo en su concepto de nación «las condiciones jurídico-formales» –asamblea representativa y legislación común– de las «sustanciales» o «histórico-funcionales». Vid. *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, Akal, 2003, 187-192.

16 Para Fernández Sarasola, «la reforma de la democracia orgánica en 1967 supuso un cambio significativo de teoría constitucional. Si alguna vez habían existido dudas acer-

posibilidad es que, con la mayor parte de la ciudadanía excluida por la fuerza de la esfera pública, con la divisoria entre vencedores y vencidos tan viva como hacía casi tres décadas, nunca, ni antes ni tras 1967, se dieron los cauces para que quienes ocupaban asiento en las Cortes del Reino ostentasen tal cualificada representatividad. Puede objetarse que la consideración plasmada en el libro solo hace referencia a un cambio en la doctrina política y en la legislación franquistas, pero ni ello impide el pertinente señalamiento de dicha exclusión violenta ni tampoco exonera de analizar cuáles eran las condiciones de producción, igual de excluyentes, de esa doctrina y de dicha legislación.

La misma impresión traslada el parecer según el cual las reformas de la dictadura podían realizarse «sin contradicción manifiesta» debido a «la flexibilidad del Movimiento» (pp. 306, 307). Lo que causa perplejidad y desconcierto no es ya el contraste de esta observación con el carácter «permanente e inalterable» de los principios del Movimiento, según el tenor de la ley que los declaraba, sino la creencia de que éste era «evolutivo» y se regía, como Franco afirmaba, por una suerte de «Constitución abierta», que le comunicaba esa flexibilidad «tan distinta de la rigidez característica de los textos liberales» (p. 306). Al conceder crédito a las valoraciones que sobre el régimen hacía su principal valedor, acaso se oscurezcan las verdaderas causas de esa aparente ductilidad de la dictadura, más relacionadas, a mi juicio, con la insignificancia de las reformas, con la arbitrariedad constitutiva del sistema y con las modificaciones imprescindibles para lograr que éste perdurase, remontando la presión social e internacional que lo mellaba. De hecho, hasta qué punto el régimen franquista continuó reaccionando con virulencia frente a cualquier tentativa pluralista real lo demuestran documentos como el decreto-ley de 16 de agosto de 1968, aprobado en plena ‘modernización aperturista’ y dirigido a reprimir con medidas militares todas las conductas que pretendiesen alterar los «valores intangibles» del Movimiento; clara prueba, como puede observarse, de que la dictadura, hasta su mismo final, solo supo responder con las armas y los sables frente a cualquier verdadero intento de democratización. Y es que la democracia parlamentaria no fue el resultado de una evolución interna del Estado franquista sino una conquista de la sociedad ejecutada contra el régimen.

ca de la representatividad de los procuradores, a partir de la Ley Orgánica del Estado éstas quedaban disipadas. Los diputados ostentaban una representatividad política ya que, aunque elegidos por los distintos grupos orgánicos, en realidad representaban a toda la Nación, y no sólo a los sectores que los habían designado», p. 305.

La ausencia del referente ético del pluralismo democrático, la óptica reacia a juzgar a cada instante las intenciones y exclusiones reales del oficialismo franquista, hacen además que se incurra en la mayor, y acaso única, omisión en un libro distinguido por su exhaustividad. Me refiero al olvido de la decisiva experiencia del Partido Comunista durante la dictadura, que no equivale tan solo a la historia de la resistencia antifascista en la clandestinidad, ni se agota en un episodio más de las formaciones partidarias clasistas, sino que transmite también variaciones de interés en el concepto mismo de partido y en el de sus funciones político-sociales, pues pocos partidos hasta el momento habían desempeñado una función de socialización y educación política tan intensa como lo hizo el comunista, del que puede hasta afirmarse que forjó una sub-sociedad, con todas sus solidaridades, interdependencias y jerarquías, en el interior mismo de la sociedad española. De haberse atendido a este punto –y podía haberse hecho, pues Fernández Sarasola es consciente de que los partidos habitaban «en los *extra muros* del sistema» (p. 315)–, se habría enriquecido además el relato de la transición, cuya decantación electoral estuvo determinada por el ánimo expreso de excluir del gobierno al comunismo.

Estamos, pues, ante un libro de contrastes. Por un lado, siempre según mi discutible opinión, cuenta con fragilidades en su enmarque histórico del objeto y con esta notoria omisión recién aludida. Pero, por otro, nos encontramos ante un ensayo muy bien redactado, de grata lectura, con un inusitado soporte documental, con estructura expositiva de fondo y con un afán abarcador, signo a mi juicio de calidad y excelencia investigadoras, que permite al estudioso ver examinados con soltura prácticamente todos los temas imaginables relacionados con la historia de los partidos políticos en la España contemporánea. Su lectura deja incluso, al menos al lector español¹⁷, una duda desasosegante en relación a su presente político: vista la misión que han ido cumpliendo los partidos, ora sosteniendo la unidad y el poder del Estado, ora canalizando la pluralidad ideológica de la sociedad, ¿es coherente que en el tiempo de la democracia constitucional, en el que habría de primar el pluralismo sobre la razón de Estado, se cuen

¹⁷ Aunque no solo, pues la problemática quizá posea rango general: vid. los informes de Michael STOLLEIS, Heinz SCHÄFFER y René A. RHINOW sobre el interrogante «Parteiens-taatlichkeit - Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 44 (1985), 6-168.

te con un sistema, el llamado bipartidismo, enderezado principalmente a garantizar la gobernabilidad y la estabilidad de la institución estatal? Si en un régimen democrático prevalece un modelo de corte estatalista, tendente a los «partidos de notables» y compatible incluso con la prohibición de agrupaciones mediante leyes estatuidas *ad hoc*, ¿dónde se localiza el fallo?, ¿dónde se ubica, y cuáles son los supuestos, del punto de inflexión que nos aleja de la lógica constitucional para arrojarnos de nuevo en brazos de la lógica estatal?, ¿de qué modo, en definitiva, cabe cohonestar las exigencias constitucionales del pluralismo con las inercias insuperables de un «Estado de partidos» en el que éstos, que no llegan a sumar más de dos, «monopolizan la democracia»¹⁸?

18 [Es evidente que a este repertorio de interrogantes dio respuesta la propia realidad política española apenas un lustro después de formularse.]

III. JURISTAS, SABERES JURÍDICOS Y FACULTADES DE DERECHO

CAPÍTULO 6

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN SALAMANCA¹

En pocas facultades de derecho se cuida la memoria profesional y disciplinar como en la de Salamanca. Pudiera creerse que obliga el objeto de estudio, una institución universitaria de notable abolengo, concentrada durante buena parte de su historia en la enseñanza del derecho, hasta el punto de constituir sede central de una escuela célebre, y con relevancia internacional, de juristas castellanos. No obstante, pese a su importancia intrínseca, poca cosa son los objetos históricos si no cuentan con la sensibilidad y el esfuerzo de las personas que los desvelan y reconstruyen.

Con el libro reseñado, estamos justamente ante uno de esos casos en que una iniciativa científica convoca a un grupo de expertos valiosos, capaces de mantener a lo largo del tiempo una dedicación regular, plasmada en resultados periódicos. Desde la misma presentación se nos advierte de que los «afanes» cristalizados en el libro que reseñamos proceden de «hace unos cuantos años» (p. 9), y tienen ya en su haber varios títulos, empezando por el «número monográfico de *Salamanca. Revista de Estudios*» dedicado en 2001 a Salamanca y los juristas, prosiguiendo por el volumen colectivo publicado en memoria de Francisco Tomás y Valiente con el título de *El derecho y los juristas en Salamanca* (siglos XVI y XX) y concluyendo por el conjunto de estudios reunidos en el libro *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*.

Se trata, pues, de una publicación que pretende continuar una senda de investigaciones dedicadas a los juristas y al estudio y práctica del derecho en la ciudad de Salamanca, o, por expresarlo con definición de Pilar Arregui, a «conocer más y mejor el pasado jurídico salmantino» (p. 389). En esta ocasión, los frutos del estudio se han plasmado en una colección de siete trabajos, cuya generosa extensión demuestra que todavía existen cantones que no se han rendido a una brevedad impuesta, incompatible la mayoría de las veces con los ensayos historiográficos documentados con rigor. Ordenados cronológicamente, entre los mismos hallamos visiones de conjunto, como la

1 Recensión de Salustiano de Dios, Eugenia Torijano (coords.), *Cultura, política y práctica del Derecho. Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, originalmente publicada en *CIAN-Revista de Historia de las Universidades*, 16/2 (2013), 202-209.

suscrita por Salustiano de Dios sobre los «juristas de Salamanca» entre fines de la edad media y comienzos de la moderna; encontramos también estudios institucionales, como los dedicados por Baltasar Cuart y Pilar Arregui a los colegios mayores y a las audiencias de lo criminal, respectivamente; y hay, también, estudios biográficos, como los de M^a Paz Alonso y Javier Infante, exámenes de profesiones jurídicas, como la del oficial ilustrado a cargo de Ana M^a Carabias, y reconstrucción de episodios históricos relevantes, como el de la intervención de la facultad de jurisprudencia con ocasión del proyecto de código civil de 1851 analizada por Eugenia Torijano.

Detengámonos unas líneas en cada una de las contribuciones apenas apuntadas, con la única intención de presentar sumariamente contenidos e invitar a la lectura.

Salustiano de Dios ofrece una visión de conjunto de la universidad salmantina y de los estudios de jurisprudencia durante el siglo xv. Examina la dimensión corporativa de la institución, atendiendo a los sucesivos estatutos y constituciones que le fueron otorgados. Analiza la intervención de la universidad en los debates teológicos y eclesiásticos de la época, como el «duro» «pulso» habido «entre conciliaristas y defensores de la plenitud de potestad del papa» (p. 36), indicándose cómo, desde el reinado de Isabel y Fernando, se convertiría en un centro signado por «la más estricta ortodoxia católico-romana y la fidelidad monárquica» (p. 16). Repasa las enseñanzas jurídicas que en ella se impartían, concentradas en la explicación del «derecho común», al que se añadía el estudio de los textos «regios más notables» (p. 17, p. 31), generándose una tensión, la abierta entre el derecho del rey y un «derecho común» que los juristas querían hacer «de aplicación en el reino» (p. 44), que ya caracterizaba el oficio y los debates jurídicos. El autor documenta además la trayectoria profesional de algunos «letrados juristas salidos de Salamanca» (p. 24, p. 39) y desciende a explicitar los motivos que entonces se esgrimían para explicar «la alergia de los salmantinos por la escritura» (p. 40). Ilustra asimismo la influencia general del humanismo en la universidad, que contrastaba con la ausencia de «inquietudes humanistas» entre los juristas, continuadores sin más del *mos italicus* (p. 48). Y concluye, por último, recorriendo la historia de la enseñanza jurídica en Salamanca bajo los Reyes Católicos, cuando el derecho civil alcanzó las cotas del canónico, «la declaración e interpretación del sistema de fuentes castellano» (p. 52) conformaba una problemática de primer orden y la «firme ortodoxia religiosa» (p. 57) se saldaba con condenas a catedráticos heterodoxos y se

concretaba en las «prácticas vejatorias» derivadas de la «limpieza de sangre» (p. 58).

Tales prácticas ocupan asimismo un lugar central en la contribución de Baltasar Cuart sobre «los colegios mayores salmantinos durante el siglo XVI». No se trata, sin embargo, de un estudio institucional en el sentido estricto y genérico del término, sino más bien del análisis de los «expedientes *de vita et moribus*»² formados por los «colegiales averiguadores» con ocasión de la provisión de vacantes. Al tener que cumplir los aspirantes a cubrir las exigencias consignadas en los respectivos estatutos, dichos colegiales «pesquisidores» debían averiguar, a través de entrevistas a convecinos, sus antecedentes y circunstancias familiares. Con acierto, toma el autor este campo documental como laboratorio en el que observar el «funcionamiento de todo un tejido social» (p. 72), donde se daban cita habitual cuestiones como la propia de la «limpieza», pero también la más general de la relación e interacción entre los habitantes y los linajes del reino, asunto equiparado a la formación misma de una suerte de «opinión pública», cuyo rastro habitualmente esquivo queda bien documentado en este tipo de fuentes de base oral y composición transversal.

Tomando, pues, esta base documental como principio de partida, el texto recrea y explica las corruptelas recurrentes en este tipo de pesquisas, las tácticas adoptadas por los linajes conversos para esquivar la discriminación y, en fin, los temores o complicidades vividos por los testigos respecto de las familias objeto de indagación, todo ello con un detallado análisis casuístico de estas «probanzas», consistentes en que «unos vecinos tenían que dar su opinión sobre otros vecinos», con independencia de su estatus pero con la necesidad de estar en posesión del «de cristiano viejo» para poder «hablar de linajes» y «deslindar linajes» (p. 89).

También puede inscribirse en el *case study* la contribución de Ana María Carabias, suscitada por la lectura de las investigaciones de Jean Pierre Dedieu y su grupo de investigación sobre la «historia social de la administración española» en la época moderna. El propósito del texto es poner de relieve algunas «variables dignas de ser contempladas», pero ignoradas o minusvaloradas por el profesor francés, a través del examen de un caso particular, el de la

2 Así define el autor la fuente empleada: «Los expedientes *de vita et moribus*, formalmente, no eran sino las respuestas a un cuestionario, una especie de encuesta oral, que un colegial mayor planteaba a una serie de personas, hombres y mujeres, para averiguar la idoneidad de un linaje al que pertenecía un aspirante a una beca colegial», p. 75

«familia Roxas y Contreras» (p. 147). Con un revelador ejercicio de distinción conceptual entre los términos «letrado» y «abogado», la autora procede a fijar unas «cuestiones para el debate» con las posiciones sostenidas por De-dieu sobre «la sustitución de los letrados por abogados» en el siglo XVIII, a su juicio erróneas tanto por la asimilación que practica entre «los colegiales mayores con los letrados» como por la efectiva compenetración existente entre quienes se llamaron «abogados» y «letrados» (pp. 153-155). Así, a juicio de la autora, lo que verdaderamente decayó no fue la figura del letrado, sino la del «colegial mayor», consecuencia del cierre de los propios colegios mayores. Y todo ello es lo que se quiere dejar mostrado con la reconstrucción del ejemplo familiar aludido, que cuenta con antecedentes que emplearon «los colegios mayores como medio de ascenso socio-laboral» y con descendientes que, ante la decadencia colegial, hubieron de activar nuevas estrategias de promoción en el interior de la maquinaria administrativa.

Una «biografía académica», en el impecable sentido clásico del término, es el contenido de la contribución siguiente. La dedica M^a Paz Alonso –experta reconocida en la historia de la cultura jurídica salmantina³– a la figura de un catedrático despreciado por la historiografía jurídica, al tratarse de un autor tradicional, refractario a los llamamientos ilustrados y racionalistas de los Ramón de Salas, Juan Meléndez Valdés o Juan Justo García. Tal «absolutista opuesto a cualquier intento de crítica al derecho regio» (p. 240) era Vicente Fernández de Ocampo. Su biografía arranca en el «entorno familiar», donde acaso fue determinante el fracaso universitario de su progenitor y, desde luego, la penuria económica y la protección obispal. Continúa con su periodo de formación, prosigue con el examen de su dedicación inicial a la abogacía y pronto se detiene en la parte central del trabajo, la dedicada a su «actividad académica». Se registran en ella los méritos, anécdotas, sinsabores y preferencias que le llevaron a las diversas cátedras que desempeñó, las diferentes materias que impartió, las relaciones académicas, no siempre pacíficas, que entabló con sus pares o su especial dedicación al derecho patrio. Por último, hay también espacio para el repaso de los cargos y nombramientos con que fue investido. De cualquier modo, no se trata solo de la reconstrucción de una

3 Son de cita obligada su clásico estudio *Universidad y sociedad corporativa: historia del privilegio jurisdiccional del estudio salmantino*, Madrid, Tecnos, 1997 y la reciente y completa recopilación de escritos *Salamanca, Escuela de juristas*, Madrid, Universidad Carlos III - Dykinson, 2012, donde también se encuentra recogida (pp. 539 ss.) la biografía que pasamos a reseñar.

singladura profesional, pues a cada paso salta a la vista del lector el exacto conocimiento que la autora tiene del contexto institucional y cultural en que Ocampo se desarrolló: de los complicados mecanismos de provisión de cátedra a los privilegios universitarios, de las consecuencias y los pormenores de las reformas universitarias carolinas al lugar clave ocupado por la *Instituta* en la enseñanza jurídica o a la tortuosa penetración en ella de las materias de derecho patrio.

Ya se va observando cómo, salvo el estudio inicial y, según veremos, también el final, el volumen que reseñamos va dibujando un escenario general a base de estudios de casos particulares. También lo es el de Eugenia Torrijano sobre el informe que la facultad de jurisprudencia emitió con ocasión del proyecto de código civil de 1851⁴. Si la biografía redactada por M^a Paz Alonso sirve al lector para tomar el pulso de la enseñanza jurídica en la Salamanca de la segunda mitad del siglo XVIII, el estudio que ahora nos ocupa ilustra bien la cultura jurídica dominante en la España isabelina. Se examinan en él todos los pasos –solicitud gubernamental, formación de la Comisión, elaboración– que desembocaron en la redacción del informe, así como la trayectoria y perfil de cada uno de sus autores. Seguidamente, y en lo que constituye el núcleo de la aportación, se intentan explicar los motivos de las «posiciones conservadoras» y del silenciamiento de los derechos forales que marcaron el tenor de aquel dictamen. En el desbroce del informe, saltan cuestiones de sumo interés, como el concepto de código manejado por aquellos profesores (p. 342) o las opiniones reacias a la labor misma de la codificación civil, que a su juicio vendría a empeorar en algunos puntos la regulación suministrada por las viejas leyes españolas. Y en lo restante, el lector podrá perseguir por orden un cumplido resumen de los contenidos del informe analizado.

De la facultad a los tribunales salta el siguiente estudio, suscrito por Pilar Arregui. Pieza de historia de nuestra justicia penal decimonónica, la contribución atiende a la puesta en planta, desarrollo y supresión de las «audiencias de lo criminal de Ciudad Rodrigo y Salamanca», desde su creación por la *Ley adicional* de 1882 hasta su eliminación, caso de Ciudad Rodrigo, o conversión en audiencia provincial, caso de Salamanca, en 1892. La fun-

4 Asunto paralelo le ocupó en una de sus contribuciones anteriores sobre historia jurídica salmantina: Eugenia TORRIJANO, «Salamanca, Toribio Núñez, Jeremy Bentham y el Derecho Penal: el Informe de la Universidad de Salamanca sobre el Proyecto de Código Penal de 1822», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Eugenia Torrijano (coords.), *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, 259-310

dación de tales audiencias constituyó un elemento más dentro del proceso de modernización de la justicia penal en España, impulsado por varias transformaciones apuntadas por la autora: la publicidad y oralidad del juicio, el paso consiguiente del modelo inquisitivo al acusatorio, el principio de «instancia única» y la separación de la fase instructora respecto de la resolución del proceso. En el escrito se detallan los proyectos fallidos, las leyes inaplicadas por motivos presupuestarios y la «división judicial del territorio» que precedieron a la creación de estos «tribunales colegiados», para dar paso después a un completo análisis de su composición, funciones y ordenación interna y concluir con las circunstancias de su eliminación o transformación. Especial interés encierra el examen de la institución del jurado en las dos audiencias estudiadas, asunto que queda eficazmente descrito a través de la reconstrucción del proceso por el «Crimen de Peñaranda», «primer ensayo del juicio por jurados en la Audiencia de lo Criminal de Salamanca» (p. 453).

En último lugar figura la decisiva contribución de Javier Infante sobre la facultad de derecho de Salamanca en el primer franquismo, asunto que, desde una perspectiva más institucional, había sido tocado por Manuel Martínez Neira en la segunda entrega de esta serie de investigaciones histórico-jurídicas salmantinas⁵. El capítulo nos recrea la Salamanca de los años de guerra y posguerra, revelando el carácter central de la ciudad en la configuración primera de la dictadura y la pronta adhesión de la universidad a la sublevación. Centrado especialmente en el profesorado de la facultad jurídica, el autor repasa la nómina de «los derrotados», algunos de ellos, como Wenceslao Roces o el mercantilista José de Benito, exiliados en el extranjero tras el triunfo nacionalcatólico, y otros, como el conocido penalista José Antón Oneca⁶, exiliados en el interior. Encierra particular valor este acercamiento biográfico por lo que tiene de necesaria restitución y justo homenaje a los profesores fieles a la democracia, entre los que se incluye también al profesorado auxiliar, frecuentemente olvidado en las biografías académicas pese a recaer sobre sus espaldas, como muestra el estudio que reseñamos, la mayor parte del peso de la enseñanza. También son enumerados «los vencedores» y pre-

5 M. MARTÍNEZ NEIRA, «La Facultad de Derecho de Salamanca en la posguerra», en Salustiano de Dios, Javier Infante, Eugenia Torijano (coords.), *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, 149-207.

6 Téngase presente que el autor ya dedicó un estudio al citado penalista: J. INFANTE, «José Antón Oneca (Madrid, 1897-Madrid, 1981) y su aportación a la historia del Derecho penal contemporáneo en España», en *El Derecho y los juristas en Salamanca*, 669-703.

sentados según su dispar implicación en el golpe: algunos con peso notorio en la legitimación de la dictadura, con presencia reiterada en los tribunales y comisiones encargados de aplicar las represalias y con carrera fulgurante tras la guerra; otros, de inequívoco apoyo a la sublevación pero con un compromiso de menor intensidad; y otros, en fin, llegados a Salamanca en la primerísima posguerra y de relevancia académica creciente. En el caso particular de los vencedores, y entre otras revelaciones biográficas, destaca la indicación, sobre la base de las investigaciones de Francisco Espinosa, de las actividades colaboracionistas desempeñadas por José M^a Gil Robles a mayor gloria de los rebeldes.

De entre los juristas rendidos a la causa franquista destaca el autor, por su empeño y adhesión incondicional, a tres, a los que llama «soldados distinguidos»: el canonista Teodoro Andrés Marco, el iusfilósofo Wenceslao González Oliveros y el penalista Isaías Sánchez Tejerina.

El primero de ellos, desde tiempos de Primo de Rivera, comenzó a jugar un «papel creciente de coordinador entre la Iglesia salmantina y los sectores más reaccionarios de la Universidad» (p. 507), compromiso que habría de traducirse, ya en la República, en la implicación plena con el golpismo. Durante la guerra se entregaría a la legitimación y a las prácticas represivas del régimen naciente, con la redacción del conocido *Mensaje de la Universidad de Salamanca* y con su participación en la comisión depuradora del profesorado universitario. Para redondear la semblanza del citado jurista, el autor también examina su tratado de derecho canónico y repasa los resultados de sus líneas de investigación.

Todavía mayor involucración con la(s) dictadura(s) tuvo González Oliveros, hasta el punto de que su trayectoria demuestra cómo la comprensión del franquismo (de las élites que le prestaron apoyo y sustento) es inseparable del conocimiento cabal del régimen primorriverista. Activo miembro de los círculos periodísticos y políticos antirrepublicanos desde 1931 y simpatizante del racismo nacionalsocialista, llegaría durante la guerra a ser «hombre de confianza» del mismo Franco, algo que no pudo menos que valerle numerosísimas recompensas institucionales en posguerra, del nombramiento como presidente del Tribunal Nacional de Responsabilidades Políticas o como gobernador civil de Barcelona –cargos ligados al ejercicio más brutal de la represión de la izquierda y del catalanismo– a la consecución de la cátedra filosófico-jurídica de la Central, en atención a «los grandes méritos prestados a la Causa Nacional» (p. 522), por citar solo algunos de los ejemplos relatados

en el texto, en el que también se expone sucintamente su ideario jurídico.

Por último, el caso del penalista Sánchez Tejerina vuelve a mostrarnos el itinerario seguido por un jurista conservador, entregado al apoyo de la sublevación con las armas del discurso jurídico, colaborador de la represión y beneficiario ulterior de prebendas institucionales, autor además de una obra, también examinada, que, a juicio certero del autor, fue desde el «rigor académico al más desmadrado fanatismo» (p. 551).

Conviene dejar anotado además que en la contribución de Javier Infante se hace visible una sensibilidad con la memoria democrática, por desgracia infrecuente entre académicos del derecho, cuando se resalta el tardío e insuficiente reconocimiento a las víctimas por parte de la universidad, al tiempo que persisten placas y lienzos en homenaje a los verdugos.

¿No cuenta, pues, el libro recensionado con extremos susceptibles de crítica? El reseñador cree que algunas semblanzas habrían quedado mejor redondeadas si se hubiera complementado la documentación con la consulta de fuentes depositadas en el Archivo General de la Administración. Piensa igualmente que el paso necesario desde el análisis de casos particulares hasta las conclusiones de índole general no se consuma siempre de modo satisfactorio. Pero sobre todo sostiene, y de ahí la conveniencia de la recensión, que el libro colacionado, y la serie de investigaciones en la que se inscribe, dan un ejemplo digno de emular por otras facultades de derecho de nuestra geografía universitaria.

CAPÍTULO 7

ACTUALIDAD DEL DERECHO POLÍTICO ANTOLOGÍAS, REEDICIONES E INICIATIVAS DE RECUPERACIÓN DE UNA DISCIPLINA JURÍDICA HISTÓRICA¹

I. INTRODUCCIÓN: DOS MODOS POSIBLES DE CONTEMPLAR EL DERECHO POLÍTICO

La polémica en torno a los contenidos que ha de cultivar la disciplina jurídico-constitucional parecía haberse desvanecido no hace mucho. Pablo Lucas Verdú, uno de los máximos defensores del regreso a la denominación y espíritu tradicionales del constitucionalismo español, recordó en su momento que el repliegue formalista impide dar cuenta de «los factores políticos que condicionan la normatividad constitucional»². Retomaba así los temas del célebre debate que mantuvo en los primeros años ochenta con Eduardo García de Enterría, ocasión en la que el citado administrativista levantaba acta de defunción de los discursos jurídico-políticos pretendidamente omnicomprendivos, mientras que Lucas Verdú se resistía a convertir la materia constitucional en una técnica desprovista de aliento ético, en una materia jurídica ordenancista, análoga, en sus fundamentos, al propio derecho administrativo³.

Este superado dilema de la ubicación del constitucionalismo, oscilante entre el análisis social, político y cultural del propio ordenamiento constitucional, y la dogmática conceptual construida sobre el mismo, parece haber reverdecido a juzgar por la aparición de algunas publicaciones recientes. Tal rebrote puede que no sea más que una apariencia ilusoria, y no solo por el carácter minoritario de sus valedores. En rigor, los autores y textos que a continuación van a interesarnos no se inscriben propiamente en la disyuntiva doctrinal mencionada. Por un lado, la antología de textos que vamos a examinar

1 Publicado originalmente en *CIAN [Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija]*, 11/2(2008), 213-286.

2 P. LUCAS VERDÚ, «¿Una polémica obsoleta o una cuestión recurrente?: Derecho constitucional versus Derecho político», *Teoría y realidad constitucional*, 3 (1999), 55-59 (58).

3 Vid., de una parte, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985³, e Id., «El Derecho Constitucional como Derecho», *REP*, 15 (1982), 7-20, y, de otra, P. LUCAS VERDÚ, «El Derecho constitucional como Derecho administrativo. (La 'ideología constitucional' del profesor García de Enterría)», *REP*, 13 (1982), 7-52.

en primer lugar está plenamente reconciliada con la orientación dogmática predominante, interesándole tan solo la recuperación de las obras de nuestros constitucionalistas pasados como un capítulo indispensable, ilustrativo e introductorio de nuestro actual derecho constitucional. Por otro lado, la reciente reedición del *Derecho político* de Elías de Tejada, así como la colección *Prudentia iuris* en que se aloja, y los estudios impulsados por el grupo de autores coagulado alrededor de la revista *Empresas políticas*, muestran un claro repudio por la tecnificación positivista del constitucionalismo, pero por motivos bien diversos a los que esgrime Lucas Verdú, pues, en este caso, el rechazo al positivismo jurídico encubre una enmienda general al mismo Estado constitucional, mientras que la intención del profesor salmantino ha sido siempre la de profundizar en la cultura constitucional poniendo el conocimiento al servicio de «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»⁴.

Con respecto a la controversia señalada, al no enjuiciarse en un caso la dignidad de la dogmática y al pretenderse en otro la construcción de un saber político «realista» —es decir, acomodado a los poderes sociales tradicionales— ajeno a la constitución —en lo que ésta pueda contrariar a aquéllos—, este tipo de iniciativas que abordaremos no aportan entonces ni reflexiones novedosas ni rectificaciones dignas de ser tomadas en cuenta. Su naturaleza ha de colocarse más bien en otros parámetros distintos —didáctico o científico, uno; político, el otro—, los cuales acaso pongan ante nuestra mirada las dos posibilidades de contemplar hoy día una disciplina jurídica histórica que ha experimentado en su desenvolvimiento una cesura irreversible por obra de la implantación de la democracia constitucional. Siendo, en efecto, sumamente complicado basar la fisonomía presente del constitucionalismo en una tradición disciplinar desenvuelta casi por entero a las afueras de la constitución⁵, el camino habitual seguido por la mayoría de las disciplinas jurídicas de fundamentar (y naturalizar) en la historia sus conceptos basilaes queda obstruido, permaneciendo expeditas solo las dos vías restantes de objetivar lo acontecido mediando la historiografía o de intentar reactualizarlo con propósitos políticos. En buena medida, y con las particularidades que iremos viendo, estas son las dos formas —no necesariamente excluyentes— en que el derecho político pasado puede cobrar hoy cierta actualidad.

4 P. LUCAS VERDÚ, «¿Una polémica obsoleta?», 57.

5 Cf. Bartolomé CLAVERO, «Editar clásicos como empresa pública en tiempo constitucional», *AHDE*, 55 (1985), 793-806, especialmente sus indicaciones sobre los cursos de derecho político dictados en el Ateneo.

Así lo demuestran al menos el conjunto de publicaciones que seguidamente vamos a repasar y que van a servirnos también como excusa para el planteamiento de alternativas propias. En el primer caso, y como ejemplo del análisis historiográfico del derecho político, examinaremos como se ha dicho una reciente antología de textos de la citada disciplina. Junto a la recensión crítica de los contenidos que en ella podemos encontrar, iremos también esbozando otro acercamiento posible a la «memoria» del derecho político⁶. En el segundo caso, y como intentos de recuperación de un discurso jurídico preconstitucional, acometeremos como se ha indicado el análisis de la reciente publicación del *Derecho político* de Elías de Tejada, interesando asimismo la colección de tonalidad histórico-jurídica *Prudentia iuris* en que se integra, así como el de la revista *Empresas políticas*, dedicada también, tanto en sus artículos como en sus prolongaciones editoriales, a poner en distribución textos de derecho político. Esta parte del trabajo supone ya ocasión para un ejercicio más teórico-jurídico, e incluso cívico, de exposición y crítica del pensamiento jurídico conservador, no solo de sus premisas teóricas sino también de su evolución reciente y de los resultados políticos concretos que entraña.

II. PROPÓSITOS Y CONTENIDOS DE UNA SELECCIÓN DE TEXTOS

1. *Postergación de la historia de la ciencia*

Tal y como he sugerido, creo que la antología suscrita por Francisco Manuel García Costa bajo el título *La ciencia española del derecho político-constitucional en sus textos (1808-1939)*⁷ podría, en principio, situarse en el camino de la objetivación historiográfica, siquiera sea facilitando unos primeros materiales de trabajo presentados con un estudio preliminar sobre la evolución de la disciplina⁸. Si existen en esta obra inclinaciones políticas, se identifican con la adhesión a la modernidad ilustrada, y si se parte de una determinada perspectiva, aunque no se explicita ni tematicé, esa es, como se ha indicado, la de valorar positivamente la vigencia de «una Constitución racio-

6 Cf., para los motivos encerrados en la expresión citada, el texto de Carlos PETIT, «De la *historia* a la *memoria*. A propósito de una reciente obra de historia universitaria», *CIAN*, 8 (2005), 237-279.

7 Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

8 F. M. GARCÍA COSTA, «Progreso de los estudios político-constitucionales en España», 21-42.

nal-normativa», lo que lleva no solo a apreciar tácitamente el salto desde la preocupación tradicional por desentrañar «la realidad política» (p. 23) hasta el positivismo actual, sino también a indagar preferentemente en las fuentes pretéritas el tratamiento que obtuvo la norma constitucional, incurriéndose así, según veremos, en un posible, primer anacronismo.

No sería esta la única razón que aleja a nuestra recopilación de textos de las directrices de la epistemología y la historiografía de las ciencias, entre las cuales destaca aquella que recomienda atenerse a las preferencias y convicciones de nuestros antepasados antes que proyectar sobre ellos los actuales criterios de validez científica. Y no es que se desconozca tal premisa, puesto que, en respuesta al interrogante retórico planteado años atrás por Joaquín Varela-Suanzes⁹, se repudia expresamente aplicar al constitucionalismo histórico «los actuales parámetros de enjuiciamiento sobre qué sea o en qué consiste la Ciencia del Derecho constitucional» (p. 33). El problema es que dicho rechazo no se traduce finalmente en una seria toma en consideración de los diferentes modos históricos de cientificidad del derecho político-constitucional, sino que se concreta, por ejemplo, en la atribución de un «espíritu apologético y panfletario» a autores como Ramón Salas, desoyendo así las continuas invocaciones que el liberal hacía de la «ciencia social»¹⁰ y desconociendo, por consiguiente, que la transformación de la realidad conforme a postulados racionales era no solo un factor consustancial al discurso científico-social de entonces, sino su rasgo más sobresaliente y distintivo¹¹.

Esta relativa falta de interés por esclarecer los criterios de cientificidad pasados no es el único motivo que nos separa de la epistemología. La escueta dimensión del estudio preliminar, los objetivos expresamente perseguidos con el acopio de textos y los móviles explícitos del antologista impiden también extraer de nuestra obra la esperada utilidad histórico-científica. Dejando a un lado el prurito nacionalista, y por tanto, escasamente científico, de dar a conocer autores españoles para reparar el agravio que supone su ig-

9 Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, «¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho constitucional en la España del siglo XIX?», *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, num. 9 (1997), 71-128.

10 Vid., por ejemplo, las pp. 10 y 11 de sus *Lecciones de Derecho público constitucional* (1821), Madrid, CEC, 1982.

11 La obra de Ramón Salas anteriormente citada, tenida en la antología, y reconocida aquí, como primera obra de rigor constitucional, era inseparable de un programa específico de reformas, concretado, por ejemplo, en la abolición de privilegios, señoríos o monopolios.

norancia en contraste con el conocimiento de «cualquier italiano, francés o alemán de segunda fila», convendremos que no derrocha ambición heurística la elaboración de una antología para consumo –¿como entremés?– de «alumnos» de derecho constitucional –que no de historia del derecho– o para colmar una hipotética laguna, al no existir hasta ahora una «colección en la que se recogieran (*sic*) a nuestros maestros de Derecho político-constitucional» (p. 17).

Es esto además un ejemplo claro de injerencia en la esfera del saber de las priorizaciones objetivas generales, frecuentemente ajenas, y hasta opuestas, a las preferencias científicas, pues, aunque ser el primero en hacer algo pueda tener relevancia en algunos casos, de ningún modo constituye un valor absoluto, sobre todo cuando el juicio final depende de la oportunidad y calidad de la labor acometida. Tampoco circulan colecciones semejantes en otras ramas del derecho y en nada se tiene por qué resentir por ello el rigor de sus contribuciones actuales; y si de lo que se trata no es tanto de rellenar un discutible vacío del constitucionalismo actual, sino de elaborar una reconstrucción histórica de sus precedentes, entonces resulta indispensable que la recopilación vaya guiada por criterios historiográficos, radicando en el buen uso de éstos su valor más que en la posición en que aquélla se haya dado a la imprenta.

Por eso la publicación de una antología en un campo del saber en que antes no existía no evita *per se* «la sobreabundancia de obra publicada» sobre la que nos advierte el autor, ni cumple el mandato orteguiano de «no publicar obras superfluas» que dice seguir, como tampoco la científicidad de una contribución queda asegurada, según se pretende, por la mera edición de un trabajo «inédito o, al menos, original», cosa además que no llega siquiera a realizarse, no ya porque sea propio de la antología recoger materiales ya editados, sino porque hasta el mismo estudio preliminar que la presenta trae en buena parte origen de un artículo del mismo García Costa sobre Ramón Salas publicado tres años atrás¹². Mayores esperanzas en relación a los «requisitos exigidos» para obtener rango científico que el autor se impone suscita su encomiable propósito de rescatar del «olvido» a los «más importantes constitucionalistas españoles», el irreprochable objetivo de «volver la mirada sobre algunos de los ‘diálogos perdidos’ de nuestra disciplina» o el afán más general de «estudiar los orígenes y evolución» del derecho político y constitucional (pp. 17 y 18).

¹² F. M. GARCÍA COSTA, «Las Lecciones de Ramón de Salas y los orígenes de la Ciencia española del Derecho constitucional», *Empresas políticas*, num. 6 (2005), 35-48.

La nuda y preliminar enumeración de los objetivos no tiene por qué verse materializada del todo en el desarrollo del trabajo. Aunque iremos contemplando su grado de cumplimiento, conviene señalar ahora al menos tres carencias.

En primer lugar, si se trata de recrear la memoria de una disciplina jurídica en sus fuentes originales no se comprende la razón que conduce a detener la cronología en 1939. El pretexto a tenor del cual ha de transcurrir «el lapso de tiempo necesario para poder enjuiciar» la obra de los autores posteriores, si bien puede ser convincente en el caso de la doctrina constitucional actual, de la que el mismo autor forma parte, no es alegable para los textos franquistas. No solo ha pasado en términos políticos el tiempo suficiente para proceder a objetivar la aportación de los tratados de la dictadura, sino que precisamente, en términos científicos, la instauración de la democracia y la consiguiente mutación interna del discurso constitucional abren todo un repertorio de diferencias y asimetrías que permiten hoy una comprensión objetiva del discurso iuspolítico preconstitucional.

En segundo lugar, conviene que el lector sepa de antemano que dicha tentativa de recuperar para el presente los «diálogos perdidos» del saber jurídico-político no queda del todo satisfecha en la selección de extractos. No son, en efecto, aquellos pasajes, mínimos pero jugosos, que los autores reservaban para polemizar con sus congéneres y adversarios los que cuentan con la preferencia del antólogo, sino, como se detallará más adelante, aquellos otros que hacen alusión al concepto del derecho político y de la norma constitucional.

Y en tercer y último lugar, cabe lamentar que ese impecable propósito de analizar «el progreso de los estudios político-constitucionales en España» se plasme solo en unas pocas páginas. Lo de menos acaso sea la escueta dimensión del estudio preliminar; más sensible resulta aún la completa preterición de toda reflexión de índole metodológica. Volvemos de nuevo a encontrarnos con esa práctica intelectual, contra la que nos alertaba Roland Barthes¹³, consistente en creer que para la realización de un buen trabajo de investigación basta con movilizar un *bon sens* presuntamente universal, instrumento autosuficiente para desvelar las claves internas del objeto examinado sin necesidad de auxilio metodológico alguno. No es raro entonces que la exposición del desenvolvimiento de un saber jurídico se ordene en función de un criterio heterónomo, el de los períodos generales de la historia política española, sin valorarse siquiera la posibilidad de que la historia de la disciplina cuente con

13 R. BARTHES, *Crítica y verdad* (1966), Buenos Aires, Siglo XXI, 1972.

una división cronológica propia. Tampoco interesa la dimensión lingüística y semiótica de la materia, su construcción discursiva en torno a determinados referentes, el aspecto simbólico de sus enunciados. Menos aún se utilizan herramientas básicas para el análisis de la evolución de las ciencias, como las suministradas por Thomas S. Kuhn y sus fecundas ideas acerca de los paradigmas y las revoluciones científicas. Y para nada importan otras aportaciones, procedentes de la sociología, que ayudan a dilucidar la configuración interna, y la progresiva diferenciación, del campo académico, con sus componentes, sus valores compartidos, sus tensiones, sus relaciones con otros campos sociales adyacentes y sus canales de comunicación, a través de los cuales se instituye y diversifica.

En suma, el objetivo de reconstruir la historia de una ciencia se pretende realizar sin las herramientas de la historiografía de la ciencia. Por este motivo, aquello que por exótico produce perplejidad, aquello que abre frente al historiador las fallas y rupturas que jalonan la historia, cuando merece atención porque resulta patente e insoslayable, solo es tratado con la elementalidad de un apunte o un recordatorio. Valga como ejemplo señalar la recurrente extrañeza del antólogo frente al carácter «polifacético» de los autores decimonónicos, muchos de ellos juristas, economistas, literatos, periodistas, teólogos y dramaturgos al mismo tiempo. Lo que habría de impulsar la exploración histórica se traduce en la repetida y sola indicación de que los juristas de antaño se distinguen por su «carácter poliédrico». Ni se buscan las causas de esta indiferenciación en la evolución general del lenguaje, tanto artístico como científico¹⁴, ni tampoco se coloca esta peculiaridad en el seno de una cultura jurídica global identificada con la oralidad, con las consecuencias que ello pudiera acarrear¹⁵, ni se percibe, en fin, la conexión con los perfiles materiales de una sociedad tan oligárquica y elitista como desigual y precaria, en la que el endeble campo cultural oficial, movilizadado ante todo por designios de disciplina y moralización pública, se encontraba escasamente poblado¹⁶.

14 Como ya hacía, sirviéndose de Niklas Luhmann, Antonio SERRANO, «Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra», en Andrea Romano (a cura di), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del '700 e la prima metà dell'800*, Milano, Giuffrè, 1998, 325-374.

15 Siguiendo ahora la línea de Carlos PETT, *Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2000.

16 Permítaseme aquí recordar la trayectoria de uno de esos juristas «poliédricos» al que dediqué mi primera publicación: S. MARTÍN, «Fe católica y razón liberal en el derecho político. La anónima relevancia de Juan de Dios Vico y Brabo (1845-1908)», en Adela

2. Soporte bibliográfico

Siendo la indiferencia ante los conceptos y criterios de la historia de las ciencias la falta principal, a mi juicio, de que este libro adolece, de menor relevancia resulta la mención de ciertas ausencias bibliográficas. Ni siquiera merecerían apartado independiente si el autor no pensase estar pisando terreno prácticamente virgen hasta ahora cuando afirma que «no existe en nuestro país, en lo que se nos alcanza, ninguna obra expresamente dedicada al análisis del nacimiento, desarrollo y estado actual de la Ciencia española del Derecho constitucional» (p. 20). Tal creencia le permite elaborar su análisis sobre el «progreso» de la disciplina acudiendo solamente a la famosa obra de consulta coordinada por José Luis Abellán, *Historia crítica del pensamiento español*, a la apollada historia constitucional de Luis Sánchez Agesta, al artículo mencionado de Varela-Suanzes y al último texto póstumo de Rodrigo Fernández-Carvajal¹⁷. El asunto tratado habría exigido desde luego el manejo de estudios más actualizados que el de Agesta, como la historia constitucional de Bartolomé Clavero, o de monografías clásicas más específicas que la *Historia crítica* de Abellán, como el primer análisis del krausismo de Elías Díaz¹⁸, el pionero examen del pensamiento jurídico de la Restauración de Gil Cremades¹⁹, o la tesis doctoral del mismo Varela Suanzes sobre el liberalismo gaditano²⁰. Y si nos referimos en exclusiva a bibliografía más o menos actual sobre el pensamiento político decimonónico, mal no habría estado cotejar las páginas de Rodríguez-Carvajal con las que, también desde Murcia, Antonio

Mora Cañada (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo XX: homenaje a Mariano Peset*, Madrid, Dykinson, 2004, 273-374.

17 R. FERNÁNDEZ-CARVAJAL, *El pensamiento español en el siglo XIX. Los precedentes del pensamiento español contemporáneo*, Murcia, 2003.

18 E. DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Valencia, Fernando Torres, 1982². Como derivaciones de esta misma línea –y escuela– ligadas al propio derecho político, cabría recordar también los trabajos de FRANCISCO LAPORTA, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Edicusa, 1974, y VIRGILIO ZAPATEIRO, *Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974.

19 JUAN JOSÉ GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Madrid, Ariel, 1969.

20 J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, CEC, 1983.

Rivera dedica al particular²¹, como tampoco hubiese sido estéril el uso de alguna otra monografía para documentar el contenido de conceptos jurídicos capitales del constitucionalismo del siglo XIX²².

Si el elenco bibliográfico empleado no satisface del todo no es tanto por estas omisiones particulares como por varias incomparencias graves y globales. Me refiero a ciertos textos que sí tienen como expresa finalidad narrar la trayectoria de la ciencia constitucional desde su génesis hasta, al menos, la primera mitad del siglo XX. Con mayor o menor fortuna, pero con indiscutible erudición, esa empresa que nuestro antologista cree aún por acometer ya la realizó a su modo Alfredo Gallego Anabitarte en varios artículos y, últimamente, en una heterogénea monografía²³. Y con mayor profundidad y rigor historiográficos, esclareciendo en un volumen didáctico las claves fundamentales de la evolución disciplinar al menos desde la Restauración hasta bien entrado el franquismo, también la abordó Bartolomé Clavero hace ya tiempo en su *Evolución histórica del constitucionalismo español*²⁴.

El volumen que manejamos sigue además acusando cierta pobreza bibliográfica en las sucesivas presentaciones que hace de cada autor recogido en la antología. Incurriendo en prácticas censurables, y contentándose la mayoría de las veces con registrar, caso de existir, voces enciclopédicas, el antólogo obvia la existencia de monografías, artículos y tesis doctorales dedicados a la biografía y el pensamiento de los diversos juristas consignados. Valgan a este efecto los ejemplos de Antonio Alcalá Galiano²⁵ o Adolfo

21 A. RIVERA, *Reacción y revolución en la España liberal*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

22 Almudena BERGARECHE GROS, *El concepto de constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española*, Madrid, CEPC, 2002.

23 A. GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español I», en VVAA, *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, IEAL, 1982, 527-556; «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español II», *Revista de Administración Pública*, 100-102 (1983), 705-804; *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

24 Madrid, Tecnos, 1986. También lo ha hecho más recientemente, aunque con cronología más limitada y geografía más extensa que la española, Pedro de Vega con sus «Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX», en VVAA, *La ciencia del Derecho en el siglo XX*, México, UNAM, 1998, 3-44.

25 Raquel SÁNCHEZ GARCÍA, *Alcalá Galiano y el liberalismo español*, Madrid, CEPC, 2005, y también, más centrado además en nuestro particular asunto, el artículo del propio P. LUCAS VERDÚ, «La aventura política de don Antonio Alcalá Galiano, su aportación

Posada²⁶, cuyas figuras han sido ya objeto de análisis en estudios que no encuentran mención en nuestra obra.

3. *Los criterios de selección*

Tras su aparente simplicidad, el género antológico encierra una complejidad acaso superior a la de redactar una monografía. Como en principio no ofrece más que una lectura concentrada de materiales dispersos mediada por las preferencias del antólogo, o bien se contenta éste con llegar a un público inexperto al que le baste una panorámica superficial o bien ha de contar con criterios selectivos científicamente fundamentados. Una colección antológica debe así superar su aparente gratuidad –por recircular materiales impresos ya disponibles– demostrando que es capaz de ahorrar tiempo y engorros al investigador, suministrándole en un manejable tomo los fragmentos decisivos para aprehender los resortes de una determinada materia. Por eso se presupone un dominio de los textos originarios mayor quizá que el exigido por investigaciones monográficas.

Aquí hemos de colocarnos además del lado del futuro lector con sus correspondientes expectativas. Quien esto escribe ejerce de historiador del derecho y ha buscado en los fragmentos elegidos los elementos que hagan comprensible la mentalidad jurídico-política pasada, así como los factores que expliquen su configuración semántica y su transformación histórica. Quien ejecuta la obra, en cambio, ejerce de constitucionalista, y ello explica que su preferencia haya sido recoger «aquellos pasajes en los que [nuestros predecesores] nos exponen cuál era su concepto de Constitución y del Derecho constitucional» (p. 18). Pero independientemente de la adscripción disciplinar, pueden contrastarse con cierta objetividad la óptica historiográfica y la constitucionalista, pues quizá esta segunda, interesada ante todo en averiguar sus antecedentes inmediatos, prefiera buscar infructuosamente en el pasado lo que siendo impensable por entonces le preocupa en la actualidad. Y algo de ello ocurre en nuestra antología, ya que esa atención a los conceptos de ciencia constitucional y de constitución se revela estéril para las fuentes anterior-

al Derecho político constitucional», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 79 (2002), 283-306.

26 Aparte de la ya clásica, y recién citada biografía intelectual de Francisco Laporta, puede acudirse a Mónica SORIA NOYA, *Adolfo Posada, teoría y práctica política en la España del siglo XIX*, Universitat de València, 2004.

res a los años sesenta del siglo XIX, ocupadas, como veremos, en desentrañar otras cuestiones como la del gobierno y aún sin una conciencia clara de los fundamentos de su autonomía disciplinar, la cual no llegará en términos estrictos hasta los años treinta del siglo XX²⁷.

De cualquier modo, puede responder, como he sugerido, a la deformación profesional mi preferencia personal por los fragmentos que hacen alusión a la teoría del gobierno o del Estado, al lugar y noción de los derechos o a la concepción del poder y la sociedad, pues creo que de este modo hubiese quedado mejor esclarecida la evolución y contenidos pretéritos de la disciplina. Mas queda reconocido que desde el punto de vista del constitucionalismo presente acaso despierten mayor interés las nociones perseguidas en nuestro libro. No obstante, lo que probablemente sí constituye una cuestión incontrovertible, independientemente de los interrogantes que planteemos a nuestros textos pretéritos, es la exhibición de cierta arbitrariedad en la recolección de los pasajes. Y no aludo a inclusiones a mi juicio sobrantes, por no proceder de catedráticos de derecho político y constituir tratamientos meramente tangenciales de la materia, como las de Manuel Durán y Bas, Luis Recaséns Siches, Antonio Royo Villanova y Vicente Gay Forner (no «Corner», p. 307)²⁸, o la de los catecismos políticos, que, como afirmaba Ángel Garrorena, eran «otra cosa», mas no ciencia constitucional ni preludeo de ésta²⁹, y que, según comprobaremos, llegan a confundir en sus diagnósticos al propio antologista. Ni tampoco me refiero a ciertas ausencias, como la del *Tratado de Derecho político* de Nicolás Pérez Serrano, publicado en época constitucional, pero

27 Intento justificar tal afirmación en algunos pasajes del capítulo tercero de mi tesis doctoral, en proceso de revisión para intentar su publicación ahora bajo el título de *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el constitucionalismo de la Europa de entreguerras* [y que, considerablemente ampliado, terminó siendo él solo un libro: «El derecho político de la Segunda República» (Madrid, Dykinson, 2011), que hace de «Estudio preliminar» (pp. IX-CLXXIX) a la recuperación también aquí de fuentes del derecho constitucional histórico, concretamente de las memorias de cátedra de Nicolás Pérez Serrano, Eduardo L. Llorens y Francisco Ayala.]

28 Y si el criterio empleado ha sido abrir la antología a textos de materia efectivamente político-constitucional, tal apertura debería primeramente llevarnos a tratados de filosofía del derecho o «derecho natural» como los de Francisco Giner o Luis Mendizábal donde, en virtud de su condición fundadora del saber jurídico, se recogían largas y esclarecedoras reflexiones sobre el concepto del derecho político.

29 Ángel GARRORENA MORALES, «Estudio preliminar» de Antonio Alcalá Galiano, *Leciones de Derecho político* (1843), Madrid, CEC, 1984, pp. IX-LIX, p. XV.

elaborado en los años de la II República y revelador, por tanto, de la fisonomía de nuestra materia por aquellos años. Hago más bien mención de una censurable tendencia del autor a recoger prólogos e introducciones, repletos por lo común de presentaciones retóricas, paráfrasis pomposas y exposiciones completamente irrelevantes a los efectos, no ya de informar acerca de la racionalidad iuspolítica pasada, sino incluso de cumplir el inicial propósito de consignar opiniones acerca de la disciplina constitucional y la norma fundamental. Tiene así el lector la frecuente sensación de que, en demasiadas ocasiones, sobre todo para los primeros textos, que ocupan casi la mitad de la antología, el único criterio empleado para seleccionar los fragmentos ha sido el de incluir las primeras páginas de cada fuente, en lugar de su nudo temático. Y si la tácita pretensión del autor al proceder de este modo ha sido lanzar una mera invitación a la lectura pormenorizada de las fuentes, entonces quedaría en entredicho la misión misma del género antológico, que ha en buena parte de suplirla y no solamente incitar a ella.

4. *Hipótesis sobre el desenvolvimiento del ‘derecho político-constitucional’*

a. *La ‘ideología constitucional’ del primer liberalismo.* Dejando a un lado los textos anteriores a Cádiz, las primeras fuentes extractadas, obra de «varones esclarecidos» y distinguidos por «su inquebrantable compromiso con la ideología constitucional» (p. 17), se caracterizan fundamentalmente, en opinión del autor, por su «espíritu apologético y panfletario», por su «acusada orientación ideológica» y por tener la constitución como piedra angular de todo su discurso (pp. 33-34). Aparte de la promoción de los ideales constitucionales y de tomar «la Constitución de 1812» como «su objeto de estudio» (p. 34), se señala otro rasgo, a mi juicio de mayor calado, según el cual este constitucionalismo temprano estaría signado por su «carácter histórico, opuesto al ahistórico constitucionalismo francés» (p. 25). Pero si en la identificación de los primeros atributos existe como veremos una notable confusión, en la indicación de este último, más allá de ponerle como término el nombre de Martínez Marina, no se da la deseable pormenorización, quizá porque de haberla tendría el autor que haber atemperado su noción de «ideología constitucional».

La citada confusión al considerar el examen divulgativo y propagandístico de la constitución como el rasgo más sobresaliente del primer constituciona-

lismo procede, como se ha insinuado, de la inclusión de los catecismos políticos en la tradición disciplinar, o de confundir ésta con la enseñanza y difusión a cualquier nivel de la norma constitucional. Lo demuestra el hecho de que los propios catecismos –en cuya podría haberse recurrido a notables aportaciones bibliográficas³⁰– sean caracterizados por su «actitud educativa», su «afán pedagógico» y por tomar la constitución como «el contenido de la verdadera Ciencia del Derecho constitucional» (pp. 91 y 92), esto es, por los rasgos que antes se predicaron del primer constitucionalismo en su conjunto. El error no consiste, pues, en calificar el todo por las señas de una de sus partes, sino en no distinguir netamente entre la doctrina constitucional y el género político de los catecismos, que ni partía de presupuestos cognitivos homogéneos, ni su confección obedecía a pautas similares, ni sus destinatarios eran idénticos.

De haber operado tal distinción, excluyendo incluso de la recopilación la literatura «apologética» y enumerando con claridad a los autores y las obras incluidas dentro de la «naciente Ciencia del Derecho constitucional», nos hubiéramos ahorrado perplejidades, tensiones y forzamientos, como los que podemos contemplar en el tratamiento dado a los autores Eudaldo Jaumeandreu y Ramón Salas. En un principio parece que Jaumeandreu con su *Curso elemental* y Salas con sus *Lecciones* son exponentes por igual de «esta preclara y decidida voluntad de construir un Derecho público-constitucional sobre los fundamentos ideológicos del constitucionalismo» (p. 34). Y prueba de ello sería que Jaumeandreu dedicase «parte» del contenido de su *Curso elemental* a la norma gaditana³¹, manteniéndose así la centralidad de la constitución como elemento definidor de la «incipiente» disciplina. Sin embargo, acto seguido se nos dice que su obra «se construye sin una delimitación clara y precisa del texto constitucional como objeto material del mismo» y, en definitiva, no compone «un tratado de Derecho constitucional», sino más bien una actualización del viejo «Derecho Natural y de Gentes» (pp. 111 y 112). Pero entonces, de ser así, o bien entroncaría con una tradición bien diversa a la reproducida por Salas, y por consiguiente no bastaría con las menciones de soslayo que hace de la norma constitucional para elevarla al rango de referente principal de todo el primer constitucionalismo, o bien sencillamente

30 Clara ÁLVAREZ ALONSO, «Catecismos políticos de la primera etapa liberal española», en VVAA, *Antiguo Régimen y liberalismo*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, vol. 3, 1994, pp. 23-36.

31 Pues es la primera y algo más recóndita edición de 1820 la que meritoriamente emplea el autor.

Jaumeandreu no entraría a formar parte de sus primeros autores hispanos, como al principio se nos había anunciado.

Por lo que se infiere de aseveraciones posteriores, y salvando la confusión y las aporías en que se incurre, parece ser que esta última sería la opción correcta, dejando ya prácticamente en solitario a Ramón Salas como el inaugurador del constitucionalismo entre nosotros, pese a haber enumerado en un inicio una nómina de promotores que incluía a «López Cepero, R. Salas, Garelli o Jaumeandreu» (p. 32)³². No se comprende entonces por qué nuestra antología sobre la disciplina no comienza directamente con las *Lecciones* de Salas, cuando además se sostiene, en calidad de «tesis moderadamente personal», que aquellas conforman «el primer manual de la Ciencia española del Derecho constitucional» (p. 124). Y si se sostiene implícitamente que la inclusión de catecismos y demás obras divulgativas es pertinente porque anunciaban como precursores o antecedentes el posterior constitucionalismo, se descuidan entonces las raíces intelectuales en que este pretendió basar su cientificidad y que bien podían no estar siquiera presentes en los catecismos.

Puede convenirse, desde luego, que las alocuciones de Salas cuentan con una entidad sistemática, y una vocación por el examen teórico de la norma constitucional, hasta el momento desconocidas por nuestra geografía. Más forzado resulta dar a esta idea categoría de «tesis», y además «personal», sobre todo cuando se esgrimen en su defensa «argumentos de autoridad» controvertidos: dejando a un lado el discutible hecho de que este tipo de argumentos pueda fundamentar por sí solo validez científica alguna, que el se-

32 Sobre López Cepero se hará más adelante alguna indicación que al menos cuestiona su hipotética profesión de fe en la «ideología constitucional». Con respecto al texto recogido de Nicolás Garelli, además de contar con extractos introductorios perfectamente prescindibles por irrelevantes, vuelve a reflejarse en él la peculiaridad de nuestra primera cultura constitucional, apuntada dentro de unos párrafos y al parecer inexistente para nuestro antólogo: «Gracias sean dadas al Todopoderoso, *autor y supremo legislador de toda sociedad*, que oyó las plegarias sinceras de los buenos», de esta guisa interpretaba la reimplantación de la norma gaditana, y de esta otra describía su función profesoral: «Mi encargo se dirige la desentrañar las máximas sublimes de la Constitución política de la Monarquía; á inspirar en los ánimos de los Ciudadanos el amor que tan de justicia se merece, y que literalmente prescribe el 6º de sus artículos» (cit. pp. 104-105). Más explícito todavía en la discutible inclusión de Jaumeandreu o Garelli en ese primer derecho constitucional opuesto al tradicional «Derecho público» y al «Ancien Regime» es García Costa en su artículo «Las Lecciones de Ramón de Salas», 43.

gundo de ellos refiera el parecer de Fernández-Carvajal según el cual Salas fue «el primer teórico español del derecho constitucional» (p. 125), además de no añadir precisamente argumentación alguna a la hipótesis que se intenta demostrar, elimina ya todo el marchamo de «personal» con que ésta se nos pretendía presentar. Mas tampoco el primero de los argumentos resulta convincente, pues recurrir a la «afirmación preclara y contundente» de Salas a tenor de la cual su texto suple «la falta» de obras similares (p. 124) no nos permite, sin más apoyo, deducir que inaugura la tradición constitucional ni tampoco conocer el modo en que lo hace. Más hubiese valido a este respecto acudir a sus párrafos sobre la «ciencia social», pues nos habríamos percatado de que esas «lecturas de sus contemporáneos extranjeros como Rousseau o Bentham» (p. 125), en vez de reflejar simplemente la erudición y el «crédito» de Salas, nos estarían suministrando las claves teóricas de la ciencia constitucional en sus orígenes, que más que «panfletaria o apologética» era una ciencia normativa³³.

Pero proceder de este modo habría supuesto renunciar a lo que el antólogo considera fundamental: la emergencia con las *Lecciones* de «una nueva rama del Derecho [...] dotada de sustantividad propia y autonomía científica», por un lado, y la centralidad absoluta de la Constitución como eje excluyente de toda la disertación del autor liberal (pp. 126-129), por otro. La obra de Salas, compuesta de una primera parte teórica y de otra segunda en la que se analiza el articulado constitucional, es susceptible, por el contrario, de una interpretación bien distinta. En ella encontramos la enunciación de los axiomas de una preexistente «ciencia social», disciplina basada en la «razón» y la «experiencia» que ha concluido que los derechos de libertad, el «gobierno representativo» o la división de los poderes logran en mayor grado «la felicidad de una nación», «último fin de toda asociación humana». No se está fundando así una nueva disciplina científica, ni aún menos ciñendo ésta al «examen de la legislación positiva constitucional española» (p. 127), sino más bien reproduciendo e importando las «verdades nuevas» de los Montesquieu, Bentham, Rousseau o Beccaria.

De hecho, el propósito de Salas no era sino exponer «los principios de la ciencia social con claridad y sencillez», los fundamentos de «la más impor-

33 Mayor acierto hay a este respecto en las anotaciones de José Luis BERMEJO, «Estudio preliminar» de Ramón Salas, *Lecciones de Derecho público constitucional*, IX-L (XXIII con la nota 22 incluida). Para las líneas que siguen, empleo las pp. 9-10, 16-17, 22-24, 30-31 y 33 de las *Lecciones*.

tante de todas las ciencias, la ciencia de la organización social» –a la que se da así por prestablecida–, para después interpretar con ellos la norma constitucional, mas en ningún caso elaborar una «teoría general» extraída de «la Constitución de 1812» e incomprensible de forma independiente, sin referirse a la ley gaditana (así lo cree García Costa, p. 127). Resulta en este punto más bien lo contrario: la primera parte del manual constituye un tratado autónomo, susceptible incluso de ser traducido y estudiado en otros territorios no españoles³⁴, y el estudio de la norma constitucional compone una fase accesorio, justo aquélla en que se ponen en práctica «los principios fundamentales generalmente admitidos» de «la ciencia social», con el fin de discernir su grado de cumplimiento por parte de la ley fundamental. Si la autonomía de una disciplina centrada en el dictado constitucional exigiría extraer sus fundamentos teóricos de la misma constitución, lo que podemos contemplar en Salas es más bien la existencia previa de una «ciencia social» reformista, bajo cuya luz es analizado, y criticado, el «código fundamental». Y si lo pretendido era perfilar los contornos ideológicos de este primer constitucionalismo, idéntico en términos teóricos, como sugiero, a dicha «ciencia social», entonces mejor hubiera sido reproducir los pasajes donde se examinan la igualdad, la libertad de imprenta, la propiedad y los diversos poderes públicos, o sea, los principios e instituciones reputados racionales que habían de instaurarse en la sociedad mediando la implantación y vigencia de la norma fundamental.

En realidad, lo nuclear del tratado de Salas es su primera parte porque para el liberalismo, en última instancia, los principios de la ciencia constitucional, aquellos referidos a los derechos individuales y a la organización racional y limitada de los poderes, derivaban su validez de esferas supuestamente más profundas y estables –«decantadas por la historia» y cognoscibles por la razón– que el contenido de una norma jurídica, dependiente a fin de cuentas de «algo tan arbitrario y repentino como el voto de las asambleas, constituyentes o legislativas»³⁵. Distaba, en suma, de ser compartido y universal el presupuesto, no tanto de la exégesis legislativa, a la que le basta reducir el derecho a la ley, como de una dogmática constitucional independiente, que solo considere como preceptos constitucionales los incluidos efectivamente en la

34 Prueba de ello es su inmediata versión portuguesa: R. SALAS, *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, Lisboa, Rollandiana, 1822 (trad. D.G.L. D'Andrade).

35 António M. HESPAÑA, *Guiando a mão invisível. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, 96-7.

constitución vigente, estimada fruto de un acuerdo de voluntades que funda la comunidad política. Una premisa que de ningún modo podremos encontrar en Salas, para quien, en lo concerniente a los derechos, nada constituye la Constitución –porque teóricamente son «preexistentes» y sociológicamente están ya preconstruidos por la reflexión de un determinado colectivo–, y para quien además las «leyes constitucionales» –«apoyo, cimiento y fundamento del edificio social»– no se limitan a las previstas en «la constitución política», debiendo asimismo añadirse aquellas otras que, a juicio de la ciencia, *debieran* también «contenerse» en ella.

Las *Lecciones* de Salas demuestran así que el núcleo del primer constitucionalismo se alojaba en sede diversa al texto constitucional. Si esto no queda en nuestra obra suficientemente esclarecido, quizá sea porque el autor no se ha propuesto indagar en ella los caracteres definidores de la racionalidad jurídico-política pasada, sino que más bien se ha limitado a buscar anacrónicamente los primeros indicios del constitucionalismo actual. De haberlo hecho, habría comprobado que el carácter tradicionalista que atribuía a nuestro pensamiento jurídico hasta Martínez Marina se prolonga más allá de él, hasta el punto de poder afirmarse que prácticamente toda la literatura producida en torno a la constitución gaditana, más que conformar sin más una «ideología constitucional», se hallaba estructuralmente atravesada por las referencias propias de la cosmovisión iusnaturalista premoderna, resultando como decantación final una mentalidad compleja inconfundible con las premisas netas del constitucionalismo liberal y diferente también del discurso antiguo³⁶. Y no pocos son los testimonios recogidos en la antología que, involuntariamente, nos ponen frente a esta evidencia: así, por ejemplo, Manuel López Cepero ilustra a la «juventud española» con sus *Lecciones políticas* de 1813 haciéndoles saber que condición indispensable de la ciudadanía era «ser un buen cristiano», que los derechos se fundaban en la adoración «á nuestro Criador» y en el mandamiento de «no hagas mal a tu prójimo» o que la sociedad tenía en «Dios» a su «autor supremo» (cit. en pp. 84 y 85); por su parte, el primero de los catecismos políticos citados (p. 93) señalaba como deberes principales de todo ciudadano el «ser cristiano apostólico romano, defender su religión, su patria y su ley, y morir antes de ser vencido»; e incluso el

36 Sobre esto trata ampliamente José María PORTILLO VALDÉS, *Revolución de Nación: orígenes de la cultura constitucional en España*, Madrid, CEPC, 2000. Acerca de este particular puede consultarse asimismo la reciente colección de estudios de Carlos GARRIGA y Marta LORENTE, *Cádiz, 1812: la Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007.

mismo Jaumeandreu, al exponer su pensamiento constitucional, hablaba de «leyes inmutables por su naturaleza que aseguran la Constitución del cuerpo político», idea que lejos de ser concebida como producto de anticuario había, en su opinión, «penetrado» en «los legisladores españoles en Cádiz» al tener «presentes nuestras antiguas leyes» (cit. pp. 115 y 116). Nos encontraríamos por tanto ante una muy peculiar «ideología constitucional», de la que no podría sostenerse sin más que fuese consciente de lo que «era una Constitución ‘verdaderamente liberal’» (p. 32) ni que se opusiese frontalmente a «los poderes siniestros» del *ancien régime* (p. 19).

b. *Moderados y progresistas*. Aunque solo de modo muy forzado puede verse en ello la «permanente tensión constitutiva de ‘las dos Españas’» (p. 24), pues los conflictos y alianzas, los actores y propósitos decimonónicos eran de naturaleza bien diversa a los posteriores del siglo xx, García Costa no descuida la persistencia del «tradicionalismo hispano» y sus particulares aborrecimientos, pero al confrontarlo limpiamente con el «movimiento constitucional» deja de apreciar, no solo el perfil propio de la cultura política gaditana, sino también el sabor premoderno del ulterior liberalismo doctrinario y sus menciones al «hecho social»³⁷. El paso de las primeras doctrinas constitucionales a este pensamiento más templado se describe en términos generales como el tránsito desde «una enseñanza de la Constitución» de «carácter panfletario» hasta una disciplina concentrada en desentrañar «la realidad política» (pp. 24 y 35), trayectoria impulsada en última instancia por el asentamiento final del «gobierno representativo» y las «ideas liberales» (p. 35).

El trazado de esta parábola no se ve acompañado de pormenores cuya mención hubiese sido pertinente. De no haberse esquivado las menciones a la «ciencia social» seguida por Salas podrían haberse detectado claras continuidades entre una etapa y otra, pues postulados políticos como la igualdad o la propiedad perviven en toda su integridad en la doctrina posterior al «derecho público constitucional». Si el enfoque hubiese dado prioridad a los postulados político-sociales en lugar de a los teórico-constitucionales, todavía irrelevantes o bien subordinados a los primeros, a lo mejor hubiésemos podido contemplar, más que una sustitución plena de discursos, una mutación interna del mismo discurso liberal. Cierto es que la consolidación de ciertas conquistas institucionales atemperó el tono de los liberales y desplazó el cen-

³⁷ Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones de Derecho político* (1845), Madrid, CEC, 1984, 28-9.

tro de sus atenciones, mas esta reconversión ha de traducirse para nuestros propósitos de historia disciplinar a un lenguaje histórico-científico e incluso sociológico. En el primer sentido, más que el abandono de un nivel «panfletario» asistimos a una modificación de los criterios de validez y veracidad: si para el liberalismo ilustrado la verdad captada por la razón y basada en la experiencia se oponía críticamente a la realidad instituida, ahora la racionalidad va a comenzar a radicar en lo real y establecido, por hacer la paráfrasis de la emblemática sentencia de Hegel. De una ciencia claramente racionalista y normativa se empieza a pasar a un discurso realista y conservador, ya reconciliado progresivamente con la correlación de fuerzas existente. Porque, en el segundo sentido sociológico, se puede incluso afirmar que no es sino esta nueva distribución de poderes, de práctica equipotencia entre sectores tradicionales y liberales, la que está en la base del superficialmente llamado Estado liberal de derecho y, por supuesto, de estos cambios discursivos, dando cobertura, por ejemplo, al concepto mismo de *Carta constitucional* mantenido por Pacheco³⁸, que Hugo asociaba con finura a la «tartamudez»³⁹.

Descendiendo ya a los rasgos precisos de esta etapa del pensamiento jurídico-político español, el antólogo detalla sus cuatro «características principales». Nada hay que objetar a la «definitiva incorporación a los planes de estudio» de la materia, como tampoco a su más efectiva transmisión cultural canalizada ahora por organismos como el Ateneo. Sí cabe en cambio plantear objeciones a los dos restantes atributos. El primero de ellos hace referencia a la pérdida del cariz propagandístico propio «de los orígenes de nuestra disciplina» y a la consiguiente oportunidad de «plantearse preocupaciones técnicas, esbozar construcciones científicas» y realizar «desarrollos sistemáticos», lo que «confirió a la disciplina madurez y solidez científica» (p. 35). La peculiaridad de estos recién conquistados «cuerpos coherentes de doctrina» constitucional sería que, compartiendo un fermento ideológico común, contaron con dos derivaciones alternativas, una primera propia del liberalismo progresista en cuyo centro descansaba un concepto liberal clásico de constitución –«con sus contenidos típicos de soberanía nacional, separación de poderes y derechos fundamentales»–, y otra segunda característica del liberalismo moderado apoyada ya en la inédita noción de «Constitución ‘interna’». Del

38 *Ibíd.*, 13.

39 Del lenguaje del liberalismo interrumpido ahora por el del «derecho divino», cuyas «ficciones se hicieron constitucionales», Victor HUGO, *Los Miserables* I (1862), Madrid, Bibliotex, 1999 (trad. Aurora Alemany), 332-334.

«prestigio» de esta última se derivaría asimismo el segundo de los rasgos que nos interesa: la desaparición progresiva de la norma constitucional positiva como epicentro de la reflexión jurídico-política y su consecuente sustitución por la «realidad política».

Con respecto a este último apunte, parece que el diagnóstico, aun teniendo cierta validez general, no vincula en primer lugar esa constitución «interna» a los procesos de nacionalización operados desde el poder político⁴⁰, en segundo lugar, no detecta, al considerarla totalmente novedosa, cuánto hay en ella de viejo, y, en tercer lugar, se compadece mal con la existencia de textos dedicados explícitamente a las constituciones de 1837 y 1845, recogido alguno de ellos en nuestra antología⁴¹. Y en lo que concierne al primero de los rasgos, cabría dudar si no estamos asistiendo a un cambio de registro en la racionalidad jurídico-política –que de normativa pasa a ser realista– más que al abandono de un tono apologetico deducible, ante todo, de catecismos y obras similares. Podría asimismo cuestionarse si estamos ya contemplando la consolidación de una disciplina «madura», «sistemática» y que comienza a construir su objeto desde una perspectiva «técnica», pues de ser así no sabríamos entonces en qué fase se encontraría la disciplina cuando, llegados los años treinta del siglo xx, comience a confesarnos, en las afirmaciones de sus principales autores, su expreso propósito de construir un sistema teórico y de aplicar los criterios técnicos de la dogmática jurídica.

Pero si en algún punto resulta insuficiente la caracterización de la etapa que nos ocupa, con su dualidad de acepciones constitucionales, es en la indiferencia mostrada frente al referente principal del discurso jurídico-político de estos años, el verdadero aglutinante de todas las reflexiones, con independencia de su procedencia moderada y progresista, a saber: el «Gobierno».

40 Para ello no habría estado mal tomar referencias de José ÁLVAREZ JUNCO, *Mater Dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Madrid, Taurus, 2005⁹, y, como título más reciente y dedicado expresamente al asunto, Javier MORENO LUZÓN (ed.), *Construir España. Nacionalismo español y procesos de nacionalización*, Madrid, CEPC, 2007.

41 Me refiero, tomando indicaciones de nuestra obra, al tercer tomo del *Tratado de Derecho político* de Juan Miguel de los Ríos (cit. en pp. 190-191, aunque después no extractado), y también a dos textos no incluidos en la antología: Plácido María ORODEA, *Elementos de Derecho político constitucional, aplicados a la Constitución política de la Monarquía española de 1837*, Madrid, 1843 (cit. p. 37) y Eudaldo JAUMEANDREU, *Exposición de los artículos de la Constitución de 1837*, citado por Antolín Esperón, en el fragmento recogido de su *Derecho político-constitucional de España* (p. 199), que también pretendía ser «una explicación de la Constitución política de nuestra Monarquía» (p. 196).

Así, más que ante una disciplina madura y sistemática con dos interpretaciones diversas de la norma constitucional, lo que esta etapa del pensamiento constitucional significa ante todo es la construcción de una *teoría del (buen) gobierno*, algo que se habría tornado visible si nuestra antología hubiese recogido el núcleo temático de los textos extractados en lugar de plantearle unos interrogantes anacrónicos sobre el concepto de la disciplina constitucional y de la constitución misma. Y es que articular tal concepto no era el objetivo principal de Donoso Cortés, Pacheco, Alcalá Galiano o Joaquín M^a López, o, mejor dicho, sí podría serlo, pero no en el sentido actual de análisis de un supremo texto legal escrito, sino en el de reflexionar acerca de la misión y los límites de la gobernación política, dato que los hace pertenecer, con pleno derecho, a la tradición del constitucionalismo. Si se hubiese atendido a los objetivos intelectuales que estos autores verdaderamente se marcaron, entonces tanto los estudiantes como los juristas actuales habrían podido conocer la fase que atravesaba nuestro pensamiento constitucional y comprobar cómo, pese a haberse tornado conservador, el liberalismo de aquel entonces continuaba asignando al gobierno un papel transformador, activo y represivo⁴², que con el pasar de las décadas, y el advenimiento de la democracia popular, no cesaría de intentar neutralizar.

Colocándonos en la concreta selección de pasajes, volvemos a constatar que, por no fijarse en lo principal, las preferencias exhibidas acusan cierta arbitrariedad. Pero antes de pasar a justificar semejante afirmación, conviene que nos detengamos en la denuncia de una práctica censurable. La intención de la obra que venimos examinando es presentar con una breve nota bio-bibliográfica a cada uno de los autores consignados y sus respectivos textos. Pues bien, esas pocas páginas que preceden a cada extracto, al menos las que tratan sobre Donoso, Pacheco, Alcalá Galiano y J. M. López, están con frecuencia elaboradas sobre la base de estudios preliminares suscritos por otros autores que ni siquiera encuentran la indispensable citación a pie de página. Que un texto propio sea en realidad una refundición de un texto ajeno sin citación expresa de éste constituye ya una acción de por sí reprobable, pero lo que resulta del todo inad-

42 «Para un gobierno, obrar es ser», decía J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones de Derecho político* (1837), Madrid, CEC, 1984, 6. Por su parte, en opinión de Alcalá Galiano, el gobierno despliega una «fuerza que reprime y ampara, o que reprime amparando y ampara reprimiendo», por eso «la potestad gubernativa ha de estar revestida de fuerzas excesivas no, pero grandísimas sí», *Lecciones de Derecho político*, 6 y 9 (parecer recogido esta vez en la antología en p. 161).

misible por plagiarlo es la práctica transcripción de párrafos completos presentando como personal lo que es obra de otro. Y eso, por desgracia, es lo que llega a ocurrir en nuestro texto⁴³. A lo que además deben sumarse otros errores, que prefiero pensar causados por un desconocimiento del significado del término «inédito» antes que por el afán de aparecer como descubridor de manuscritos recónditos. Así sucede con el *Derecho político constitucional de España* de Antolín Esperón, del que García Costa afirma que «su carácter inédito haría plantearnos la necesidad de su publicación íntegra» (p. 196), cuando en realidad el citado texto fue impreso y editado por la tipografía madrileña de José M. Alonso en 1854, tal y como puede comprobarse con una simple consulta del catálogo electrónico de la Biblioteca Nacional.

Pero volvamos al criterio empleado para la selección de fragmentos. En el fondo, tanto en lo concerniente a los autores singulares como a la aportación conjunta del pensamiento jurídico-político de los años treinta, cuarenta y cincuenta del siglo XIX, la deficiencia estriba en no recoger lo fundamental, dando cabida a lo accesorio e irrelevante, de modo tal que el lector concluye por no conocer lo básico de aquella mentalidad y la antología termina por no prestar el servicio para el que fue pensada.

43 J. ÁLVAREZ JUNCO, «Estudio preliminar» de Juan Donoso Cortés, *Lecciones Derecho político*, IX-XXXVII: «Un texto curioso de estos años de formación es el poema épico *El cerco de Zamora*. Habiéndolo presentado al concurso de la Academia sin obtener el premio, Donoso lo publicó con un duro prólogo en el que se explicaba las razones del fracaso: la Academia representa lo viejo, la sociedad tradicional, mientras que él es el representante del mundo nuevo, 'hijo del siglo XIX'», p. XI. García Costa: Donoso «compuso un poema épico, *El cerco de Zamora*, que llegó a presentar al concurso convocado por la Real Academia española. Su fracaso no fue encajado fácilmente, como atestigua el prólogo de la publicación de este poema en el que llegó a afirmar que la academia representaba lo viejo, mientras que él era hijo del siglo XIX», (pp. 152-153). Ni siquiera cita el estudio de su maestro Ángel Garrorena (de quien sí trae a colación, en cambio, su monografía sobre el Ateneo), que lo parafrasea y resume además erróneamente: «En 1813 había ingresado en el *Sublime Taller*, iniciando así una rápida y brillante carrera en la masonería. A partir de 1818 participó en casi todas las conjuraciones para derribar a Fernando, [colaborando] muy en primera línea de la conspiración civil en lo que, meses después, sería el alzamiento de Cabezas de San Juan, pórtico del Trienio Liberal. Triunfante el régimen constitucional y llegado a Madrid, fue comúnmente reconocido como 'héroe civil' de la revolución», A. GARRORENA, «Estudio preliminar», XXVI; García Costa: «A partir de 1813, año en el que ingresó en la logia *Sublime Taller*, Galiano estuvo presente en todas las conjuras urdidas para derrocar al Rey Deseado, incluido el alzamiento de Riego en Cabezas de San Juan, lo que le valió ser considerado como 'héroe civil'» (p. 157).

Eso sucede con las *Lecciones* de Donoso, de las que se recogen apuntes de la primera y la tercera, es decir, párrafos de presentación preliminar y datos acerca del «gobierno despótico», mas no se extrae información de aquellas otras en que se evidencia la concepción del gobierno del futuro reaccionario como «unidad armónica» entre «la ley del individuo y la ley de la asociación»⁴⁴. El desacierto llega a la eliminación injustificada del párrafo de la primera lección donde se anuncian los contenidos del curso⁴⁵. Quizá si se hubiese consignado, el lector al menos habría sabido por boca de Donoso que lo fundamental de sus alocuciones, y por extensión lo principal para comprender el moderantismo, era excluir por igual «la soberanía del pueblo y el derecho de los reyes» (según rezaba la lección quinta) para fundamentar el gobierno justo y equilibrado en la llamada «soberanía de la inteligencia», sobre la que se trata en las lecciones sexta y siguientes.

Quizá hubiese cabido replicar que los elementos de búsqueda eran sencillamente otros –las nociones de constitución y de derecho constitucional– pero ni en este caso, ni tampoco en los que a continuación vienen, se registra opinión alguna sobre tales extremos, entre otras razones porque no fueron asuntos expresamente tematizados y, sobre todo, porque precisar el concepto de constitución no significaba entonces sino delinear con exactitud el perfil de un buen gobierno, armónico y limitado. El mismo autor llega a reconocer –en una referencia particular al *Derecho político* de Esperón, pero extrapolable también a los restantes textos del momento– que «ha sido difícil hallar en esta obra un concepto de Constitución» (p. 196), lo cual le lleva a recoger apreciaciones de la lección dedicada al «Gobierno». No se entiende, por tanto, que tal decisión, aplicada a un autor ciertamente secundario, no sea extensible a pensadores más renombrados que, como indico, dedicaron sus disertaciones sobre el derecho político a elaborar una teoría gubernamental.

Algo similar podemos constatar con Alcalá Galiano, de cuyas lecciones se

44 Gobierno «cuya misión es respetar la libertad humana sin que la sociedad vacile en sus cimientos y conservar la sociedad sin encadenar al hombre», J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones Derecho político*, 17 y 23.

45 «O la sociedad ha de absorber al hombre, o el hombre ha de absorber a la sociedad, o la sociedad y el hombre han de coexistir por medio de una constante armonía; estas tres soluciones caracterizan tres Gobiernos diferentes: a los que tienen por base la obediencia pasiva y la fe, a los que adoptan por base el desarrollo completo de la individualidad humana y a los que tienden a armonizar por medio de una unidad fecunda la ley del individuo y la ley de la asociación», J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones Derecho político*, 12.

rescatan los pródromos, algo más fundamental de la lección primera –por cuanto habla de «la naturaleza del gobierno» (p. 161)– y de la decimoctava sobre «la omnipotencia parlamentaria», y también unas palabras finales de despedida en falso de interés biográfico, pero carentes de pertinencia a nuestros efectos de historia disciplinar. Desde luego, pese al contraste con las ideas de García Costa –y de Rodríguez-Carvajal–, no hay discusión con la cronología marcada por el editor de Alcalá Galiano, para quien sus cursos tenían «un valor casi fundacional para lo que es un tratamiento verdaderamente español del Derecho político»⁴⁶. Tampoco encontramos, según se ha insinuado, un análisis más exigente de esa constitución «antigua, y casi inmutable» que «mientras menos se conozca y vea, mejor se consigue, pues se hace mudanzas notables y oportunas, creyéndose que en todas ellas la misma constitución ha quedado intacta» (p. 164 y 298-299 de la fuente original). Ni se espere una colocación crítica en la historia política de la explícita inclinación por «la omnipotencia parlamentaria» y sus «grandísimas ventajas» por parte de aquella corriente de la que, terminada la I Guerra, nacerán las críticas más acerbas al parlamentarismo.

Con todo, en el caso de Alcalá Galiano, deja de incluirse lo más básico de su pensamiento, que asimismo se proyecta sobre el perfil general del moderantismo, y su concepto de Constitución, que supuestamente era lo pretendido. No hubiera estado mal, para situar en la historia el liberalismo moderado y las siempre tramposas y perezosas referencias a la naturaleza humana, registrar sus opiniones sobre la participación política del «sexo mujeril», sobre la condición de «cosa» del «esclavo» o sobre la legítima exclusión de «los derechos políticos al sirviente doméstico»⁴⁷. Pero lo imprescindible habría sido ceder espacio a la importante noción de «la *mesocracia*» o «gobierno de las clases medias», no solo porque de esa forma se hubiese puesto de relieve el tipo de «gobierno mixto» preconizado por Alcalá Galiano (lección 2), sino sobre todo porque nos habríamos aproximado así a lo que él consideraba la esencia de «la voz gobierno» y llamaba «el espíritu o alma de las constituciones», a saber: el *poder social* de los colectivos más influyentes, la hegemonía

46 A. GARRORENA MORALES, «Estudio preliminar», XVI. Opinión que acaso tenga de cierto lo de la hispanidad, vista la importación de ciencia política extranjera efectuada por Salas, pero que no puede en cambio tornarse en una concesión de mayor grado de cientificidad a los discursos de Alcalá Galiano, carentes de una enunciación de principios generales y supuestamente verdaderos que sí estaba presente en el liberal gaditano.

47 A. ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político*, 13.

de clase, de aquella «clase [que] predomine haciendo preponderar su interés o dominar su influjo en un pueblo»⁴⁸.

El modo de proceder del antólogo prosigue al afrontar las obras de Pacheco y Joaquín M^a López. En las lecciones del primer autor se limita a recoger íntegramente la primera –y fundamental– sin el conveniente expurgo y, por consiguiente, sin lugar ya para incluir el concepto de «gobierno constitucional» mencionado y analizado en las segunda y quinta, o para insistir en la seña de identidad del doctrinarismo: la necesidad de que los sectores e intereses preponderantes en la sociedad sean los mismos que dirijan políticamente la gobernación del país⁴⁹. Y del *Curso político-constitucional* del segundo autor se incluyen un «discurso inaugural» de presentación retórica y la lección primera de advertencias preliminares, o sea, dos piezas casi del todo prescindibles, cerrando la transcripción justo cuando el progresista anunciaba el análisis del «mecanismo de los gobiernos moderados» que llevaría a cabo en las siguientes sesiones (p. 187).

Como pude suponerse, con el florilegio repasado, y con la subreabundancia de material superfluo, el lector no puede reconstruir las ideas políticas de cada autor ni la fase que atraviesa el constitucionalismo en general, identificado, según sabemos, con una doctrina acerca del buen gobierno. Y dada la homogeneidad de planteamientos de fondo, tampoco puede corroborar esa supuesta dualidad de modelos constitucionales que al parecer latía en los textos jurídico-políticos de aquel tiempo. Quizá, por tanto, sea más recomendable emplear criterios historiográficos cuando de historiar se trata y proponerse rastrear los resortes básicos de una mentalidad jurídica que no tenía por qué meditar, al menos todavía, sobre los postulados de su validez ni tener como centro de referencia el documento constitucional, tal y como acontece en la actualidad. De operar de este modo, podrían haber salido reflexivamente a la luz el valor estructurante que en el primer constitucionalismo tenían las fuentes clásicas, el papel conformador y legitimador que en él encontraba la historiografía política convencional y la antigua, la persistente presencia que en él tenía la cultura jurídica premoderna⁵⁰, la decisiva y mencionada

48 *Ibíd.*, 18.

49 J. F. PACHECO, *Lecciones de Derecho político*, 30-1 o las 174-5, donde se establece con claridad la equivalencia entre la sociedad en general y los intereses de una de sus clases con exclusión expresa de «los intereses especiales de la última clase del pueblo».

50 «El derecho político [...] es una verdadera ciencia que está fundada sobre las bases del derecho natural y de gentes», afirmaba Juan Miguel DE LOS RÍOS en su *Tratado* (cit. p. 197)

«correlación, que en este momento se hace explícita, entre régimen político y estructura social o de intereses»⁵¹, y la estrechísima proximidad, encarnada en la persona de sus mismos protagonistas, todos ellos políticos, con la praxis cotidiana del poder, lo que impide concluir que estemos frente a «desarrollos sistemáticos» y construcciones científicas autónomas.

c. *La institucionalización universitaria del moderantismo*. En la clasificación realizada por nuestro autor se pasa directamente de las obras de las décadas centrales del siglo XIX a la etapa de la Restauración. Queda así, a mi entender, desprovista de análisis explícito una fase sustantiva en la evolución del saber jurídico-político: aquella en la que los principios fundamentales del discurso moderado encuentran difusión institucionalizada y unificada en la universidad liberal. Teniendo este momento un nombre propio, el de Manuel Colmeiro y Penido, junto a algunos fragmentos procedentes de su obra, se incluyen otros pertenecientes a textos secundarios de Manuel Durán y Bas y a uno básico de Ignacio M^a Ferrán que también pueden colocarse en este nuevo tracto, anterior –aunque también impulsor– del debate constitucionalista del cambio de siglo⁵².

En lo que respecta a los pasajes extractados, algunos de ellos quedan desdibujados por no contar con apoyos precedentes que permitan perseguir líneas de reflexión, y otros aluden a temas que aparecen inexplicablemente ahora, poniendo en evidencia su preterición en los textos anteriores. En el primer caso, me refiero a las líneas dedicadas a los «derechos civiles», limitados según Colmeiro, a la garantía de «la *libertad* y la *propiedad* de los gobernados» (cit. p. 214). No hubiese sobrado conocer la evolución en el tratamiento de los derechos para que se manifestasen circunstancias de interés como el sensible desplazamiento de la antes decisiva libertad de imprenta, o el asentamiento final del binomio *liberty and property* justo en una cultura tradicionalista y no tanto individualista⁵³. En el segundo caso, hago alusión a la acertada decisión de incluir por fin los párrafos dedicados al gobierno, pues, como for-

51 A. GARRORENA MORALES, «Estudio preliminar», XI.

52 Recoge párrafos concretamente de Manuel Durán y Bas, *Estudios políticos y económicos*, Barcelona, A. Brusi, 1856, la tercera edición de 1870 de los *Elementos del Derecho político y administrativo de España* de Manuel Colmeiro y, de Ignacio M^a Ferrán, su *Extracto metódico de un curso completo de Derecho político y administrativo* de 1873.

53 O «historicista», por emplear los términos de Maurizio Fioravanti, quien sí explicita esta relación en sus *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2003.

muló, ya expresamente, Colmeiro, «son sinónimos gobierno representativo y régimen constitucional» (cit. p. 214). Mas esta evidencia, según sabemos, no guió la selección de materiales en los cursos del Ateneo, con lo que ahora pasa más o menos desapercibida la raíz doctrinaria de ese «gobierno representativo» que «utiliza todas las fuerzas vivas de la sociedad» reclamado por Colmeiro, y que, en última instancia, funda el Estado liberal, más que en la legalidad, como a veces erróneamente se presupone, en la antigua *legitimidad*, ahora aburguesada, pues «no hay poder político verdadero dentro de la constitución si fuera no es temido ó respetado», esto es, si no es también «un poder social» (cit. p. 214).

En los materiales concretamente recogidos de los tres autores mencionados, existen desde luego aciertos, como reflejar el concepto final de constitución que se asienta en la doctrina y difunde en la universidad incluso bajo el Sexenio: «pacto solemne ajustado entre el rey y el pueblo en virtud del cual éste fija las condiciones de su obediencia, y aquél acepta los límites de su autoridad» (nuevamente Colmeiro, p. 214). Asimismo, las líneas recopiladas nos permiten apreciar el cambio sustantivo que lleva desde un liberalismo centrado en la ley, reclamando además la «omnipotencia parlamentaria», hasta su posterior versión historicista, afirmando que el derecho expresa el «espíritu nacional» (Durán, cit. p. 206) o que «la costumbre precede á la ley» en la medida en que constituye «el fruto espontáneo de la historia de cada pueblo» (Colmeiro, cit. p. 211). Pero existen también deslices, como dar un lugar a Ferrán nada menos que «en la historia particular de la literatura anarquista de nuestro país» (p. 217) precisamente por un folleto, *Carta a un arrepentido de la Internacional*, de signo antianarquista.

Lo importante es que estamos ante textos propios de una nueva etapa de la ciencia constitucional. A mi juicio, ésta podría caracterizarse por varias evidencias. Las reflexiones jurídico-políticas, antes claramente trenzadas con la praxis del gobierno, comienzan a presentarse como afirmaciones generales aplicables a cualquier constitución (Durán, cit. p. 206), como producto del «espíritu de sistema» (Colmeiro, cit. p. 212; Ferrán, cit. p. 219). Lejos de poder concebirse esta aparición de las preocupaciones sistemáticas a través de la limpia oposición entre la vieja *prudentia iuris* y un dogmático, legalista y formalista *Profesorenrecht*⁵⁴, ha de entenderse como la consecuencia de la

54 Al modo en que la realiza, por ejemplo, Paolo CAPPELLINI, «*Juris prudentia versus scientia juris*: prolegomeni ad ogni futuro 'lessico político europeo'», en *Filosofía política*, 1 (1987), 307-350.

aplicación de un método que supone la sublimación científica precisamente del prudente equilibrio entre la razón y la historia, con claro saldo favorable para esta última. Auspiciado tanto por la traducción en 1841 del *Curso de Derecho natural* de Heinrich Ahrens como por las convicciones en este sentido del moderantismo, comienza ahora a fundarse la cientificidad del discurso jurídico-político en «la historia» y «la filosofía» (Colmeiro, cit. p. 212), lo que desembocará, ya con Ferrán, en el posteriormente consolidado método tripartito que exponía la materia en sus vertientes filosófica, histórica y jurídico-positiva.

Sin lugar a dudas, el aspecto más relevante de este tríptico era el histórico. Pero no basta con repetir la filiación savignyana de Durán (p. 204), o con recordar «la tensión histórica» de Colmeiro indicando que su tratado, «a pesar de su título y de estar publicado bajo la vigencia de la Constitución de 1869, es una historia de la Constitución de Castilla y León» (p. 209). Hay que enlazar ambas circunstancias y formular conclusiones de carácter general. Creo que a este respecto puede sostenerse que el saber jurídico-político fundaba su cientificidad en la historiografía, su verdad era la hipotética verdad suministrada por la historia. Su objeto principal de estudio dejó en buena parte de ser el gobierno, en cuyo lugar central va colocándose la nación; si la tarea transformadora del gobierno de los primeros liberales consistía precisamente en fabricar la nación, una vez fabricada, ya podía pasar a ser esta el objeto principal de estudio por la ciencia constitucional. La «realidad social» que, según el antólogo, pasó a ser la materia de análisis del constitucionalismo desde el liberalismo moderado, aunque se caracteriza siempre por dar la espalda a la regulación constitucional positiva, admitía entonces variadas acepciones y, en esta fase que nos ocupa, se identificaba con «los elementos propios y genuinos de la Nación» (Ferrán, cit. p. 221).

Con ello se hacía patente la misión nacionalizadora que desarrollaba –y presuponía– la disciplina, cometido coherente para una universidad bajo dependencia de un Estado que entre otros tenía como fundamental objetivo crear patriotas. No es, pues, de extrañar que a partir de estas contribuciones ingresasen en la cátedra profesores de derecho político como Simón de la Rosa en Sevilla, que se ocuparon fundamentalmente de recrear la historia nacional⁵⁵, contribuyendo con ello desde su privilegiada posición a la configuración y asentamiento de la identidad colectiva. Y tampoco hay que descuidar la

⁵⁵ Simón DE LA ROSA, *El lugar en que se dio la batalla del Guadalete. Estudio histórico*, Sevilla, Imp. de Izquierdo, 1911.

prolongada vida de este derecho político de vocación nacionalista, desplegado en décadas posteriores no solo por el común empleo del método filosófico-histórico que él pone prácticamente en circulación sino por la homogeneidad de contenidos y propósitos que encontraremos en manuales como los de Vico y Brabo, Fernando Mellado o Salvador Cuesta.

d. *La mentalidad jurídica de la Restauración*. A partir de las obras suscritas desde la década de 1870, la búsqueda conceptual planteada desde un inicio comienza a resultar factible. Tanto es así, que los interrogantes acerca de los conceptos de constitución y ciencia constitucional solo pueden empezar a ser respondidos cabalmente por fuentes como estas que se los inquirían expresamente. El resultado, por consiguiente, gana en consistencia y los párrafos ya parecen entresacados con mayor criterio y deliberación. A su través puede ahora el lector captar el uso del «método filosófico-histórico», comprobar la importancia capital de la «Constitución interna» y saber, en consecuencia, que la legitimación del poder gira en torno a la correspondencia entre ésta, de carácter fundamentalmente tradicional, y la «externa», de naturaleza jurídico-positiva.

Con todo, se advierten aspectos mejorables. En lugar de algún pasaje de su célebre y plurieditado tratado, se escogen para la antología fragmentos de un manual introductorio y juvenil de Adolfo Posada, minusvalorado incluso por su propio autor⁵⁶. Y la pertinente inclusión de *El Derecho político como espectáculo*, que nos permite corroborar el compromiso del krausista con la lucha por los «derechos individuales», estimados por «algunos más bien como materia propia del Derecho civil» (Posada, cit. p. 272), encuentra hueco entre textos de la Restauración, cuando su lugar, por cronología y materia, hubiera estado mejor junto a Ruiz del Castillo, Pérez Serrano y Ayala, mostrándose con ello la prototípica opinión del constitucionalismo social-liberal *fin de siècle* frente a la crisis del liberalismo y la descomposición social de los años treinta.

56 Pues «respondía fielmente» a la enseñanza de doctorado de Francisco Giner sobre el asunto y contaba todavía con escasa aportación personal del mismo Posada: vid. sus *Fragmentos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, 1983, 148-9 y 227, donde afirmaba expresamente: «Quizá fuera un poco precipitada la elaboración y publicación de este mi primer libro titulado *Principios de Derecho político. Introducción*. Así lo creía –y me lo dijo– mi maestro don Francisco Giner, quien estimaba que el libro, más que por su contenido, se defendía por el índice, detallado, minucioso. Desde estas alturas de la vejez pienso que el maestro tenía razón».

García Costa procede a una caracterización de esta etapa del constitucionalismo indicando varias «constantes»: en primer lugar señala «el rechazo de la Constitución como su principal objeto de estudio y su paralela sustitución por la vida política» (p. 39); en segundo, «el rechazo de los métodos del positivismo jurídico» justificado por «la negativa a asumir el concepto racional normativo de Constitución y la paralela asunción del concepto de Constitución interna» (pp. 39 y 40); en tercero «la influencia» de «las corrientes europeas»; y por último recurre al tópico de su carácter «enciclopédico».

Comencemos por el final. La presunta «concepción enciclopédica» (p. 301) compartida por todos los autores de estos años nos coloca ante un lugar común de la doctrina constitucional actual. Su significado preciso es el de que, en su opinión, sus antepasados pretendían abarcar demasiadas cosas, lo que acto seguido suele convertirse en una acusación de falta de sistematicidad, ordenación y profundidad⁵⁷, o sea, en una condena retrospectiva a la cientificidad constitucional pasada. Mas la realidad era la contraria, justamente la ambición sistemática de aquel derecho político, que pretendía recoger y examinar con afirmaciones generales todo aquello vinculado con la institución estatal, esto es, con la propia sociedad política, desde el individuo y sus derechos hasta la nación y la propia constitución. Si, para ser riguroso, con el uso del calificativo enciclopédico debiera aludirse, según la Academia de la Lengua, a «los conocimientos universales» exhibidos por la disciplina, habremos de renunciar a él visto que el derecho político de entonces no comprendía multitud de materias jurídicas, como la penal, la procesal, la civil o la mercantil. Si, por el contrario, queremos denotar la amplitud de su objeto de estudio, tendremos que huir de convenciones y buscar otro epíteto más ajustado a su auténtica fisonomía conceptual.

En relación a la influencia europea, junto a las objeciones que podrían oponerse a las reconstrucciones aún basadas en categorías como las de «precursores» o «influencias», cabe indicar que, de una parte, olvida el inconfundible timbre hispano del neotomismo y del ginerismo presentes en los textos jurídico-políticos de entonces, y de otra, casa mal con la supuesta repudia del «positivismo jurídico» justo cuando en Europa esta corriente, según García Costa, se hallaba «en pleno auge» (p. 39). Existía, desde luego, un buen catálogo de autores estudiados, importados y hasta traducidos, pero las críticas al

57 Vid. las apreciaciones críticas de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Estudio preliminar» de Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España* (1891), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1999, XXXIII-XXXIV.

por entonces llamado «doctrinarismo», entendiendo bajo tal nombre el modo legalista y dogmático de encarar la ciencia jurídica, se dirigían tanto a los profesores nacionales de otras materias que seguían ciñendo sus explicaciones a la legislación vigente como, por otro lado, a los constitucionalistas que tenían como asunto principal de sus indagaciones cuestiones «mecánicas» como las formas de gobierno. En ningún caso se daba una oposición consciente a una tendencia doctrinal iuspositivista generalizada por el resto de Europa, donde gozaban cada vez de mayor predicamento autores tan poco legalistas como Gierke, Hauriou o Duguit. Y tampoco la exégesis del derecho constitucional vigente era del todo desconocida para los juristas de fin de siglo, al que solían reservar el último bloque de sus manuales en ejecución del método filosófico-histórico, que coronaba con el examen del ordenamiento en vigor, y al que también llegó inclusive a dedicarse una sugestiva tesis doctoral⁵⁸.

Por eso han de precisarse los dos primeros rasgos. Estamos de acuerdo en que la constitución «racional normativa» no contaba con el beneplácito de la asignatura, pero tampoco el régimen político bajo el que ésta se producía la tenía como condición; antes al contrario, la norma de 1876 presuponía «un orden constitucional intangible» de carácter material⁵⁹, y no es descabellado pensar que el dato ya prefigurase los contenidos y preferencias de la disciplina iuspolítica, tanto la ortodoxa como la crítica, que se colocaba en el mismo plano de la constitución material para desacreditar el sistema vigente. Pero resulta además que tal acepción normativa sí era tenida en cuenta, según demuestra el segundo tomo sobre derecho constitucional comparado del tratado de Posada, lo que ocurre es que, aun pudiendo ser objeto de análisis, cuando se convertía en asunto de ciencia el fruto había de ser un sistema de afirmaciones generales que atrapase las directrices globales de todas las normas fundamentales, mas nunca una simple interpretación apegada a la literalidad de los preceptos de cada una de ellas. Por lo tanto, más que un rechazo pleno al positivismo jurídico tenemos, o bien una modesta exégesis del articulado constitucional fundada en el método «filosófico-histórico», la cual no permite hablar sin más de «rechazo de la Constitución», o bien una reconstrucción sistemática con afán de generalidad, que no se identifica en absoluto con una hipotética atención prestada a la «vida política», dado que

58 Cf. Cándido CERDEIRA, *Historia de las Constituciones españolas y comentarios a la vigente de 30 de junio de 1876*, Madrid, 1901, depositada en la Unidad de Tesis Doctorales de la Biblioteca Complutense con sig. T3317.

59 B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1992, 134.

ésta, con sus coyunturas y pormenores, sí que no encontraba nunca espacio para su consideración en las obras académicas. De nuevo, por tanto, más que la simple exclusión de la acepción «racional normativa» de constitución, contemplamos la convicción de que la cientificidad del discurso iuspolítico se fundamentaba en la universalidad de sus proposiciones, algo inviable si se ceñía a un ordenamiento contingente y geográficamente limitado como es el estatal. Y en nada sustrae esto valor a la centralidad de la «Constitución interna», a condición al menos de que se explicita que con tal término no se hace referencia sino a los factores que componen la «nación» (Salvador Cuesta, cit. p. 232; Vico, cit. p. 245, quien incluye entre ellos «la forma de gobierno» en referencia a la monarquía) o directamente a la «*conciencia nacional*» (Santamaría de Paredes, cit. p. 254).

A mi entender, otros son los caracteres de esta etapa de la disciplina constitucional. Para esbozarlos podría comenzarse distribuyendo en corrientes a sus principales protagonistas, para lo que hace falta atender a algo más que al credo católico, criterio seguido por García Costa al colocar a Mellado «dentro de la tendencia de D. Enrique Gil y Robles» (p. 289) y asociar a éste con Vico y Brabo y Salvador Cuesta. A esta alineación cabría replicar que más tenía en común el reaccionario catedrático salmantino con el organicismo krausista que con los restantes católicos citados. La agrupación, por lo tanto, tiene que responder a otras premisas bien distintas a la fe católica por todos profesada en mayor o menor medida. Creo que el elemento clave a considerar es la postura que cada uno de los autores tenía frente al Estado.

Podríamos individualizar así un primer grupo católico-liberal procedente del moderantismo que, para legitimar el Estado, conciliaba la religión católica como factor aglutinante de la nación con la defensa de las instituciones socioeconómicas típicas del liberalismo. En él encontraríamos a Cuesta, Mellado y Vico. A su vez cabría localizar una tendencia puramente estatista, que fundando también el Estado en la unidad nacional afectada por la religiosidad, concedía mayor peso a la soberanía legal y se mostraba además abierto a las sugerencias positivas del krausismo. Ahí situaríamos a Santamaría. Y por último podríamos singularizar dos corrientes antiestatistas, una que principia en el individuo y recoge el legado constitucional moderno, pero oponiendo al legalista Estado «oficial» una idealizada e irrepresentada comunidad popular, y otra que se enfrenta al mecanicista orden liberal recuperando «la constitución jurídica de los Estados medioevales» y la «filosofía cristiana» que como sustrato común los enlazaba (Gil Robles, cit. pp. 302-305). Tal y

como puede suponerse, cabeza visible de la primera corriente era Posada y de esta segunda Gil Robles.

Aparte de la citada distribución, creo que el derecho político de la Restauración está signado por una paradoja: partía de un unánime y profundo acuerdo sustantivo pero transmite una imagen escindida. Me explico: por primera vez, todos los autores van a compartir unos mismos criterios de cientificidad, concretamente los dispensados por el «método filosófico-histórico» y la referencia constante a un «orden natural» indisponible por la voluntad y cognoscible, por consiguiente, como una entidad objetiva e inalterable. Como no podía ser de otro modo, advenida ya la modernidad, la discrepancia surge de la dispar interpretación que realizan de dicho orden precedente, plasmado para algunos en el Estado vigente y contrario para otros a la legislación oficial. Ya sea con un tono legitimador, propio de los autores ortodoxos como Mellado, Cuesta y Vico, o con inclinaciones críticas, caso de Posada, todos partían de esa referencia inexcusable a un supuesto orden natural, continuo e «independiente de la voluntad del sujeto» (Santamaría, cit. p. 251), seña de identidad de la cultura jurídica de la *belle époque* y sustrato que, al no reconocer la contingencia en lo que a las relaciones sociopolíticas concierne, se vio quebrado con la irrupción de la historia tras la I Guerra Mundial⁶⁰. Pero lo más decisivo de todo es que también existía común acuerdo acerca de cuál era el objeto de estudio del derecho político: el Estado. Se pasaba así desde una teoría del gobierno a una reconstrucción histórica de la nación para arribar por último a la génesis entre nosotros de la teoría del Estado como contenido principal de la asignatura constitucional. Algo de lo que vuelve a no decirse nada en nuestra antología, aunque esta vez los textos sí permitan apreciarlo⁶¹.

e. *El derecho político de los años veinte y treinta*. Las referencias a la fase que atravesó la disciplina a partir de la segunda década del siglo xx son ya mínimas. Quitando indicaciones realizadas para cada autor, no hay siquiera un intento de ordenación de tendencias y autores, ya sea de cariz político como científico. En el primer caso, habría que enumerar al menos a los catedráticos

60 Cf. las sugerentes apreciaciones de Pedro de Vega al respecto en sus «Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo xx».

61 «El adjetivo *político* que acompaña al sustantivo *Derecho* indica desde luego que nos referimos de un modo especial al *Estado*» (Santamaría, cit. p. 249). «En la Política se comprende algo referente al Estado [...] en el Derecho político [se estudia] el Estado en sí, cuáles son sus condiciones permanentes, cuáles las *leyes* de su existencia» (Posada, cit. pp. 264 y 267).

liberales conservadores –Elorrieta y Gonzalo del Castillo–, economicistas –Llorens– y constitucionalistas –Pérez Serrano, Mariano Gómez González–, a los organicistas autoritarios de procedencia krausista –Valle Pascual– y católica –Ruiz del Castillo–, y a los socialistas –Martínez Pedroso, Fernando de los Ríos– o republicanos –Enrique Martí Jara y Francisco Ayala–. En cuanto a la clasificación científica, cabría distinguir a los profesores institucionalistas inspirados en Hauriou –Ruiz del Castillo–, a los pluralistas que prosiguieron la concepción de la disciplina planteada por Posada –Sanz Cid– o que se inspiraban ya en doctrinas angloamericanas más actualizadas –Teodoro González–, a los que comenzaban a practicar el derecho público positivista de corte alemán –Pérez Serrano–, a quienes importaron a la academia española el normativismo –Martínez Pedroso–, a ordoliberales como Eduardo Llorens –proveniente además de la cuna friburguesa del ordoliberalismo– y a los historicistas influidos por Heller –Ayala–.

La elección concreta de algunos autores, y la correlativa preterición de otros, resulta problemática. Como se ha dicho, en una antología de obras de derecho constitucional hubiera sido preferible, sobre todo para estas alturas del siglo xx en que la disciplina más o menos se ha diferenciado de la praxis política, recurrir exclusivamente a obras suscritas por especialistas en derecho político. No son, por tanto, muy elocuentes en relación a la identidad de nuestra materia textos demasiado apegados a la coyuntura política con un expreso afán de «crítica» (Gay, cit. 329) o de intervención directa en los acontecimientos, como acontecía con las reflexiones de Recasens sobre el poder constituyente, excluidas expresamente de la ciencia constitucional por Pérez Serrano⁶². Mejor, por tanto, que dar espacio a legitimaciones directas de la dictadura de Primo llevadas a cabo por un economista y político filofascista como Gay, o a los ataques frontales a dicho régimen y las consecuentes llamadas a la República de un filósofo del derecho como Recasens, habría sido ceder estos espacios a la primera recepción crítica de Léon Duguit llevada a cabo por el titular de la cátedra sevillana Alberto Jardón⁶³, o a la propuesta de reforma constitucional lanzada por su sucesor en la Hispalense Enrique Marí Jara⁶⁴, o a la esclarecedora introducción que Fernando de los Ríos hizo

62 En una reseña cuyo título conoce y cita García Costa (p. 334 n. 1), pero sin tener entonces en cuenta sus contenidos.

63 A. JARDÓN Y SANTA EULALIA, *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Reus, 1919.

64 E. MARTÍ JARA, *El rey y el pueblo. El constitucionalismo de posguerra y la propuesta de Constitución*, Madrid, Reus, 1929.

a su traducción de la *Allgemeine Staatslehre* de Jellinek, o a las páginas más representativas del manual de Mariano Gómez⁶⁵, o las indicaciones preliminares de Eduardo Llorens sobre la integración política contenidas en su estudio de la autonomía regional⁶⁶.

Y con respecto a los juristas incluidos tampoco son acertadas las calificaciones ni riguroso el tratamiento. Resulta de todo punto exagerado que nuestro antólogo, muy proclive a la adjetivación exaltada, trate de «gran jurista» (p. 339) a un profesor prácticamente ágrafo y cuyo manual no era producto de ciencia sino resultado de docencia, como era Gonzalo del Castillo, sobre quien recayó una sentencia de «muerte» dictada en la guerra por «el Tribunal popular de Barcelona», sin que se llegue a saber después cómo salvó su vida⁶⁷. Por su parte, de Elorrieta se omite la edición empleada de su tratado, no se indica la utilidad para opositores que éste terminó prácticamente teniendo, y tampoco se nombran sus obras del período⁶⁸, que por muy divulgativas que fuesen, su mero conocimiento es más pertinente para los fines de una historia disciplinar que el de sus textos citados sobre derecho internacional o economía. Y, por último, dejando aparte la incomprensible falta de presentación del artículo de Ayala, la caracterización unívoca de Pérez Serrano por su presunta «independencia frente a cualquier adscripción política» parece insuficiente, porque categoriza el difícil ejercicio de equilibrio que hubo de practicar durante la guerra civil, sin tener por tanto en cuenta su anterior y expresa profesión de fe en el constitucionalismo liberal y democrático⁶⁹, identificado en términos pragmáticos con el nuevo orden republicano –según adveran los propósitos de la *Revista de Derecho público* e indica el mismo párrafo final de su artículo transcrito (p. 356)–,

65 MARIANO GÓMEZ GONZÁLEZ, *Derecho político*, Madrid, Tip. Sucesores de Rivadeneira, 1924.

66 E. LLORENS Y CLARIANA, *La autonomía en la integración política*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1932.

67 Por los datos que yo manejo, procedentes de su depuración y localizados en su *Expediente personal* del Archivo General de la Administración, caja sig. 31/9612, fue efectivamente condenado a muerte y permaneció «oculto en Barcelona desde la fecha del Alzamiento Nacional hasta el 31 de octubre del año corriente [1937], más de quince meses», haciendo «varias tentativas para salir que fracasaron y mediante un pasaporte falso» pudo finalmente evadirse.

68 T. DE ELORRIETA Y ARTAZA, *Liberalismo*, Madrid, Reus, 1926.

69 Vid. el «Prólogo» de Pérez Serrano a Boris Mirkiné Guetzevitch, *Derecho constitucional internacional*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1936, 10-11.

y de la cual tuvo al final que retractarse expresamente, seguramente que no sin dolor⁷⁰.

Mas, en definitiva, lo que vuelve a fallar es la identificación global de la mentalidad jurídico-política de aquel entonces, esbozada aquí con alusiones vagas a los totalitarismos, la europeización, el socialismo y la democracia y resuelta en suma con el acta de nacimiento de «un auténtico Derecho constitucional» bajo la II República, que, en puridad, no cabría aplicar a autores como Ruiz del Castillo, quien no cesaba de anunciar el resurgimiento de la «ciencia moral»⁷¹. No se recuerda el auge del pluralismo y su negación de la soberanía estatal, ni la circulación cada vez más exitosa del historicismo –impecablemente aplicado al derecho constitucional por Ayala en su solitario artículo citado–, ni algo tan básico como la irrupción del normativismo austriaco, que determina el paso de iusfilósofos y constitucionalistas hasta el punto de que sus conclusiones pueden ser contempladas en buena parte como una respuesta al reto planteado a la ciencia jurídica por Hans Kelsen. Como tampoco se indagan suficientemente los motivos, y los modos, de esa novedosa toma en consideración de la norma constitucional, que, en pocas palabras, o bien podía ser un eco del método tripartito del cambio de siglo, como ocurría con Gonzalo del Castillo, o bien una colección de comentarios y apostillas sin dignidad científica, como pasaba con Luis del Valle, o bien, por último, un peculiarísimo ensayo de dogmática, inasimilable al actual por el concurso de reflexiones axiológicas, históricas y sociológicas y, sobre todo, por una vocación sistemática y generalista que excluía la posibilidad de una parca paráfrasis de los preceptos constitucionales, lo que obliga a enfrentarse a una forma singular de discurrir dentro de nuestra historia constitucional, que yo he denominado, por situarla en la historia más que por calificarla políticamente, «racionalidad jurídico-política republicana».

III. OPORTUNIDAD CIENTÍFICA DE UNA REEDICIÓN

No son pocos los libros suscritos o traducidos por los antiguos profesores de derecho político que están siendo recuperados en la actualidad. De la So-

⁷⁰ Vid. su prólogo de Adolfo Posada, *La idea pura del Estado*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1945.

⁷¹ Cf. S. MARTÍN, «Carlos Ruiz del Castillo: cara y envés del orden natural conservador», en A. Quiroga y M. A. del Arco (eds.), *Soldados de Dios y mártires de la patria*, Granada, Comares, 2010, 331-355.

ciudad de Estudios Políticos de la Región de Murcia, y por iniciativa de los autores que en torno a ella de un modo u otro se concentran, proceden algunas reediciones recientes. Aunque después se tratarán con mayor detalle los proyectos impulsados por esta sociedad, con su órgano periódico *Empresas políticas* en primer lugar, baste ahora indicar que a ellos se debe directamente la publicación de algunos escritos de Luis del Valle⁷², e indirectamente, a través de la editorial Reus, la nueva puesta en circulación de *La autonomía en la integración política* de Eduardo Llorens⁷³.

La casa editorial más ocupada en poner a disposición del lector de hoy textos confeccionados por los profesores de derecho político de ayer es la granadina Comares. En la colección *Crítica del derecho* dirigida por el infatigable iuslaboralista granadino José Luis Monereo podremos encontrar toda una serie de traducciones ejecutada por nuestros profesores de derecho político: así, por ejemplo, *La Gramática de la política* de Laski en versión de Teodoro González (2003); *Los principios de derecho público y constitucional* de Hauriou traducidos por Ruiz del Castillo (2003); *Europa y el fascismo* (2006) y *Las ideas políticas contemporáneas* (2004), ambos de Hermann Heller y traducidos, respectivamente, por Francisco Javier Conde y Manuel Martínez Pedroso; o *La lucha por el derecho* de Jhering en versión de Posada (2008). A esta encomiable reedición de versiones castellanas de textos jurídicos contemporáneos devenidos clásicos –que bien pone ante nosotros la necesidad de, en lugar de vivir de las rentas de nuestros antecesores, volcarnos a traducir directamente obras de entidad desconocidas aún en España (pienso, por ejemplo, en algunas de Ernst Fraenkel, Hugo Sinzheimer, Rudolf Laun, Franz Neumann o del mismo Georg Jellinek)– acompañan además publicaciones directas de tratados de derecho político, como el de Posada (2003) y los de Francisco Javier Conde, *Introducción al derecho político actual* (2006) y *Teoría y sistema de las formas políticas* (2006), ambos originariamente memorias de cátedra presentadas a sucesivas oposiciones.

En relación a estas publicaciones, ya sean de Comares o de otras editoras, se torna nuevamente visible en ellas la doble óptica con que puede volver a publicarse el derecho político histórico: o bien como neta recuperación de un discurso pasado con pretendidos réditos, tanto científicos como políticos, para la actualidad, o bien como difusión de instrumentos

72 L. DEL VALLE PASCUAL, *La política social y la sociología y otros escritos breves*, Murcia, Isabor, 2004.

73 Con fecha de 2008.

para la restitución y la comprensión historiográficas de una mentalidad ya cancelada.

Sobre estas dos posibilidades nos ilustran respectivamente la reimpresión de *Introducción al derecho político actual* de Francisco Javier Conde y la muy oportuna traducción de *La nueva Constitución española* de Posada. Esta última, publicada con motivo del 75 aniversario de la norma republicana, cuenta con el valor científico de traducir una obra originariamente escrita en francés por el profesor de derecho político de mayor relevancia y prestigio de aquel momento. Con ella, además, puede esclarecerse la encrucijada histórica de los años treinta en la medida en que contribuye a desmentir aquella falsedad conservadora, hoy exitosa por la base material y financiera que la ampara, a tenor de la cual la Constitución de 1931 pecó de racionalismo abstracto desvinculado de la estructura histórica y política de la sociedad española. Era más bien, a juicio de Posada, un sucesivo intento, tras 1812 y, sobre todo, 1869, de «constitucionalización del Estado español», que contaba con toda una tradición liberal progresista, y después también socialista, a sus espaldas, y que además correspondía a la correlación de fuerzas existente en la España de entonces⁷⁴.

Por su parte, la reedición del manual introductorio de Conde cuenta con unas premisas y un objetivo bien diversos, aunque no del todo ajenos al conocimiento histórico –revisionista–. Como examinaremos más adelante con detenimiento, su introductor y valedor, director asimismo de la mencionada revista *Empresas políticas*, nos presenta el texto partiendo de la hipótesis de que el momento fundacional de nuestro Estado español fue la victoria franquista en la guerra civil. Siendo Conde el principal traductor intelectual, el cobertor teórico más brillante, en cuanto «jurista de Estado», de esa naciente «estatalidad» hispana, inexistente hasta su creación por Franco, ha de considerársele en consecuencia inaugurador entre nosotros de la tradición del derecho político, de la ciencia de Estado. Por lo tanto, la nueva publicación de sus obras pedagógicas, al menos en intenciones de su editor, resulta a fin de cuentas, en su aspecto científico, una llamada al actual constitucionalismo, extraviado en sus estériles disquisiciones técnicas, para que tome nota de sus legítimos orígenes y no renuncie a ellos, y en su aspecto político, una defensa

74 Adolfo POSADA, *La nueva Constitución española. El régimen constitucional en España. Evolución. Textos. Comentarios* (1932), Madrid, INAP, 2006 (trad. Antonio M^a Bueno Armijo), p. 54. Cuenta con estudio preliminar de Joaquín Varela SUANZES-CARPEGNA, «Adolfo Posada y la Constitución de 1931», VII-XLVI.

del Estado como unidad de mando encarnada en un líder personal, «tercero neutral y superior», que goce de obediencia y adhesión mayoritarias, o sea, una defensa de la dictadura, o de una monarquía autoritaria. En ningún caso, por tanto, se está desempolvando un texto de los años cuarenta para colocar en los anaqueles de las librerías una fuente historiográfica; antes al contrario, se cree estar dando a la imprenta «una inteligente lección de Derecho público» con utilidad para la comprensión de nuestro presente político y constitucional⁷⁵.

Ejemplo de esta tentativa de poner en circulación obras pasadas para provecho estratégico presente es la reciente publicación del *Derecho político* de Elías de Tejada inserta en la colección *Prudentia iuris*, una serie financiada por la fundación homónima presidida por Juan Vallet de Goytisolo⁷⁶. Como de una iniciativa editorial se trata, conviene empezar valorando el mismo texto que se nos ofrece. Se presenta como la reelaboración de la memoria de cátedra que el autor redactó en ocasión de unas concurridas oposiciones de derecho político celebradas en 1941, publicada «luego en 1950, en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*», como la voz correspondiente a «Derecho político».

Si de eso se trata, para facilitar al público lector una obra con interés historiográfico, teórico y biográfico habría sido necesario en primer lugar el cotejo entre la versión inédita de la memoria y la posterior impresa de la voz⁷⁷, y en segundo lugar la introducción al texto con un estudio dedicado a dicho evento decisivo de las primeras oposiciones franquistas en las que, en efecto, se escenificó la exclusión del tradicionalismo de las cátedras iuspolíticas. No obstante, nada de eso hacen los discípulos en homenaje a su maestro y mecenas.

Hagámoslo nosotros, especialmente esto segundo, siquiera sin exhaustividad, pues puede que ya comiencen a extraerse conclusiones relevantes en

75 Jerónimo MOLINA CANO, «Estudio preliminar: un anticipador de la Constitución política española. Las posiciones jurídico-políticas de Javier Conde», en F. J. Conde, *Introducción al derecho político actual*, Granada, Comares, 2006, IX-LII (XXVIII y LII). Véase también J. MOLINA CANO, «Javier Conde, jurista de Estado», en Francisco Javier Conde, *Teoría y sistema de las formas políticas*, Granada, Comares, 2006, IX-LIII.

76 Según se le describe en el sitio en internet: www.fundacioneliasdetejada.org/patronato.

77 Otra carencia en este sentido salta a la vista nada más abrir el texto: al comienzo del capítulo segundo, Tejada se remite para el análisis de «lo jurídico» a la «voz ‘Derecho’» contenida en la *Enciclopedia Jurídica Seix* y escamoteada en la edición, así mermada, que manejamos.

relación a las doctrinas mantenidas por Elías de Tejada y a las competencias editoriales de sus acólitos⁷⁸.

Si durante la República solo hubo tres incorporaciones al cuerpo de cate-dráticos de derecho político, las de Nicolás Pérez Serrano, Eduardo L. Llorens y Francisco Ayala, en los primeros años del régimen franquista tomarán posesión de tal cargo, entre otros, Ignacio María de Lojendio Irure, Luis Sánchez Agesta, Francisco Javier Conde, José María Hernández-Rubio Cisneros, Carlos Ollero y Torcuato Fernández Miranda. De todas las oposiciones convocadas, quizá la más elocuente y significativa sea, en efecto, la celebrada en noviembre de 1941⁷⁹, a la que concurren Juan Misol Molina, Lojendio, Conde, Sánchez Agesta, Eugenio Vegas Latapié, Nicolás Ramiro Rico y nuestro Elías de Tejada. El tribunal estaba compuesto por Carlos Ruiz del Castillo (presidente), Gonzalo del Castillo y Alonso, el administrativista Recaredo Fernández de Velasco, el civilista Alfonso García Valdecasas y Alfonso de Hoyos y Sánchez.

Ya desde la misma exhumación del expediente del concurso saltan a la luz documentos que muy bien podrían haber orientado la labor de los responsables de *Prudentia iuris*. Pedro Laín, «Jefe de Ediciones y Publicaciones, sección dependiente del Ministerio del Interior», respondía de este modo a un requerimiento de Elías de Tejada, quien seguramente intentaba conocer el curso de una de sus publicaciones con la finalidad de alegarla como mérito en la oposición:

Querido camarada: recibí tu carta del tres de noviembre comunicándome el trabajo elegido para tu colección *Breviarios del Pensamiento Español*. Acepto desde luego tu elección que me parece muy acertada. Tu trabajo anterior, *El Estado Nacional sindicalista* lo está revisando el Jefe del Servicio Nacional de Propaganda por razones de *oportunidad*. Desde luego, no es que consideremos su tesis *heterodoxa*. Te saluda cordialmente brazo en alto tu buen amigo [Pedro Laín] Saludo a Franco ¡Arriba España!

Por sorprendente que pueda parecer, el expediente de censura abierto al texto de Elías de Tejada concluyó con la prohibición de la impresión del manuscrito *Nuevo Estado nacionalsindicalista*. En los fondos hoy catalogados

⁷⁸ No está mal añadir a los datos examinados a continuación los referentes a las oposiciones de filosofía jurídica estudiados por Benjamín Rivaya en *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Madrid, CEPC, 1998, 142-144 y 175-6.

⁷⁹ Y conservado su expediente hoy en el legajo del Archivo General de la Administración sig. 31/9763.

por el Archivo General de la Administración sobre censura franquista puede encontrarse la carpeta abierta a dicho expediente, pero vacía de toda documentación. Siendo los editores asimismo albaceas del eximio iusfilósofo, quizá habrían podido tener acceso al original de esta obra, cuya publicación hubiera resultado de todo punto más interesante que la de su voz enciclopédica, pues se podría con ella esclarecer el motivo que llevó a las autoridades franquistas a impedir la circulación de una monografía suscrita por uno de los juristas nacional-católicos más fervorosos. Puede que tal decisión fuese adoptada teniendo presente la escasa adherencia de algunas tesis de Elías de Tejada respecto del nuevo dogma de la síntesis entre la sociedad y el Estado, síntesis supuestamente superadora del antagonismo crónico entre ambos polos propio del liberalismo: para Elías de Tejada, en efecto, ni eran «una misma cosa» *el Estado y la sociedad*, ni tenían por qué hallarse en sintonía cuando en realidad sus componentes respectivos, los «gobernantes» y los «súbditos», se contraponen, ni tampoco la esfera estatal de la gobernación debe extenderse hasta el punto de integrar la «total comunidad política»⁸⁰.

Con tales creencias teórico-políticas, en las que a lo mejor resonaban en exceso los ecos del positivismo sociológico, acaso no pueda montarse un Estado totalitario ni tampoco contentar del todo a nuestros tomistas actuales. Igualmente relevante y oculto para el lector es el enfrentamiento mantenido entre Francisco J. Conde y Elías de Tejada durante los ejercicios de oposición. Quizá resulte forzado extraer de él conclusiones generales acerca del choque entre el falangismo revolucionario y el tradicionalismo reaccionario, pero de cualquier modo representa localmente la auténtica dimensión de la unidad y la presunta reconciliación que se produjeron, a juicio de autores como Dalmacio Negro, gracias a la victoria de los sublevados. Ya desde la primera prueba Conde y Elías de Tejada se lanzaron duros reproches. Este acusó al autor de *Espejo del caudillaje* de traductor «desleal», por servirse de versiones italianas para verter al castellano textos alemanes de derecho político⁸¹, y calificó su formación de muy defectuosa «sobre todo desde el punto de vista religioso». Conde, por su parte, reaccionando ante las censuras de Elías de Tejada, le contestó primeramente en «un tono innecesariamente áspero y de

80 FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA SPÍNOLA, *La figura del Caudillo. Contribución al Derecho público nacionalsindicalista*, Sevilla, Tip. La Andaluza, 1939, 31-37.

81 Concretamente de *El concepto de lo político* de Schmitt. Acusación mantenida, aun suavizada, en la voz ahora reeditada: *Derecho político* (1950) (*Prudentia iuris*, 12), Madrid, Marcial Pons, 2008, 22 n. 1.

una superioridad despectiva», para pasar ya después, en el segundo ejercicio, a proferir críticas caracterizadas por tal «agresividad de expresión que obliga[ro]n al Presidente del Tribunal a intervenir».

Con datos como estos puede barruntarse una posible carga polémica del pensamiento de Elías de Tejada que al lector actual de su *Derecho político* pasa desapercibida. El que no interese tanto facilitar un instrumento historiográfico con el que poder dilucidar la doctrina jurídica franquista, pero también las luchas por el poder académico libradas en la posguerra, explica que estos puntos queden sin la menor mención y tratamiento. Y es que de haberlo obtenido no habría quedado en muy digno lugar la corriente tradicionalista y se habría destapado además la verdadera entidad de su vocación por la disciplina iuspolítica. Habríamos sabido, por ejemplo, que el golpista Eugenio Vegas Latapié, a quien Miguel Ayuso, secretario de la Fundación Elías de Tejada dedica sus reflexiones sobre la legalidad y la legitimidad⁸², además de conceder a Hitler el rango de maestro del pensamiento político, se mostraba convencido de que para acreditar su formación científica tenía que hacer bien patente su militancia como «católico radical, antiliberal y antienciclopedista» y su propósito de servirse de la cátedra para «el apostolado de las doctrinas que él consideraba verdaderas». Incluso a algún miembro del tribunal (Ruiz del Castillo), la mención como mérito de sus actividades políticas contra el régimen republicano, y la vinculación expresa del desempeño profesoral con la «ambición de adueñarse del Estado» sentida «desde la infancia», le resultaron fruto de una desafortunada confusión entre la ciencia y la política, entre las necesarias aptitudes intelectuales requeridas para lo primero y las inclinaciones personales necesarias para actuar en la segunda.

También era político, y no científico, el móvil de Elías de Tejada, quien confesaba al tribunal que la máxima «ilusión dentro de su vida [era] lograr una cátedra de Derecho Político para servir así a la Religión católica y a España». El joven Elías, que ya por entonces mostraba tener a juicio de Ruiz del Castillo «un temperamento que necesita nutrirse de afirmaciones rotundas»⁸³, más que de sutilezas reflexivas, renegaba así académicamente de su

82 Miguel Ayuso, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad (Prudentia iuris, 2)*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

83 No sabemos si desde este momento brotó ya una enconada antipatía por Ruiz del Castillo, cuyo *Derecho político*, pese a contar con notoria solidez científica y basarse en criterios nacionalcatólicos, conservadores e institucionalistas, es calificado por Tejada de «lamentable amasijo de ideas toscamente entrabadas que bien pudiera servir de índice de la decadencia vertiginosa del derecho político español durante el primer tercio del siglo xx»,

maestro Nicolás Pérez Serrano, y aseguraba que su inclinación definitiva por la materia jurídico-política, lejos ya de toda tentación krausista o positivista, había cristalizado en sus años de voluntario «durante la Cruzada Española», momento en el cual «quedaron selladas en él dos ideas que habrían de constituir el motor de su vida: supremacía de lo español, de lo católico y la utilidad de aprovechar todo lo bueno que la técnica extranjera pueda ofrecer a España»⁸⁴.

La somera alusión a las oposiciones que dieron lugar a la memoria de cátedra de Tejada habrían puesto así de relieve que la subordinación de la actividad científica a una tendencia política particular, mediando, como digo, el terror, tuvo un acta de nacimiento concretamente fechada a la que hay que seguir remitiendo el actual proyecto científico y político de la colección en la que se aloja nuestra reedición, llamada *Prudentia iuris*⁸⁵. Pero ciñéndonos a las páginas publicadas, emergen también ante nuestra vista algunas evidencias aparentemente desconcertantes. Quizá Elías de Tejada no se alejase tanto como pensó de su maestro Pérez Serrano, o bien tal negación no fuese más que una necesaria estrategia de promoción académica que no se ajustaba a la noción que mantenía del derecho político. Al no contrastarse la voz hoy publicada con la memoria inédita presentada a la oposición, quedan sin documentar, caso de haberlos, los virajes de criterio que Elías de Tejada pudiera haber tenido desde 1941 a 1950. Mas la cuestión es que, ateniéndonos a los datos que manejamos⁸⁶, la concepción de la materia exhibida dista bastante de estar animada en exclusiva por esos ideales de la «hispanidad» y el «cato-

Derecho político, 136. En las oposiciones, Ruiz del Castillo no votó en ninguna ocasión a Elías de Tejada y sí lo hizo, en cambio, a Conde. Como puede verse, la revelación de estos datos habrían también alumbrado la faceta más personal, pero no menos decisiva, del personaje que dominó con cierta arbitrariedad la disciplina iusfilosófica en España: vid. el tercer epígrafe de Eusebio FERNÁNDEZ GARCÍA, «La política desde una asignatura: el derecho natural», en A. Mora Cañada (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo XX*, 181-213.

84 También para acceder a, y promocionarse en, la cátedra de derecho natural se estimaban más pertinentes y valiosas estas proclamaciones de militancia incondicional: B. RIVAYA, *Filosofía del Derecho y primer franquismo*, 140 y 142.

85 Para una valoración de esta colección, antes integrada en el presente trabajo de crítica bibliográfica y ahora presentada de forma separada, consúltese el capítulo titulado «Crítica del neoconservadurismo jurídico».

86 Pues no se encuentra tampoco depositada la memoria en el expediente de la oposición citado, aunque sí es conocida y manejada por Miguel AYUSO en «El *Derecho Político* de Elías de Tejada», *Empresas políticas*, II (num. 2, 2003), 75-80.

licismo romano» que constituían «el motor de su vida» y que hoy pretenden sus seguidores propagar.

El hilo conductor del *Derecho político* de Tejada no obedece a la preocupación por anclar la comprensión del orden jurídico-político en las universales categorías iusnaturalistas, sino que más bien se propone narrar la conquista por parte de la disciplina de su «madurez autónoma», tomando para ello, como punto cenital, «la más perfecta de las construcciones formales», la *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek, la más brillante teorización del Estado liberal de derecho (pp. 14-15). Es más, si para fundamentar el conocimiento teórico del derecho político debe ilustrarse, a juicio de Elías de Tejada, su «formación histórica como disciplina aparte» (pp. 38 ss.), la primera matriz normativa de la que logró emanciparse, para beneficio de su propia independencia epistemológica y prescriptiva, fue la matriz teológica y religiosa, extremo que contempla con buenos ojos para el «mundo oriental», pero también para la cultura occidental. Y si la desvinculación del derecho político respecto de los códigos religiosos constituye el primer peldaño de su autonomía, el ulterior nos lo da su segregación de la «ética» clásica «orientada a la preparación del buen gobernante» (p. 54), y el definitivo lo pone su formalización, o sea, la articulación de esa «geometría legal» denostada por los seguidores de Elías de Tejada que han reeditado su obra.

Con todo esto se atisban zonas sustantivas de fricción entre lo sostenido por el maestro y lo hoy afirmado por sus discípulos, quienes convienen en señalar los valores patrióticos como contenido indispensable de la ciencia jurídico-política. Si para ellos se trata de elaborar un saber prudencial, que suministre al político los límites de su actividad, límites cifrados ante todo en la presunta complejidad natural de la nación católica española, la materia prima doctrinal de la disciplina debería por tanto componerse de obras escolásticas y de autores distinguidos por su españolidad y catolicismo. Aunque el Elías de Tejada de la contienda no fue para nada ajeno a este planteamiento⁸⁷, poco rastro de él hallamos en su opúsculo iuspolítico, dedicado más bien a sintetizar las concepciones de «los grandes maestros alemanes» presentadas como el mejor sustrato sobre el que alzar un derecho político autónomo. Desde luego no faltan las invocaciones a la autoridad de Tomás o Suárez (pp. 27-28, 68, 70), pero estas no están carentes de crítica, pues «los armatostes teológicos de la Escolástica» frenaban con su teología omnicompreensiva la

87 Vid. su *Notas para una Teoría del Estado según nuestros autores clásicos (siglos XVI y XVII)*, Sevilla, Raimundo Blanco, 1937.

completa «independización formal» de la disciplina (pp. 68 y 70)⁸⁸, ni tampoco su mención es comparable en proporción e importancia a la que obtiene «la ciencia alemana del siglo XIX», que coronó la labor de diferenciación del «iusnaturalismo protestante» colocando «en el centro de las preocupaciones la idea del Estado como persona ajena a las mutaciones de los gobiernos» (p. 75⁸⁹). De este modo, el centro de gravedad del derecho político para Elías de Tejada, lejos de ser una historia nacional acompañada de máximas iusnaturalistas, viene a ser la construcción de una teoría del «Estado-persona» técnicamente depurada y vivificada con cierto aliento ético y filosófico, del que por lo visto estuvo falto la impecable «sistemática» alemana (pp. 76-78, 118 y 128-129). Pero con estos elementos lo que se forma es precisamente la traducción teórica del *Rechtsstaat*.

Esta opción, de una parte, por la autonomía de la disciplina iuspolítica, y de otra, por las nociones de corte alemán en lugar de por la filosofía escolástica no son sino una manifestación parcial del desacuerdo radical que se abre entre Elías de Tejada y los promotores de su recuperación, integrantes de la colección tomista *Prudentia iuris*. Para el maestro, en efecto, una sustancial dimensión humana se refiere a la divinidad, se desenvuelve en la esfera de la «justicia» y se plasma en «normas éticas» que «no poseen otra sanción que la impuesta por Dios en el tribunal de la conciencia». En cambio, otro de los aspectos fundamentales del hombre se refiere a «la convivencia pacífica» entre los individuos, es ajeno a toda «idea de justicia», o, más bien, identifica la justicia con «la paz en la convivencia», y se materializa en las normas dictadas «por el legislador humano» cuyo cumplimiento es exigible mediante la «coacción». Por lo tanto, a un lado quedan las «normas éticas» fundamentadas en la «justicia», y al otro las «normas políticas» fundadas en la «seguridad» y cuya eficacia radica en el buen funcionamiento de la prelación «mando-obediencia que supone toda jerarquía»; o, dicho con mayor concisión, y en unos términos modernos y casi kelsenianos que chocan frontalmente con los propios de la colección que acoge la reedición, a un lado se sitúa «el mun-

88 Elías de Tejada afirma concretamente que la «Contrarreforma» se esforzó por lograr «la progresiva autarquía» del derecho político «dentro de la Escolástica, esto es, [la] independización formal de los estudios iuspolíticos sin romper los lazos que los subordinan conceptualmente a la Teología», un grado de autonomía de todos modos insuficiente para «el estudioso de hoy», es decir, de 1950: *Derecho político*, 70.

89 Y sobre todo pp. 88-115 para esta historia de la doctrina alemana del Estado, cuyos hitos principales son «la revolución gerberiana» y «la hora de los grandes maestros» Laband y Jellinek.

do de la Moral» asentado sobre la «Justicia» y en el otro se coloca «el mundo de la Política» apoyado en la «Seguridad» y en el que «nada cuenta aquel deber ser por Dios preestablecido» (pp. 18-19).

Si nos centramos en esa esfera independiente de la política regida por el exclusivo valor de la seguridad, aunque pueda percibirse una clara continuidad en lo que respecta a la reducción de la política al mantenimiento del orden público, también continúan multiplicándose las discontinuidades entre Elías de Tejada y sus continuadores. Frente a la caracterización de la política como señalamiento del enemigo de un «bien común» de carácter ético, divino y nacional, Elías de Tejada postula un entendimiento de «la Política» mucho más moderno, pragmático y exterior, como el «establecimiento de un orden sobre quicios de seguridad y sin referencias a una axiología ética de justicia», siendo entonces considerados amigos y enemigos aquellos que respectivamente apoyan o intentan destruir dicha «situación de seguridad» (pp. 24-25). De la premoderna intangibilidad del bien por parte del Estado defendida por los iusnaturalistas presentes, se pasa también con Tejada, invirtiendo el decurso histórico, al principio hobbesiano de la concreción del bien mediante las órdenes de quien ostenta el mando. En vez de ser la comunidad política, la constitución material o el gobierno el eje del derecho político⁹⁰, su objeto de estudio continúa siendo el Estado soberano y en el modo de encararlo sigue primando la actitud técnica y sistemática, sin dejar atrás vagas referencias a «la naturaleza humana» (p. 129)⁹¹.

Resultaría simplista concluir este claro contraste achacándolo a una mera discrepancia doctrinal. Son demasiados los lazos que unen académica, social e ideológicamente a nuestros iusnaturalistas con su común patriarca Elías de Tejada como para zanjar el asunto refiriéndonos al posible disentimiento de los discípulos. Creo que más bien estamos primero ante una división del trabajo en el interior de la enciclopedia jurídica y después frente a la consustancial ambivalencia del derecho natural. Que el derecho político tradicionalista pueda curiosamente ser una prolongación del «derecho político positivista» de ascendencia alemana no significa, en absoluto, la completa omisión de las

90 Siguiendo el ejemplo no sólo de nuestros iusnaturalistas, sino también de la doctrina oficial nacionalsocialista: *Derecho político*, 127 sobre la «ciencia del ser político» de Otto Koellreutter.

91 No por azar, de la tradición hispana, interesaban a Elías de Tejada los *Principios de derecho político* de Agustín M^a de la Cuadra y la *Teoría orgánica del Estado* de Emilio Reus, justo aquellos olvidados que proponían el «concepto del Estado por tema central de nuestra disciplina» (p. 133)

preocupaciones axiológicas, sino más bien su recolocación en la rama iusfilosófica, concentrada en recuperar «las premisas de los clásicos españoles» y los valores del «humanismo cristiano», tal y como atestigua el mismo ejemplo de Elías de Tejada⁹².

La cuestión es que la rama filosófica solo acude con su retahíla de valores abstractos cuando el régimen político supuestamente se aleja de ellos; cuando, en cambio, los reproduce, el derecho natural se retira a los cuarteles de invierno y cabe entonces ya el estudio técnico, positivo y neutro del entramado institucional vigente. Y es que, en efecto, profesar el iusnaturalismo –que no creer en los derechos naturales– puede traducirse tanto en un hostigamiento a la legalidad vigente cuando supuestamente no se adhiere al «orden trascendente y heterónomo», como en una santificación de la ley estatal y del mando soberano como expresiones terrenales de la justicia divina. La reedición de Tejada vendría así, incluso contra la voluntad de sus responsables, a testimoniar estos vaivenes del derecho natural escolástico a la española, pura ideología que en tiempos de Cánovas, Primo de Rivera o Franco no tenía empacho en reducir el derecho a las leyes impuestas por la coacción, esto es, a la autoridad del Estado, pero que en tiempos constitucionales y democráticos, cuando el poder estatal está en manos de corrientes discrepantes, desempolva de nuevo el discurso antilegalista y antiestatalista erigiéndose cínicamente en defensor de la sociedad frente a las leyes⁹³.

IV. INTENCIONES Y CARENCIAS DE UNA EMPRESA EDITORIAL Y SU ENTORNO

Similar objetivo de traer a nuestro presente el discurso preconstitucional del derecho político presenta la revista *Empresas Políticas* editada por una sociedad de estudios de Murcia y deudora, en buena parte, de las concepciones teórico-políticas del imperturbable franquista que fue Rodrigo Fernández-Carvajal. Más allá de las inclinaciones ideológicas, si por algo se caracterizan los escritos en ella incluidos, o bien los suscritos por el círculo de autores que la conforman, es por su modesto alcance.

⁹² Y su *Introducción al estudio de la ontología jurídica*, Madrid, Suárez, 1942, citado por él mismo en p. 138.

⁹³ Ante esta evidencia, el discípulo predilecto, en lugar de ver en ella una señal de la evolución interna de la doctrina a la que pertenece, no detecta más que «criterios no del todo claros y, en alguna medida, superados», Miguel Ayuso en «El *Derecho Político* de Elías de Tejada», 79.

Interesa identificar a los responsables de estas empresas, sus propósitos iniciales y sus logros finales. Dirige la publicación un profesor de la Escuela de Trabajo Social de Murcia llamado Jerónimo Molina, figuran en el Consejo Editorial, entre otros, Miguel Ayuso y Dalmacio Negro, y en el Consejo de Redacción encontramos, por ejemplo, a Gabriel Guillén Kalle y Ana Valero Fernández. El semestral nace en 2002 con la intención de alcanzar los diez números ya publicados, estimados suficientes «para ensayar la puesta en limpio de la mentalidad y las categorías de la inteligencia política realista». Y es en esta difusión de una muy particular versión del realismo político donde se inscribe la recuperación de la tradición española del derecho político, concretamente en la elaboración de un número monográfico de la revista dedicado a una inventada *Escuela española de derecho político (1935-1969)* y en la publicación, al parecer muy atrasada o ya abandonada, de una colección titulada *Realismo político hispánico*, de la que, según se anunciaba, iban a formar parte obras de Francisco J. Conde o Eduardo Llorens⁹⁴, hoy reeditadas, como sabemos, bajo la dirección de los autores que integran la revista pero con el favor de otras editoriales.

Entre todos ellos, el que descuella por su perseverancia y su aparente rendimiento, es el aficionado a la investigación –generosamente ascendido a la condición de *Privatgelehrter* por Molina– Gabriel Guillén Kalle, quien, tras una desafortunada tesis de tortuosa elaboración sobre Carl Schmitt⁹⁵ se dedica desde hace unos años a estudiar el derecho político español. A él se deben una monografía sobre la *Revista de Derecho público*⁹⁶ y, en colaboración con el filósofo del derecho Joaquín Almoguera, un folleto sobre Eduardo L. Llorens⁹⁷

94 Vid. «En cifra», *Empresas políticas*, I (núm. 1, 2002), 10. Cf. asimismo el panegírico, desprovisto de todo interés crítico, firmado por una de las colaboradoras de la revista: Ana VALERO FERNÁNDEZ, «La revista *Empresas políticas*», publicado irónicamente en el *Anuario de Derechos humanos*, 5 (2004), 845-862.

95 G. GUILLÉN KALLE, *Carl Schmitt en España: la frontera entre lo político y lo jurídico*, Madrid, 1996.

96 G. GUILLÉN KALLE, *La Revista de Derecho público (1932-1936): el 'ideal' de la Segunda República Española*, publicada en 2004 por la editorial de Murcia Isabor, la misma que edita las monografías de la Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia.

97 G. GUILLÉN KALLE, *Eduardo L. Llorens y Clariana y el Derecho Constitucional en la Segunda República Española*, Madrid, Reus, 2006. Autor del que ha rescatado su estudio fundamental sobre *La autonomía en la integración política*, tratando de responder al consabido interrogante de si «la teoría llorensiana» «nos puede dar pautas para analizar nuestro modelo territorial», p. 2.

y otro sobre las concepciones sociológicas de Francisco Ayala⁹⁸, que desarrolla un artículo anterior sobre el mismo tema publicado en el segundo número de *Empresas políticas*.

¿Cuáles son los restantes profesores de derecho político estudiados y los demás textos de la asignatura rescatados en este órgano murciano? Sus números recogen múltiples reseñas pasadas, como la que hizo Francisco Ayala de *La igualdad ante la ley* de Llorens (*EP*, num. 2), y rescatan otros escritos menores, caso de un apunte sobre Saavedra Fajardo elaborado por Carlos Ollero (*EP*, num. 3) o de un estudio más enjundioso sobre Ranke de Francisco J. Conde (*EP*, num. 1).

Por razones que se supondrán, es este último el pensador que mayor número de atenciones merece. Junto a su propia conferencia citada, que da ocasión para divulgar una desfasada visión de la historia como proceso providencial guiado por potencias nacionales⁹⁹, se le dedican dos artículos, uno de Molina encargado de ilustrar las relaciones entre Conde y Ranke y otro de Ana Valero que se propone examinar el concepto de representación en el autor falangista. Este último escrito, por mucho que lo presente el director como fruto de la «máxima precisión» conceptual, es un ejemplo de la confusión reinante en la historia del pensamiento, donde suelen confundirse las elaboraciones propias con las paráfrasis más o menos felices de la obra ajena. Quizá por juzgar suficiente para comprender a Conde el valerse en exclusiva de sus mismos textos, con descuido de bibliografía ajena, incluida la del propio Molina, no alcanza la autora a construir una interpretación sociológica o historiográfica de su «teoría del mando y la representación política» y llega incluso a creer que «el tratamiento que le da Javier Conde es totalmente nuevo», habiendo «pasado desapercibida esa originalidad» hasta que ella la detectó. Si el acopio bibliográfico hubiese sido algo más exigente, quizá habría reparado Valero, que es además autora de una tesis sobre Conde¹⁰⁰, en las conexiones estrechas que enlazan su teoría de la

98 G. GUILLÉN KALLE, *Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad: la constitucionalización del Derecho social*, Madrid, Reus, 2007.

99 F. J. CONDE, «Ranke y la idea de nación», *Empresas políticas*, I (núm. 1, 2002), 49-61. En el escrito, recuperado no con vocación historiográfica, puede leerse: «la nación está por encima de nuestro propio querer subjetivo, es destino humano, es predestinación», p. 56.

100 A. VALERO FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Formas políticas y Derecho político según el pensamiento de Francisco Javier Conde García*, Universidad Complutense de Madrid, tesis doctoral inédita, 2004.

representación con la doctrina de la *Räpresentation* de Carl Schmitt y de Gerhard Leibholz¹⁰¹.

Más correcta es la participación del director, que, acompañada de la presentación biográfica e intelectual de Conde tanto en las reediciones antes mencionadas de Comares como en el sitio oficial de la sociedad murciana, forma un conjunto de estudios sobre el autor franquista útil para el conocimiento de su trayectoria profesional y la comprensión de su pensamiento. Además de la estrechez de miras que suelen compartir los análisis volcados literalmente en un solo autor, que confunden regularidades de un discurso con aportaciones subjetivas originales¹⁰², mi desacuerdo con los textos de Molina se localiza, como ya indiqué, en su pretensión de convertir a Conde en el primer teorizador español del Estado justo en el momento de su fundación entre nosotros, y de hacer de él un modelo de cultivo realista del saber jurídico-político a seguir en la actualidad. Y no son solo razones historiográficas o políticas las que me llevan a este desacuerdo, sino también científicas, porque, consciente de que la forma política ensayada en la Europa contemporánea, incluida España, era la estatal, Conde prefirió no por casualidad hablar de «organización política» en lugar de emplear el término, liberalmente connotado, de Estado, y también porque, como se concluirá en breve, afirmar con rotundidad dictatorial que asunto del derecho político es desentrañar lo objetivo, inmodificable y auténtico de la realidad, como venía a proclamar Conde, equivale a no afirmar nada, o a clausurar de modo autoritario toda argumentación o sencillamente a pretender para el propio juicio subjetivo una presunta e indemostrable coincidencia con la objetividad.

Debido a esta clara inclinación conservadora de *Empresas políticas*, autocalificada de «independencia de espíritu», serán los autores afines a ella quienes gocen de mayor atención. No quiere esto decir que se descuiden del

101 Gerhard LEIBHOLZ, *Das Wesen der Räpresentation*, Berlin, Gruyter, 1929. El mismo Conde toma como punto de partida de su doctrina las ideas de Smend, Leibholz y Schmitt: «Representación política» (1945), en Id., *Escritos y Fragmentos políticos*, Madrid, IEP, I, 1974, 419-455, concretamente pp. 446-7, algo que por cierto conoce el mismo J. MOLINA CANO, «Javier Conde y el realismo político», disponible on-line en www.sepremu.es, portal de la Sociedad de Estudios Políticos de la Región de Murcia.

102 Como le ocurre a Molina, que halla cualidades personales donde no hay más que el rastro del objetivismo imperante en el tiempo de los totalitarismos: «La empresa filosófica política de Javier Conde: alcanzar un saber teórico más allá de las mudanzas histórico-sociales», en «Javier Conde y Leopoldo Ranke», *Empresas políticas*, I (núm. 1, 2002), 63-82 (75).

todo los orígenes de nuestro constitucionalismo o la aportación de autores de diversa tendencia política, pero los textos dedicados a estos temas apenas superan un valor anecdótico. En referencia al pensamiento decimonónico, hallamos las líneas ya vistas en las que García Costa se ocupa de las lecciones de Salas. Situados en el siglo xx, encontramos un artículo incompleto y eminentemente descriptivo de los avatares de la cátedra iuspolítica en Sevilla suscrito por Manuel Pélaez (*EP*, num. 2), un apunte cargado de errores sobre Ayala firmado por Guillén Kalle (*EP*, num. 2), a quien también se le dedica un análisis algo más serio sobre sus relaciones con Schmitt¹⁰³, una semblanza de Nicolás Pérez Serrano escrita por Carlos Ruiz Miguel que asimila sin más el derecho político del profesor madrileño al constitucionalismo actual¹⁰⁴, y otra de Manuel García Pelayo de exclusiva relevancia bio-bibliográfica¹⁰⁵.

Mas, como digo, la preferencia es por los autores conservadores y la responsabilidad de los análisis casi en exclusiva del propio director de la revista. Quitando el estudio de Monereo Pérez sobre «la involución autoritaria del liberalismo conservador» representada por Donoso Cortés¹⁰⁶, ingenua excepción socialdemócrata en un medio preconstitucional, y un análisis sobre el pensamiento corporativista de Fernández de la Mora, ya con intenciones políticas presentes¹⁰⁷, los tres restantes y más sustantivos vienen rubricados por Molina y dedicados a Luis del Valle, del que por simpatía ideológica se exage-

103 Jorge Eugenio DOTTI, «Francisco Ayala, el traductor arrepentido de Carl Schmitt», *Empresas políticas* III (núm. 4, 2004), 155-166. Aunque al principio el autor no explicita el desacuerdo profundo con Schmitt mostrado por Ayala desde la misma fecha de la traducción, repara después (p. 159) la omisión confirmando que Ayala objetaba al pensador alemán que atribuyese al *Volk* «una homogeneidad y unidad que la dinámica demuestra como inexistentes», porque es de hecho plural.

104 Pretiriendo con ello las cualidades propias del derecho político ensayado bajo la República: Carlos RUIZ MIGUEL, «Nicolás Pérez Serrano, maestro pionero del Derecho constitucional español», *Empresas políticas*, II (2003), 25-33.

105 Y elaborada casi por entero sobre la base de la «Autobiografía intelectual» del propio autor. Vid. Carmelo JIMÉNEZ SEGADO, «Manuel García Pelayo», *Empresas políticas*, II (núm. 2, 2003), 81-85.

106 José Luis MONEREO PÉREZ, «Donoso Cortés: decisión y forma política», *Empresas políticas*, IV (núm. 6, 2005), 17-34.

107 De ensayo y fundación de un neocorporativismo no estatalista: Luis SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, «El corporativismo de Gonzalo Fernández de la Mora», *Empresas Políticas*, II (núm. 3, 2003), 53-65.

ran los logros profesionales¹⁰⁸, a Ignacio Lojendio¹⁰⁹ y al maestro, e impulsor póstumo de estas empresas, Rodrigo Fernández-Carvajal¹¹⁰. En ellos puede el lector encontrar una correcta orientación biográfica y hasta descubrir textos algo más ocultos de los citados catedráticos. Pero, ante todo, puede localizar los motivos que inspiran a Molina, e indirectamente a su revista, en su particular y fragmentaria elaboración de una historia del saber jurídico-político en España.

Veamos para concluir los postulados metodológicos e ideológicos planteados por Jerónimo Molina para la recuperación del derecho político español. Tales premisas se alinean en tres bloques: uno primero relativo a la concepción supuestamente más rigurosa del «saber político», otro segundo concerniente a la historia nacional y uno último, derivado de este, referido a la historia de nuestra materia jurídica.

1. La relectura de nuestros antecedentes jurídico-políticos cumple así parte del cometido general de reconfigurar un saber fiel a las consignas del «realismo político»¹¹¹. Por tal se entiende, ante todo, un modo de proceder definido en negativo por su oposición a «las abstracciones intelectuales». Aunque el producto esté plagado precisamente de abstracciones categóricas, lo que inquieta aquí es más bien el «entusiasmo de los idealistas», «las ideologías», las normatividades generales diseñadas por la razón para reestructurar la realidad. Presentado al gusto del conservadurismo actual, como aportación radical enemiga «de cualquier poder» y que discurre «contracorriente», este realismo equivale, en su faceta política, a un rechazo frontal de las «sedicentes causas humanitaristas», y en su dimensión académica, a la oposición a una disciplina constitucional tecnicada y «cientificista». Diríase, por tanto, que su entidad es meramente reactiva, careciendo de peso afirmativo, sospe-

108 J. MOLINA CANO, «El jurista político Luis del Valle y la Sociología», *Empresas políticas*, II (núm. 3, 2003), 27-52.

109 J. MOLINA CANO, «El Derecho político en Ignacio M^a de Lojendio», *Empresas políticas*, IV (núm. 6, 2005), 49-69.

110 J. MOLINA CANO, «La Ciencia política de Rodrigo Fernández-Carvajal», *Empresas políticas*, II (núm. 2, 2003), 49-57.

111 Las expresiones extraídas a continuación proceden del editorial de J. MOLINA CANO, «En cifra», 9-10, del artículo de Alessandro CAMPI, «El realismo político ante la crisis de la Estatalidad», *Empresas políticas*, II (núm. 2, 2003), 13-24 y, sobre todo, del opúsculo inaugurador de este órgano periódico obra de Dalmacio NEGRO PAVÓN, «Sobre el saber político», *Empresas políticas*, I (núm. 1, 2002), 17-37.

cha que se torna en certeza cuando comprobamos el carácter tautológico de sus convicciones últimas. Se trata de sustraer a toda cosa de la disponibilidad colectiva ciertas instituciones sociales, de paralizar las consecuencias prácticas de «la doctrina contractualista», de evitar el «peligro» de que la ciencia constitucional canalice –ordenando, conceptualizando y sistematizando– toda normatividad racional y general, proponiéndose como alternativa única la de un saber casuístico, basado en la experiencia, el sentimiento y la prudencia, transmisible, más que mediante argumentos racionales, a través de expedientes pedagógicos, y propagandísticos, como la «retórica», y capaz de determinar tan solo «la justicia de la decisión en el caso concreto». Como puede constatar, es un realismo que no desiste en absoluto de consideraciones éticas, consistiendo más bien en moralizar lo existente porque en él resuena un eco providencial. El resultado entonces tiene la forma de una tautología revestida de misticismo y, entre sus principales consecuencias, destaca la degradación de la razón subjetiva hasta el rango imposible de órgano acríptico de una supuesta realidad objetiva.

«El saber político se refiere al ser», descodifica «el *nomos*», «está poseído por la verdad» en lugar de tratar de poseerla, «se refiere a la realidad tal como es», sin mediatizarla con pulsiones subjetivas, y desvelando incluso con ello las «cuestiones últimas y radicales»: con expresiones propias de la «jerga de la autenticidad» como estas, vacías por completo de contenidos y argumentos, inscritas de lleno en la tradición totalitaria y reproduciendo aquel tipo de razonamiento absolutista e inmanente «del señor Poujade»¹¹², se pretende dotar de forma y materia a la doctrina jurídico-política actual. Siendo, en efecto, el «concepto de *realismo político* congénitamente polisémico», estaríamos, pues, ante la acepción de él que otorga a la «fuerza» «espontáneamente» establecida en la sociedad cualidades «ético-normativas»¹¹³. Tras sus inflamadas pretensiones éticas, no encontramos más que la sublimación de la ley del más fuerte, la presentación, como culminación del derecho, de justo aquello que atenta más gravemente contra él.

«El objeto del saber no es la verdad científica, sino el modo correcto de

112 En expresión de Roland Barthes, que desvela su carácter «pequeño burgués» y su perezosa tendencia a las afirmaciones antiintelectuales, categóricas y esencialistas del tipo «lo que es, es». Vid. sus *Mitologías* (1970), Buenos Aires, Siglo XXI, 2002 (trad. Héctor Schmucler), concretamente los capítulos «Algunas palabras del señor Poujade», pp. 86-89, y «Racine es Racine», pp. 98-100.

113 Carlos M. HERRERA, «Carl Schmitt, el marxismo. Puntos de encuentro y de ruptura en torno a la noción de realismo político», *Res Publica*, I (núm. 2, 1998), 35-68 (41).

vivir de acuerdo con el orden natural», o lo que es lo mismo, «con la realidad», afirma Negro, identificando así unilateralmente «el orden natural» con la misma «realidad», y sin que quepa por tanto la posibilidad de que dicho orden de naturaleza se oponga críticamente a lo vigente. Con ello se santifica el *statu quo*, y lo que es peor, se mutila la sociedad, extirpando de ella las corrientes, opiniones y movimientos que no se avengan con la previamente divinizada realidad. Y el derecho político español puede contribuir a la confección de este saber realista, confiriéndole una tradición intelectual de la que al parecer carece, pues al fin y al cabo todo él, y muy en especial el franquista, pudo realizarse con independencia de los requerimientos normativos de una constitución racionalista, reflejando normalmente en sus páginas, con la excepción acaso de la tradición krausista, una evidente reconciliación con la hegemonía liberal-conservadora y nacional-católica que materialmente caracteriza nuestra historia contemporánea.

2. En cuanto a la lectura historiográfica que presuntamente se vería impulsada por la recuperación del derecho político puede indicarse lo siguiente¹¹⁴. En su epicentro se coloca la conformación del Estado entre nosotros, la paulatina sustitución de la «Monarquía católica» como «forma política nacional» y paraestatal por la «Estatalidad». Tras el fracasado intento primorriverista y la tentativa «fantasiosa» de la República, tal relevo no se culminó hasta «la fundación política acometida desde 1939», siendo de nuevo gravemente interrumpida por la «Revolución legal de 1977», un auténtico «golpe de Estado pacifista» «justificado por los constitucionalistas»¹¹⁵, que pretende además borrar la legitimidad dictatorial originaria de nuestro régimen actual. Es en esta «historia orgánica del hecho constitucional en España», cuyo núcleo es el Estado, donde ha de encajar nuestra genealogía disciplinar, y no en la acomodaticia «historiografía constitucional», que no es más que una suerte de «ideología» retrospectiva del «constitucionalismo». Encuentra acomodo

114 Para las referencias que vienen a continuación, vid. los siguientes textos de J. MOLINA CANO, «En cifra», *Empresas políticas*, II (núm. 2, 2003), 7 y 8; «Javier Conde y Leopoldo Ranke», 76; «La Ciencia política de Rodrigo Fernández-Carvajal», 50-1; «En cifra», *Empresas políticas*, III (núm. 5, 2004), 8-9; «En cifra», *Empresas políticas*, IV (núm. 6, 2005), 7-13; y «El Derecho político en Ignacio M^a de Lojendio», 49-53.

115 En efecto, el disparate llega a calificar el golpe de Estado franquista como de fundación del Estado, y la Constitución de 1978 ampliamente refrendada como golpe de Estado. Vid. J. MOLINA CANO, «La Constitución como golpe de Estado», *Razón Española*, núm. 135 (2006), 9-27.

en ella porque, por lo visto, nuestros mejores «juristas políticos» lo fueron también «de Estado», exhibiendo en su labor científica una «actitud estatificadora» indispensable para la exitosa construcción nacional. Por eso nuestra revista, con el fin de combatir el olvido culpable de los constitucionalistas de hoy, responsables de la ruptura del «tracto del pensamiento» político patrio, se propone recuperar una asignatura como capítulo esencial del «acontecer común de la nación», en lo referido especialmente a su progresiva «estatificación».

Con esta toma de posición preliminar, el objeto de estudio es condenado ya a un examen selectivo que realce solo los aspectos confirmatorios de esta tesis historiográfica. Al actuar como bases de ella unas nociones menoscabadas del Estado y de la «constitución política», interesan las fuentes del derecho político solo en la medida en que la refrenden. Si el Estado queda reducido a mantenimiento del orden público y a la personificación institucional de una nación monolítica, solo entrarán a formar parte de nuestra historia disciplinar aquellos autores, principalmente los franquistas, que compartan este postulado, quedando fuera aquellos otros que mantenían convicciones pluralistas, o que se dedicaban principalmente a cuestiones teórico-políticas de ámbito internacional, sin provecho alguno para esa estatalización.

Queda de igual modo deformado el hecho que ya desde los años setenta del siglo XIX, la institución estatal se ha consolidado como referente fundamental de la disciplina, articulándose teóricamente no como una labor necesitada de realización, sino como el estudio de una realidad material bien vigente. ¿Eran unos ilusos entonces nuestros constitucionalistas decimonónicos, o más bien el concepto de Estado manejado por Molina es tan estrecho que no sirve siquiera para orientar una historia del derecho político?

Algo parecido ocurre con su noción implícita de «constitución política», reducida en última instancia al entramado institucional tradicional –patria, ejército, familia, propiedad y religión católica– que, en efecto, de ningún modo eliminó el franquismo, pues resultó más bien su sanguinaria defensa frente a la discrepancia. Lo que ocurre entonces es que son desterrados igualmente todos aquellos juristas que no simpatizaban con esta lectura de la constitución material, y que preferían dar cobertura teórica a una acepción liberal de la ley fundamental, como proclamación de derechos prescriptiva para los poderes públicos, algo desde luego desconocido durante una dictadura que expresamente negaba derechos tanto individuales como colectivos.

3. Esta es, a mi juicio, la grave e insuperable insuficiencia de que adolece la historia disciplinar ensayada por Molina: que se halla completamente supeditada a unas precomprensiones que vienen, en suma, a subordinarla a las ya conocidas tareas de hacer patria y hacer política que estos autores endosan al constitucionalismo. Los «cuatro» períodos que la dividen y los nombres propios que la jalonan así lo evidencian: dejando atrás un capítulo de antecedentes sobre el «enciclopedismo krausista» y el «doctrinarismo liberal», el meollo del asunto coincide con la edificación del Estado, vista primero a través de los buenos oficios de Nicolás Pérez Serrano y la «protoescuela de Derecho constitucional española» que intenta montar, y contemplada después por la ya auténtica «Escuela española del Derecho político» fundada por Conde y coronada por Rodríguez Carvajal. Por último, en sintonía con la ruptura llevada a cabo en 1978 con la «reforma revolucionario-legal» del Estado franquista, aparece la «generación sin maestros» y su «movimiento neoconstitucionalista actualmente operante», infiel ya a la misión «estatificadora» «de la comunidad nacional» que el saber jurídico-político ha de cumplir, y necesitada, por tanto, de una vuelta a los orígenes franquistas.

Con este mapa para orientarnos dejaríamos atrás todas las obras de materia constitucional anteriores a la Restauración, algo que incluso llega a dañar, con la preterición de los moderados –nuestros primeros liberales realistas–, el mismo espíritu extraconstitucional de nuestra revista. Al no haber Estado que articular, sino Monarquía a la que apoyar mediante la teorización de la constitución interna, toda esta aportación queda excluida de nuestra historia y con ella el tratamiento que pudiese dar a materia precisamente de rango constitucional, como son los derechos y, más en general, las limitaciones expresadas al poder, primero del monarca y después del Estado.

Ya durante el régimen canovista, Molina parece olvidarse de la reacción medievalista y antiestatalista de Gil Robles y no conceder importancia al hecho de que tanto el krausismo como el doctrinarismo –que, contra lo que el autor cree, sí resultan perfectamente diferenciables– toman el Estado como objeto central de sus reflexiones, tratando no tanto de fundarlo cuanto de constitucionalizarlo, como ocurre en el caso de Posada.

Si pasamos al derecho político ensayado durante la República bajo los auspicios de Pérez Serrano, podemos constatar la equivocada consideración de éste como una «protodogmática», con «precursores» incluidos del derecho constitucional actual como Llorens. Se resta así toda entidad propia a una racionalidad que, además de no entrar por entero en los cánones de

corrección de la revista, pues incurría en veleidades sociológicas, dialécticas e historicistas, incorporaba a su labor la exégesis constitucional, pero integrándola en un órgano disciplinar basado en criterios de validez y cientificidad incomparables con los vigentes en la actualidad.

Y si concluimos con la «verdadera» escuela española de derecho político, la capitaneada por Conde¹¹⁶, podremos ver que, al final, para Molina, cultivar de modo auténtico nuestra disciplina termina identificándose con la elaboración, no de derecho político, sino de doctrina política franquista¹¹⁷, pues si por algo se caracterizó nuestra materia, sobre todo en los primeros años de la dictadura, más que por «la urgente renovación de [sus] supuestos epistemológicos, fenomenológicos y ontológicos»¹¹⁸, fue por la pérdida sensible de su autonomía científica y su subordinación plena a los designios del dominio político desnudo.

De este modo se nos presenta la historia por hacer del derecho político, afectada como puede verse por un ideal de Estado, materializado en la unidad nacional y en la obediencia al poder de mando que la encarna, y escrita, al fin y al cabo, según demuestran los artículos de Molina, con los escasamente originales recursos cognitivos de las influencias, los precursores y las paráfrasis, o sea, con preterición absoluta, como sucedía con la antología de García Costa, de la historia de la ciencia y el análisis de los discursos. Pero si esta historia resulta culturalmente infructuosa y políticamente torcida es ante todo por los presupuestos ideológicos a los que responde, a los que cabe plantear, para concluir, algunas objeciones.

116 Que con su *Introducción al Derecho político actual* de 1942 daría «carta de naturalización de una nueva actitud intelectual», Molina, «La Ciencia política» cit (n. 182), p. 50. Si el lector abre el manual de Conde, que en efecto es brillante, encontrará un repaso crítico, políticamente orientado, de todas las corrientes jurídico-políticas en activo desde finales del siglo XIX.

117 En este punto se puede contemplar además el tipo de argumentación engañosa empleada por Molina: una cosa significa renunciar al estudio de las fuentes franquistas por «franciscanismo intelectual» y repugnancia ideológica «políticamente correcta», algo efectivamente impropio de la historiografía, y otra muy diferente identificarse con ellas, en calidad de sucesores, tal y como pretende Molina: «Javier Conde y Leopoldo Ranke» cit. (n. 175), p. 64.

118 De hecho, creo que puede sostenerse que la disciplina franquista, abandonando precisamente la actualización metodológica y epistemológica de la asignatura que comenzó a realizarse bajo la República, regresó en buena parte a los hábitos mentales de la disciplina decimonónica, hábitos y giros que por cierto pueden detectarse tanto en las reflexiones de Molina como en la de los autores de *Prudentia iuris*.

No me refiero a la ya mentada «jerga de la autenticidad» empleada con fruición, que solo puede cautivar a pusilánimes e incautos y bajo cuyas sentencias rotundas acerca del conocimiento absoluto sin mediaciones de lo objetivo no subyace más que el deseo autoritario de imponer la propia subjetividad¹¹⁹. Como tampoco aludo a la evidente insuficiencia de sus conceptos de Estado y Constitución, animados ambos por las categorías del orden público y la unidad nacional, y mermados así, por esta doctrina que dice llamarse liberal, en su dimensión de reconocimiento y protección de las libertades y en su condición de procedimiento inclusivo de la pluralidad para la toma pacífica de decisiones. Simplemente hago referencia al carácter estructuralmente aporético, y por ello ideológico, de todo este discurso que ha venido ocupándonos: un discurso que se dice contrario al Estado, pero que centra todo el sentido del saber jurídico-político, y hasta de la historia española, en la supuesta fundación del Estado; una doctrina sectaria que hace una enmienda a la totalidad al constitucionalismo y al régimen político actual, pero que al mismo tiempo previene de modo compulsivo contra cualquier transformación de la realidad institucional constituida, demostrando con ello el profundo acuerdo que la une a ella; una corriente que acusa al Estado democrático de neutralidad, de despolitizar la sociedad, indicando en la práctica que la gobernación habría de seguir en exclusiva un rumbo político unitario, con exclusión violenta de otras alternativas, o sea, mediando la despolitización real de la sociedad, su homogeneización en torno a unos cuantos axiomas exclusivos; una escuela que se dice realista al mismo tiempo que minoritaria y marginal, que no hace en definitiva sino glorificar una determinada concepción de la realidad política en detrimento de otras que, por fortuna, cuentan con más adeptos en nuestra actualidad; una creencia política que, por un lado, discute la legitimidad de esta «partitocracia coronada», de este «desrealizador» golpe de Estado legal que es nuestra Constitución, pero que, por otro, en la parte que se ajusta a la propia tendencia, la deriva directamente del franquismo en cuanto «Carta otorgada» y en consecuencia la protege de cualquier otra «refundación legal del orden». En fin, una ideología que defiende al mismo tiempo una afirmación y su contraria, reducida en la práctica a consentir el ejercicio del poder público cuando responde a su credo, y en oponerse brutalmente a él, incluso mediante la violencia, en caso de que no concuerde; una ideología

119 Ya nos ponía en guardia contra estas retóricas de la ontología política Theodor Adorno en *La jerga de la autenticidad. Sobre la ideología alemana* (1962-64), en Id. *Dialéctica negativa*, Madrid, Akal, 2005, 393-499.

que a nosotros ha servido para presenciar cómo partir del bien común, la realidad política, la naturaleza humana y la nación conduce casi sin remedio a la reimplantación de una dictadura militar.

V. CONCLUSIÓN: EL PODER SIN CONSTITUCIÓN, LA CONSTITUCIÓN SIN PODER

La recuperación de la memoria del derecho político español no tiene por qué estar en manos de la incompetencia profesional, y mucho menos de un discurso preconstitucional. Entre el silencio mayoritario y la ceguera historiográfica del constitucionalismo actual y la actualización interesada con propósitos antidemocráticos y anticonstitucionales hay mucho terreno por cultivar. La dualidad es en sí misma falsa, porque no todas las vías se reducen a esta doble dirección. Antes bien, es posible practicar un camino que no se identifique con ninguna de ellas y desde el cual acaso puedan incluso detectarse similitudes inconfesables entre ambos polos que parecían irreconciliables. Tanto a un lado como a otro interesa el constitucionalismo histórico en cuanto pueda fundamentar la propia posición presente, de ahí el corriente desinterés de la dogmática constitucional por sus antepasados nacionales y la inclinación derechista por rescatar un saber extraconstitucional. En ambas partes parece además que la constitución tiene un significado semejante, como marco procedimental para la aprobación de normas jurídicas válidas, considerándose suficiente en un caso, el democrático-constitucional, y criticable en el otro, el iusnaturalista confesional. E incluso los dos polos coexisten pacíficamente, pues ambos se remiten a la misma supremacía de la espontaneidad social, unos por recortar el contenido normativo de la constitución vigente, dando la palabra a esa abstracción que es la sociedad, y otros por derivar de ella la legitimidad excluyente del poder.

Pero realizar la historia del pensamiento jurídico-político puede resultar de interés historiográfico y a la vez de utilidad política en un sentido muy distinto al estimado tanto por constitucionalistas ortodoxos, preocupados ante todo por naturalizar sus axiomas disciplinares, como por anticonstitucionalistas reaccionarios, atareados en la búsqueda de autores y textos que legitimen su particular posición política. Puede, en efecto, ilustrar nuestro presente desde la diferencia, diseccionando racionalidades canceladas y consolidando con ello la actual centralidad de la constitución; puede además ayudar a colocar la norma constitucional en la historia, pero también en la sociología, la economía y hasta la filosofía, no para mutilar su normatividad,

sino por el contrario, para inscribirla en las fuentes de donde la extrae; puede incluso de este modo, mediante la transmisión de los conceptos mermados y excluyentes de la sociedad y de la misma constitución habituales en la tradición, permitirnos comprender el carácter genuino, reciente, frágil y contingente de un régimen completo de libertades pendiente de universalizar.

De este modo lograría dar toda una lección de cultura ciudadana, difundiendo la convicción de que dicho régimen de garantías solo se mantiene contra la sombra del pasado infraconstitucional con una actitud vigilante y crítica. Se podría así explorar una opción alternativa tanto a la Constitución sin Estado que explican los constitucionalistas actuales como al Estado sin Constitución que anhelan sus minoritarios negadores. Una opción que no renunciase a un poder público exclusivamente constitucional, volcado en la protección y promoción de los derechos individuales y también sociales, pero que tampoco arrebataste potestades a la misma Constitución en favor de la mitológica espontaneidad social, pues la Constitución no solo limita, también habilita a los poderes públicos para el cumplimiento de sus mandatos, es decir, para la realización de unos determinados valores sociales procedentes del poder constituyente.

CAPÍTULO 8

SOBRE OLVIDOS HISTÓRICOS, SEMBLANZAS JURÍDICAS Y ESTRATEGIAS POLÍTICAS¹

I. INTRODUCCIÓN

Entiendo que el noble género de la crítica bibliográfica, cuando no es prematuro encomendamiento al doctorando o tarea de compromiso, implica un interés cualificado del recensor por la obra ponderada. Este es, decididamente, el caso, pues el autor de estas líneas ha dedicado buena parte de sus horas profesionales al estudio de la vida y la obra de los catedráticos españoles de derecho público, en especial del político, que sirvieron en la enseñanza universitaria durante la primera mitad del siglo xx. No es irrelevante la precisión. Acaso con ella el mismo resultado de esta crítica quede en entredicho, ya que estamos, o al menos eso parece, ante una obra divulgativa destinada, sino al lector profano, sí al jurista que busca informaciones genéricas de sus antepasados inmediatos y no quiere perder el tiempo con investigaciones sesudas, aquellas que a lo mejor más satisfacen al especialista en la materia. Mas por muy modestos y didascálicos que sean los objetivos planteados, un texto siempre resulta la expresión de unos presupuestos doctrinales más o menos visibles, que, ya sí, interesan a la crítica bibliográfica.

Antes de acudir al análisis de tales postulados, comencemos con las presentaciones de rigor. Quien suscribe la monografía, catedrático de derecho administrativo, cuenta con unas «preocupaciones intelectuales» entre las cuales figura «el estudio de las peripecias vitales y la obra de las personas que han contribuido a dar perfiles concretos al Derecho público» (p. 9). Así lo testimonia su anterior y apreciable volumen sobre los *Maestros alemanes* de la citada disciplina, por dos veces editado². Su mención nos coloca sobre pistas

1 A propósito de FRANCISCO SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons/Fundación Alfonso Martín Escudero, 2009 [Comentario publicado en *CIAN [Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija]*, 12/2 (2009), 217-242].

2 En realidad, deduzco que la primera edición, *Maestros alemanes de Derecho público (I)*, Madrid, Marcial Pons, 2002, hubo de agotarse, incluyendo la segunda, de 2005, los dos volúmenes previstos en un comienzo. Acaso ocurra igual con el presente texto, primer tomo de un estudio que en su segunda tirada abordará el caso de los iusprivatistas.

de importancia para comprender el alcance y los límites de la monografía que examinamos. En él hallamos consideraciones generales de la historia política alemana que sirven para situar las trayectorias biográficas, profesionales e intelectuales de juristas de talla como Robert von Mohl, Lorenz von Stein, Paul Laband, Georg Jellinek, Otto Mayer, Gerhard Anschütz, Carl Schmitt o Heinrich Triepel. En una academia en la que no abunda el dominio del alemán, junto a la útil ilustración de los avatares histórico-políticos germanos, el título citado cumple la valiosa función de allegar de modo divulgativo al público lector fuentes que, por falta de traducción, le resultan indescifrables o desconocidas. Así, por ejemplo, las memorias de von Mohl, de Laband o de Gerhard Anschütz, y las biografías canónicas de von Stein, Triepel o de la saga de los Jellinek. Mas, aparte de estas interesantes informaciones bio-bibliográficas sobre los autores mencionados y del registro de sus opiniones jurídico-políticas, en vano se buscarán consideraciones de calado teórico sobre sus aportaciones doctrinales como tampoco se encontrarán valoraciones de conjunto sobre la constitución de la iuspublicística alemana como disciplina³. Puede entonces, como digo, que estemos ya ante un patrón de trabajo también utilizado para los juristas hispanos.

Por su parte, nuestro libro atiende a un tramo histórico determinado, la Segunda República, e indaga en la vida y la obra de unos personajes también muy acotados, los profesores de derecho político y derecho administrativo en activo durante aquellos años. Los dos polos de la obra, «el contexto» y «los autores y sus textos», aunque segregados en el índice, quieren quedar bien entrelazados, encuadrando el primero a los segundos y, sobre todo, iluminando las reflexiones de los juristas la auténtica entidad política del marco republicano. Son tres, por tanto, los aspectos que componen esta obra: un análisis del Estado nacido en 1931, un examen de la vida y las principales obras de los iuspublicistas más destacados de los años treinta y una faceta conductora y conclusiva, aquella que quisiera afinar nuestra comprensión actual de la Segunda República desde las disertaciones de quienes, desde la profesión jurídica y académica, la vivieron en sus propias carnes. Veamos cada uno de estos puntos.

3 Del tono y la calidad de las que se hallan, por ejemplo, en Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, o, para el caso italiano, en Pietro COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986

II. EL OLVIDO DE LA REPÚBLICA

El propósito fundamental de esta monografía consiste, efectivamente, en «mirar hacia un determinado momento de nuestro pasado desde un ángulo muy concreto: el que ofrece la labor de unos hombres dedicados a la enseñanza universitaria» (p. 255). La elección del período citado, como tendremos oportunidad de comprobar, nos coloca frente a la condición híbrida del texto, pues situarse en los años treinta no supone en este caso una decisión científica, inspirada en la convicción de que lo que se produjo en la ciencia jurídica de aquel tiempo gozaba de una rara y floreciente calidad, ni tampoco una decisión historiográfica, persuadida de que lo que se vivió y escribió por entonces condensa una experiencia histórica singular, irrepetible y profunda. Tal opción es aquí el reflejo de una discutible consideración de naturaleza estrictamente política, cuando no partidaria, a tenor de la cual en la esfera pública se ha prestado demasiada atención al momento republicano, y a veces, «desde ciertas instancias políticas» —esto es, desde el gobierno actual— «con bobalicona complacencia» (p. 11, p. 256). Por consiguiente, la intención, en absoluto novedosa y de supuesto rédito político presente, parece ser la desmitificación jurídica de aquel período a través del examen de la obra de quienes lo presenciaron directamente, teniendo en cuenta que dicha obra se halla cualificada por la circunstancia de no ser el derecho público «sino la respuesta a los problemas de organización social que se viven en cada momento y en cada país» (p. 9).

Pero antes de que los constitucionalistas y administrativistas de antaño nos sugieran conclusiones acerca de aquel conflictivo intervalo, Sosa Wagner nos pone en situación desgranando las principales reformas políticas y administrativas que supuso el nuevo orden republicano. Aborda así los siguientes asuntos capitales: la reforma del ejército, las relaciones entre la iglesia y el Estado, los valores constitucionales en que se fundó la República, la distribución territorial del poder, la administración municipal, el funcionariado y el convulso orden público, a lo que se suma además un excursus sobre la jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales (pp. 217 ss.), cuya colocación quizá habría estado mejor en esta primera parte sobre el «contexto», entre otros motivos porque al trasluz de sus sentencias puede observarse hasta qué punto la legislación de orden público pasó a convertirse en la constitución material del régimen republicano a partir de 1933.

Faltando hasta el momento una reconstrucción estrictamente histórico-

jurídica de aquel período, y del completo siglo xx, este primer ensayo, que tan solo pretende contextualizar obras doctrinales, nos traslada ya datos y claves de notable utilidad para la investigación. El boceto del Estado republicano adolece, sin embargo, de ciertas debilidades, y con ello no solo me refiero a eventuales errores como creer que «la pena de muerte no fue abolida» (p. 34)⁴, o considerar una «novedad» la «creación del jurado», instituto regulado por la ley de 20 de noviembre de 1888. Las carencias tienen mayor carga de profundidad y afectan a esos presupuestos doctrinales implícitos ya mencionados. En el enfoque de Sosa Wagner pueden localizarse, en mi opinión, tres puntos débiles, dos de naturaleza historiográfica y uno de condición política. En primer lugar, el retrato del régimen republicano queda prácticamente escindido de su pasado más inmediato, sin referencia al cual resulta por completo incomprensible. En segundo término, siendo un análisis jurídico, en él no quedan suficientemente diferenciados, y se confunden en no pocas ocasiones, los planos de la legalidad estatal y de la normatividad social. Y en tercera instancia, resulta un examen crítico carente de realismo al dar a entender que un cambio drástico de modelo político puede verificarse sin hacer uso discrecional del poder. Como tales postulados permanecen tácitos durante buena parte del relato, veamos de qué modo se manifiestan.

1. *Las carencias historiográficas*

Los dos primeros puntos débiles, los referidos a la disyunción cronológica y a la confusión entre Estado y sociedad, se hacen visibles en el tratamiento dado a la problemática del orden público⁵. A juicio del autor, «las músicas de la República», sus cantos de sirena, no trajeron sino unas «alteraciones» de la

4 «Y llegamos ahora al punto más reformado del Código: el referente a las penas, y particularmente a la abolición de la pena capital. Son múltiples las razones que nos han inclinado a suprimirla [...] no es preciso ser zahorí para profetizar el ocaso de la pena de muerte en el mundo. Su pretendida fuerza intimidatoria no existe y su evidente carácter eliminador sería invocable si se practicara la última pena en grande escala; pero es un argumento sin poder suasorio si se piensa en el escaso número de reos ajusticiados y en que la sensibilidad contemporánea no permite hacer de ella más largo empleo. Hemos sustituido la pena de muerte por la llamada reclusión mayor, que durará de veinte años y un día a treinta años», «Exposición de motivos», *Código penal de 1932*, Pamplona, Ed. Emilio García Enciso, 1933, 31 y 32. Tal exposición, así como buena parte de la reforma, fueron obra, como se sabe, de Luis Jiménez de Asúa.

5 «2. Cuando el diablo anda suelto: orden público y prensa», pp. 21 ss.

paz social que al final supusieron, para desgracia de todos, «mugre de historia» (p. 16). Y es que aquel sistema político, que algunos pretenden cubrir de gloria, «no conoció prácticamente ninguna época de tranquilidad callejera» (p. 21). Atiéndase bien a que en este parecer palpita ya una imagen y un criterio bien difundidos tras 1939 y que sirvieron para legitimar de modo retrospectivo un golpe de mano presuntamente realizado con el fin de pacificar, por las armas, a la nación. Mas no nos interesa tanto esta coincidencia, de la que en ningún caso pueden inferirse inclinaciones políticas de un autor que hace gala permanente de liberalismo y oposición a la dictadura, cuanto el hecho de que dicha representación solo resulta sostenible si, por un lado, desconectamos la realidad republicana de sus antecedentes inmediatos, y por otro, no segregamos las esferas, diferenciadas y hasta contrapuestas por entonces, de la legalidad del Estado y de los hechos sociales.

Si dejamos de hacer lo primero, desvincular la República de su pasado, puede comprobarse con facilidad no solo que la violencia política le precedía, contaba con una fisonomía homogénea antes de 1931 y había conocido repuntes incluso más agudos que los alcanzados en los años treinta, sino también que el mismo régimen republicano suponía, en su dimensión constitucional —dimensión que va más allá de la estricta norma fundamental—, una vía integradora para resolver los puntos calientes que venían generando la conflictividad, a saber: la cuestión territorial, la religiosa y, sobre todo, la social. Si con anterioridad al modelo republicano el uso de la violencia para conquistar objetivos políticos era un mal endémico de España, si —por parafrasear a Sosa Wagner— el diablo llevaba suelto varios decenios, malamente entonces puede culparse de su surgimiento al mismo sistema que pretendía erradicarlo de manera democrática, esto es, dando cabida política por primera vez en nuestra historia a sujetos —colectivos e individuales— antes postergados de la vida pública. Podría entonces replicarse que esas buenas intenciones originarias fueron del todo contraproducentes después, según vinieron a demostrar los acontecimientos, y eso mismo sugiere el autor al confirmar que ese «fuego» que la República trajo al «hogar del Derecho público español» degeneró «en incendio» (p. 257). Sin embargo, para afinar la atribución de responsabilidades y culpas en la provocación de tal desastre acaso convenga localizar cuáles fueron los focos principales del incendio, pues puede que estos no se ubiquen tanto en la constitución y las reformas que alentó cuanto en la sociedad y sus terribles escisiones.

En efecto, la asociación establecida entre República y alteración perma-

nente del orden público presupone un concepto torcido de aquélla y una concepción anónima y naturalista de la sociedad. Me explico: cuando se afirma que bajo la Segunda República no cesó la violencia política, sino que más bien se exasperó, debiera emplearse un concepto del término *Segunda República* que equivale a *período de la historia de España que abarca de 1931 a 1936*. Solo de este modo el enunciado resulta verdadero, obviando que las divisiones sociales y la violencia no eran extrañas a las décadas y regímenes anteriores, hasta el punto de que en 1923 se instauró entre nosotros otra dictadura con el pretexto de salvar a España tanto del enemigo externo representado por el bolchevismo como del enemigo interno encarnado por los separatismos. El problema es que de constituir una descripción historiográfica dicha afirmación suele metamorfosearse en un juicio jurídico-político según el cual *la República*, en cuanto régimen constitucional connotado por unas determinadas características ideológicas, *dividió al país alimentando y provocando los enfrentamientos*. En la medida en que aquí se emplea ya un concepto estrictamente jurídico de la República, como sistema novedoso regido por unos determinados principios constitucionales y por ciertas normas de diverso rango, el historiador del derecho ha de sentirse preocupado.

Para corroborar la veracidad de dicho aserto, el que afirma que la República en cuanto modelo político trajo consigo la violencia, o al menos la agravó, habría entonces que acordar qué significa la República como Estado y, fijado esto, comprobar hasta qué punto sus previsiones jurídicas alentaron los desórdenes.

A mi parecer, por Estado republicano —no por República en tanto que período histórico— debe entenderse aquel modelo jurídico-político basado en los principios y reglas contenidos en la Constitución de 1931 y en otras leyes de rango también constitucional, no solo por el órgano que las aprobó, las Cortes Constituyentes, sino por la materia regulada, como la autonomía regional o la reforma agraria. Una vez acotado de este modo el concepto de la República en cuanto régimen político, pueden deducirse tres corolarios: la República no duró más allá de 1933, pues el gobierno derechista supuso la derogación, inaplicación, rectificación o vaciamiento de su contenido; por consiguiente, la República, al menos en este lado jurídico-político, tiene la forma de un proyecto de futuro que solo en ínfima medida pudo arraigar; y en conclusión, la República así vista causó las revueltas y divisiones solo en la proporción que pudieron hacerlo sus normas, no en la medida en que éstas fueron aplicadas con perversidad o interpretadas interesadamente por los políticos republicanos.

Continúo explicándome. Pongamos un ejemplo notorio de aquello que el autor pretende que el lector extraiga como conclusión fundamental de su lectura, a saber, que el régimen republicano compuso una «realidad nada bucólica ni democrática, sino herida por una violencia siempre renovada y partida por enfrentamientos agrios y atávicos» (p. 256). Podemos pensar así que la República se distinguió, entre otras cosas, por la quema de iglesias y conventos. ¿Hay algún elemento normativo que permita vincular al Estado republicano con esos actos vandálicos o terroristas? Si así fuese, tendríamos que encontrar por algún lado un artículo legal o reglamentario que ordenase la ejecución de tales destrozos en nombre de un laicismo integrista. La búsqueda, empero, sería en vano. A juzgar por la más autoritaria de las normas de orden público aprobada tras el 14 de abril, la Ley de Defensa de la República, lo que nos encontramos es justo lo contrario, es decir, el castigo de «actos de violencia contra personas, cosas o propiedades, por motivos religiosos, políticos o sociales, o la incitación a cometerlos» (art. 1.IV). Puede objetarse entonces que la dirigencia republicana fue condescendiente con quienes cometieron tales actos, pero entonces no estamos ante un defecto o imprevisión de la República en cuanto Estado sino ante una falta de realización por quienes estaban encargados de materializarla.

El matiz es importante, porque atribuye culpas a sujetos concretos y exonera al régimen republicano en cuanto tal. Dado que la República ni ordenó ni impuso en su dimensión normativa violencia política alguna (exceptuando la estatal), sino que más bien intentó poner los medios para frenarla, queda claro que la identificación entre ella y los altercados debe precisarse un poco más. Puede que nos queramos referir entonces con tal asociación al hecho de que las reformas que impulsaba, principalmente las que afectaban a la propiedad, al trabajo, a la familia, a la religión y a la estructura territorial, provocaron reacciones de fuerza de determinados sectores de la sociedad, en un extremo de quienes consideraban tales medidas insuficientes y en el otro de quienes las interpretaban como una agresión ilegítima a sus derechos. En cualquier caso, la República en cuanto Estado sería a lo sumo la inductora o provocadora de la violencia, mientras que sus ejecutores directos, o sea, los responsables en sentido estricto, serían o bien los miembros de los colectivos anarquistas, sindicalistas, comunistas o socialistas que recurrieron a medios revolucionarios o bien aquellos de los sectores industriales, propietarios, eclesiásticos, políticos y militares que se resistían a observar las normas invocando derechos naturales o esencias nacionales y haciendo uso también de medios violentos.

Cabe incluso, según las premisas planteadas, realizar una precisión elemental: si la expresión más rotunda del primer tipo de violencia, el revolucionario, fueron los acontecimientos de octubre de 1934, entonces las decisiones legales o reglamentarias que los provocaron no son ya imputables a la República, sino al sistema que se abrió en el invierno de 1933, de tono y contenido abiertamente antirrepublicano. Con todo, lo peculiar del caso es que, aun siendo la inductora, tales manifestaciones de fuerza, fuera cual fuera su procedencia, se dirigían, por timorata o por intervencionista, a la misma República, que quedaba así en la doble condición de instigadora y víctima.

Colocada esta cuestión –central, como he insinuado, para nuestra monografía– en sus justas coordenadas, las opiniones que podamos tener sobre ella dejan de ser historiográficas para convertirse en políticas y morales. Lo que ha de excluirse, por contraria a la ciencia y a la ética más rudimentaria, es esa visión de la violencia política como fenómeno anónimo que surge por generación espontánea, como si de un accidente de la naturaleza se tratase, y cuya responsabilidad se halla diluida en la sociedad, siendo imposible achársela a nadie en concreto. Debe quedar asimismo expulsada del análisis historiográfico la perspectiva superficial de una constitución y unas leyes de tono social y democrático que causan en primera instancia unas escisiones terribles, visto que tales divisiones venían de muy atrás y ya eran muy profundas a la altura de 1931. Para expresarnos con rigor, la sentencia que venimos analizando equivaldría, pues, a sostener que las medidas reformistas republicanas provocaron reacciones violentas en algunos de sus destinatarios, dejando abierto el pronunciamiento acerca de si tal respuesta era proporcionada, legítima y deseable, o no, es decir, acerca de si se realizaba como expresión de un derecho, el de resistencia a la opresión, por ejemplo, o bien como manifestación arbitraria de fuerza bruta.

Sigamos orientándonos con ejemplos. Según la vulgata conservadora de la República, el capítulo constitucional sobre las relaciones entre la iglesia y el Estado y las leyes que sobre la materia prosiguieron, en especial la de congregaciones religiosas, generaron una situación de división y colapso tales que colocaron a los españoles al borde de la guerra. La culpa de tal situación recaería, o bien en los irresponsables parlamentarios republicanos que, llevados por la ética de los dogmas y las convicciones, sancionaron un marco jurídico que se oponía a la topografía institucional del país, o bien en aquellos miembros en sentido laxo de la comunidad católica que estimaron preferible reaccionar con rebeldía y violencia frente a tales normas antes que acatarlas.

Si uno es realista y liberal y concibe la política, al menos en buena medida, como la gestión de derechos adquiridos o naturales y la concreción de un orden institucional más o menos espontáneo y atemporal, entonces optará por la primera vía, pero al precio de ignorar que la relevancia lograda por el laicismo radical era asimismo bien real –tanto que logró llevar sus designios a la letra constitucional– y que resultaba además la consecuencia divisiva de una presión eclesial y evangelizadora también del todo discordante con la evolución cultural de la sociedad española. Si, por el contrario, uno es demócrata, constitucionalista y racionalista, y entiende que la política debe expresar la voluntad de la mayoría con respeto hacia los derechos constitucionales y con el afán de racionalizar las relaciones sociales, concluirá entonces que la rebelión de los sectores católicos, antes que la defensa de derechos presuntamente naturales, supuso una reacción desmesurada, egoísta y criminal con la finalidad de preservar una posición privilegiada frente a un marco legal que, aun expropiando los bienes de la iglesia católica y reduciéndola a la autonomía financiera y a la condición de mera asociación privada, garantizaba en todo momento la libertad individual de culto.

Igual ocurre en el caso de la propiedad: la responsabilidad de las revueltas puede recaer sobre los autores de las normas que tímidamente la socializaban, siendo entonces la República inductora de tales desórdenes, o bien puede imputarse a quienes defendieron con tácticas terroristas sus privilegios patrimoniales presentados como derechos intocables o a quienes movidos por el dogma comunista exigían una expropiación generalizada.

Cuál de ambas opciones sea la más oportuna y conveniente no puede discernirse con objetividad y sin incurrir en el terreno sentimental de las propias querencias ideológicas, pues hay argumentos para respaldar tanto una como otra, según demuestran los hechos de que los propósitos transformadores fracasasen de un modo tan estrepitoso –lo cual da buena cuenta de los errores garrafales cometidos en su materialización– y de que hasta que estos no se consagraron de modo más o menos completo en los regímenes de la posguerra, o en el nuestro de 1978, no se restauró plenamente la convivencia civil. Lo que acaso sí pueda quedar claro es la posición del propio autor de la monografía, más conforme con la primera vertiente, la que sostiene que de una manera u otra la República creó un escenario de violencia social insostenible que desencadenó la guerra. Quienes preferimos la segunda lectura, creemos, por el contrario, que la República, como dijo Francisco Ayala, «fue ahogada» por todos, y en especial por las fuerzas que apoyaron la rebelión

militar, no dándosele ni la oportunidad de comenzar a caminar⁶; creemos, en suma, que fue, no el verdugo, sino la «víctima» de agresiones intolerables consumadas por una poderosa minoría y animadas por el móvil antisocial de mantener posiciones privilegiadas incompatibles con una sociedad democrática y racional.

2. La carencia política

La postura adoptada por Sosa Wagner, si se pone en relación con algunos otros de sus pareceres, resulta de todos modos aporética. En un principio dije que la presentación del «contexto» de la obra de los juristas, es decir, del Estado republicano, adolecía de dos carencias historiográficas y una de carácter político. Las dos primeras aludían al silenciamiento de los antecedentes de la República y a la falta de diferenciación de los planos de la legalidad estatal y la «facticidad» social. Ahora me refiero a la debilidad política: consiste, básicamente, en la incapacidad de aceptar los medios indispensables para transformar una situación social inicua.

Vuelvo a explicarme. Esparcidos por nuestro libro se encuentran algunos juicios de valor acerca del régimen político precedente, la Monarquía alfonsina, desde la Restauración a los directorios militar y civil de Primo de Rivera. Todos ellos son condenatorios de un sistema caciquil, oligárquico, militarizado, autoritario y antijurídico. Por otra parte, en una cuestión particular como la reforma de la función pública, el autor demuestra tener presente los retos y dificultades con que, en todos los terrenos, se topaban las reformas republicanas⁷: una red privada de privilegios, corruptelas y posiciones adquiridas

6 «Entrevistador (*Jesús Vigorra*): Ud. que ha sido testigo de todo el siglo xx, ¿en qué falló la República?; *Francisco Ayala*: Bueno, la República no falló, lo que falló es que las circunstancias generales no permitieran que ese régimen, que viene un poco tarde, encontrara su sitio. La ahogaron entre todos, la ahogaron, la República fue ahogada por la rebelión militar, [que] desencadenó fuerzas contrarias a la República en todo momento [...] La República fue víctima», extracto de la entrevista realizada con motivo de su centenario en el programa de Canal Sur 2 *El Público*.

7 «Todo parece indicar que el Gobierno se dio cuenta con bastante presteza de las dificultades y las resistencias –las más de ellas pasivas pero eficaces– con las que tendría que contar si quería de verdad acometer una reordenación cabal de la función y el empleo públicos. Pese a ello, hizo esfuerzos para aprobar una ley de incompatibilidades que evitara la acumulación de sueldos de algunos funcionarios y separara las funciones de representación de las de ejecución o gestión de intereses públicos [...] Tampoco era para tanto

de modo ilegítimo pero consolidadas por el tiempo que, frente a las tentativas transformadoras, ejercía una resistencia tan eficaz como para anularlas en la práctica.

Era esta una dinámica, en efecto, de carácter regular y general, extendida a todas las áreas en las que la República pretendía emprender reformas de calado, ya que, como reconoce el autor, «no es fácil asimilar un texto constitucional» (p. 50), sobre todo cuando la realidad instituida tiene muy poco de constitucional. El problema entonces resulta de un rango mayor: ¿cómo reordenar las estructuras sociales, políticas, administrativas y económicas si el modo en que se hallan organizadas es notoriamente injusto y hasta ineficaz?

Aunque no llega a explicitarse en ningún momento en cuanto problema subyacente, su autor sí que deja entrever cuál es el método que en ningún caso puede aceptarse como el más idóneo o adecuado para llevar a cabo dichas reformas: el que supone el uso discrecional del poder ejecutivo. Entre los varios fragmentos en que puede apreciarse dicha convicción –dedicados al orden público, a las jubilaciones forzosas de militares y funcionarios o a la aplicación de la citada Ley de Defensa de la República–, los que destacan con mayor nitidez son aquellos dedicados a la independencia de la magistratura y a las «intromisiones en la carrera judicial de todos los gobiernos republicanos» (p. 45). Especialmente elocuentes resultan a este respecto la censura a Manuel Azaña –«yo no creo en la independencia del poder judicial», afirmaba el presidente (p. 45, p. 192)– o la crítica de medidas como la ley sobre jubilaciones de 8 de septiembre de 1932 –reacción a la «intentona golpista del general Sanjurjo» por la que «quedaron afectados 114 jueces» (p. 46)– y la colocación por decreto en los asientos del Tribunal Supremo de José Antón Oneca, Demófilo de Buen o Mariano Gómez.

En este punto, vuelve a ponerse de manifiesto el olvido de los antecedentes políticos de la República, pues la planta judicial, tal como quedó diseñada en la ley provisional de 1870, todavía vigente por entonces, daba ancha cabida a la intervención del gobierno en la selección y promoción de jueces y magistrados. Pero la cuestión no es esa, sino la malinterpretación que se hace del concepto (negativo) que Azaña, y en general la República, sostenían sobre la

aquella ley que en rigor se limitó a prohibir poco» (p. 72). Lo mismo podría decirse para otros ámbitos como el de la propiedad o la economía: tampoco eran para tanto las reformas, sobre todo en comparación con las exigencias de otros colectivos, las experiencias de otros países y lo que la historia ha mostrado como razonable.

independencia de los jueces, el cual supuestamente dio base para legitimar injerencias gubernamentales en el poder judicial.

Reivindicando la falta de independencia de los magistrados, el político republicano no quería sino recordar que estos no se encontraban por encima de las leyes parlamentarias y mucho menos de la Constitución⁸. No eran independientes en la medida en que no podían trasladar a las sentencias sus convicciones políticas en contradicción abierta con lo dispuesto en las leyes o en la norma fundamental. Es más, en el momento en que así procedían, no daban muestra de su independencia, sino de su vasallaje y complicidad con el entramado de poderes sociales que intentaba neutralizar la obra reformista. Y es que tal era el dilema al que se enfrentaba la República: durante décadas el poder judicial había ido componiéndose de un personal que estimaba la legislación como la expresión, más que de un parlamento democrático, de un orden natural basado en la propiedad privada, la unidad nacional, la familia patriarcal y la religión católica. Cuando la Constitución y las disposiciones que la desarrollaban contravinieron este orden se planteó una doble disyuntiva: por un lado, los jueces de militancia tradicional, que eran la mayoría, se debatían entre la preceptiva sumisión a las leyes o su inaplicación mediante el pretexto de la defensa de valores jurídicos superiores, y por otro, los gobernantes habían de enfrentarse con un personal que boicoteaba su programa de reformas, para evitar lo cual recurrieron a la potestad disciplinaria y arbitraron fórmulas discrecionales que permitiesen una transición en el aparato de justicia, tales como la entrada de juristas de excelencia en el Supremo, alguno de los cuales podría haber encontrado siempre sus puertas cerradas desde la mentalidad tradicional por «no estar bautizado» (p. 46, en referencia a De Buen).

A mi juicio, solo en este contexto, en el de garantizar la sumisión del juez a la legislación y a la Constitución, se comprenden medidas y opiniones como las que Sosa Wagner trae a colación, y no en cuanto expresiones de abusos del poder ejecutivo sobre la carrera judicial o de vulneraciones escandalosas de un principio, el de independencia, que hasta 1931 había tenido una vida más

8 Así lo indicaba Álvaro de Albornoz, en palabras transcritas por el mismo Sosa Wagner, aunque con esa intención de demostrar que las «manos» de la República «no siempre [estaban] limpias» porque «toquete[b]an la justicia» (p. 44): «debe haber en la magistratura un deber de lealtad republicana, no la profesión de fe republicana, que es cosa distinta, sino lealtad republicana, la colaboración indispensable con el Gobierno en su actividad» (p. 45).

retórica que real. Pero la cuestión, según he sugerido, es que en este asunto particular late una problemática de índole general: ¿cuáles son los medios lícitos para reformar una situación política, económica y administrativa dada si nos topamos con resistencias permanentes?, ¿puede el poder instituido democráticamente tomar medidas discrecionales, que vulneren incluso de modo localizado y excepcional derechos proclamados por la Constitución, con la finalidad de hacer posible que la Constitución misma conquiste vigencia en su integridad?

Aquí, como en el caso de las consecuencias sociales de la legislación republicana, nos deslizamos ya por derroteros morales, ideológicos y, en definitiva, políticos, indiscernibles con objetividad. También como en el caso anterior, existen en este dos lecturas alternativas: de un lado, se colocan quienes, desde creencias liberales, sienten repugnancia hacia un uso intenso de la autoridad, incluso cuando se realiza con amparo democrático y con la finalidad de instituir un orden político-social en el que el poder quede rigurosamente delimitado por la protección y promoción de los derechos individuales y sociales. En términos globales, esta es la posición más secundada en la actualidad⁹, que rechaza el arte del gobierno en cuanto ejercicio de autoridad y, por contraste, prefiere hablar de gobernanza como búsqueda de equilibrios públicos entre posiciones espontáneamente logradas. Para el caso concreto que nos ocupa, en esta perspectiva suele predominar un tono frecuente de censura, de revisión crítica tanto de los medios empleados con anterioridad y posterioridad a la República como de los desplegados por ella. Aparte de que no distinga como debiera los fines contrapuestos que perseguían esos medios idénticos en uno u otro período, y dejando asimismo de lado el dato de que no sopesa con imparcialidad la cantidad de abusos cometidos antes y después de 1931, equiparando lo que también era cuantitativamente diverso, dicho enfoque adolece de cierta ingenuidad, al estar convencido de que es posible alterar en profundidad el *statu quo* sin recurrir a la coacción y a la autoridad. De ahí que su punto límite sea el de la denuncia de la iniquidad, sin que se halle dispuesto a traspasarlo hasta aceptar los medios para eliminarla, o al menos para intentarlo. Ya exclamaba uno de los personajes de Goethe: ¡Qué difícil es que el hombre sepa calcular lo que tiene que sacrificar, comparado con lo que sale ganando! ¡Qué difícil es querer el fin sin desdeñar los medios!¹⁰ Su

9 Vid., como ejemplo, Daniel INNERARITY, *La transformación de la política*, Barcelona, Península, 2002.

10 Son palabras del Capitán de *Las afinidades electivas*, Madrid, Cátedra, 2005³, 125.

destino, pues, suele ser el de colocarse en un presunto estrato moralmente superior, disconforme tanto con tirios como con troyanos, que de todos modos termina siendo absorbido por la realidad y sus antagonismos. Y ya se sabe que hay grandes figuras de la historia intelectual y política española de la primera mitad del siglo xx cuyas trayectorias y decantaciones finales están para acreditarlo.

Del otro lado se ubican aquellos que, desde convicciones jacobinas, no disocian la democracia de la autoridad o la Constitución del poder, sino que, antes al contrario, piensan que la legitimidad comunicada por la soberanía popular en su máxima expresión, la del poder constituyente, autoriza el uso discrecional del poder ejecutivo cuando se trate precisamente de crear las condiciones indispensables para que la Constitución y la democracia mismas funcionen. Es natural que esta posición esté hoy en declive, ya que en ningún caso se siente, al menos por ahora, la acuciante necesidad de remodelar en profundidad desde el ejercicio de la política un sistema social lastrado por graves enfrentamientos. Cuando sí se sentía la presión de los hechos y la urgencia de tomar decisiones, no faltaron quienes, también en la esfera del derecho público, combatiesen la idea falaz de que una democracia no puede hacer un uso extraordinario de la autoridad en casos excepcionales justo con el fin de restaurar la vigencia del derecho. Y no me refiero a Carl Schmitt, quien pensaba más bien en la recomposición de las jerarquías institucionales tradicionales a través del dictado de un líder carismático. Aludo más bien a Hermann Heller, quien por el contrario tenía en mente la concesión de prerrogativas excepcionales al parlamento y al gobierno democráticos con la finalidad de que la Constitución fuese aplicada.

Si bien no podemos inclinarnos con criterios objetivos por ninguna de ambas opciones, sí que al menos resulta necesario señalar que el autor prefiere la primera vía. La pregunta entonces es: si con tales abusos particulares del poder ejecutivo fue imposible tanto eliminar las prácticas institucionales pasadas como la venida ulterior de la dictadura franquista, ¿cuál habría sido la fórmula que habría permitido la pervivencia de nuestra democracia incipiente y la consiguiente conjura del totalitarismo nacional-católico? Haciendo, si se me permite, un breve ejercicio de historia-ficción, ante tal interrogante se me ocurren tres opciones, excluyendo, claro, la preferencia por la dictadura militar como el mejor método para regenerar la convivencia: que la República hubiese renunciado a emprender reformas profundas y con ello hubiese podido prescindir también de la discrecionalidad; que hubiese intentado realizar

estas remodelaciones ateniéndose al estricto tenor legal o constitucional; que hubiese implantado una suerte de estado transitorio de excepción, limitado por el respeto a derechos individuales básicos (de carácter personal, mas no patrimonial) y pilotado por la asamblea constituyente, con la finalidad de crear por la fuerza las condiciones sociales e institucionales que hubiesen permitido una asimilación de la norma fundamental sin tantas resistencias.

La primera salida, preferida por la mentalidad liberal decimonónica y encarnada por autores como Adolfo Posada, quizá no nos hubiese librado de la rebeldía de quienes se sintieron insatisfechos incluso con las reformas socioeconómicas acometidas desde 1931 y, por reacción, a lo peor tampoco nos habría exonerado de la contrarrevolución fascista. La segunda probablemente habría supuesto un desplome más prematuro aún de la República. Y la tercera, hubiese implicado el riesgo de una deriva comunista y la desagradable realidad de la vulneración de ciertos derechos adquiridos, pero también la conjura del peligro fascista en un año, 1931, en que los fascismos todavía no se habían consolidado por Europa y en que la versión hispana de la democracia orgánica y el nacional-catolicismo acababa de ser derrotada. Desde luego, ninguno de los tres escenarios parece apetecible al paladar político contemporáneo, pero a veces, ante situaciones desesperadas, todas las opciones posibles son nefastas y solo cabe elegir el mal menor o descartar el mal mayor.

III. LOS IUSPUBLICISTAS

A la ilustración del contexto político –un contexto que, más que contextualizar, condena– sigue el estudio central de la obra, el dedicado a los juristas que por entonces cultivaron alguna de las ramas principales del derecho público. Resulta digno de elogio que un libro no muy bien avenido con las políticas de recuperación de la memoria traiga al recuerdo del jurista contemporáneo autores y obras que, por desgracia, han caído prácticamente en el olvido debido precisamente al golpe y la dictadura. Nuestra monografía, en efecto, realiza un loable esfuerzo de localización de profesores e identificación de textos, dejando atrás muy pocos nombres y dando entrada a otros tan (aparentemente) marginales como significativos¹¹. Llama la atención a este respecto la ausencia de dos catedráticos conservadores, Luis del Valle y Gonzalo del Castillo, pues sus opiniones bien habrían servido al propósito que,

¹¹ Aludo, por ejemplo, a los casos de Joaquín García Labella y Enrique Martín Jara (pp. 187 ss.).

según veremos y ya he indicado, persigue nuestro texto. Sin embargo, poco puede objetarse a tales exclusiones, visto que la hipótesis que se pretende mantener queda suficientemente documentada y, además, poco tono científico añadían sus obras al derecho político de aquel tiempo.

Esta segunda parte de la monografía se compone fundamentalmente de semblanzas bio-bibliográficas. A cada una de ellas va dedicado un apartado independiente, aunque hay veces que algunos iuspublicistas aparecen incomprendiblemente emparejados, como Nicolás Pérez Serrano y Recaredo Fernández de Velasco (pp. 146 ss.) o Nemesio J. Güenechea y José Gascón y Marín (pp. 192 ss.), mientras que otros se encuentran confundidos con asuntos de índole institucional, como es el caso de Carlos Ruiz del Castillo, cuyo examen se coloca en el epígrafe dedicado al Tribunal de Garantías Constitucionales. La estructura predominante de estas semblanzas es bipolar: de un lado, los datos biográficos, del otro, la presentación de los textos, y al final, un minúsculo juicio crítico. El autor ya nos avanza desde el comienzo que su intención no es sino «dejar testimonio resumido y ordenado de cuáles fueron sus inquietudes [de los iuspublicistas] y a qué dedicaron su laboriosidad» (p. 9). Y para lograrlo expone sucintamente algunos hitos vitales y describe el contenido de las principales obras de cada profesor.

En relación a lo primero, a los apuntes biográficos, debe tenerse en cuenta que no estamos ante una labor de investigación biográfica, sino frente al uso más o menos feliz de investigaciones ajenas o de las memorias del personaje estudiado. Solo en escasas ocasiones se utilizan fuentes de primera mano depositadas en archivos o de difusión escasa. No es casual que cuando estas son empleadas, como en el caso del *Diario* inédito de Sabino Álvarez Gendín, el relato gane espesor analítico, interés biográfico y hasta profundidad moral. Cuando, por el contrario, el autor se conforma, sin contrastar, con lo redactado por otros investigadores, se incurre en errores de entidad como considerar que Eduardo L. Llorens se caracterizaba por sus «hondas convicciones religiosas» (p. 229). Lo habitual, no obstante, es que, más allá de su procedencia, el lector encuentre cumplida alusión a los aspectos más significativos –muchos de ellos generalmente desconocidos– de cada una de las «singladuras» abordadas¹².

12 Hay, en cambio, algunas omisiones desprovistas, a mi entender, de justificación. No se comprende así por qué no destacar la elocuente militancia antifascista que Luis Jiménez de Asúa desarrolló en la legación española en Praga, de la que nos dio noticia Francisco Ayala en sus memorias, justo la fuente que Sosa Wagner utiliza para ilustrarnos el perfil de Asúa (pp. 137-140).

En lo que concierne a lo segundo, al apunte sobre las obras, para comprender su alcance quizá resulte instructivo ensayar una breve teorización sobre la reescritura de textos. Parece evidente que realizar historia del pensamiento, en nuestro caso jurídico, cuenta con un inevitable aspecto filológico. No creo que sea demasiado científico soslayar otros enfoques, como el sociológico, bajo la errónea creencia de que son incompatibles con el acercamiento semiológico o lingüístico. Mas en todo caso el historiador de las ideas jurídicas habrá de enfrentarse, en un momento u otro, a determinados relatos. Su análisis tendrá entonces inevitablemente la forma de un texto elaborado sobre la base de otros textos. Sin embargo, el resultado casi siempre muda de un historiador a otro porque los aspectos destacados o relegados y la forma de presentarlos difieren entre sí. En una aberrante aunque didáctica simplificación, quizá pueda sostenerse que, al menos en parte, estas diferencias suelen basarse en el rango otorgado a la literalidad de las fuentes bibliográficas en la obra doxográfica.

En este sentido, pueden distinguirse tres registros a la hora de examinar un pensamiento pretérito. El primero recurre con frecuencia a la transcripción de pasajes significativos de la obra analizada. En sí mismo, no carece de interés, lo que ocurre es que éste radica, a mi entender, en los criterios de selección de los párrafos transcritos, porque es ahí donde se percibe la aportación más genuina del doxógrafo. Otra cuestión es que el lector busque compendios o síntesis de obras ajenas para ahorrarse el tiempo de consultarlas directamente, o para comprobar de antemano si tal consulta merece la pena, pues en ese caso el interés de este método de trabajo puede que sea aún mayor en cuanto facilita una guía de lecturas. El segundo nivel se desliga un poco más de la literalidad, sustituyéndola por la paráfrasis. En la medida en que la narración originaria deja el paso a la propia, por los intersticios de la exposición van deslizándose, aun de modo involuntario, las suposiciones, las intenciones y las hipótesis que guían la mirada del historiador. De ese modo el lector puede percatarse del ángulo interpretativo desde el que nos es mostrado un pensamiento o un sistema teórico de otros tiempos. Por último, el tercer registro, el de mayor complejidad y abstracción, no solo evita mediante paráfrasis la literalidad, sino que huye de ella en la proporción que le permite una lealtad rigurosa a las fuentes. El modo en que lo hace consiste en el hallazgo previo de cuál es la estructura lingüística que conforma todo el discurso del autor. Y al reducir toda su aportación teórica a sus unidades significativas mínimas, pero fundadoras, el historiador que escoge este camino, en lugar de resumir una obra, ya puede dedicar su esfuerzo narrativo tanto a la expo-

sición crítica de dichas unidades como a relacionarlas con los fundamentos de otros sistemas teóricos.

Teniendo en cuenta lo antedicho, puede afirmarse que el libro que nos ocupa oscila entre el primer y el segundo registro. Hay páginas que se colocan por entero en el primero de los citados niveles, al componerse en buena proporción de citas literales de extensión excesiva acompañadas de juicios, en mi humilde opinión, algo insustanciales¹³. En algunas ocasiones, nuestra monografía toma incluso la forma de un cuaderno privado de lecturas, pero no la de un libro de investigación histórico-jurídica en el que los propios pareceres se vean fundamentados¹⁴. Otras veces, al estar tan apegada a la letra de las fuentes, cuando estas tratan sobre otros textos u otros autores, el lector no puede discernir si quien analiza dichos textos o dichos autores era el jurista examinado por Sosa o, por el contrario, es él mismo¹⁵. Pero lo más frecuente, de cualquier modo, es que tanto en las transcripciones como en los resúmenes se hallen informaciones de notable utilidad, ya que el acopio bibliográfico rescata del olvido textos de importancia y la mera selección de pasajes nos hace transparentes las cualidades y pretensiones de su autor. No es azaroso así que sus mejores fragmentos sean precisamente los dedicados a los catedráticos de derecho administrativo, cuyas semblanzas dejan espacio a disquisiciones científicas y técnicas, cuando lo habitual en el resto de los casos es que se consignen opiniones políticas. Tanto es así que uno de los pocos momentos en que Sosa se permite lanzar hipótesis y realizar balances de índole científica y de carácter general sea en referencia a un patriarca de su disciplina, José Gascón y Marín, «responsable de la mala fama de esta asignatura», quien, a su juicio, «introdujo en España, más que el *método jurídico*, su *método jurídico*: libre probablemente de adherencias extrajurídicas pero empachado de puras descripciones mecánicas de las normas y sus contenidos» (p. 207)¹⁶.

13 Valga un ejemplo: «una conferencia por encima de la media de lo que suele oírse en los actos de apertura del curso académico y que pone de relieve cómo no andaba Pérez Serrano despistado acerca de lo que se cocinaba en los textos constitucionales de la época» (p. 170), así reza una de las interpolaciones al folleto del catedrático madrileño sobre *La evolución de las declaraciones de derechos*.

14 «El libro no está mal [en referencia al manual de derecho administrativo para opositores de Joaquín García Labella], a mí me gusta más que las explicaciones de Gascón y Marín y son más frescas también las de Royo Villanova» (p. 192).

15 Véanse las páginas dedicadas al estudio de Pérez Serrano sobre el juez Marshall (pp. 165 ss.).

16 Puede sostenerse desde luego que esa sumisión acrítica a leyes y reglamentos era

Nuestro libro viene entonces a cumplir una valiosa función informativa, digna de agradecer en un mundo donde poquísimos juristas tienen el tiempo y el nivel de consagración académica que exige volver la vista atrás. Y es que el mero ejemplo de un experto en derecho positivo elaborando historiografía del pensamiento jurídico resulta de por sí encomiable. Por eso es muy probable que tanto el lector profano como el jurista actual «a buen seguro va[n] a aprender y se va[n] a distraer» con la consulta de este volumen, según anuncia su mismo autor. Otra cosa es que el lector hipotético ejerza de historiador del derecho y se haya especializado, entre otros asuntos, en la biografía de juristas modernos y en la historia del constitucionalismo. En este caso puede entonces que las informaciones no sean suficientes y se busque algo más que los concisos «juicios» –«a veces positivos; a veces críticos» (p. 257)– que Sosa Wagner va intercalando al final de cada semblanza, los cuales, según iremos viendo, pues los vamos a insertar en notas a pie, ayudan muy poco a una más afinada intelección del pensamiento de los iuspublicistas. Puede también que esta hipótesis excepcional, más que debilidades de un libro dirigido al público ilustrado en general, señale un defecto de la propia lectura especializada, predisuelta como está a encontrar cosas que el texto ni siquiera se plantea ofrecer. Pero el dato es que desde tal enfoque histórico-jurídico se hacen bien patentes algunas fragilidades que corresponde a la crítica designar. Son dos, a mi juicio, las más relevantes: en primer lugar, la discutible desconexión entre la vida y la obra de los juristas, opción biográfica ortodoxa que extraña dos facetas mutuamente imbricadas cerrando así el acceso a una comprensión más afinada de las trayectorias intelectuales; y en segundo lugar, la también discutible compartimentación del análisis en autores singulares sin llegar a dar el salto a la disciplina que estos cultivaban, lo cual supone un esclarecimiento insuficiente no solo de la asignatura que impartían sino también de su propia obra particular, ininteligible si se extirpa del contexto (científico, no político) en que se fraguó. Atendamos más pormenorizadamente a cada uno de estos extremos.

seña de identidad del derecho administrativo al menos desde Colmeiro, mas lo que interesa por ahora indicar en esta crítica bibliográfica es que los pasajes que más sustantivo aporte realizan a la historia de la ciencia jurídica son los referidos a los administrativistas, como el arriba transcrito o como aquel en que alaba el tratado de Recaredo Fernández de Velasco por incluir el estudio de la jurisprudencia contenciosa (pp. 183-4). Lo importante, pues, según vamos comprobando, es que no estamos ante una historia de la iuspublicística; de ahí que sea tan infrecuente este tipo de consideraciones.

1. *Vida y obra*

Las semblanzas que contiene nuestro libro son más o menos homogéneas. De naturaleza jurídico-política, pues registran tanto las aportaciones jurídicas como las inclinaciones políticas, estos perfiles suelen concentrarse en las ocupaciones desempeñadas y las opiniones vertidas por cada autor durante el régimen republicano. Hasta tal punto es este el concentrado del libro, que la atención prestada a Luis Jiménez de Asúa se explica por su «protagonismo en el período constituyente» y por haber dedicado algunas obras a la Constitución de 1931 (p. 137)¹⁷. Si esta es la norma, lo regular es también que se incluyan informaciones pertinentes acerca de las labores y obras realizadas con anterioridad a los años treinta y con posterioridad a la guerra civil, si bien en este punto hay algunas excepciones injustificadas, como la de Antonio Royo Villanova, cuya exposición se detiene en 1936 sin que sean abordados los pormenores de la conversión de sus *Elementos de derecho administrativo* en un tratado franquista¹⁸.

El problema de estas semblanzas consiste en la división neta que ejecutan entre la vida y la obra del autor. También me parece discutible la opción de atender en muy primer término a las opiniones más o menos políticas en lugar de a las construcciones científicas de unos personajes que, al fin y al cabo, se acreditaban socialmente como juristas teóricos o técnicos. Pero a tratar ese punto acudiremos justo a continuación, cuando hablemos de la iuspublicística. Importa ahora destacar esta escisión entre la vida y la obra como aplicación de un método biográfico tan tradicional como irreflexivo.

Creo en términos generales que, por muy extendido que se halle su empleo, carece de eficacia plena, dado que no deja ver cómo las vivencias de los sujetos biografiados van precipitándose en sus textos sucesivos. Y si nos referimos a una época como la estudiada, celer, fugaz e inestable según la entiende el mismo Sosa Wagner, entonces se vacía casi de todo sentido una separación que no permite apreciar los sutiles aunque decisivos cambios de rumbo plasmados en las obras pero causados por la experiencia. Por expresarlo con mayor claridad: ya que se había optado de antemano por dar relieve a la dimensión más política de la vida y la obra de los iuspublicistas en activo

¹⁷ «Sus reflexiones aún hoy nos golpean como procedentes de un oráculo providente», p. 146.

¹⁸ A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, Valladolid, Santarén, 2 vols., 1940/41.

durante la República, se habría debido tener en cuenta que el relato se enfrentaba a un momento excepcional de la historia europea en el que las imposiciones de la cambiante realidad exigieron tomar partido a cada instante. Y las causas de tales decantaciones se entrelazan tanto en las vivencias como en las intervenciones públicas que cada sujeto fue teniendo y haciendo a cada paso. Para dar cuenta cabal de ellas, por tanto, no es recomendable separar dos bloques, la vida y la obra, cuando pueden fusionarse ambos y perseguirse simultáneamente los acontecimientos vividos y las ideas proclamadas, comprobando cómo los primeros condicionaban las segundas y cómo éstas determinaban las decisiones vitales.

En mi opinión, este repertorio de pequeñas biografías intelectuales y políticas no tiene suficientemente en cuenta la excepcionalidad de aquellos tiempos, su ruptura fundamental respecto de los días presentes. Su mismo propósito central lo impide, al pretender que la obra de aquellos juristas nos aleccione sobre problemas que al parecer continúan muy vivos. Y el hecho no es que dejen de estarlo, sino que hoy se plantean en otros escenarios y presuponiendo otras condiciones sociales, económicas y políticas. Las de aquellos tiempos trenzaban un nudo histórico extraordinario y ya cancelado, aquel que iba soltando el cabo del liberalismo decimonónico, mientras con una mano comenzaba a apretar el de la democracia y con la otra estrangulaba toda la cuerda con el de la dictadura. En semejante entrecruce de caminos se colocaban aquellos sujetos, que, por fuerza, se vieron obligados a inventar su propia historia; algo bien diverso a lo predominante en la actualidad, cuando la historia ya nos viene fabricada de antemano. Los requerimientos morales eran, por tanto, de muy diversa naturaleza en comparación con las más flexibles constricciones de nuestro presente.

No pienso que la entera monografía sea ajena a esta problemática de carácter ético, pues está presente de modo involuntario en algunos juicios y de manera expresa en las páginas dedicadas a la frustrada visita que Sabino Álvarez Gendín¹⁹ hizo al general Franco con el fin de pedir clemencia para su colega Leopoldo Alas (pp. 243 ss.). Sí sostengo, en cambio, que ella no es la rectora de la exposición, su hilo conductor, ni siquiera tampoco una de las principales guías del análisis. Y esta falta, propiciada por la disyunción entre la vida y la obra, está en la base de otras carencias, aquellas que no aprecian cómo las experiencias van precipitándose en las opiniones y aquellas otras que no perciben cómo las convicciones teóricas determinan también las decisiones políticas.

19 «Apto para que caigan sobre él toneladas de olvido», p. 246.

La primera posibilidad afecta, por ejemplo, a Royo Villanova²⁰. Como se ha sugerido, nada se nos dice acerca de su preferencia franquista ni del impacto que esta pudo tener en sus ideas jurídicas²¹. Al referirse sin pormenorizar a «lo que hubo de vivir en el Madrid republicano», tampoco quedan suficientemente esclarecidos los vericuetos recorridos por Recaredo Fernández de Velasco²² en los momentos de la guerra hasta su adhesión a la dictadura (p. 180, p. 186)²³. Y, lo que acaso sea más importante, no se llega a presentar explícitamente como aporía, aunque se den las citas necesarias para resolverla, el clamar por un lado contra «la indiferencia ante los problemas sociales» y pedir una «reconstitución de la política nacional» basada en las «garantías constitucionales», la enseñanza secularizada, la «función social» de la propiedad y la «constitucionalización de las condiciones de trabajo» (p. 105), mientras que por otro se condenaba la Segunda República. Tal fue el caso de Adolfo Posada, heredero, efectivamente, de un liberalismo organicista, corporativista e ilustrado que al cifrar los límites del poder en «la opinión pública», la declaración del derecho (natural) y «el culto a la ciencia» (p. 97), no podía sino rechazar un sistema democrático y legalista como lo fue el republicano²⁴.

20 «Parlamentario y parlamentador, royo y rollo, fue don Antonio un ser admirable en sus tesoros, apasionado y noble en sus diatribas. Tuvo por enemigo a los equívocos», p. 137

21 Aunque, en la práctica, esa preferencia no tomase más que la forma de adiciones introducidas por la dictadura en un cuerpo doctrinal mantenido por el autor casi en su integridad: vid. A. ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, I, p. ej. 36-37 (sobre el concepto de la ley «en el nuevo Estado»).

22 «Un jurista de cuerpo entero, un enfermo prematuro, que dio cuerda a sus días trabajando mucho para poder alargar la vista por entre aquellos barrotes que eran las carencias de la jurisprudencia de su época», p. 186.

23 [Tampoco ayudó a dilucidar estos extremos la voz correspondiente del *Diccionario de catedráticos españoles de derecho* publicada en 2011.]

24 Por eso acaso resulte forzada la parábola que va desde el krausismo hasta el constitucionalismo democrático sin solución de continuidad. No es casual, de hecho, que las principales autoridades krausistas, Francisco Giner y Gumersindo de Azcárate, fuesen invocadas con frecuencia por autores conservadores frente a las reformas republicanas. Esto demuestra no solo que los neotomistas y los krausistas, pese a su aparente polémica, compartían una misma *episteme* jurídica [desarrollé poco después tal consideración en «Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945) (I)», *Historia constitucional*, 11 (2010), 89-125 (97 ss.)], sino que uno de los capitales que el krausismo pretendía ostentar tácitamente era la *representación intelectual* de la clase obrera, pretensión desechada en un contexto como el republicano. Sobre

Nuestras páginas dejan entonces nada más que entrever unas constantes que no llegan a tematizarse ni a analizarse como problemas historiográficos. Me refiero, en concreto, a la trayectoria *típica*, recorrida por muchos intelectuales de corte liberal, que arranca con el regeneracionismo, se relaciona con el derecho social, incluso con el republicanismo federal, invoca hasta a la democracia y el socialismo frente al desvencijado edificio canovista, tuvo sentimientos encontrados con Primo, aunque terminó abandonándolo, y se decepciona con –y aun boicotea a– la República, para concluir por fin adhiriéndose al franquismo, o en todo caso prefiriéndolo sobre la democracia. Si tal itinerario típico fuese, más que una deducción esforzada de la lectura personal, un hallazgo científico explícito, esto es, una regularidad extraída del examen de las fuentes y las biografías, podría entonces analizarse en profundidad a la busca de las experiencias que fueron determinando un decurso generacional así de sorprendente y revelador. Si de tal modo se procediese, se tendría un punto de referencia con el que iluminar las diferentes singularidades, podrían ponerse de relieve los límites cognitivos que operaban en estos juristas –indagando, por ejemplo, en qué pensaban cuando hablaban de democracia durante la Restauración y de socialismo antes de 1917– y podría asimismo demostrarse la reacción habitual de cierto liberalismo frente a la presión democratizadora y socializadora –esto es, podría hacerse visible el «enlace entre el régimen liberal y el autoritario» (p. 246), por expresarlo en términos de Álvarez Gendín–. Pero, sobre todo, si se actuase de este modo se comprobaría que las ideas defendidas por los juristas, más que una suerte de advertencias magistrales para consumo político actual, formaban una especie de opinión corporativa, reflejo de unas condiciones de vida y promoción sociales bastante homogéneas como eran las imperantes en la academia española del primer tercio del siglo xx.

La segunda de las posibilidades, la que no analiza cómo las convicciones científicas pudieron inspirar las decisiones más políticas, cuenta asimismo con claras manifestaciones en nuestro texto.

Mientras que en los casos de Royo, Posada o Fernández de Velasco la separación de la vida y la obra nos impide conocer al detalle las rectificaciones mínimas que van jalonando sus biografías, en el de Nicolás Pérez Serrano²⁵

las relaciones entre constitucionalismo democrático y krausismo puede consultarse Elías Díaz, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo xx*, Madrid, Trotta, 2009.

25 «Tuvo la pluma limpia y el talento ancho. Tocó en el teclado de varios idiomas y

una comprensión deficiente de su percepción teórica nos desdibuja el trágico momento de la retractación. De nuevo, los fragmentos decisivos en relación a este particular son puntualmente transcritos, pero faltos de toda interpretación o con glosa aneja bastante desacertada. De este modo, cuando Pérez Serrano prologa el librito póstumo de su maestro Posada sobre *La idea pura del Estado*, las confesiones que vertió en el exordio, quizá las palabras más sentidas y sinceras del autor en todo lo que conozco de sus textos, o no son comentadas o simplemente son comprendidas como un corolario de un axioma a tenor del cual «el jurista de Derecho público no puede vivir aislado del material político que le rodea» (p. 159). La cuestión no es ya que Sosa Wagner dé a entender que ese principio fue constantemente incumplido por un Pérez Serrano proclive a la abstracción, lo cual no sería correcto, según se dirá a continuación. El asunto es que en ningún momento parece apreciarse que en dichas frases su autor está justificando, en 1945, su conversión del liberalismo progresista, democrático y constitucional al nacional-catolicismo franquista²⁶. Y lo hace encabezando una obra de Posada, otro epígono del liberalismo progresista (no del «conservador», como afirma Sosa, p. 104) opuesto finalmente a la República.

Si hubiese existido el conveniente aperecibimiento de estos extremos se habría podido entonces localizar cuál era el motivo último que Pérez Serrano estaba aduciendo para justificar su transformación ideológica, a saber: el *realismo*, porque para un autor que era, antes que cualquier otra cosa, un jurista académico, la convicción insoslayable de que su función consistía en comprender de modo sistemático la *realidad* tal como aparecía instituida, sin enjuiciar los modos en que se constituyó ni oponerle otras realidades mejores pero imaginarias, el resultado institucional de la guerra, considerado en última instancia como *necesario*, hubo de implicar el doloroso imperativo de

aprovechó las rendijas de una sociedad que conocía bien para observarla y analizarla. Y además ejercer en ella honradamente sus oficios», pp. 177-178.

26 Estas son: «el jurista de Derecho público se ve obligado a hacer examen de conciencia, somete a revisión dogmas y conceptos, y exige algo así como una renovación de títulos a institutos y teorías [...] penosa tarea la de ir degradando convicciones de antaño; tan angustiosa y punzante como la de revisar nuestra tabla de afectos y dar de baja a un amigo en la lista de nuestras relaciones más caras; y, sin embargo, en acto de justicia, a que no es lícito sustraerse, se borra el viejo concepto, como se cancela la antigua amistad [...] Es más, después de la crisis cobran lozanía insospechada los conceptos que perviven y que acaso se mostraban como oscurecidos o empañados por la pátina del tiempo y la monótona repetición formularia», cit. en p. 159.

abandonar creencias –democráticas y constitucionales– profesadas con anterioridad pero ya inservibles para ejercer de jurista. Un abandono que se veía sin embargo compensado con la revigorización de instituciones tradicionales, acaso oscurecidas por las audacias de entreguerras, pero que «después de la crisis» volvían a mostrar toda su vigencia y, con ello, la posibilidad de seguir siendo liberal bajo una dictadura.

2. De los *iuspublicistas* a la *iuspublicística*

Nuestra monografía desde un comienzo traslada su mera intención de ordenar testimonios, lecturas y textos. Con ello toda la problemática existencial acontecida en unos años y ante unos hechos extraordinarios no puede quedar sino en penumbra. Pero ya que se perseguía facturar un libro más político que científico, el camino a mi juicio más sólido (y difícil) debería haber rastreado las experiencias o convicciones que estuvieron en la base de cada alineamiento. Otra cosa es que se hubiese pretendido escribir sobre los *iuspublicistas* pero para tratar el decisivo asunto de la *iuspublicística* en cuanto disciplina jurídica. No ha sido el caso y nada hay que objetar al respecto, salvo por el dato en absoluto irrelevante de que no tener en cuenta la configuración del derecho político como discurso no permite comprender en su integridad las aportaciones de cada uno de sus expertos. Así, lo que eran lugares comunes pueden concebirse como contribuciones originales, o lo que tenía un significado preciso en el seno de aquella comunidad científica en virtud de los paradigmas que en ella operaban es interpretado según claves más subjetivas y convencionales.

De haberse incorporado la óptica de la historia disciplinar no se habría excluido, por el ejemplo, el caso de Francisco Ayala, pues, por muy pequeña que fuese su obra jurídico-política en relación a la literaria (p. 10), sus aportaciones al derecho constitucional y a la sociología política revelaban un devenir característico de la *iuspublicística* en tiempos de crisis. Tampoco se habría considerado a Eduardo Llorens²⁷ un adelantado de Rudolf Smend (p. 231) o un posible exponente de la «doctrina ‘catalana’» del derecho público (p. 235). Y, en fin, la presentación de la *Revista de Derecho público* se habría ocupado del proyecto jurídico engastado entre sus páginas en lugar de ubicarla desenfocadamente en «el mundo de las revistas intelectuales de la época»

²⁷ «Puede decirse que Eduardo L. Llorens libó conocimientos en media Europa y utilizó los libros y los idiomas para apuntalar sus fragilidades personales», p. 233.

(p. 179) –Acción Española, Cruz y Raya, Leviatán...– con las que poco o nada tenía que ver por constituir una publicación estrictamente científica y técnica, mas no de opinión.

Lo más relevante de cualquier modo es que de haberse adoptado la perspectiva de la historia de las ciencias, con su interés preponderante por la teoría, se habrían evitado errores de notable entidad y búsquedas en vano. Cuando la meta es mostrar la opinión crítica de los iuspublicistas respecto de la República, y especialmente en relación al régimen de la autonomía regional, resulta más que conveniente registrar las oposiciones doctrinales con que topó el Estatuto de Cataluña. Si Royo Villanova puede ilustrarnos desde la política y el derecho administrativo, Llorens, el mayor especialista del asunto en aquellos años, puede hacerlo desde el constitucional. Con estos anteojos no extraña entonces que, interpretando su monografía sobre el particular, se afirme que el catedrático de Reus «rechaza» la idea de «autodeterminación» (p. 231). Se atribuye así un significado convencional a un término que en el sistema, bien trabado, de Llorens cuenta con una acepción más amplia y decisiva. No es incorrecto sostener que este profesor se mostraba abiertamente crítico con el sistema de la autonomía regional, pero a este respecto conviene también anotar que, precisamente por el plano aséptico, y científico, nada nacional, en que formulaba sus afirmaciones, no dramatizaba en absoluto la hipótesis de que una «colectividad diferenciada culturalmente» se segregase de la «integración política» (del Estado) por la convicción de que de ese modo podría gestionar sus intereses diferenciados de un modo más eficiente. Es más, el antídoto que Llorens apuntaba frente a la pulsión segregacionista no estribaba en absoluto en intensificar la centralización patrioterica sino en profundizar la autonomía por una doble vía, ahondando en la autogestión e incorporando a la colectividad diferenciada en la toma de decisiones que afecten a la integración política con el fin de hacerla partícipe de ella. Si se pretendía describir el completo perfil político de Llorens, tendrían que haberse consignado también tales criterios; pero si nos ocupásemos asimismo de su aportación teórica, la que principalmente interesa a la genealogía del saber jurídico-político, entonces nos veríamos obligados a estimar por completo errónea la consideración de Sosa Wagner, pues no solo no rechazaba la autodeterminación; es que tal concepto operaba en la teoría de Llorens nada menos que como sustitutivo del de soberanía²⁸.

²⁸ [Sobre las ideas de nación, soberanía y autonomía en Llorens, puede consultarse ahora S. MARTÍN, *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens y Clariana (1886-1943)* y

De haber importado algo más la iuspublicística como disciplina, el autor se habría interrogado acerca de los criterios de científicidad en ella vigentes. Abundando por entonces el género de la literatura política, la distinción entre la ciencia del derecho público y los comentarios políticos de actualidad se hizo más exigente y severa. En resumen, los requisitos que otorgaban a una obra el rango de veracidad científica, al menos en el caso del derecho político, consistían en su carácter sistemático y su vocación de generalidad. Eran todavía tiempos en que la ciencia se concebía como sistema y como búsqueda de regularidades deducibles de los materiales analizados. Por eso, por ejemplo, era inconcebible detenerse en exclusiva en el examen del texto constitucional patrio cuando éste respondía a un patrón más general cuyas líneas maestras eran igualmente visibles en otras normas fundamentales europeas. Además de la proyección comparatista, tales calidades hacían con frecuencia del saber jurídico-político un saber abstracto y filosófico, pues se trataba de enclavar las afirmaciones jurídicas en determinados postulados trascendentes que permitieran presentar el resultado final como sistema, es decir, como conjunto de conclusiones inferidas de modo coherente de tales principios originarios.

Comento esto porque al no haberse tenido en cuenta se realizan apreciaciones erróneas. Por ejemplo, en su busca de opiniones políticas, Sosa Wagner abre el manual de derecho político de Carlos Ruiz del Castillo elaborado durante la guerra y concluye decepcionado que «es sorprendente» que «un hombre de su filiación política se pronuncie en estos términos tan moderados en 1936 y 1939» (p. 210). La cuestión, en efecto, es que, según los criterios operativos en la disciplina, no era pertinente verter consideraciones partidarias en el tratado científico, donde en cambio sí pueden encontrarse, aparte de exabruptos ocasionales, los fundamentos –institucionalistas y religiosos– de su pensamiento derechista. Para «conocer los meandros ideológicos del profesor Ruiz del Castillo», algo que a Sosa Wagner le resulta «realmente difícil» (p. 214), habría sido indispensable comentar sus contribuciones en *Acción Española*, donde pueden localizarse desde profesiones de fe corporativista a invocaciones a la dictadura de los hombres excelentes en tiempos republicanos²⁹.

el debate jurídico de la Europa de entreguerras, Granada, Comares, 2017, 255-259, 281-284 y 331-341.]

29 [Trataría con posterioridad al autor en «Carlos Ruiz del Castillo: cara y envés del orden natural conservador», en A. Quiroga, M. A. del Arco (eds.), *Soldados de Dios y apóstoles de la patria: las derechas españolas en la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 2010, 331-355.]

Y algo semejante ocurre con Nicolás Pérez Serrano, de quien se piensa que pecó de especulador abstracto por insistir en «no entrar en los terrenos de la política» (p. 161) pese a sostener –como sabemos– que el iuspublicista «no puede vivir aislado del material político que le rodea» (p. 159). Se desconoce así el lenguaje específico de la iuspublicística española de esos años, y el propio de Pérez Serrano, que siempre intentaba hablar y construir sobre dicho material circundante, pero en términos de generalidad y sin incurrir en la apostilla o la glosa de actualidad so pena de degradar su propio producto. Cuando se incidía, pues, en esa obligación del jurista de inscribirse en la realidad política para realizar derecho constitucional no se aludía a la necesidad de realizar comentarios políticos sino al deber de superar un derecho político especulativo, metafísico y atemporal que era el realizado por la escolástica o por el positivismo sociológico e enciclopedista finisecular. Y resulta que Pérez Serrano fue el autor que con mayor rotundidad y solidez dio tal espaldarazo a nuestro constitucionalismo³⁰.

Por eso, en definitiva, hacer un repertorio de iuspublicistas sin interrogarnos acerca de los atributos de la iuspublicística quizá nos pueda inducir a error o a exigir de los textos pasados algo que ellos no pretendieron ni pudieron dar.

4. LA ESTRATEGIA POLÍTICA

Todo el equívoco acaso provenga del destilado último de este volumen, que, para influir en la opinión contemporánea sobre la República, quiere instruirnos con las opiniones que ella mereció a los juristas que la vivieron. Adoptar semejante punto de partida, de naturaleza más política que científica, ya nos condena a dejar atrás aspectos de notoria importancia tanto de los iuspublicistas como del derecho público en general. Pero aun teniéndolo como hilo conductor principal, las conclusiones podrían haber sido bien diversas, con lo que la pretensión algo ingenua del autor se revela menos unilateral de lo que pudiese parecer. Así, las críticas de los catedráticos examinados sobre el régimen republicano bien podrían, más que arrojar luz sobre aquel sistema político, iluminar los rasgos más sobresalientes de la academia del derecho. Y si de indisponernos respecto de las tentativas transformadoras se trata, sobre

30 [E igualmente publicaría con posterioridad mi estudio sobre la aportación de Nicolás Pérez Serrano al derecho constitucional de los años treinta en *El derecho político de la Segunda República*, Madrid, Dykinson, 2011.]

todo en lo que concierne a la distribución territorial del poder, puede que el intento también produzca lo contrario a lo que se propone.

1. *El criterio de una corporación elitista*

Si nuestro objetivo es mostrar unos juicios críticos como ejemplares debemos reflexionar previamente por qué son merecedores de dicha ejemplaridad y qué reflejan en el fondo. Aunque no llegue a explicitarse, el lector tiene la sensación de que las opiniones de los iuspublicistas sobre la República cuentan porque se aproximan a la *verdad* y se consideran ejemplares porque tal verdad se aproxima a su vez a las creencias políticas del autor. A esta forma de discuir puede plantearse una alternativa de tono más materialista. Para ella los juicios formulados por los juristas del pasado no reflejan tanto la verdad sobre lo que tratan sino la verdad de quien los enuncia. Esta perspectiva no es desconocida para Sosa Wagner. De hecho, parece adoptarla cuando describe a Posada como «un catedrático» que «no pertenece a la oligarquía, sino a un sector de la burguesía ilustrada con los instrumentos necesarios –la pluma, la palabra– para hacer la crítica al sistema burgués sin cuestionarlo globalmente» (p. 99). Incluso se diría que es principio elemental de nuestra obra cuando a su final se asegura que ha versado sobre «profesores que trataron de interpretar el mundo en el que vivían con las armas de su formación, de sus lecturas y de sus experiencias» (p. 255).

No obstante, a juzgar por el valor que concede a dichas interpretaciones, no puede afirmarse que tal premisa haya sido llevada a término. Antes al contrario, las opiniones de los iuspublicistas son presentadas como pareceres más o menos objetivos que revelan la verdadera naturaleza de una realidad política que cierto progresismo continúa ensalzando. Y para sustentar su validez esgrime el hecho de que «entre los inquilinos de este libro mío» figuran «personas de ideario y de doctrinas» diferentes (p. 256), incluso «de todas las ideologías» (p. 257). ¿Cómo no va a ser cierto lo que generaba un acuerdo casi unánime entre autores con sensibilidades diferentes y hasta opuestas? Lo que el lector encuentra en la colección de semblanzas, sin embargo, es una abultada mayoría de autores liberal-conservadores, seguida de cierta presencia de liberales progresistas y de tradicionalistas, con tan solo una figura testimonial del socialismo democrático³¹. Es decir, nos hallamos en sentido estricto ante

³¹ Al menos estas son las cuentas que a mí me resultan más creíbles. Considero liberal-conservadores a Antonio Royo Villanova, Recaredo Fernández de Velasco, José Gascón

una opinión hegemónica de corte liberal y tradicional que se reveló contraria a un régimen constitucional como el republicano. No hay, pues, representantes «de todas las ideologías», ni acaso pudiera haberlos, dado el estrecho o nulo espacio que la academia había dejado hasta el momento a autores comunistas, anarquistas o sindicalistas.

Por este motivo, acaso sea más atinado creer que las opiniones de estos iuspublicistas, en lugar de esclarecernos la auténtica entidad de la Segunda República, nos aclaran el desarrollo intelectual, la (escasa) pluralidad interna y la configuración espiritual del estrecho mundo de los catedráticos de derecho³². Expresan el parecer de una corporación elitista, conservadora y masculina; no representaban a una generalidad, ni siquiera ilustrada. Y al través de esta opinión corporativa se adivinan varias cosas que, obviamente, predisponían en contra de la democracia social, la autonomía regional, la igualdad de género y otras tantas reformas y métodos republicanos. Procedían todos de una universidad entendida como dependencia administrativa del Estado que, por ejemplo, solo expedía el título de doctor después de haber interiorizado la experiencia de la capitalidad nacional³³. Habían sido educados en su mayoría en facultades donde todavía pesaba la tradición jerárquica del derecho civil y canónico y, por consiguiente, los axiomas iusnaturalistas que atribuían al poder legislativo la sola misión de declarar un derecho natural preexistente, ya fuese trascendental y divino, como exigían los conservadores y tradicionalistas, o bien de carácter social, como sostenía el krausismo. Y, en suma, habían sido disciplinados y habían difundido en las aulas una concepción orgánica de la sociedad como agregación de unas instituciones tradicionales de carácter atemporal, tales como la familia patriarcal, la propiedad privada, el matrimonio canónico o la unidad nacional, lo cual hacía más que previsible que de

y Marín, Eduardo Llorens, Carlos García Oviedo, Sabino Álvarez Gendín y Segismundo Royo Villanova; liberal-progresistas a Adolfo Posada, Nicolás Pérez Serrano y Joaquín García Labella; tradicionalistas a Carlos Ruiz del Castillo y Nemesio J. Güenechea; y socialista a Jiménez de Asúa, ya que Martí Jara, republicano, falleció antes de 1931.

32 [Aunque ya se encontraba traducida y publicada, solo años después conocería, precisamente por consejo de otro administrativista español, José Esteve Pardo, la obra de quien subrayó el desprecio a las masas como seña distintiva de los académicos alemanes del primer tercio del siglo xx: Fritz K. Ringer, *El ocaso de los mandarines alemanes: catedráticos, profesores y la comunidad académica alemana, 1890-1933*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1995.]

33 C. PETIT, «La Administración y el Doctorado: centralidad de Madrid», *AHDE*, 67 (1997), 593-614.

algún modo u otro reaccionasen contra un modelo que, con apoyo popular, venía a echar por tierra sus creencias ideológicas más firmes.

Por eso, en definitiva, más nos muestran las opiniones de los iuspublicistas sobre el atraso científico y el antidemocratismo político del derecho público de entonces que sobre la Segunda República en cuanto Estado.

2. *El anacronismo de las advertencias*

Estamos así ante una monografía con moraleja. Nos previene ante la descuidada tendencia de continuar considerando la experiencia republicana como un momento valioso. Expresamente se achaca esta inclinación al gobierno actual de Rodríguez Zapatero, en una velada crítica de las políticas de recuperación de la memoria por este impulsadas. Se desconoce con ello, no sabemos si deliberadamente, el hecho constatable de que el partido socialdemócrata español forjó su identidad política tras la dictadura con un claro propósito de olvido de la experiencia republicana³⁴. También se deja de lado toda la timidez y tibieza con la que el gobierno, debido a su centrismo conservador, ha encarado el asunto de la memoria de las víctimas y represaliados de la barbarie franquista³⁵. Pero sobre todo se olvida algo muy obvio, y constantemente ocultado: que cuando la izquierda reclama la vigencia de los valores que estuvieron en la base de la Segunda República lo hace no pensando en ella como tramo histórico convulso sino como modelo constituyente, es decir, como un Estado basado en una Constitución apoyada a su vez en principios como la igualdad de sexos, la protección de los trabajadores frente al mercado, la función social de la propiedad, la obligatoriedad del derecho internacional, la secularización del Estado o la descentralización autonómica del poder público. Esto es, principios que no por casualidad se supone que animan también nuestro régimen constitucional actual, siendo entonces la República su antecedente más cualificado.

Pero si alguno de estos principios inquieta al autor sobre todos los demás,

34 Julio ARÓSTEGUI, «Memoria de la República en tiempos de transición», en Ángeles Egido León (coord.), *Memoria de la Segunda República: mito y realidad*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006, 363-374.

35 Rafael ESCUDERO ALDAY, «La declaración de ilegitimidad de los tribunales franquistas: una vía para la nulidad de sus sentencias», en Id. y José Antonio Martín Pallín (coords.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 209-234 y la contribución del mismo autor en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009.

ese es el de la autonomía regional³⁶. Lo que por la selección de extractos se sospecha a lo largo de toda la lectura, que Sosa Wagner es un nostálgico de «la pasión del patriotismo» (p. 109), se confirma al final cuando escribe: «Resulta que los asuntos batallones de ayer lo son de hoy también y sólo queda la esperanza de que no lo sean de mañana», «¿qué decir [si no] de la estructura territorial del Estado, las regiones, la descentralización...? Aquí están entre nosotros, desafiantes, proclamando con descaro su vigencia» (p. 257). Y para evitar que el asunto de los «derechos históricos» siga estando de actualidad en ese mañana parece escribir Sosa Wagner este libro.

Siendo este el asunto más destacado, el enfoque podría también haber sido otro. Ya en la obra de aquellos juristas se aprecia una contradicción de base en los planteamientos del liberalismo conservador, cuyo nacionalismo liberal les hace por un lado defender que el derecho legislado ha de acomodarse a lo construido por la sociedad espontáneamente, mientras que, por otro, cuando se enfrentan al ascenso ‘espontáneo’ del fenómeno nacionalista en territorios ‘periféricos’, no tardan en recurrir a un concepto coactivo, heterónimo y autoritario de las normas jurídicas. También podría haberse constatado que el fenómeno nacionalista, pese a la incomodidad que pueda generar, cuenta con gran complejidad y con profundas transformaciones a lo largo de la historia reciente, ya que no es idéntico un nacionalismo indisociable de cierta estructura económica o de la misma cuestión social, como lo era el catalán de los años treinta, y un nacionalismo proclamado en un contexto de globalización que, como efecto reactivo, produce el atrincheramiento y la intensificación de las identidades locales³⁷.

Admitir, empero, rupturas sustanciales en la trayectoria nacionalista habría desmentido esa hipótesis de que las problemáticas del ayer republicano persisten en el hoy constitucional y, por extensión, habría arruinado la moraleja de nuestro texto. Pero si esta, a mi entender, tiene escasa utilidad y pertinencia en nuestro presente es porque ataca de una forma equivocada al por cierto criticable, por ensimismado y poco representativo, nacionalismo (catalán o vasco). La advertencia de fondo que Sosa nos quiere transmitir consiste

36 Para los antecedentes de dicha inquietud, vid. F. SOSA WAGNER, IGOR SOSA MAYOR, *El Estado fragmentado. Modelo austro-húngaro y brote de naciones en España*, Madrid, Trotta, 2007.

37 Vid. Manuel CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura 2. El poder de la identidad*, Madrid, Alianza, 2000³, y Zygmunt BAUMAN, *Identidad*, Buenos Aires, Losada, 2005, trad. Daniel Sarasola.

en asociar las tensiones regionalistas con la destrucción de la convivencia. A tales audacias descentralizadoras correspondió la contestación del golpe de Estado, viene a decir la lección moral de nuestra obra. Pareciera, pues, que tienen más culpa los supuestos provocadores de la agresión que el agresor mismo. Un agresor, por cierto, furibundamente nacionalista, pero nacionalista español. La historia, en cambio, ha venido a demostrar que la estructura estatal más ajustada a la pluralidad cultural de la comunidad hispana ha de concretarse mediante fórmulas de autonomía y descentralización, aquellas que no por azar fueron ensayadas por vez primera durante la República. Si hoy todavía pueden formularse tales advertencias, por muy implícitas y sigilosas que sean, es porque en última instancia no se cree que la democracia española haya dejado de estar tutelada por los militares o los poderes fácticos. Y si así fuera, si todavía a estas alturas hubiese que temer rebeliones, revueltas y dictaduras causadas por decisiones mayoritarias que transforman el *statu quo* territorial, entonces, desde convicciones democráticas y pacifistas habría que parafrasear al célebre ultraderechista exclamando ¡mejor una España rota, que una España roja... de sangre!

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN FRIBURGO¹

«A primeros de septiembre marché a Friburgo de Brisgovia, a donde tradicionalmente acudíamos los aspirantes a historiadores del Derecho –mis antecesores inmediatos habían sido Román Riaza y Manuel Torres–. Todos acudíamos a oír a Enrique Finke [...] A su lado Hermann Heimpel me introducía en la historia europea, a partir de las actas del Concilio de Constanza, que andaba estudiando por entonces, y Robert von Keller oía mis puntos de vista sobre la investigación en torno a ‘los orígenes españoles’ de los Derechos fundamentales que acababa de constituir su tesis doctoral... Con los tres no sólo tenía largas conversaciones en pequeños coloquios sino amplia y periódica charla en las cenas de la Sociedad Goerresiana [...] Mi maestro en Historia jurídica germánica fue el Barón de Schwerin [...] El Derecho romano me ofrecía en Friburgo dos maestros, Pringsheim y Schulz».

De este modo recordaba el historiador del derecho Juan Beneyto Pérez su paso por la Universidad de Friburgo en los años veinte del pasado siglo². Como bien apuntaba, las facultades friburguesas fueron un centro de atracción para los juristas de nuestra *Edad de Plata*, principalmente para los historiadores del derecho, como José Antonio Rubio Sacristán, Román Riaza o el mismo Beneyto, mas también para civilistas como Alfonso García Valdecasas, internacionalistas como Antonio Luna García, economistas como Ramón Carande o penalistas como Manuel López Rey. Hubo incluso quien, como Eduardo L. Llorens, en lugar de acudir a Friburgo desde España para perfeccionar sus conocimientos, regresó a España desde Friburgo, donde se había especializado en el estudio de los sistemas políticos y económicos iberoamericanos. Tal era la estrecha conexión entre la academia española y la *Albert-Ludwig-Universität*, cuyo recíproco intercambio se veía además intensificado por la *Görresgesellschaft*, sociedad católica presidida por Heinrich Finke que tenía entre sus prioridades el estudio de nuestra historia eclesiástica e institucional.

1 Recensión de Alexander HOLLERBACH, *Jurisprudenz in Freiburg. Beiträge zur Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwig-Universität, Tübingen*, Mohr, 2007, publicada originalmente en *CIAN*, 11/2 (2008), 347-349.

2 J. BENEYTO, «Mi formación histórico-jurídica en Italia y Alemania», *AHDE*, 69 (1999), 673-688 (681-82).

Aunque el texto que anotamos no se ocupe específicamente de las relaciones culturales hispano-alemanas que tuvieron su localización en la *Schwarzwald*, punto ya tratado por otros autores³, sí resulta de utilidad para conocer a fondo el mapa de nombres propios y corrientes intelectuales en el que hubieron de orientarse los jóvenes pensionados por la Junta de Ampliación de Estudios para realizar estancias en la facultad de derecho y de ciencias políticas de Friburgo. No encontrará el lector, por tanto, demasiada información acerca de los docentes que sin duda fueron los más célebres de esta universidad en su época contemporánea: Georg von Below entre los historiadores y, sobre todo, Edmund Husserl y Martin Heidegger entre los filósofos. Sí hallará, en cambio, cumplido material acerca de los juristas que en ella enseñaron, sobre todo desde las décadas centrales del siglo XIX.

Discípulo de Erik Wolf, Thomas Würtenberger y Konrad Hesse, el autor, hoy emérito, impartió en Friburgo desde 1969 filosofía del derecho, historia de la ciencia jurídica y derecho eclesiástico y fue nombrado hace pocos años doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid. Entre las materias que ha cultivado, junto a la disciplina canónica y el derecho constitucional, destacan la historia universitaria, como advera el presente texto y algún otro dedicado a la enseñanza y la investigación jurídicas en la Universidad de Mannheim, y el estudio de la iuspublicística alemana, plasmado, por ejemplo, en su biografía intelectual del importante jurista Heinrich Triepel, hoy recogida en los *Ausgewählte Schriften* de Hollerbach⁴. Tanto la inclinación por el conocimiento de la dinámica interna de las instituciones educativas con el uso no solo de material impreso, sino también de documentación de archivo, como la preferencia por las disciplinas teóricas y jurídico-públicas se hacen patentes en el libro.

El volumen inaugura la colección friburguesa de estudios jurídicos y conmemora además los cinco siglos y medio de vida de la *Albert-Ludwig-Universität*. Se compone de estudios publicados por su autor entre 1973 y 2007, todos con el objeto unánime de reconstruir los diferentes aspectos de la historia de la facultad jurídica friburguesa desde su fundación hasta el período nacionalsocialista. La colección de estudios antes dispersos, y el hecho de que

3 Johannes VINCKE, *Die Universität Freiburg im Breisgau in ihren spanischen Beziehungen*, Freiburg i. Br., Goldschagg, 1966.

4 A. HOLLERBACH, «Zu Leben und Werk Heinrich Triepels» (1966), en Gerhard Robbers (Hrsg.), *Ausgewählte Schriften Alexander Hollerbachs*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006.

temporalmente se concentren casi todos en el arco que va del Ochocientos al totalitarismo, hace que en ocasiones nuestro libro acuse cierta reiteración temática, que llega incluso al punto de convertirse en repetición literal de ideas y expresiones. Los materiales aparecen distribuidos en cuatro bloques, uno primero dedicado al estudio general de la facultad de ciencias jurídicas y políticas, otro segundo compuesto de contribuciones sobre disciplinas jurídicas particulares, un tercero de estudios biográficos y el cuarto y final de obituarios de profesores friburgueses, a lo que debe añadirse además un completo listado bibliográfico con indicación de las obras disponibles sobre la historia de la facultad.

Dada la homogeneidad y la reiteración de asuntos, la lectura más recomendable acaso no sea la simplemente lineal, sino la cruzada que va en busca de los nudos argumentales de mayor relieve. Dejando a un lado el prometedor opúsculo sobre las relaciones entre la facultad de letras y la jurídica (pp. 63 ss.), que podría haber documentado una permeabilidad de la que se valieron los juristas españoles pero que finalmente se contrae a una mera enumeración de los profesores respectivos, tales nudos pueden localizarse, en mi opinión, en cinco hilos conductores que atraviesan buena parte de los ensayos compendiados y que cronológicamente se concentran en las décadas de 1920, 1930 y 1940.

Sobresale, en primer lugar, una completa historia del derecho canónico (pp. 157-232) cultivado y enseñado en las aulas friburguesas desde fines del siglo XVIII hasta 1967, en la que no solo se atiende a la vida y obra de los titulares de la asignatura, sino también a su regulación en los planes de estudio y a las contribuciones a la misma de otros profesores de la facultad. Destaca asimismo, en segundo lugar, el recorrido realizado por las doctrinas jurídico-administrativas circulantes también durante la época contemporánea (pp. 105-125). Completada esta vez con la nómina de *Dissertationen* sobre la materia sostenidas hasta 1955, esta sucinta historia del derecho administrativo concede ya ocasión para aproximarnos a trayectorias más personales, como la del «pionero» de los estudios sobre seguros sociales Heinrich Rosin (pp. 235-251) o la del que fue administrativista oficial del régimen nazi Theodor Maunz (pp. 34-35 y 362-371). Pero de mayor interés a mi entender que estos asuntos son los tres tópicos restantes.

El primero de ellos relata la bipolaridad reinante en la facultad bajo la República de Weimar. Una tensión tanto jurídica como política que tuvo dos nombres propios: de un lado se colocaba el «liberal de izquierdas» Hermann

Ulrich Kantorowicz, cofundador de la Escuela del Derecho Libre, crítico implacable de la política exterior de Bismarck y solitario defensor del nuevo orden internacional salido de Versalles; del otro, el beligerante iuspublicista Fritz Marschall von Bieberstein, autor iusnaturalista y antirrepublicano de irrisoria aportación al derecho público alemán y a quien Hollerbach dedica uno de sus capítulos biográficos (pp. 253-269). La recíproca autoría de dos títulos igualmente combativos, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze* (1925) de Marschall y *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1907) de Kantorowicz, es ya buena y elocuente muestra de la oposición que escindía la facultad en el tiempo republicano, con saldo favorable para la primera de las luchas, debido al marcado cariz *deutschnational* del claustro.

El segundo nos ubica ya en el período nacionalsocialista, de cuyo análisis se ocupa uno de los capítulos monográficos (pp. 17-46), y en la materia filosófico-jurídica, a la que va dedicada también un opúsculo completo, pero concluido en 1930 (pp. 127-156). Aparece aquí, junto a algún jurista decisivo del cambio de siglo como lo fue el teórico del Estado y del derecho Richard Schmidt, quien a mi juicio es el protagonista principal de nuestra obra: Erik Wolf, penalista y filósofo del derecho de subido interés también a los efectos de una historia de la disciplina criminal española, dada la ascendencia que tuvo sobre autores como Juan del Rosal o Manuel López Rey. De él se examinan, en diversas ocasiones (pp. 23-28, 331-344 y 356-362), tanto sus labores al frente del primer y polémico decanato nacionalsocialista, para el que fue nombrado por el entonces rector Martin Heidegger, como sus aportaciones bibliográficas al derecho penal nacionalsocialista y al derecho eclesiástico evangélico.

Y el tercero sigue manteniéndonos en la época de Hitler, pero traspasando ahora la enciclopedia estrictamente jurídica para adentrarnos en materia también económica. Esta conexión entre el derecho y la economía fue posible, entre otras razones, debido a la peculiar estructura de la facultad, que desde 1896 aunaba estudios de jurisprudencia con la enseñanza de ciencia política y económica. Ese fue uno de los factores que propició el surgimiento de la *Freiburger Schule*, creadora de una de las corrientes integrantes del liberalismo económico, el *Ordo-Liberalismus*. Nuestro volumen recoge en varios de sus pasajes el análisis de la aportación global de la escuela (pp. 35-39), que inscribía el orden de la concurrencia económica en otros órdenes igualmente vitales como el jurídico o el ético, así como el perfil biográfico, profesional e intelectual de sus miembros fundadores, caso del economista Walter Eucken

y de los juristas Hans Großmann-Doerth (pp. 289-312) y Franz Böhm (pp. 313-330), con postergación quizá de Karl Diehl, un economista friburgués de la generación anterior, cabeza visible de la *sozialrechtliche Schule* y cuyo seminario prestó espacio para la reunión personal y el intercambio doctrinal a los ordoliberales⁵.

5 Heinz RIETER, Matthias SCHMOLZ, «The ideas of German Ordoliberalism 1938-45: pointing the way to a new economic order», *The European Journal of the History of Economic Thought*, 1 (1993), 87-114 (96-7).

TRAYECTORIA DE UN CONSTITUCIONALISTA REPUBLICANO:
 MARIANO GÓMEZ¹

«Personajes republicanos desconocidos». Así se titula el apartado de fondos fotográficos de la Biblioteca Nacional en el que se conserva el retrato de Mariano Gómez González que sirve de entrada a la monografía reseñada en estas líneas. En esa mera etiqueta ya se evidencian dos circunstancias que han podido determinar hasta el momento el análisis historiográfico. El bibliotecario que redactó el rótulo seguramente se dejó guiar por las habituales hagiografías histórico-políticas de la Segunda República, en las cuales solo hay hueco para las conocidas voces de Manuel Azaña, Niceto Alcalá-Zamora, José María Gil Robles y demás próceres de aquel período histórico. Pero en su rotulación acaso también pudiera pesar el sistemático y eficaz programa de extirpación, supresión o tergiversación de la memoria republicana llevado a cabo por el régimen franquista. Ambas determinaciones, instintivas e incorporadas como un acto reflejo y natural al quehacer de nuestro catalogador imaginario², se podrían haber conjugado así para hundir en el olvido a un notorio personaje público de los años treinta, como lo fue Mariano Gómez, catedrático de derecho político, rector de la Universidad de Valencia, magistrado y presidente del Tribunal Supremo.

El texto que ponderamos se libera justamente de ambas constricciones. Por un lado, la sola circunstancia de dedicar un entero libro a Mariano Gómez nos permite apreciar que su autor, Pascual Marzal, no se deja condicionar por las jerarquías y las preferencias establecidas por el saber jurídico actual, al que solo parecen interesar las aproximaciones reiteradas a unos mismos y célebres nombres³. Tanto es así, en tan cuidada estima se tiene lo pensado y vivido por este autor, que la presente monografía viene acompañada, en

1 Recensión de Pascual MARZAL RODRÍGUEZ, *Una historia sin justicia. Cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez*, Universitat de Valencia, 2009, publicada originalmente en *AHDE*, 80 (2010), 919-924.

2 Resuena en este recurso retórico la lección de historiografía dada por Jesús Vallejo en «Ejemplo del catalogador riguroso», *Penélope*, 25 (2001), 171-174.

3 Sobre las circunstancias que conducen al estudio de juristas hasta el momento postergados, vid. S. MARTÍN, «De la enseñanza a la ciencia del derecho. Biografía colectiva de juristas españoles (1857-1943)», *CIAN*, 12/1 (2009), 33-51.

forma de «Apéndice documental» (pp. 227-301), no solo por una selección de cartas elocuentes, sino también por un escrito inédito de Mariano Gómez sobre historia política internacional: *La doctrina de Monroe* (1910), pp. 227-269. Y, por otro lado, desde el mismo título se nos aclara que el propósito consiste en restituir en lo posible la figura de un notable jurista sepultado en el olvido por un acto de iniquidad, pero entendiendo que tal restitución, junto a su calado ético, cuenta además con intenciones de afinamiento historiográfico, pues son frecuentes los errores y deslices cometidos por los historiadores cuando se cruzan con la peculiar singladura de Mariano Gómez.

Aparte de estas premisas, el libro que tratamos goza de algunos méritos debidos a la formación de su autor. Diríase incluso que el personaje biografiado, Mariano Gómez, no podía tener mejor biógrafo que Pascual Marzal, familiarizado con la historia local valenciana, experto en la magistratura española de los años treinta y, gracias a la impronta de su maestro Mariano Peset, buen conocedor de la historia universitaria⁴. Y es que la trayectoria profesional típica del académico del primer tercio del siglo veinte, las particularidades de la vida política y universitaria de la ciudad de Valencia durante ese mismo lapso y la política judicial republicana son tres líneas que convergen en el personaje estudiado, y su correcto conocimiento podría decirse que invitaba a dedicarle una completa biografía.

Una biografía que, en cualquier caso, se desembaraza de casi toda reflexión metodológica para acudir directamente a la reconstrucción de la vida profesional y la obra jurídica de Mariano Gómez. Los recursos empleados para acometerla son elementales, pero no por ello menos eficaces: ordenación cronológica, resumen brevísimo y valoración de sus obras, exposición y contextualización histórico-política de sus vivencias, enjuiciamiento moral y psicológico de la «personalidad» del jurista tratado.

Quizá en tales recursos residan algunas de las debilidades de nuestro libro. Una de ellas se refiere a la discutible pertinencia de entrar a valorar, en una biografía profesional, los aspectos más subjetivos de las decisiones del biografiado. Si, por la estructural limitación de las fuentes y el desconoci-

4 Basten tres títulos para acreditar estas líneas de investigación: «Perfil de los catedráticos de Leyes y Cánones en Valencia (1707-1733)», *AHDE*, 67 (1997), pp. 551-572; «Una polémica profesional: catedráticos y magistrados durante la II República», en Adela Mora (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo xx: homenaje a Mariano Peset*, Madrid, Dykinson, 2004, 375-400; y *Magistratura y República: el Tribunal Supremo (1931-1939)*, Valencia, Ed. Práctica del Derecho, 2005.

miento consiguiente de todas las circunstancias concurrentes, resulta difícil y comprometido juzgar actuaciones concretas de un agente histórico, mayor controversia pueden provocar las calificaciones psicológicas, los juicios de conciencia o la valoración de unas presuntas «cualidades humanas». Muestra de los sentimientos encontrados del biógrafo respecto de su objeto de estudio, el autor de la presente monografía, junto a elogios y reconocimientos que reflejan su afección al personaje, sugiere de forma reiterada a lo largo de sus páginas una consideración negativa y algo angosta de su ascensión profesional, entendida del mismo modo que la concibieron los depuradores de Mariano Gómez (p. 107), esto es, como evidencia no tanto del destino de un sujeto con talento sino de censurable arribismo, reprochable ambición y táctico oportunismo (p. ej., pp. 31-33, p. 98, p. 147 o p. 143, sobre la tensión entre sus ambiciones y sus «valores morales»). Pero, ¿es por necesidad, y en sí mismo, un signo reprochable el no resignarse a ser «un ciudadano anónimo» y aspirar a las más altas cotas de la universidad, la política y la magistratura si se cuentan con las capacidades para lograrlo? ¿No deberán dirigirse más bien las críticas a los medios empleados para verificar dicha elevación? Y, colocados ya en los citados medios, ¿qué hay de inmoral en la búsqueda de «contactos, inclusiones e influencias» con la asistencia a «tertulias, charlas o veladas» (p. 32), que no eran sino espacios de socialización de la clase media ilustrada?

Otra de las debilidades indicadas alude a la práctica habitual de recuperar obras pasadas con la mera síntesis de sus contenidos. De cualquier forma, no puede sin más afirmarse que todo el relato de Marzal quede encerrado en la férrea unidad del autor y su obra⁵; antes al contrario, en nuestro libro son puestas constantemente en relación las ideas y actos de Mariano Gómez con los escenarios en que discurrió. Por eso precisamente, la mejor parte del texto, según se insistirá a continuación, es la dedicada a su labor judicial, concebida siempre como una trayectoria inscrita en el complejo campo de tensiones que fue la judicatura de los céleres años treinta. Pero, por la misma razón, el apartado más vulnerable es el que trata de su aportación como catedrático de derecho político, al no relacionarse debidamente con las contribuciones de

5 La principal causa de la pobreza de los recorridos doxográficos, según Michel Foucault, «¿Qué es un autor?» (1969), en Id., *Entre filosofía y literatura*, Barcelona, Paidós, 1999 (trad. Miguel Morey), 329-360. Sobre estas y otras disyuntivas metodológicas de la empresa biográfica, permítaseme la remisión a S. MARTÍN, «Dilemas metodológicos y percepción histórico-jurídica de la biografía del jurista moderno», en Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el derecho. Métodos, carreras e ideologías de juristas europeos*, Madrid, Dykinson, 2012, 11-58.

otros autores coetáneos y, más en general, con la fase que estaba atravesando la disciplina por entonces.

Además de los elementales recursos expositivos antedichos –que están en la base de las debilidades mencionadas–, Marzal se sirve de una útil y procedente ordenación. Sabido es que en una sola vida individual se encierran muchas vidas particulares. Y cualquier tentativa biográfica, para ser completa, ha de recorrerlas todas⁶. En este caso, el aspecto más profesional de la vida de Mariano Gómez se dividió en tres vocaciones muy marcadas: la de estudioso universitario, la de político y la de juez. A cada una de ellas va dedicado un capítulo, y en cada uno de estos habremos de detenernos siquiera con brevedad.

Como he indicado, el apartado más frágil en mi opinión es el que aborda su cometido como catedrático. En él hay espacio para examinar sus obras y sus empeños más institucionales, desde la lucha por la autonomía universitaria al impulso que de sus esfuerzos obtuvo la colección de la biblioteca de la Universidad de Valencia. En este punto, los problemas se localizan, a mi juicio, en el comentario y análisis de sus textos doctrinales. Cuando un historiador tiene frente a sí un legajo o una obra pasada, ¿en qué ha de consistir su labor antes de ponerse a escribir? En primer lugar, y siempre a mi entender, en un trabajo de selección, discriminación e interpretación de lo historiográficamente relevante, que no tiene por qué ser ni lo más obvio ni lo más grandilocuente, pues la significación historiográfica muy bien puede palpitar en hechos anecdóticos y acontecimientos en apariencia colaterales. Y tal labor selectiva, en segundo lugar, solo podrá ir afinándose con una comprensión cada vez más profunda y detallada del complejo contexto en que se produjo la fuente o texto consultado, entendiendo aquí que la categoría del contexto es flexible y graduable, es decir, que habrá que decidir en cada caso cuáles son las coyunturas y circunstancias que efectivamente iluminan la comprensión del documento o fuente en cuestión.

Pues bien, en lo que respecta al análisis de la obra jurídico-política de Mariano Gómez, creo que no se llevan a término ninguno de los dos requerimientos. Tanto la descripción de sus textos como la ilustración de sus avatares académicos acusa con demasiada frecuencia cierta superficialidad y, en oca-

6 Cf. Pierre BOURDIEU, *La ilusión biográfica* (1986), Bolivia, Cuadernos Literarios, 1998 (trad. Adriana Blajos), y, como ejemplo de aplicación de esta premisa en el terreno de las biografías de juristas, vid. Roger MÜLLER, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner 1867-1937*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2006.

siones, la tendencia a incurrir en la reproducción de un mapa a escala 1:1. ¿Es históricamente significativo, por ejemplo, que los miembros de un tribunal de oposición se reúnan «el 18 de enero de 1915 para aprobar el cuestionario integrado por 130 temas» (p. 51)? ¿No es más exigente preguntarse en qué consistía ese régimen de oposiciones como sistema de cooptación profesional y en qué medida el profesor estudiado se ajustó a sus exigencias? Por otra parte, ¿cuenta con entidad historiográfica el número de páginas y apartados de un texto o el hecho de que su redacción sea «clara y sencilla»? ¿Basta para comentar una obra doctrinal con resumir los epígrafes, comprobar si tiene notas al pie y destacar las autoridades y fuentes utilizadas en su confección si de ello no se extraen conclusiones ulteriores?

En mi opinión, estas descripciones exteriores e incompletas impiden apreciar tanto la dimensión general de los asuntos tratados por un autor como su aportación particular a un debate; extremos, ambos, igual de necesarios para la historia intelectual. La tesis doctoral de Mariano Gómez sobre las fuentes del derecho, sucintamente examinada en pp. 41-43, ¿no hubiese quedado más cabalmente expuesta con una mínima reconstrucción del intenso debate sobre dicho asunto producido a todavía pocos años de la codificación? Su estudio crítico sobre la penetración española en Marruecos (pp. 46-48), en lugar de indicando las «partes» de que se compone y los temas tratados en cada una de ellas, ¿no sería más transparente para el lector si se hubiesen analizado dichos temas en relación a la política internacional española y a los axiomas del saber internacionalista de aquel momento? Su manual de derecho político y, por extensión, su concreta posición dentro del campo del derecho público español, ¿no se habrían comprendido mejor si se hubiese intentado relacionar su aporte jurídico-político con las obras y trayectorias de otros profesores de derecho político contemporáneos a Mariano Gómez? De haberse procedido así, al menos se habría evitado algún error, como el de confundir a un inexistente Juan Alberto «Sardón» con Juan Alberto *Jardón* y Santa Eulalia, ayudante de Adolfo Posada en la Comisión de Reformas Sociales, catedrático de la materia en la Universidad de Sevilla, experto en el pensamiento jurídico católico español y primer receptor (crítico) de las ideas solidaristas de Léon Duguit en la academia española, aparte de prematuramente desaparecido en enero de 1920⁷.

⁷ Vid. *La filosofía política del Renacimiento en España*, Madrid, A. Pérez Caballero, 1913 y *Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, Reus, 1919. Ello habría además evitado el escándalo y la incompreensión por el hecho de que «Posada» optase en la oposición por un

Al examen de su vida como jurista sucede el estudio de su acendrada vocación política. A partir de aquí, el tono de la exposición gana espesor y el perfil de Mariano Gómez queda impecablemente delineado. Mucho tiene que ver en ello el considerable y variado soporte documental en que se apoya nuestro libro. Artículos de prensa, epistolarios, memorias, diarios, autobiografías, fondos personales, archivos judiciales, documentos universitarios y hasta fuentes orales son utilizados con el fin de esclarecer todas las dedicaciones e inclinaciones de aquel jurista. En el caso de las políticas, el lector encontrará cumplida narración de sus actividades al frente del Ateneo Mercantil de Valencia, su inscripción en «las viejas rivalidades entre grupos de poder de la sociedad valenciana» (p. 96), su activa y costosa oposición civil a la dictadura de Primo, su participación en la «implantación pacífica» de la República, su contribución a la posterior organización del «republicanismo conservador» de aquella región y su ulterior fracaso electoral.

Con el repaso de sus obras más periodísticas, Marzal rastrea además los diferentes aspectos de su «ideal político» regeneracionista. Es en este asunto donde mayor perplejidad puede experimentar el lector, al contemplar a un personaje de derechas pero que se declara a sí mismo socialista (p. 28) y ensalza las doctrinas izquierdistas (p. 131), católico pero que ofrece una visión harto reveladora de la quema de conventos (p. 131, n. 271) y miembro al mismo tiempo de la «Derecha Liberal Republicana» y de la «Alianza de Izquierdas Antidinásticas» (p. 121). ¿Qué significaba entonces a la altura de 1931 ser conservador, de derechas y cristiano, como se supone lo era Mariano Gómez? Aunque este asunto sobre la profesión de creencia conservadora en los años treinta no quede tematizado expresamente, muchas son las conclusiones que sobre él permite extraer el volumen de Marzal.

Como abundantes son las reflexiones que suscita el capítulo dedicado a la tarea judicial, el mejor de todos en mi opinión, pues en él se documentan extensa y detalladamente tanto el campo judicial de la República como la posición que tuvo y los movimientos que en él hizo Mariano Gómez. Es aquí cuando se constata la decisiva relevancia institucional del personaje, primer presidente civil de la sala castrense del Supremo y máxima autoridad judicial republicana durante la conflagración. Tal relevancia se debió en buena parte a su destacada presencia en procesos determinantes para el curso mismo de la República –desde el incoado contra el general Sanjurjo por su frustrado

«desconocido Juan Alberto Sardón», que no prosiguió su «carrera académica» ni escribió «obra doctrinal alguna» (p. 51, n. 72).

golpe (pp. 153 ss.) hasta los improvisados a principios del enfrentamiento bélico para frenar la justicia privada (pp. 170 ss.)–, pero también a su presidencia del Tribunal Supremo en un momento, el de la guerra civil, en que este asumió numerosas y crecidas competencias de calado consultivo y hasta legislativo (p. 188).

Como no podía ser de otra forma, es igualmente en esta parte donde se toma contacto con las aportaciones más distintivas del autor –como la «Sala de Equidad» instaurada a iniciativa suya en el Supremo (p. 197)– y con las vicisitudes más espinosas que hubo de atravesar un Mariano Gómez al frente de tribunales populares, responsable último de una justicia bélica y entregado a una causa que pronto se supo fracasada. Las páginas de Marzal nos ilustran así sobre episodios decisivos y moralmente muy problemáticos de la vida de su biografiado, ya sea el proceso que sentenció contra el político conservador Salazar Alonso o bien el chantaje recibido del exministro anarquista de justicia García Oliver para que no impulsase una comprometida reforma judicial. Aunque con persistente tendencia a considerar como fruto de la ambición, la oportunidad y el cálculo lo que acaso fuese consecuencia exclusiva de un sentido y riguroso compromiso ético-político, el autor sopesa en este caso con ponderación las más delicadas intervenciones de su biografiado hasta llegar a una sentencia exculpatoria no exenta de justas observaciones críticas (p. 175, p. 181).

Y, en fin, es también en este capítulo judicial cuando las peripecias del sujeto biografiado nos sirven ya de canal para comprender fenómenos de índole más profunda y general, como las arraigadas concomitancias entre el poder ejecutivo y el judicial, la sobrevenida desafección institucional de ciertos colectivos derechistas, la inevitable dimensión política de la labor jurisprudencial, los entresijos de la justicia en guerra⁸, o la impracticable preservación de las estructuras estatales en la zona republicana desde julio de 1936.

El epílogo, por último, permite asimismo aproximarnos al doloroso desarraigo del exilio a través de un Mariano Gómez desahuciado, desengañado e intelectualmente paralizado⁹. Con ello se muestra la profunda injusticia que

8 Tema sobre el que puede verse la obra de Raúl C. CANCIO FERNÁNDEZ, *Guerra civil y tribunales: de los jurados populares a la justicia franquista (1936-1939)*, Cáceres, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 2007.

9 Es llamativo el número de atractivos títulos que Mariano Gómez decía tener ultimados en esas fechas y que nunca llevó a la imprenta. A la lista de publicaciones en el exilio que Marzal facilita, cabría añadir algún texto más, como sus artículos en la revista argentina *La Ley* sobre «La Magistratura y los nuevos recursos de ‘plena jurisdicción’ y de

fue infligida sobre numerosas personas por motivos ideológicos. Y es esta injusticia la que el ejercicio de la historia como memoria pretende al menos contribuir a reparar. Bienvenidos sean, pues, libros como *Una historia sin justicia*, que ayudan a ir logrando ese noble fin al paso que rescatan para el saber jurídico las reveladoras experiencias de sus más inmediatos antepasados.

‘ilegitimidad’» publicados en los tomos 20 y 21, correspondientes a los años 1940 y 1941, a los que tengo acceso gracias a la gentileza del buen colega Alejandro Agüero.

ADOLFO POSADA EN VÍSPERAS DE LA SEGUNDA REPÚBLICA¹

Sin facultades independientes de ciencia política hasta los años cuarenta², en la universidad española contemporánea la transmisión del conocimiento teórico de la naturaleza y actividad del Estado estuvo encomendada casi en exclusiva a la influyente cátedra de derecho político. Vinculada en los planes de estudio al derecho administrativo hasta el año 1900³, la disciplina iuspolítica se encargaba de suministrar las claves para comprender ‘científicamente’ el orden social y estatal en su historia y su presente. Se postulaba como ciencia no tanto por el trasvase de principios procedentes de las ciencias naturales, ya en funcionamiento desde la década de los ochenta del siglo XIX, como por el afán de reducir a *sistema* toda la fenomenología socio-política⁴. Lejos de constituir una materia abstracta desprovista de resonancia sociológica, el derecho político proporcionaba a los estudiantes de leyes –futuros políticos, jueces y burócratas– un lenguaje que, ya fuera de las aulas, circulaba entonces, y puede hoy contemplarse, en tesis doctorales, artículos periodísticos y discursos parlamentarios. A causa de esta difusión capilar, en lugar del extenuado análisis de los ínclitos pensadores que reflexionaron en torno a la política, acaso sea historiográficamente más provechoso estudiar a fondo a los autores y los textos de esta disciplina uni-

1 Presentación de A. Posada, *Hacia un nuevo Derecho político. Reflexiones y comentarios*, Madrid, Páez, 1931, publicada originalmente, en 2008, en la Biblioteca Saavedra Fajardo de Pensamiento Político Hispánico.

2 Miguel JEREZ MIR, *Ciencia política, un balance de fin de siglo*, Madrid, CEPC, 1999.

3 Vid. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español II», *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983), pp. 705-804.

4 Dato que pasa por completo inadvertido a quienes buscan en las fuentes pretéritas una confirmación del raciocinio jurídico actual en vez de su lógica interna. Valga el ejemplo de FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Estudio preliminar», en Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España* (1891), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1999, y la confirmación de Joaquín VARELA SUANZES, «El Derecho político en Adolfo Posada», en Raúl Morodo Leoncio, Pedro de Vega (coords.), *Estudios de teoría del Estado y Derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 1, Madrid, Universidad Complutense, 2001, 555-580.

versitaria⁵, pues a través de la divulgación por ellos realizada, y no por la lectura directa de los Hobbes, Locke o Montesquieu, se formaron generaciones enteras de profesionales en las presuntas verdades de la sociedad, el Estado, la política y la constitución.

Si el derecho político ocupa un lugar prominente en la enciclopedia de los saberes jurídicos de la España contemporánea, su identificación, al menos para el período que comprende desde 1890 a 1930, puede realizarse cumplidamente acudiendo al nombre de Adolfo (González) Posada⁶. La disciplina jurídico-política es indisociable de su figura por motivos teóricos, así como por razones de sociología académica. En el primer aspecto, la publicación en la casa Victoriano Suárez de su *Tratado de Derecho político* (1893/94) imprimó en la asignatura una dirección novedosa al desdoblarla en una teoría del Estado y un derecho constitucional comparado, división que articularía la enseñanza del derecho político hasta los años republicanos⁷, y que exhibía una ambición científica sin parangón en los manuales por entonces al uso⁸,

5 Siguiendo el rumbo ya marcado por Bartolomé CLAVERO, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, Tecnos, 1986, y proseguido, con otra orientación historiográfica, por J. VARELA SUANZES, «¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho constitucional en la España del siglo XIX?», *Anuario Constitucional y Parlamentario*, num. 9 (1997), 71-128 (ahora en *Política y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2007, 121-180); A. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del Derecho público en España (1769-2000). Un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2002 y, últimamente, Francisco Manuel GARCÍA COSTAS (ed.), *La Ciencia española del Derecho político-constitucional en sus textos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, obras todas en las que el lector podrá encontrar apreciaciones sobre el pensamiento de Posada.

6 El lector y usuario de la Biblioteca Saavedra Fajardo interesado en ahondar en las ideas de Posada, junto a los textos citados de Rubio Llorente y Varela, puede continuar sus lecturas con la biografía intelectual de Francisco J. LAPORTA, *Adolfo Posada. Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Edicusa, 1974, el estudio iusfilosófico de José F. LORCA NAVARRETE, *El Derecho en Adolfo Posada*, Granada, 1971, y, entre las publicaciones más recientes, la tesis doctoral de Mónica SORIA MOYA, *Adolfo Posada: teoría y práctica política en la España del siglo XIX*, Universitat de Valencia, 2004[, autora de la que hoy puede también consultarse *Adolfo Posada y la ley de sufragio universal de 1890: la práctica política de la Restauración*, Valencia, Tirant, 2021.]

7 Nicolás PÉREZ SERRANO, *Programa de Derecho político*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1933, escindido en un primer bloque de «Teoría general del Estado» y otro segundo de «Derecho constitucional».

8 En los que el apartado constitucional se reducía a una mera reseña legislativa carente de vocación teórica, según puede comprobarse en los libros de texto de Vicente Santamaría de Paredes, Fernando Mellado y Salvador Cuesta.

extendida además por Posada al terreno del derecho administrativo, dominado hasta el momento por prácticas exegéticas ajenas a la construcción sistemática⁹. En el segundo aspecto, prácticamente todos los profesores de la materia incorporados al escalafón desde la primera década del siglo XX pueden considerarse sus discípulos, bien sea por mantener con él un estrecho vínculo personal, como ocurría en los casos de Nicolás Pérez Serrano y Francisco Ayala, o bien por dejarse notar su presencia tanto en el influjo doctrinal como en la mediación en los tribunales de oposiciones para los respectivos ingresos a la cátedra, según reflejan las trayectorias profesionales de Jesús Arias de Velasco, Tomás Elorrieta y Artaza, Nicolás Rodríguez Aniceto, Enrique Martí Jara, Carlos Sanz Cid, Teodoro González García o Eduardo L. Llorens¹⁰.

Nacido en Oviedo el 18 de septiembre de 1860 en una familia pequeñoburguesa de modestos y devotos comerciantes, Adolfo Posada llegó a la cátedra de derecho político y administrativo con tan solo veintidós años, después de ganar unas oposiciones decididas por un tribunal que hablaba su «mismo lenguaje»¹¹, al estar compuesto, entre otros, por Gumersindo de Azcárate, Leopoldo García Alas y Adolfo Álvarez Buylla¹². Se incorporó a la facultad de su ciudad natal, sumándose al llamado «Grupo de Oviedo»¹³, colectivo de profesores e intelectuales republicanos, krausistas y liberales comprometidos con la reforma social y, no en menor medida, con la vigorización científica y la extensión popular de la universidad¹⁴. Su formación jurídica, de la que

9 A. POSADA, *Tratado de Derecho administrativo según las doctrinas filosóficas y la legislación positiva*, 2 vols., Madrid, Victoriano Suárez, 1897-1898. Años después confesaría que la elaboración trabada de un derecho administrativo había sido su «principal labor, realizada a partir de una actitud constantemente crítica frente a las doctrinas de Colmeiro y, en general, frente a la concepción y a la construcción del *Droit Administratif* francés», en A. POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, 1983, 165.

10 Cf. el elenco de nombres ofrecido por el mismo Posada en *Fragmentos de mis memorias*, 266 y 344.

11 F. J. LAPORTA, *Adolfo Posada*, 27.

12 Vid. el expediente de la citada oposición en la caja del Archivo General de la Administración sig. 32/7292. Como datos sintomáticos de la cultura jurídica del momento, y de la fisonomía específica del derecho político finisecular, cabe referir que, en la primera prueba consistente en la respuesta de diez cuestiones breves, Posada fue inquirido acerca de si «¿La prostitución es una necesidad social?» o sobre las «Influencias de los teatros en las costumbres públicas».

13 Santos M. CORONAS GONZÁLEZ (ed.), *El 'Grupo de Oviedo': discursos de apertura de curso de la Universidad de Oviedo (1862-1903)*, Universidad de Oviedo, 2002, 2 vols.

14 Grupo en el que encontramos, como es sabido, a profesores como Rafael Altamira,

derivará sus apreciaciones teóricas hasta el último de sus escritos, tenía en Heinrich Ahrens, Friedrich Krause y Francisco Giner a sus autoridades principales y en Leopoldo Alas *Clarín* su ascendente espiritual y político más notable. Construyó su derecho político en diálogo con los autores europeos más salientes del momento, como, primero, Johann Caspar Bluntschli, y después, Otto Gierke, Maurice Hauriou y Léon Duguit, y se distinguió, sobre todo, por vitalizar la disciplina con los giros sociológicos y organicistas procedentes de las obras de Gabriel Tarde, Albert Schäffle, René Worms, Lester W. Ward o Franklin Henry Giddings.

Según he sugerido, su biografía profesional estuvo asimismo jalonada por su compromiso efectivo con el reformismo¹⁵, no solo en obras propias y traducciones¹⁶, sino también en la invitación de José Canalejas a formar parte del malogrado Instituto de Trabajo¹⁷, y en la marcha final a Madrid en 1904 para integrarse, como responsable de la colección bibliográfica, en el Instituto de Reformas Sociales¹⁸. De cualquier modo, Posada no abandonó del todo su labor universitaria, a la que regresó plenamente a los pocos años, en mayo de 1910, para ocupar la flamante cátedra doctoral de derecho municipal comparado y relevar, en 1918, a Vicente Santamaría de Paredes en la cátedra de derecho político de la Universidad Central hasta su jubilación en 1931.

Del sucinto relato de sus ocupaciones se coligen las diversas vertientes de su ingente e inabarcable obra. Dejando momentáneamente de lado sus textos más fragmentarios, compuestos de digresiones autobiográficas, reflexiones jurídico-sociales, apuntes de viajes, recensiones bibliográficas y opiniones

Aniceto Sela o Buylla. Vid. Jorge Uría González (coord.), *Institucionismo y reforma social en España: el Grupo de Oviedo*, Madrid, Talasa, 2000, donde puede leerse, de mano del mismo coordinador, «Posada, el Grupo de Oviedo y la percepción del conflicto social», 109-145. Insiste en el aspecto pedagógico M. SORIA MOYA, *Adolfo Posada*, «Europeísmo y Extensión universitaria», 81 ss.

15 Desde este ángulo aborda su pensamiento y su «alternativa» frente al «Estado liberal de derecho»: vid. José Luis MONEREO PÉREZ, *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

16 Recuérdese su importante versión de Émile CHATELAIN, *El contrato de trabajo*, Madrid, Revista de Legislación, 1903.

17 De la cual fue fruto el título conjunto de J. CANALEJAS, A. POSADA, A. BUYLLA y Luis MOROTE, *El Instituto de Trabajo*, Madrid, Ricardo Fé, 1902.

18 Cf. Juan Ignacio PALACIO MORENA, *La institucionalización de la reforma social en España, 1883-1924: la Comisión y el Instituto de Reformas Sociales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, 313 ss.

políticas, podríamos aislar al menos cuatro frentes temáticos abordados en su labor intelectual. El aspecto más teórico y sistemático de su obra lo completan los trabajos sobre derecho administrativo, sociología¹⁹ y, por encima de todo, sobre teoría del Estado y derecho constitucional, textos concentrados en las sucesivas ediciones (1893/94, 1915/16, 1924, 1928 y 1935) de su emblemático *Tratado*, pero también plasmados en monografías de relieve²⁰, incluido un primer intento de acercamiento histórico-dogmático a la normativa constitucional republicana²¹. Las tres derivaciones restantes de su obra fueron la pedagogía, la reforma social y el régimen municipal²², materia, esta última, que fue cultivada además por algunos de los discípulos que asistieron a sus seminarios de doctorado sobre el particular²³. Varios de sus estudios sobre estas ramas del saber, aun siendo confeccionados con afán de abstracción conceptual, estuvieron visiblemente afectados por su intención política, al presentar una ostensible vocación transformadora y dirigirse con especial énfasis a inspirar reformas legislativas e institucionales. Así ocurría, en efecto, con ciertos escritos pedagógicos destinados a promover nuevos planes de estudio, con algunos dictámenes sobre la legislación laboral y, en fin, con sus estudios sobre el régimen local²⁴.

La monografía aquí presentada pertenece a ese primer conjunto heterogéneo de obras ensayísticas, en las que, sin los rigores formales del tratado académico, Posada se abandona a las «cavilaciones» sobre asuntos de actua-

19 A. POSADA, *Principios de Sociología*, Madrid, Daniel Jorro, 1929², 2 vols.

20 Me refiero, sobre todo, a su *Teoría social y jurídica del Estado*, Buenos Aires, Lib. J. Menéndez, 1922, y a *Les fonctions sociales de l'Etat*, Paris, Marcel Giard, 1929.

21 Realizado en *La nouvelle Constitution espagnole*, Paris, Sirey, 1932.

22 Basten los siguientes ejemplos: *Ideas pedagógicas modernas*, Madrid, Victoriano Suárez, 1892 y *Pedagogía*, Valencia, F. Sempere, 1906; *Socialismo y reforma social*, Madrid, Ricardo Fé, 1904, y *La reforme sociale en Espagne*, Paris, Giard&Brière, 1907; *La ciudad moderna*, Madrid, Imp. Clásica, 1915, y *El régimen municipal de la ciudad moderna*, Madrid, Victoriano Suárez, 1936⁴.

23 Cf. la tesis doctoral de Carlos Sanz Cid, futuro catedrático de derecho político: *El municipio*, Madrid, Julio Cosano, 1917.

24 Véanse, como ejemplos respectivos de cada una de las materias citadas, *La enseñanza del Derecho*, Oviedo, V. Brid, 1884; *Preparación de la reforma de la Ley de Tribunales Industriales de 19 de mayo de 1908*, Madrid, Suc. de Minuesa de los Ríos, 1911, y *Evolución legislativa del régimen local en España, 1812- 1909*, Madrid, Victoriano Suárez, 1910, texto elaborado en los alledaños de una tentativa de reforma de la ordenación municipal auspiciada por Antonio Maura y Juan de la Cierva y en la que Posada colaboró activamente.

lidad política y científica. Su ubicación en la colección de la casa Páez ya nos transmite el propósito divulgativo y la identificación del derecho político español del momento con el nombre de Posada, al igual que acontecía con Luis Jiménez de Asúa y el derecho penal, con Gregorio Marañón y la medicina, con la física y Blas Cabrera o con la historia literaria y Ramón Menéndez Pidal, acompañantes todos de Posada en la «Biblioteca de Ensayos». Se compone en principio de comentarios e impresiones suscitados por «la lectura de obras recientes sobre el Estado» (p. 37), la mayor parte de ellas procedentes de la ciencia política norteamericana, aunque en realidad brinda al lector la oportunidad de aproximarse a los resortes característicos del ideario jurídico-político de Posada en una formulación accesible, de grata lectura, con una eficacia retórica casi ausente de sus textos académicos.

Como suele suceder con los autores prolíficos que, con mayor o menor fortuna, tratan de construir un sistema propio, en el caso de Posada también existen temas recurrentes que terminan atrayendo de modo irresistible los análisis y las apreciaciones sobre cualquier asunto. Concretamente, en *Hacia un nuevo Derecho político*, el pensador krausista retoma el problema de la crisis del Estado ante «el advenimiento de la masa», ante la brusca apertura del marco jurídico-constitucional a toda una miríada de colectividades infra y supraestatales²⁵. El valor doxográfico que en el conjunto de su obra encierra este texto específico quizá radique en uno de los primeros adelantos de su «idea pura del Estado», doctrina que expondrá cabalmente con posterioridad²⁶. Sin embargo, de mayor envergadura es su valor historiográfico, extraíble de su incardinación cronológica y de la puesta en relación con dos monografías prácticamente simultáneas, *El régimen constitucional* y *La reforma constitucional*, ambas publicadas en Victoriano Suárez en 1930 y 1931 respectivamente.

Los años en que ven la luz estos escritos están cargados de trascendencia

25 Ya lo había hecho, por ejemplo, en «La nueva orientación del Derecho político» (estudio que servía de epílogo a su traducción de Léon DUGUIT, *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán, s. f., 2ª ed.) y en *La crisis del constitucionalismo*, Madrid, Victoriano Suárez, 1925, y lo seguiría haciendo en *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, C. Bermejo, 1934.

26 Primero en «La idea pura del Estado», contribución a la *Revista de Derecho público* dirigida por su discípulo y sucesor Nicolás Pérez Serrano en su primer número de 1932, pp. 353-369, y después, en la recta final de su vida, en el folleto póstumo *La idea pura del Estado*, Madrid, Revista de Derechoprivado, 1945, presentado con unas dramáticas y reveladoras palabras del mismo Pérez Serrano.

histórica: acababa de desplomarse la Restauración, ya viciada en sus estertores por el mal insubsanable del autoritarismo militar, y era natural que aquellos intelectuales que lideraron la oposición al régimen canovista y al directorio de Primo considerasen que, por fin, había llegado su turno. A pensar los términos en que debía refundarse el Estado español van dedicados en sustancia los tres estudios citados. Los títulos de derecho constitucional proponían un Estado de derecho que sustituyese «la noción de *mando* por la ley obligatoria para el *mando*», un *régimen constitucional* que habría de perseguir con pericia técnica la traducción legislativa del «ideal jurídico» del pueblo²⁷, propósito para el cual, a juicio de Posada, no era tan indispensable convocar a un poder constituyente incondicionado ni elevar la constitución jurídico-positiva hasta un rango supremo, sino que bastaba con reformar profundamente las estructuras, y la constitución misma, de la monarquía borbónica²⁸.

La obra que nos ocupa, aun concomitante en muchos aspectos con las dos citadas sobre constitucionalismo, examinaba en ese período estratégico de cambios las actitudes que debían adoptarse, y las transformaciones que habían de operarse, en tres órdenes: la comprensión teórica del Estado, la institución práctica del mismo y, por último, el ejercicio de la política.

Antes de comenzar el breve repaso introductorio a sus contenidos, conviene comenzar con una advertencia: deténgase el filósofo que, con ánimo polemista, pretenda leer las líneas de Posada buscando las incoherencias de su sistema para refutarlo, pues lo que va a encontrar será fundamentalmente un documento historiográfico, probablemente desprovisto de consistencia filosófica, pero cargado de diagnósticos certeros sobre la situación espiritual y política que atravesaba Occidente.

Semejante «momento crítico» no podía dejar de repercutir en la disciplina iuspolítica, a la que urgía descargarse de la tradición soberanista para hacer inteligible «la complejidad federalista» y el emergente «orden internacional» (p. 134). En su opinión, el derecho político debía continuar apostando por el

27 A. POSADA, *El régimen constitucional*, 10 y 13, texto subtítuloado, no casualmente, *Esencia y Forma. Principios y Técnica*, pues al lado y por encima de los formalismos y la perfección técnicos debía el régimen constitucional satisfacer esa concreción jurídica del «espíritu del pueblo».

28 Según nos hacía saber en *La reforma constitucional*, VI, 54 ss. y 64-70, y según vino a defender, ya con más apertura frente a los cambios, en su vocalía en la Comisión Jurídica Asesora, organismo encargado de redactar un primer proyecto constitucional que no satisfizo en absoluto las exigencias constituyentes de las primeras Cortes republicanas.

análisis empírico de los acontecimientos sociales frente al racionalismo abstracto y formalista –frente al que llamaron los krausistas «doctrinarismo»–, inclinación que lo hacía permeable a las nuevas tendencias historicistas (v. gr. Raymond Gettell) cada vez más en boga, pero que en ningún caso podía degenerar en la recolección positivista de hechos brutos, pues el propósito de la intelección jurídico-política no podía ser otro que el hallazgo de la fibra inmaterial de la sociabilidad.

Ahora bien, aun teniendo todavía cierto interés, la disyuntiva entre positivismo y doctrinarismo había sido ya sustituida por el riesgo de la politización de la teoría estatal, y Posada, autor en continuo *aggiornamento*, lo sabía perfectamente. A la posible degeneración partidista del saber político, consustancial a un contexto de profunda confrontación, nuestro jurista no respondió al modo de los autores más modernos, como Max Weber, Rudolf Laun, Hermann Heller o Nicolás Pérez Serrano, es decir, aceptando su inevitabilidad y aprestando criterios prácticos de validez y discriminación entre la opinión y la ciencia, ni tampoco lo hizo acogiendo al purismo normativista de Hans Kelsen, pues aunque muy útiles pudiesen resultar sus construcciones para la faceta técnica del derecho constitucional, en ningún caso satisfacían los insalvables requerimientos axiológicos de una disciplina que, para Posada, era fundamentalmente «una ciencia ética», «un arte de moralistas» (p. 102). El jurista ovetense resolvió el dilema de la posible politización y la indispensable universalidad de las proposiciones científicas regresando al arquetipo del intelectual, proveniente de la tradición platónica, acuñado socialmente en los años de su formación y personificado para el derecho en «el jurista con alma de filósofo» (p. 146)²⁹. Era, en efecto, este jurista de «curiosidad desapasionada» y «consideración serena» quien se encontraba facultado para no sucumbir a «las tendencias ciegas de las masas», alzándose sobre ellas en cuanto conocedor de la esencia íntima del ser social para convertirse en «su educador o su guía» (p. 22).

Para la articulación del Estado, Posada –y junto a él la gran mayoría de teóricos de la política– continuaba apuntando la necesidad de incorporar a la ciudadanía a «las nuevas fuerzas sociales», pero evitando a toda costa el rompimiento de los moldes unitarios de la institución estatal (p. 99). La fórmula,

²⁹ Véase, para la figura del intelectual aquí operativa, desde Bennet M. BERGER, «Sociology and the Intellectuals: An Analysis of a Stereotype», *Antioch Review*, XVII (1957), 267-290, hasta Zygmunt BAUMAN, *Legislators and Interpreters*, Cambridge, Polity Press, 1986.

idéntica a la enunciada frente al legalismo de la Restauración, consistía en rellenar el Estado de «fluido ético», en plegarlo a las corrientes espirituales de la colectividad, haciendo de él la exteriorización visible del «derecho inmanente» que la interacción social espontánea había ido fraguando³⁰. Suponía esto renunciar tanto a un Estado reducido al aparataje gubernamental y legislativo, meramente exterior y mecánico, como al Estado-potencia sustanciado en un poder omnímodo e ilimitado.

Las dos claves sobre las que oscilaba el programa político de Posada eran, por tanto, siguiendo a Hugo Krabbe, la «soberanía del Derecho» como «reinado de la justicia» (p. 89), es decir, la prioridad de las reglas éticas emanadas de la dinámica social sobre los mandatos estatales heterónomos, y, tomando el testigo de Azcárate, el principio del *self-government*, que permitiría conciliar la autonomía de las colectividades intermedias con un respeto exquisito por la «personalidad humana» no siempre visible –a su juicio– en las nuevas corrientes pluralistas (p. 100). Si este era el modo abstracto en que resolvía el problema político por excelencia –armonizar el pluralismo con la imprescindible unidad–, en términos más tangibles, Posada, como tantos otros juristas, daba la espalda a la vía francesa y a la clásica solución alemana, completamente desprestigiada tras la Gran Guerra, para volver de nuevo la mirada hacia Inglaterra, fijándola en su Constitución tradicional y en la complementaria «soberanía del ‘juez’» (p. 65).

A este tránsito de la omnipotencia estatal al Estado de derecho (natural) acompañaban también indicaciones más terrenales, situadas ya en el fragor de la disputa política. Quizá en este punto se encuentren los pasajes más relevantes de nuestra obra, justo aquellos en que Posada, por un lado, diagnosticaba su presente como colisión entre el resentimiento revolucionario comunista y la consiguiente conversión al «fascismo» de «la burguesía capitalista» (pp. 19-20 y 31), y por otro, intentaba marcar con severidad las distancias que separaban el organicismo ético de Krause del nacionalismo integrista y autoritario de los fascistas (pp. 106 y ss.)³¹, consciente de la deriva autoritaria que podían emprender las doctrinas orgánicas, como bien demostró otro ginerista, Luis del Valle Pascual.

30 Para estas categorías, vid. J. F. LORCA NAVARRETE, *El Derecho en Adolfo Posada*, 34 ss. y, sobre todo, ELÍAS DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Valencia, Fernando Torres, 1983², 102 ss.

31 Analizaba y se hacía eco de esta pertinente distinción E. DÍAZ, *La filosofía social del krausismo*, 206 ss.

Las rutas que a su juicio había de explorar el nuevo arte político tenían, en primera instancia, que evitar los derroteros dictatoriales, facciosos o reaccionarios, para situarse después en el horizonte de la prudencia, la ética, la mediación y la ciencia, lo cual implicaba tener muy presente la interdependencia de todos los intereses y el carácter irrenunciable de «los derechos del hombre» (p. 117). Pero al tratar de situar la política en un ámbito universal, en un salto acertado y valioso, fiel por otra parte al humanismo krausista, Posada concluía recordando que la asignatura pendiente de las doctrinas y prácticas estatales pasaba por el internacionalismo, que la remodelación de las costumbres políticas era estéril si no se traducían en la aspiración, necesaria y legítima, por construir «un Derecho político supernacional» (pp. 156 ss.)³².

La historia no se tomó ni un minuto en desbordar los planteamientos y previsiones de Posada. En la dimensión disciplinar, la entrada en escena de nuevos catedráticos de derecho político puso en evidencia el desfase de su enfoque doctrinal³³, anclado todavía en las concepciones decimonónicas e incapaz de apreciar en las nuevas corrientes algo más que nuevas y perecederas «modas» (pp. 57 ss.). En la dimensión constitucional, sus propósitos reformistas fueron demasiado tímidos para unas Cortes Constituyentes ansiosas por romper con la historia. Así lo explicitó el cese casi en bloque de los miembros de la primera Comisión Jurídica Asesora –entre los cuales se encontraba Posada–, relevados por juristas de mayores competencias técnicas y menor inclinación moralista. Por último, su política ‘científica’ e internacionalista pronto hubo de capitular frente al resurgir del nacionalismo imperialista y agresivo contra el que se había movilizó, resurgimiento que canceló para la historia una propuesta humanista retomada solo décadas después, pero ya mediatizada por la memoria de la experiencia totalitaria.

32 En consonancia con un aspecto menos conocido, pero estratégico, de su obra teórico-política, abordado, a veces en tono de mera propaganda, en textos como *Actitud ética ante la Guerra y la Paz*, Madrid, Caro Reggio, 1923 o *La Sociedad de las Naciones y el Derecho político. Superliberalismo*, Madrid, Caro Reggio, 1925.

33 Para Posada la explicación teórica del Estado seguía teniendo, a fecha de 1931, «su culminación ideal en Krause, y su más fuerte afirmación filosófica, para España, en Giner», p. 65.

REVISTAS Y CIENCIA JURÍDICA BAJO LA DICTADURA¹

Como en tantos otros terrenos, se debe a la escuela florentina auspiciada por Paolo Grossi una de las primeras incursiones de la historia del derecho en el mundo de las revistas jurídicas. Los encuentros convocados por la citada escuela comenzaron precisamente, a inicios de los años ochenta, tratando el asunto de «la cultura de las revistas jurídicas italianas»², tema al que dedicarían poco después un número monográfico de los bien conocidos *Quaderni Fiorentini*³. Este impulso para estudiar el fenómeno de la revista jurídica –«trabajo común, laboratorio experimental, proyecto en acción, manifestación intensamente especular del juego de fuerzas y del debate circulante en un área disciplinar», en condensada definición de Grossi⁴– continuó expandiéndose en forma de congresos y publicaciones por América Latina⁵, Francia⁶,

1 Recensión de Federico FERNÁNDEZ-CREHUET (ed.), *Franquismo y revistas jurídicas. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Granada, Comares, 2008, originalmente publicada en *CIAN* 12/1 (2009), 194-200.

2 Paolo Grossi (a cura di), *La 'cultura' della riviste giuridiche italiane. Atti del primo Incontro di studio Firenze, 15-16 aprile 1983*, Milano, Giuffrè, 1984.

3 En concreto el volumen 16, correspondiente al año 1987, en el que tuvieron cabida contribuciones, entre otras, sobre la *Rivista di diritto commerciale*, la *Rivista penale* de Luigi Lucchini o la *Rivista di diritto pubblico* fundada por Vittorio Emanuele Orlando.

4 P. GROSSI, «Pagina introduttiva», *Quaderni Fiorentini*, 16 (1987), 1-5.

5 Cabe mencionar a este respecto los simposios sobre «cultura de las revistas jurídicas» convocados en los años noventa por la Universidad Católica de Chile y sobre los que trata Alejandro Vergara Blanco en «La cultura de las revistas jurídicas chilenas», *Revista Chilena de Derecho*, 27 (2000), 663-666 y el seminario sobre «las revistas jurídicas españolas y argentinas (1850-1950)» celebrado en Buenos Aires en 1994 cuyos contenidos fueron publicados en Víctor Tau Anzoategui (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997.

6 Si bien el estudio del caso francés fue publicado, mostrando de nuevo la iniciativa florentina en este particular, en la biblioteca del *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*: André-Jean Arnaud (a cura di), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffrè, 1988. Hasta donde alcanzo a saber, Frédéric Audren, en colaboración con Nader Hakim, preparaba igualmente un volumen colectivo titulado *Les revues juridiques françaises au XIXe siècle*. [Todavía en un artículo enviado en 2019, aun sin el gentilicio del título, encuentro anunciada la publicación bajo la misma coordinación, en N. HAKIM, Annamaria MONTI, «Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique:

Alemania⁷ y, por supuesto, Italia⁸.

En toda esta producción ha encontrado un lugar notable el análisis de la experiencia hispana. *La Revista de Derecho Internacional, Legislación y Jurisprudencia Comparadas*, el *Diccionario de Administración* de Martínez Alcubilla, la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, *La Escuela del Derecho*, la *Revista de los Tribunales* o la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*¹⁰ han sido algunas de las publicaciones periódicas que han merecido la atención de algunos juristas-historiadores también vinculados, de una forma u otra, a las empresas florentinas.

Si hubiese que extraer un denominador común de dichas contribuciones que nos permita detectar campos todavía por explorar, ese es, a mi juicio, de carácter eminentemente cronológico, pues casi todos los estudios indicados –exceptuando el relativo a la revista dirigida por Rafael de Ureña– se concentran en el período liberal sin extenderse hasta los años republicanos –mo-

l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à la Belle Epoque», *Clio & Themis*, 14 (2018), n. 71.]

7 Ampliándose ya el radio cronológico y sobre todo geográfico por el aliento sistemático prestado al particular por el Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte en Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften: die neuen Medien des 18-20 Jahrhunderts*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1999 y, sobre todo, Michael Stolleis, Thomas Simon (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt aM., Klostermann, 2006.

8 P. GROSSI, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988.

9 Vid. las contribuciones al volumen de Tau citado de Bartolomé CLAVERO, «Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914). Un programa de textos para una comunidad de naciones», pp. 31-55; Marta LORENTE, «De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica», pp. 423-287; y Carlos PETIT, «La *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* de la Facultad de Derecho de Madrid (1918-1936)», pp. 143-198, texto revisado y ampliado en Id., «La Prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (1918-1936)», *Quaderni Fiorentini*, 24 (1995), 199-302.

10 Las tres últimas citadas han sido abordadas, desde la perspectiva de una historia del derecho comparado, por C. PETIT, «Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado», en Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, 417-489, también publicado en *Quaderni Fiorentini*, 35 (2006), 255-338; y la primera de ellas ya había sido examinada por el mismo autor en «La Escuela del Derecho (1863-1865). Empeño de ciencia jurídica en la España isabelina», en Antonio Merchán, Gustavo E. Pinard (eds.), *Libro homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, 1998, 533-584.

mento que vio nacer algún órgano de entidad, como la *Revista de Derecho público*– o la dictadura franquista –con la que arrancaron, en un acto ya de por sí histórica y científicamente revelador, numerosas publicaciones, como la *Revista de Estudios Jurídicos*, el *Anuario de Derecho penal*, la *Revista de Estudios Locales* o la misma *Revista de Estudios Políticos*–. Y a comenzar a cubrir ese hueco –expresivo de un vacío de la historia jurídica en general– acude la monografía aquí reseñada¹¹.

Aun sin proceder de la disciplina iushistórica, lo que ya supone un mérito más que un desvalor, las credenciales de su coordinador resultan inmejorables, dada su dedicación como investigador tanto al asunto de la historia de las revistas jurídicas españolas¹² como, sobre todo, al capítulo, necesitado de urgente examen, sobre las relaciones entre derecho y dictadura y, más concretamente, sobre la dimensión jurídica de la dominación franquista¹³. El resultado, como suele acontecer en las obras plurales, ha sido irregular, ya sea por la calidad de sus trabajos respectivos como por su composición global. La estructura del libro, en efecto, no es la esperada –y acaso la más satisfactoria– de contribuciones sucesivas sobre revistas particulares, sino la de un estudio homogéneo, escrito a tres plumas, acerca de las diferentes etapas de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* durante el franquismo con el posterior agregado de dos apéndices, uno primero dedicado a la *Revista de Política Social* y otro segundo que aborda la *Revista de Estudios Políticos*.

Como lo sustancial del texto es precisamente el completo análisis de la *Revista General*, dejemos su comentario para el final. El añadido relativo al

11 [Para provecho del lector actual, no puede sino citarse, ante todo en lo que hace al mencionado periodo liberal, y por su utilidad como herramienta investigadora, el trabajo de FERNANDO LIENDO TAGLE, *Disciplinas jurídicas en revistas españolas. Un repertorio bibliográfico (1936-1935)*, Madrid, Dykinson, 2023, y, en lo que hace al tramo abordado por la monografía reseñada, cabe mencionar la ulterior colaboración de su editor con quien suscribe estas líneas, ambos en calidad de coordinadores: *Los juristas y el 'régimen': revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2014.]

12 Federico FERNÁNDEZ-CREHUET, «*Revista de Legislación y Jurisprudencia*. Die erste spanische Fachzeitschrift für Rechtsvergleichung?», en Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, 397-415.

13 A sus buenos oficios se debe la edición de la parte española de Federico Fernández-Crehuet, António M. Hespanha (Hrsg.), *Franquismus und Salazarismus. Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2008, con intervenciones, de calidad irregular, sobre filosofía jurídica, administración de justicia, historia universitaria, represión penal, ordenación política o derecho mercantil del período citado.

órgano de expresión del poderoso Instituto de Estudios Políticos es obra de Miguel Ángel Morales Payán, historiador del derecho de la Universidad de Almería. El título de su intervención –«La Revista de Estudios Políticos como instrumento de propaganda del régimen franquista»– genera unas expectativas que son rápidamente moderadas por el subtítulo –«El año 1943 en la sección de ‘Crónica’»–¹⁴. Se atreve así su autor no solo con una de las revistas franquistas de mayor envergadura sino también con el controvertido género de la microhistoria, que cuenta con la dificultad de hallar conclusiones de calado general en objetos particularísimos y, por consiguiente, con el riesgo de terminar ofreciendo un mapa escala 1:1 que no reduce la complejidad del tema tratado ni abstrae de los materiales empleados su significado histórico preciso. El lector juzgará si dicho reto queda convenientemente superado.

El segundo apéndice, referido a la *Revista de Política Social*, viene suscrito por el iuslaboralista Juan Escribano Gutiérrez y, esta vez sí, se propone diseccionar los avatares y contenidos de dicha publicación desde sus comienzos como suplemento de la *Revista de Estudios Políticos* hasta la conclusión del régimen dictatorial¹⁵. En realidad, las páginas de Escribano son algo más que un mero análisis del mencionado periódico, quedando asimismo expuestos los contornos más visibles de la disciplina iuslaboralista y el marco legislativo fundamental de las relaciones de trabajo bajo la dictadura. En lo que concierne estrictamente a la revista, el autor la presenta, en su lado jurídico, como el principal soporte de la configuración del derecho laboral entre nosotros y, en su aspecto político, indaga la función que desarrolló para legitimar el modelo socioeconómico franquista, ya fuese prestando en unos inicios cobertura retórica e ideológica o bien, pasado el tiempo, cuando la revista dejó de responsabilizarse de las opiniones vertidas por sus colaboradores, difundiendo artículos de mayor alcance técnico y doctrinal. También pueden recorrerse, como hilos conductores del capítulo, ciertos tópicos tratados habitualmente por el órgano de los expertos en derecho del trabajo, destacando algunos como el asunto sindical, ensalzado al mismo tiempo que conjurado, o el decisivo de la potestad disciplinaria del empresario, con legitimación oscilante entre la delegación estatal para la comprensión corporativista de la posguerra y la dimanante del derecho de propiedad para el finalmente triunfante entendimiento liberal.

14 Abarca el citado capítulo las pp. 153-176.

15 «La Revista de Política Social. De órgano de la Falange a revista doctrinal», pp. 111-152.

Mas, como se ha indicado, el núcleo de nuestra monografía lo componen los cuatro estudios dedicados a los números franquistas de la *Revista General*¹⁶. La elección no es gratuita, pues nos hallaríamos ante la continuación de una revista española con acreditada solera, ante un verdadero monumento de la cultura jurídica española. A la continuidad y difusión se le añade, para justificar su pertinencia, el relevante hecho de que en sus páginas, más que sesudos y elitistas artículos doctrinales, podemos encontrar escritos apegados a la práctica suscritos por operadores jurídicos de diversa procedencia. Con tales caracteres y tal fisonomía, se trataría, pues, de tomar la citada publicación como un «archivo de la memoria colectiva de los juristas» españoles (p. 4), como una fuente privilegiada para conocer la mentalidad del «jurista-medio» (p. 3) del régimen franquista. Y el modo en que se realiza tal aproximación cuenta con tres constantes que más o menos unifican las diferentes intervenciones sobre el particular: en primer lugar, se intenta ofrecer una visión cabal de las categorías iusfilosóficas que van animando las aportaciones de esta nueva época; en segundo, se trata de ilustrar el perfil, por un lado, del jurista práctico –principalmente del juez–, y por otro, de José Castán Tobeñas, civilista y magistrado prototípico del régimen, que, junto a la vocación de eternidad de su exitoso manual, iría actualizando su esclerótico discurso a través de las contribuciones y del mismo espíritu de la revista que dirigió hasta su fallecimiento; y en tercero, se pretende dilucidar la funcionalidad política concreta desplegada por el principal órgano de los juristas patrios, el proyecto político tácito que se hallaba engastado entre sus líneas o, por expresarlo del revés, la manera en que éstas reflejaban la identidad jurídica del Estado franquista.

Para el primer punto, el de la filosofía jurídica en la *Revista General*, las claves de lectura, dada la evidente persistencia durante toda la dictadura de los argumentos escolásticos, se marcan sobre todo en el análisis del primer período, el examinado por Fernández-Crehuet y que abarca de 1941 a 1955. Ahí comienza, en el discurso oficial que aloja el semestral, una operación de

16 Son, concretamente, las siguientes: Federico Fernández-Crehuet, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia (1941-1955). ¡Una revista para Castán, por favor!», pp. 7-46; Daniel J. García López, «La construcción del Estado nacional-católico en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1956-1961», pp. 47-65; Pablo J. Castillo Ortiz, «Continuidades y rupturas. El franquismo de los sesenta en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia», pp. 67-90; y Daniel J. García López, Federico Fernández-Crehuet, «La Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1968-1975. La densa sombra de Castán Tobeñas», pp. 91-109.

«reinención del iusnaturalismo español» (p. 39), una necesidad –debida a la pretendida ruptura con el pasado– de «repensar, desde el inicio, los ‘grandes temas’» que finalmente se resuelve «en un regreso a la tradición» (p. 10), en la reinstauración del derecho natural católico como mentalidad hegemónica que «fagocita cualquier idea que en aquella época estuviera en el ambiente» (p. 40). Capta así el autor, a través del examen particular de la revista, tres de los rasgos más característicos de la ¿cultura? jurídica franquista en general, a saber: su paradójica y simultánea condición de rupturista y tradicional, su falta de diferenciación interna, pues poca especialización técnica requiere la difusión de la escolástica medieval (p. 10), y su profundo carácter tautológico, en el que solo cabe la repetición de lo mismo (p. 38) y la fanática exclusión de lo diferente (p. 38), es decir, la paralización de toda vida racional.

Una vez diseñado este claustrofóbico e ideológico esquema iusnaturalista, que, exceptuando alguna participación tardía de Luis Recasens, se mantendrá prácticamente incólume en las páginas de la revista, pues no en la sociedad, hasta los años setenta, caben asimismo menciones principales o colaterales a autores destacados y argumentos salientes.

De este modo, Fernández-Crehuet, en una elocuente semblanza intelectual, identifica en Eustaquio Galán el alma iusfilosófica de nuestra publicación en sus primeros años dictatoriales. Con ello se nos permite una vez más comprobar las miserables y extendidas rectificaciones de los juristas del régimen ante la inminente derrota nacionalsocialista, así como apreciar al detalle las singularidades de nuestro iusnaturalismo, entresacadas del revelador contraste con el Schmitt decisionista –aunque no con el Schmitt acuñador de la *Konkretordnung*– y con el derecho natural sociológico de Hermann Heller (p. 23, p. 28). Por su parte, García López nos sugiere ya que esta filosofía jurídica, al no tener que preocuparse por actualizar ni perfeccionar su autorreferencial identidad, se consumía en su función adversativa, cambiante según el enemigo al que tratase de ‘refutar’, ya fuese el marxismo impenitente o un novedoso existencialismo «(des)dibujado como una diana en donde descargar los dardos de la sin razón» (p. 56). Y Castillo Ortiz nos indica que, llegados los sesenta, este maltrecho e internacionalmente acosado discurso oficial comienza a conocer sus primeras fisuras por las que se cuelan vagas referencias socialistas.

Al igual que con la materia filosófica, la segunda constante del estudio colectivo de la *Revista General*, la referida a la personalidad de Castán y a la figura del juez, queda bien sentada desde la primera contribución del coordi-

nador. De su interpretación de Castán, deudora –como expresamente queda reconocido– de la brillante y heterodoxa biografía de Antonio Serrano¹⁷, se deduce que no estamos sino ante una concreción personal de aquella episteme absolutista y excluyente del escolasticismo reinventado. Sus ideas en torno al «derecho social» no son entonces más que «derecho natural metamorfosado» (p. 34), pero con la nada despreciable particularidad de que resulta comunicado por «el presidente del Tribunal Supremo», con lo que ello supone de vocación aleccionadora de los «juristas prácticos» (p. 36). Al carecer de vuelos intelectuales, aunque no de inclinaciones metafísicas (p. 39), Castán terminó siendo, en genial descripción de Castillo Ortiz, más que un agitador, «el mejor de los agitados» (p. 84), el más eficiente y prolífico difusor directo, o por persona interpuesta, de los dogmas jurídicos franquistas, inclusive tras su fallecimiento con la publicación de artículos póstumos –«repetición de lo dicho durante los decenios anteriores» (p. 93)– y con la proyección de su «densa sombra» sobre las contribuciones y discursos de sus legatarios.

Lo más destacable, a mi entender, de esta recreación no es tanto que en la persona de Castán quede reflejada la inmutabilidad de la mentalidad oficial, ni tampoco que en sus discursos de apertura de los sucesivos años judiciales quede expuesta, de forma paradigmática, la posición del juez como acatador de la ley al tiempo que defensor de la equidad, sino la indicación de que dicho iusnaturalismo legalista, bien distante de oponer críticamente ningún valor ético al ordenamiento establecido, conforma la percepción de un «iusprivatista del XIX» (p. 42) y demuestra, al fin y al cabo, que «la visión del derecho de la revista está impregnada de una mentalidad decimonónica» (p. 46), concretamente de «una mentalidad domeñada por el derecho civil» (p. 2).

Y esta clara persistencia del siglo liberal en el período franquista no podía ser una cuestión meramente cultural, como queda finalmente aclarado en la tercera constante del examen de la *Revista General*, la que a través de sus artículos describe las principales trazas y el accidentado itinerario del Estado nuevo. Mientras que en los asuntos de la filosofía jurídica y de Castán, las conclusiones de Fernández-Crehuet son las que mejor nos sitúan, con respecto al proyecto jurídico-político albergado en las páginas del semestral son los jóvenes García López y Castillo Ortiz quienes más certeramente lo disecionan, el primero ensayando una tesis tan arriesgada como convincente y

17 Ahora también traducida al alemán por Gabriele Rittig bajo el título *Ein Tag im Leben eines Gerichtspräsidenten: Kultur und Recht in Franco-Spanien*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2005.

el segundo acogíendose, con excelente redacción e inusual eficacia, al relato más convencional del aperturismo franquista de la década de los 1960.

Es en la tesis de García López donde se perciben las consecuencias políticas de los antecedentes culturales y filosóficos sentados por el coordinador: a su juicio, junto a la continuidad del derecho natural y del anticomunismo, desde mediados de los cincuenta resulta meridianamente patente el propósito de construir «el Estado a través del derecho privado» (p. 50), la decidida pretensión de «convertir el código civil en la Ley Fundamental de régimen» (p. 52). Esto significaba, evidentemente, que el derecho de propiedad privada continuaba gozando de buena salud en cuanto pilar del orden político¹⁸, pero, dada la intención compartida por los totalitarismos de cubrirse con un marchamo de legitimidad democrática¹⁹, y dada también la peculiaridad franquista de la «democracia orgánica», que solo permitía «participar en el Estado como miembro de una entidad colectiva» (p. 60), la perspectiva iusprivatista implicaba asimismo la relevancia capital de la familia como entidad natural y el consiguiente deseo, ya menos explícito pero con sólidos antecedentes históricos, de «construir el Estado nacional-católico como agregación de familias» (p. 52), familias todavía concebidas, por supuesto, al modo jerárquico y patriarcal.

Castillo Ortiz recoge el testigo temático, aunque modifica el enfoque, válido incluso para comprender la revisión legalista de la dictadura propuesta en sus estertores por Miguel Herrero de Miñón y basada en «una reforma del título preliminar del código civil» (p. 106). En el capítulo de Castillo, la clave interpretativa para examinar el Estado franquista en los años sesenta es el difícil encaje del discurso legitimador del régimen en el entorno internacional democrático. Como bien advierte el autor, seguir reclamando la misma clase de legitimidad y hacerlo con la misma beligerancia a esas alturas «hubiera supuesto» una actitud «en ocasiones cómica, y en otras, vista a la luz del terror de la II Guerra Mundial, dramática» (p. 69). Siendo entonces ya «la ‘Victoria’» más un lastre que un impulso (p. 77), la estrategia legitimadora alternativa que los juristas del régimen intentaron fabricar fue doble: se trataba, por un lado, de insistir en la lógica de los dos bloques enfrentados, colocándose la dictadura entre los integrantes del mundo libre opuesto al comunismo, y

18 Dato, por cierto, nada ajeno a las restantes dictaduras: Thorster KAISER, *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo*, Tübingen, Mohr, 2005.

19 Ya puesta de relieve por Pietro COSTA, «Lo ‘Stato totalitario’: un campo semántico nella giuspubblicistica del fascismo», *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), 61-174.

por otro, de encontrar puntos de conexión con los sistemas demoliberales que difuminasen la mácula de la ilegitimidad originaria. Así se comenzó a trabajar en una suerte de «*constitucionalismo* de Franco», en la presentación del régimen como un Estado «social de derecho» con su propia «normativa *constitucional*» coagulada en «las Leyes Fundamentales» convenientemente depuradas de expresiones totalitarias (p. 71). Tal cometido resultó, a juicio del autor, un intento tan cínico como estéril, pues «no hay constitucionalismo sin derechos» y ni mucho menos basta con la concepción legalista de «la arquitectura política del Estado» para comenzar a hablar de sistema constitucional y democrático (p. 80).

Resultando verosímil este cuadro global, ubicado «a medio camino entre la apertura y el cinismo» (p. 89), adolece sin embargo de alguna carencia. No llega a documentarse como quizá debiera esa propensión «constitucionalizadora» o «legalizadora» de la dictadura, que supuso el centro de la obra de un convencido franquista²⁰, pero que ya fue ensayada, no por casualidad, en los primeros años cuarenta por Luis del Valle Pascual, catedrático de derecho político procedente de la Restauración y colaborador del directorio primorriverista²¹. Si se hubiesen perseguido los antecedentes de esta concepción del Estado de derecho como régimen que protocoliza y formaliza las actuaciones del poder sin atender a los derechos, o colocándolos en todo caso bajo decisión de la ley ordinaria o de los mismos decretos gubernativos, no solo se hubiese averiguado que tampoco aquí inventaban nada los franquistas, contando como contaban con toda una tradición precedente inspirada en esas mismas concepciones estatistas, sino que se habría caído en la cuenta de la falsedad, o al menos del simplismo, de esas oposiciones indolentes y extendidas que se realizan entre una inexistente «tradición democrática liberal» (p. 79) y las dictaduras.

Unas contraposiciones cuya naturaleza historiográfica última estriba, a mi juicio, en una interpretación del pasado con las mismas claves con las que este se representó a sí mismo a despecho de lo que sucedía en la realidad, y que, por cierto, son puestas en tela de juicio con tanta oportunidad como severidad por el grueso de los restantes trabajos, que dejan bien patente la continuidad estructural entre el franquismo y un régimen liberal de propie-

²⁰ Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, *La Constitución española*, Madrid, Editora Nacional, 1969.

²¹ L. DEL VALLE PASCUAL, *Reformas introducidas en el Régimen político español actual*, Zaragoza, Atheneum, 1947.

dad privada, trabajo subordinado, familia patriarcal, derecho legal o codificado, participación política restringida y poder ejecutivo preponderante, pues tal era el sistema vigente en el siglo XIX que el franquismo decía negar y no ninguno de calidad democrática y respeto constitucional que solo sobrevino después de –y en buena medida a causa reactiva contra– los totalitarismos.

La transparencia de esta tesis tan ostensible como minoritaria, junto a la revelación de dos investigadores realmente prometedores, constituyen en mi opinión lo más valioso de un trabajo que queremos interpretar como un primer tanteo al que seguirá algún estudio sucesivo más sistemático y ambicioso, pues solo la inclusión en el examen de revistas como el *Anuario de Derecho penal* podrá servir de contraste para apreciar hasta qué punto ese apartamiento de los orígenes y esa apertura retórica descritos por Castillo convivían, en plena década de los sesenta, con la recuperación de la legislación represiva de la posguerra y la reaparición del fuero castrense para seguir combatiendo, como en tiempos de la ‘Cruzada’, a la ‘anti-España’.

IV. CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO
Y CRÍTICA ANTIDEMOCRÁTICA EN LA EUROPA DE ENTREGUERRAS

CAPÍTULO 13

CULTURA CONSTITUCIONAL REPUBLICANA¹

I. ¿UNA GUERRA CIVIL DE TREINTA AÑOS?

La historiografía social y política de corte generalista suele adolecer de una deficiencia notoria: entretenida en recopilar cuantos más hechos mejor y en relatarlos del modo más efectista posible, deja en ocasiones de lado los factores estructurales del desenvolvimiento histórico. Suele así mezclar esferas de la acción humana que se encuentran instituidas según reglas y lógicas privativas e intransferibles. En un mismo estudio se relatan las decisiones de un político, se determinan los niveles de producción agrícola, se identifican las principales corrientes artísticas y literarias y se parafrasea la estructura normativa del Estado, para con todo ello intentar suministrar un cuadro completo y sintético del periodo analizado.

Debido a esta indiferenciación entre los diversos planos en los que se desenvuelve y articula lo social, y a su pretendida exposición literariamente atractiva, se suele renunciar a la indispensable tarea de reducir la complejidad de los fenómenos estudiados, destilándolos en categorías, tipos ideales o marcos hermenéuticos que sirvan para dilucidar el periodo y los acontecimientos examinados, pero que también cumplan una función heurística que permita iluminar investigaciones ulteriores sobre el mismo intervalo y asunto o, por contraste, sobre lapsos temporales diferentes y acontecimientos análogos.

Estas carencias, evidentes para una historiografía connotada por su especialidad², como lo es la jurídica, se hacen demasiado ostensibles en los es-

1 Recensión de Kathrin GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, publicada originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 41 (2012), 779-796.

2 «Pensaba y pienso que una historiografía generalista, sin especialización de materia, no tiene sentido [...] Aceptar las pretensiones de una historiografía general sin especialidad sería como si aceptásemos la de una ciencia generalista y única, sin especialidades, para la prospección del presente, algo así como las pretensiones de la sociología europea en sus comienzos decimonónicos». Son palabras de Bartolomé Clavero en la entrevista que, entre otros profesores, le realizó Ivan de Andrade Vellasco, publicada en la *Revista Brasileira de História*, 31, num. 62 (2011).

tudios sobre el periodo de entreguerras, hasta el punto de que historiadores progresistas concluyen por legitimar un relato sobre aquel tiempo que conduce fatalmente a ratificar desde el presente, como desembocadura inevitable, las dictaduras fascistas.

Creo que en los estudios del periodo de entreguerras que no cuentan con una vocación jurídica e institucional suelen cristalizar ambos defectos: la indiferenciación de esferas de la acción humana propia de la historia política y social y el hallazgo de mecanismos explicativos eficaces desde el punto de vista literario, pero sumamente deficientes para una exigencia analítica media.

Si no su acuñador, Eric Hobsbawm ha sido, desde luego, el principal difusor de la idea según la cual en 1914 la historia se adentró en un período de «31 años de guerra mundial»³. Reproduciendo este marco cognitivo, podemos así tropezar con el famoso hispanista Paul Preston calificando al periodo de entreguerras como «guerra civil europea»⁴, o a otros autores, de notable proyección, titulando trabajos de síntesis con el muy expresivo lema de *Europa contra Europa*⁵.

Como es bien sabido, no solo desde la historiografía progresista se ha recurrido a este marco interpretativo, que al fin y al cabo no hace sino vulgarizar el principio de la lucha de clases como motor de la historia. También desde el ala conservadora se ha concebido aquella época como una «guerra civil europea» donde las partes contendientes, se entiende que representativas, ambas, de las aspiraciones de todo el conjunto de la sociedad, fueron «el comunismo

3 Eric HOBSBAWN, *Historia del siglo XX, 1914-1991*, Barcelona, Crítica, 2007, 30. Es la traducción al castellano de su *Age of Extremes*, ya elocuente entonces desde su propio título.

4 Paul PRESTON, «La guerra civil europea, 1914-1945», en Ismael Saz Campos y María Cruz Romeo Mateo, *El siglo xx: historiografía e historia*, Universitat de València, 2002, 137-166.

5 Julián CASANOVA, *Europa contra Europa, 1914-1945*, Barcelona, Crítica, 2011. A pesar de la elección del título, su autor rechaza la tesis conservadora –de cuyo autor trataremos a continuación– de la «guerra civil europea» por considerarla «poco útil al dejar de lado otros fenómenos que dominaron el escenario europeo», entre los que señala «la crisis de la democracia liberal, de la política parlamentaria, del gobierno de la ley y de los derechos civiles» (p. 156), como si el periodo de entreguerras encarnase la esforzada, pero inútil, continuación del Estado liberal decimonónico, y como si la asunción de la tesis 'bebelicista' no permitiese explicar esa cadena de crisis. Consúltese asimismo Enzo TRAVERSO, *A sangre y fuego: de la guerra civil europea*, Universitat de València, 2009.

y el nacionalsocialismo»⁶. Según suele acontecer, debido a su más descarnado realismo, será en esta exposición conservadora donde aparezcan cristalina-mente reflejados los objetivos o consecuencias políticas a los que este relato, probablemente de manera inevitable, conduce.

En efecto, si de una guerra se trataba, no habían de regir sino las reglas mismas de las conflagraciones, y la victoria habría de decidirla la habilidad para generar adhesiones, la capacidad para desplegar tácticas militares eficientes y, en definitiva, la mejor aptitud para defender las propias posiciones y conducir al enemigo a la derrota. Incluso se podría alegar, como de hecho se hizo por entonces, que el triunfo, en definitiva, venía a patentizar la adecuación del bando vencedor –esto es, los fascismos, para el periodo que va desde 1933 en adelante, con el importante precedente italiano y portugués– a la fisonomía natural de la comunidad, a la complexión inmutable de la nación, a la misma naturaleza humana o hasta al destino marcado por la «Providencia».

Al colocar el periodo que va de 1917 a 1936 (para España) o 1939 (para el resto de Europa) solo en el plano de la confrontación, se le reduce a un antagonismo sustancial que no tenía más remedio que resolverse por el veredicto de las armas. Al entenderlo en términos exclusivamente bélicos, primando con ello lo cultural y lo social sobre lo institucional, se llega entonces a la conclusión de que una de las partes, la comunista o izquierdista, contaba con unas aspiraciones inaceptables y antinaturales⁷, que no podían sino resultar *causus belli* para la otra, la burguesa y propietaria, degradada por culpa de ese ataque a su patología fascista o totalitaria, paroxismo transitorio y despreciable, pero al fin y al cabo comprensible, pues se desencadenó como legítima estrategia defensiva, como una suerte de anticuerpo destinado a disolverse una vez erradicada la pasajera enajenación producida por la ideología utópica.

La parte postergada, cuando no silenciada, de esta exposición es justamente la institucional y jurídica, la causante, en realidad, debido a su propensión transformadora⁸, de la desproporcionada y mezquina reacción de

6 Ernst NOLTE, *La guerra civil europea 1917-1945: nacionalsocialismo y bolchevismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997. Para su difusión en España, José Luis COMELLAS, *La guerra civil europea (1914-1945)*, Madrid, Rialp, 2010.

7 «La gran dificultad en nuestros problemas públicos es que algunos hombres pretenden imponer remedios que otros hombres contemplarían como la peor de las enfermedades», decía Gilbert Keith Chesterton de su época, e implícitamente del socialismo, en *Lo que está mal en el mundo* (1910), Barcelona, Acantilado, 2008, 15.

8 «Fue contra las actuaciones de reforma [de la II República], y no contra la inexis-

los sectores sociales que, en un principio, se ampararon en las escuadras fascistas⁹, nacionalsocialistas y falangistas¹⁰, aunque después, horrorizados ante la violencia desatada o incluso víctimas potenciales de ella, algunos de sus miembros pudieran comenzar a distanciarse de la criatura que habían engendrado. La presencia social del comunismo, tal y como arrojaban una y otra vez los resultados electorales, podía ser minúscula si se comparaba con la voluntad mayoritaria¹¹, que se decantaba más bien por el socialismo democrático y reformista o por un centro católico o un liberalismo democrático, republicano y progresista no del todo alérgicos a las reformas institucionales en pro de la justicia social o a favor, en suma, de una negociación competitiva más justa entre capital y trabajo. Y, si en algún momento del periodo, las fuerzas abiertamente antiparlamentarias obtuvieron resultados notables, dicho logro resulta indisociable no solo de la coyuntura de crisis, sino también de la coacción y la violencia que con sus atentados ejercieron sobre los votantes.

Teniendo este dato presente, el objetivo de aquella «guerra» fue más bien asaltar de modo terrorista el poder que derribar a los enemigos comunistas, dramática y torpemente derrotados ya desde el comienzo de cada proceso constituyente tras la conflagración mundial. No se trataba sino de acabar con un Estado social y democrático de derecho –esencialmente diverso del Estado liberal, y por lo general monárquico, de anteguerra–, entre cuyas prin-

tente amenaza del bolchevismo, que se sublevaron los militares, con la ayuda de terratenientes y el apoyo de la Iglesia», afirma en un artículo titulado *17 de julio*, Josep Fontana, en *Público*, 19-VII-2011, denunciando con datos en otro posterior –*La naturaleza de la violencia*– la inmoralidad inherente de esa visión, hoy predominante en los medios publicados, que entiende la guerra civil española como «consecuencia de dos violencias enfrentadas» (*Público*, 11-XI-2011).

9 «La ofensiva antiproletaria del *squadrismo*, conducida al calor de la defensa de la nación y de la propiedad [...] consintió al fascismo acreditarse como defensor de la burguesía productiva y de las clases medias», Emilio GENTILE, «El fascismo. Perfil histórico», en Id., *Fascismo. Historia e interpretación*, Madrid, Alianza, 2004, 29. [A este respecto, se extraen las mismas conclusiones de la mejor presentación de conjunto que conozco a día de hoy: Paolo Nello, *Storia dell'Italia fascista, 1922-1943*, Bologna, Il Mulino, 2020, 45.]

10 Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *Contrarrevolucionarios: radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República*, Madrid, Alianza, 2011.

11 En torno al 15% como máximo de los sufragios tanto en Alemania como en España: v. Javier TUSELL, *Las elecciones del Frente Popular en España*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1971, 2 vols.; José Ramón Díez ESPINOSA, *Sociedad y cultura en la República de Weimar: el fracaso de una ilusión*, Universidad de Valladolid, 1996.

cipales misiones figuraba la de mitigar la discrepancia entre las clases con políticas redistributivas que empoderasen al trabajador y produjesen cierta homogeneidad económica como condición necesaria para la paz social y la vigencia del derecho.

La guerra, en todo caso, se libró entre los defensores de programas totalitarios y antidemocráticos con la misma democracia constitucional –mucho más que liberal–. Y no fue sino la primera formulación positiva de esta lo que, desde un punto de vista jurídico-político, caracterizó al periodo que nos ocupa en su fase pluralista y no autoritaria. Muy mal se comprende dicho tramo de la historia, por tanto, si no se coloca en su epicentro, y se le atribuye una relevancia fundamental, al plano de la construcción del Estado mediante constituciones con vocación normativa, leyes reformistas e instituciones transformadoras de un orden jurídico tradicional heredado, y antes planteado como natural, basado en la propiedad privada, la libertad contractual y el patriarcalismo.

Es ahí, en ese reformismo progresista y socialista llevado a cabo con constituciones, leyes y nuevos institutos jurídicos, mas no en la guerra entre comunismo y fascismo, donde para bien y para mal radica la sustancia política del intervalo de entreguerras en su fase democrática. Para bien, porque resulta tergiversador –aunque comprensible para una historiografía solo sociopolítica– concebir aquel periodo solo por la negación violenta del adversario, sin atender a su parte propositiva, de intento (frustrado) de construir un modelo político integrador, conformado de procedimientos inclusivos –del parlamentarismo pluripartidista a la concertación laboral– que superasen las carencias evidentes –por tratarse de dispositivos excluyentes y segregadores– del oligárquico Estado liberal de derecho. Y para mal, porque su mismo fracaso muestra una evidencia difícilmente asimilable, esto es, cómo la transformación estructural de la sociedad a través de medios racionales como el derecho constitucional resulta claramente insuficiente, pues, como advierte la indicación materialista, la estructura jurídica de una sociedad responde en buena parte a la correlación de fuerzas vigente, y es por alterar sustancialmente ésta por donde debe comenzar a construirse el edificio institucional.

II. RELEVANCIA HISTORIOGRÁFICA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DEMOCRÁTICO

En cualquier caso, lo que a nuestros efectos interesa es apuntar la desproporción existente entre panoramas historiográficos generales sobre el perio-

do de entreguerras, o acerca de sus variantes nacionales, y exposiciones que atiendan en exclusiva a su dimensión estatal o, si se prefiere, jurídico-institucional, sin limitarse a la paráfrasis de la legislación más célebre, sino con descenso incluido a la letra pequeña del Estado (decretos, órdenes), a la jurisprudencia y a la praxis administrativa. De hecho, en lo que hace a la II República española, mientras que existen ya decenas de exposiciones historiográficas generalistas, está todavía por hacer su historia estrictamente estatal¹².

Más interés se ha prestado, en cambio, al aspecto intelectual de aquella época. Por lo que concierne a la historia del derecho no faltan obras que atiendan al atrayente pensamiento jurídico producido en aquel entonces. La explicación de esta inflación literaria acaso sea sencilla: fue en aquel momento, académicamente denominado como «Laboratorio Weimar», cuando puede afirmarse que emergió, con sus tensiones características, el pensamiento político-constitucional moderno. El dilema entre legalidad y legitimidad, las disyuntivas provocadas por la irrupción política de las masas, los desafíos marcados por la democratización del poder, los efectos producidos en el terreno estatal por la concentración internacional del capital o el papel de los medios de comunicación masivos en la política fueron algunas de las cuestiones que centraron el intenso debate mantenido entre los publicistas de la época y que, de un modo u otro, todavía gozan de cierta actualidad.

Ahora bien, la monografía aquí presentada tiene la virtud de, entre todo aquel complejo y denso entrecruce de ideas, rescatar justo la parte que tenía

12 Entre las exposiciones generalistas, cabe citar desde la clásica de Ramón TAMAMES, *La República. La era de Franco*, Madrid, Alfaguara, 1973, o de Manuel TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XX, II: De la Segunda República a la Guerra Civil (1931-1936)*, Barcelona, Laia, 1977², a las más recientes de Julio GIL PECHARROMÁN, *Historia de la Segunda República Española (1931-1936)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, Julián CASANOVA, *República y guerra civil*, Barcelona, Crítica-Marcial Pons, 2007 (vol. 8 de la *Historia de España* de las citadas editoriales) y Luis ÍÑIGO FERNÁNDEZ, *Breve historia de la Segunda República española*, Madrid, Nowtilus, 2010. No existen, sin embargo, intentos comparables de tono jurídico e institucional. Hay que reconocer en este sentido el valor de los estudios pioneros del constitucionalista Manuel RAMÍREZ, *Las reformas de la II República*, Madrid, Túcar, 1974, de la monografía de José Manuel CANALES ALIENDE, *La Administración de la Segunda República: la organización central del Estado*, Madrid, INAP, 1986, o de esfuerzos colectivos como el plasmado en el volumen *Las reformas administrativas de la II República*, Madrid, INAP, 2009. Yo, por mi parte, traté de ofrecer una apretada síntesis del asunto en una buena ocasión: «Lo Stato nella Spagna degli anni Trenta: dalla Costituzione repubblicana alla dittatura franchista», en Guido MELIS (ed.), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, 71-91.

como misión fundamentar teóricamente la democracia parlamentaria y constitucional y defenderla frente a sus enemigos. Teniendo presente las críticas formuladas al inicio, un primer valor del texto que reseñamos radicaría justamente ahí, en la selección del asunto del pensamiento democrático, el cual, desde una perspectiva intelectual, pone de relieve que, en el ámbito material, junto a la confrontación, también se dio un noble, valioso y nada minoritario intento de construir una auténtica democracia. Una tentativa que no podía sino implicar un reto para la reflexión teórico-política y producir una variedad de concepciones acerca de qué significaba la democracia y cómo había de institucionalizarse.

El libro que nos ocupa, edición del *Habilitationsschrift* de su autora Kathrin Groh, aborda precisamente esa variedad de nociones que acerca de la democracia circuló en el tiempo de la fundación de la democracia misma. Y lo hace con la finalidad de contrapesar cierta preferencia científica por el asunto opuesto, el del *antidemokratische Denken* de la época de entreguerras¹³, y partiendo del postulado sugerido, a saber, que el pensamiento democrático del periodo no puede considerarse un «bloque monolítico», aunque sí quepa excluir de él a la doctrina nacionalista y autoritaria que se presentaba como la última expresión de la democracia, pues, con su concepto homogéneo, excluyente e incluso etnicista de la colectividad nacional no cumple el requisito básico del pensamiento democrático: partir de los «intereses plurales y heterogéneos» que siempre conforman una sociedad moderna.

Para exponer su problemática, Kathrin Groh, discípula de Christoph Gusy¹⁴, se centra en el minucioso análisis de la obra de cinco constitucionalistas demócratas («die 'Big Five'», según su propia expresión): Hugo Preuß, autor fundamental para comprender los propósitos constituyentes de Weimar; Gerhard Anschütz, que trató de conciliar la teoría estatal tradicional con el nuevo constitucionalismo; Richard Thoma, defensor del parlamentarismo desde posiciones positivistas y republicanistas; Hans Kelsen, quien de modo perdurable vinculó la democracia con el relativismo moral; y Hermann Heller, autor de una concepción agonística y competitiva de la democracia, con-

13 De hecho, este libro podría comprenderse como una suerte de contrafaz del clásico de Kurt SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, DTV, 1983².

14 Uno de los mayores expertos en el régimen constitucional de Weimar –*Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997– y de la suerte en él de la democracia parlamentaria –*Demokratie in der Krise: Europa in der Zwischenkriegszeit*, Baden-Baden, Nomos, 2008, esta vez como editor–.

frontada con el binomio amigo-enemigo, que tiene hoy en Chantal Mouffe a su mejor exponente¹⁵.

De esta elección acaso pudieran derivarse las principales carencias de la investigación. De hecho, en su elenco de constitucionalistas alemanes democratas¹⁶, aunque son todos los que están, no están todos los que son, faltando precisamente el examen de la obra sobre el particular que, junto a la de Kelsen de 1920 *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, mayor difusión tuvo en la Europa de los años treinta. No me refiero sino a *La démocratie. Essai sociologique, juridique et de politique morale* de Rudolf Laun, publicada en francés en 1933, que partía precisamente de la necesaria pluralidad de concepciones democráticas, y a la que además cabría añadir el voluminoso estudio del mismo autor, editado ya en el exilio, *Staat und Volk*¹⁷.

Por otro lado, no deja de ser arriesgado abordar la obra y trayectoria de unos autores que, en su mayoría, han sido ya examinados hasta la extenuación, tanto en exposiciones de conjunto¹⁸ como en recorridos individualizados¹⁹. La autora, de hecho, es perfectamente consciente de ello, y así lo indica

15 Ch. MOUFFE, *En torno a lo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

16 Que, de modo colateral, y para la parte sistemática, también incluye a Gustav Radbruch, Leo Wittmayer y Hans Nawiasky.

17 Recuperado por *Scientia Verlag* en 1971, aunque escrito en 1935, con el completo título *Staat und Volk. Eine völkerrechtliche und staatsrechtliche Untersuchung auf philosophischer Grundlage*. Sobre este significativo –aunque por lo general ignorado– autor, véase el reciente estudio de Rainer BISKUP, *Rudolf Laun (1882-1975). Staatsrechtslehrer zwischen Republik und Diktatur*, Hamburg, ConferencePoint, 2010.

18 No puede sino comenzar citándose el volumen de Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Staats- und verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München, Beck, 1999. Puede verse también el panorama presentado por Peter UNRUH, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004. Y en castellano, desde una perspectiva más biográfica, se cuenta con FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

19 Hugo Preuß ha sido estudiado por Detlef LEHNERT, *Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft: politisches Denken, öffentliches Recht und Geschichtsdeutungen bei Hugo Preuß*, Baden-Baden, Nomos, 1998 y Sandro MEZZADRA, *La Costituzione del sociale: il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, Il Mulino, 1999. Richard Thoma por Hans-Dieter RATH, *Positivismus und Demokratie: Richard Thoma (1874-1957)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981 y Oliver JOUANJAN, «Un positiviste dans la crise: Richard Thoma», en Jean-François Kervégan (ed.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS, 2002, 13-53. De Hermann Heller cabe

desde la primera página. Sin embargo, en este particular, debe reconocérsele el mérito de haber escapado a la simple reiteración fragmentaria de interpretaciones anteriores a través de una economía expositiva de vocación sistemática y comparativa, que intenta trascender la obra y las opiniones de cada autor individualmente considerado para llegar, y hacer aflorar ante el lector, el campo discursivo, con sus tensiones y polémicas, en el interior del cual resultaba pensada la problemática de la democracia, como un asunto estrictamente teórico y controvertido, con sus propias modulaciones metodológicas, pero también como un particular vinculado indisociablemente a la praxis del propio régimen constitucional de Weimar²⁰.

III. PREUß, ANSCHÜTZ, THOMA

La obra no descuida en absoluto el examen individualizado de cada uno de los autores, al que dedica la primera de sus partes. Así, su semblanza de Hugo Preuß nos presenta a un profesor y político forjado en la cultura jurídica del *Kaiserreich*, cuando las categorías fundamentales de la teoría del Estado procedían de la obra positivista de Laband, pero también de la contrapropuesta integral formulada por Gierke. Acogerse al organicismo de este último autor, incorporándole tesis evolucionistas y marxistas y negando la identidad que marcaba entre el pueblo y el Estado, y construir con ello un neocorporativismo funcional a las exigencias democráticas, he ahí una de las trazas identificativas del pensamiento político de este «elocuente defensor de la República».

Con la trayectoria de Preuß se constata así cómo los autores progresistas activos en tiempos de preguerra solían inscribirse en la tradición orgánica, campo posteriormente colonizado por conservadores y antidemócratas que, a

destacar el indispensable libro coral editado por Christoph MÜLLER e Ilse STAFF, *Der soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller, 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos, 1984. Y de Kelsen, ciñéndonos en exclusiva a su teoría de la democracia, destacan Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1990² y Sara LAGI, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes 'De la Esencia y Valor de la Democracia'*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

²⁰ Quizá este intento de vocación sistemática sea lo que despierte la simpatía del reseñador, quien en *El derecho político de la II República*, Madrid, Dykinson, 2011, bajo el epígrafe «La racionalidad jurídico-política republicana», CXLVIII-CLXXX, intentaba trascender la obra de los constitucionalistas republicanos estudiados para hallar una suerte de mentalidad jurídica compartida.

finis del siglo XIX, servía para denunciar el divorcio entre el Estado entendido como «persona jurídica» abstracta y las comunidades sobre las que ejercía su autoridad. Concebir así el Estado como una *reale Vebandsperson* no era sino un modo de oponerse al *Obrigkeitsstaat* que entonces oprimía a una *Untertanengesellschaft*.

Además, la materia social que, según los objetivos de esta teoría, habría de vivificar a las mecánicas y autoritarias instituciones estatales no sería la propia de la sociedad individualista, «inorgánica» y competitiva de los liberales manchesterianos, que ya fungía como base despolitizada del Estado autoritario, sino el *Volk als politischem Zustand der Gesellschaft*. Ahora bien, el *Volksstaat* resultante, propuesta distintiva de Preuß, no debe entonces confundirse con el Estado popular de los futuros nacionalsocialistas, pues en su caso se hallaba «marcado por la autoadministración y la activa cooperación» entre las comunidades como vía para la construcción del Estado y no por su integración vertical forzosa en una estructura autoritaria, como ocurrirá después en el III Reich.

Lo decisivo para entender el tránsito del pensamiento de Preuß de la Monarquía a la República es tener presente el carácter normativo de su planteamiento, la apelación a la responsabilidad civil que le era inherente, ya que sin una consciente preocupación y una comprometida voluntad de cooperar en la construcción común del Estado los mismos supuestos del *Volksstaat* se derrumbaban. Como afirma Groh, «el contenido y fin de la República democrática era para Preuß» la concurrencia de «todos los factores políticos» para el «común cuidado del Estado», y es que estaba convencido de que la estabilidad y solidez del Estado democrático no podía fiarse tan solo «al derecho constitucional formal», dependiendo mucho más de las «vitales energías políticas del pueblo».

Si tales eran las convicciones republicanas de Preuß, y si en buena parte la confección de la *republikanische Reichsverfassung* de 1919 se debió a sus buenos oficios, se comprende entonces que uno de los elementos determinantes de esta norma fundamental fuese la deliberada atribución a los grupos sociales (de naturaleza principalmente económica) de la responsabilidad de construir, con su cooperación responsable, una comunidad política ordenada.

No menos ilustrativa fue la parábola experimentada por Anschütz. Ins-truido en la misma cultura jurídica que Preuß, prosiguió –a diferencia de éste– la tradición positivista de Gerber y Laband, aquella que ordenaba a la teoría del Estado operar solo sobre «la base del derecho válido», extirpando

de su reflexión todo contenido ético o político. Sin embargo, Anschütz, como otros tantos, acató este mandato escolástico con ciertas reservas, pues el momento de crisis finisecular empujaba a los seguidores del positivismo a buscar respuestas en otros enfoques metodológicos a la «tensa relación entre norma y realidad» característica del tardo-liberalismo. Su viraje, interno al modelo positivista, consistió en centrar la atención en la praxis institucional del orden constitucional, en la particularidad histórico-política, y en la dinámica y funcionamiento efectivos, de las reglas y las instituciones constitucionales.

Con esta orientación pragmática se hacían bien patentes las fuerzas políticas que subyacían a la génesis y a la práctica rutinaria del derecho constitucional. Pero eso no debía conducir a la politización del discurso jurídico, tan temida por el positivismo. De hecho, con su «concepción teleológica del derecho político» y su proverbial atención a los textos normativos, Anschütz era de los autores menos «politizados» del campo de los constitucionalistas durante la República, aunque su propósito de erigir al teórico del Estado en «intérprete auténtico» de la praxis y la literalidad constitucional no estuviese liberado de connotaciones políticas.

Su «positivismo moderado» –por aderezado de referencias teleológicas, históricas y políticas– se asociaba con su «concepto clásico del Estado», invariable entre Monarquía y República. Alérgico a toda disquisición metafísica, Anschütz siempre lo concibió como «persona jurídica de derecho público, compuesta de los tres elementos» tradicionales –autoridad, territorio y población– y ajena a las categorías contractualistas e iusnaturalistas, a las que despreciaba como «falsas doctrinas». ¿En qué sentido, pues, esta aproximación tan tradicional se convirtió en una de las líneas defensivas de la democracia republicana? ¿Cómo un enfoque propio del tiempo autoritario del *Kaiserreich*, según el cual los órganos públicos actualizaban la «voluntad del Estado», mas no la «voluntad popular», podía legitimar el constitucionalismo democrático?

La autora nos lo indica: a través de la afirmación del parlamento como pieza fundamental del poder del Estado y como órgano representativo destinado a asegurar, con su legislación, los derechos subjetivos. Así, la idoneidad históricamente demostrada del gobierno parlamentario y el valor de las libertades individuales, no como principios anteriores al Estado, sino como derivaciones y garantías de su poder, hicieron que la teoría liberal de Anschütz transitase sin demasiados escollos del II Reich a la República.

De todos modos, algunas inflexiones de importancia experimentó el autor

natural de Halle. La Gran Guerra, y el tremendo sacrificio popular sufrido por su causa, traducido en muchas ocasiones en nuevos deberes asumidos por la población, le hizo reparar en que «el derecho del pueblo a la participación en su Estado» no tenía por qué basarse exclusivamente en filosofías iusnaturalistas de la libertad, ni por qué constituir un asunto abstracto de justicia. Por el contrario, una experiencia asociada más bien a la razón de Estado había demostrado que se trataba de un hecho político que tenía además como consecuencia el reforzamiento del poder estatal.

La presencia y relevancia políticas del pueblo componían, a su juicio, la principal lección que un constitucionalista podía extraer del período bélico. Y esa lección debía tenerse muy presente para planear el futuro inmediato de la Alemania derrotada. «El punto principal», por tanto, fue que Anschütz, identificó en «la democratización y parlamentarización del Reich» los medios más propicios para canalizar esa necesaria presencia política del pueblo, que, en su opinión, al igual que había sucedido durante la guerra, garantizaría el restablecimiento de un Estado sólido.

Anschütz vinculó así parlamentarización y democratización. Tras la parlamentarización del Reich se encontraba a su juicio una idea democrática de la institución estatal, la que subrayaba «la unidad del Estado y del pueblo participativo», identificada con la divisa *Der Staat, das sind wir*. Las apariencias no deben confundirnos. Por mucho que comenzase a defender la «autodeterminación del pueblo», seguía sin concebir el Estado como una «construcción comunitaria» realizada «de abajo a arriba» y basada en el autogobierno y la libre cooperación de las comunidades, tal y como sí lo hacía, según sabemos, Hugo Preuß. La mediación del pueblo seguía cumpliendo para él la más alta misión del «engrandecimiento del poder» del Estado. La cuestión es que para lograr cumplir satisfactoriamente este objetivo su libertad política debía ser garantizada, pues solo la protección y goce de dicha libertad podían despertar en los individuos su sentido de la ciudadanía, la confianza y la responsabilidad indispensables para sentirse miembros y copartícipes de su Estado.

De este modo se conciliaban en su reflexión la garantía de la libertad política y la defensa de un Estado fuerte. «Los ajustes democráticos como medio para el fin del reforzamiento del poder estatal, esa era la idea fundamental», recordaría en sus memorias. La democracia era la condición para salvar y fortalecer el Estado, y solo un Estado lo suficientemente consolidado podía garantizar las libertades democráticas, tal era la convicción de Anschütz en el momento constituyente de posguerra y tal es el motivo de su clara inclinación

republicana. Lo distintivo de su defensa del régimen de Weimar fue señalar, por un lado, la racionalidad del derecho positivo como condición imprescindible de la democracia, y por otro, la necesidad de que los procedimientos democráticos persiguiesen la «afirmación estatal» y la «unidad nacional». Lo relevante, a nuestros sintéticos efectos, es comprobar cómo pudo transitar desde posiciones positivistas tradicionales a una defensa meditada y constructiva de la República.

Distinta fue la vía seguida por Richard Thoma, última que ejemplificaremos como muestra del contenido más biográfico del libro de Groh. Estamos ante un exponente singular de una generación intermedia, forjada con la constatación de las deficiencias estructurales del *Kaiserreich* y colocada entre la instruida en la atmósfera cultural de la Alemania Guillermina (representada por Preuß y Anschütz) y la formada directamente en el periodo de entreguerras (Heller). Estamos también –junto a Heller, futuro miembro del SPD– ante un profesor de militancia política activa, concretamente en el *Deutsche Demokratische Partei*, uno de los tres partidos que formaron la coalición que fundó y apoyó el régimen constitucional de Weimar. Y estamos, por último, frente al autor de una de las teorías del Estado «más interesantes y elaboradas» de aquel tiempo, a juicio de la autora.

Este interés radica en la precisión de sus argumentaciones, en su depuración técnica y metodológica, en una calidad científica que convierte sus planteamientos en actuales. Aunque se reconociese continuador del positivismo tradicional, sus postulados jurídico-políticos son bastante más complejos, al inspirarse en la sociología –entonces llamada por algunos *Wirklichkeitswissenschaft*–, en la historia y la comparación jurídicas y en consideraciones filosófico-políticas.

Atribuía a la teoría del Estado la misión de inscribir el derecho constitucional positivo en la vida política efectiva, de referirlo a su contexto social y político. Orientado metodológicamente por la «sociología comprensiva» de Max Weber, y de un modo similar a Jellinek y Heller, también Richard Thoma trató de compenetrar dialécticamente, en su comprensión del Estado y del derecho, las dimensiones de la realidad y de la norma, subrayando «la fuerza fáctica de lo normativo y la fuerza normativa de lo fáctico».

Con ello se colocaba, efectivamente, en la línea de pensamiento más atractiva del momento, según el parecer de quien suscribe. Con tal enfoque se prevenían o rechazaban, por un lado, los maximalismos irrealistas que, en una muestra de estéril voluntarismo, no tenían presente en sus proyectos jurí-

dicos la correlación real de fuerzas, y por otro lado, el ontologismo antide-mocrático, que oponía al derecho constitucional republicano una suerte de comunidad natural inquebrantable, imposible de alterar (aunque susceptible de ser provocada) por medio de un derecho racional.

En términos metodológicos, estas premisas implicaban enriquecer la fría dogmática con disquisiciones teleológicas, encargadas de dilucidar las funciones que desempeñan, o habrían de desplegar, las instituciones jurídicas en la realidad. Es aquí donde se aprecia la distancia entre los criterios neokantianos y los realmente adoptados por Thoma. A juicio de este último, al jurista le competaría también formular juicios de valor, racionalmente fundados y de naturaleza política, sobre las normas y las instituciones jurídicas. La cientificidad del derecho no radicaría entonces en la proscripción de dichos juicios de valor, como Kelsen pretendió, sino en su transparente visibilidad, en la explicitación por el teórico del derecho de los criterios y fines que los animan. De este modo, «lo *Político*» quedaba también integrado en la «dogmática jurídica», según la reflexión de Thoma.

Pero, ¿cómo se adecuaba ésta al sistema constitucional de Weimar? La importancia concedida a la «interpretación de los textos normativos» propia del positivismo que profesaba ya suponía, en cierto modo, un acatamiento del «espíritu de la Constitución» y de la «voluntad del constituyente», pues de ellos había que extraer los principios interpretativos de los preceptos constitucionales y, aún más, los axiomas que debían regir la praxis político-constitucional. Pero no solo su metodología positivista resultaba funcional al nuevo régimen. También lo eran su teoría del Estado y su noción de la democracia.

En el primer aspecto, destaca la autora su tentativa weberiana de articular un «concepto moderno del Estado» a través de una concepción «comprensiva» del mismo. ¿Qué quiere decir esto? Básicamente, trascender de forma dialéctica la dualidad que Jellinek había propuesto para construir la teoría estatal, al distinguir entre la dimensión sociológica y la jurídica del Estado como si de planos indisolubles se tratase. Como se ha dicho, se trataba de compenetrar las esferas del ser y del deber ser, empleando para ello las disciplinas científicas adecuadas (dogmática jurídica, sociología, filosofía). Así se evitaba la unilateral identificación entre el Estado y su ordenamiento jurídico, aunque éste resultara integrado en el análisis en cuanto aspecto fundamental de la realidad estatal. Y con ello se daba también cabida a un «concepto realista del Estado» en tanto que «corporación jurídica», concepto atendido pulcra-mente a su dimensión jurídico-política y capaz de esclarecer la organización

y legitimidad de su poder y de evidenciar la trama de relaciones jurídicas y de voluntad en que se sustenta y cuya seguridad tiene como misión garantizar.

Thoma modernizó así la vetusta noción del Estado como *juristische Person*, entendiéndola no solo como «unidad inclusiva» de «las acciones de sus órganos», sino también como entidad asociativa e igualitaria basada en –y actualizada por– los comportamientos y acciones de los hombres. De este modo, la voluntad del Estado, más que derivar del plano abstracto y formalista de su arquitectura orgánica, se conformaba en el terreno social, algo que aproximaba ya su teoría estatal a determinadas posiciones liberales.

Y democráticas. En el entendido de que, para Thoma, la democracia era en la Alemania de 1918 el «verdadero principio conservador», opuesto a los «privilegios del nacimiento y del dinero» y, por tal motivo, impulsor de una política nacional. Al igual que Anschütz, Thoma resaltaba el momento de unidad y confluencia que la democracia había de suponer y propiciar, su capacidad para transmutar los antagonismos y diferencias en una voluntad unitaria: la nacional, justamente. Como buen liberal positivista y realista, adjudicaba a la ciencia jurídica el cometido de descifrar y racionalizar los canales jurídicos e institucionales que hacían posible tal convergencia, desde el derecho de sufragio al principio de la representación, pero también los presupuestos sociales que posibilitaban la existencia de un Estado democrático, del vigor de un «sistema de creencias generalizado» al consentimiento de las minorías.

Según se ha indicado, nuestro libro también expone las más conocidas trayectorias de Kelsen y de Heller. Nos exoneramos de su síntesis, pues ya cuenta el lector con sobrados antecedentes de lo que encontrará de tono más biográfico en el volumen que nos ocupa. No obstante, el mérito principal de éste reside no tanto en su exposición de trayectorias singulares cuanto en su intento de exposición sistemática, y a ella, por consiguiente, han de ir dedicadas las últimas palabras de esta nota de lectura.

IV. DEBATES EN TORNO A LA PRÁCTICA DE LA DEMOCRACIA

Para articular esa distribución ordenada de las ideas, Groh localiza cinco nudos fundamentales en el debate intelectual de entreguerras en torno a la democracia y su aplicación práctica. Me refiero a las relaciones entre la democracia y la autoridad, al estatuto del «Estado de partidos» por entonces fundado, al pluralismo asociativo característico del momento, a los dilemas del gobierno parlamentario y a la los derechos fundamentales y sus posibles

fricciones con el ejercicio democrático del poder. Por último, la autora añade como corolario un bloque dedicado al espacio dejado a la democracia en la teoría más estrictamente constitucional de los tiempos de Weimar.

En el primero de los aspectos, los cinco juristas que sirven a Groh de guía se opusieron, de un modo u otro, a las concepciones elitistas y carismáticas de la autoridad política. Si para Thoma las teorías que atribuyen la dirección de «la masa irracional» a la élite ilustrada no amparaban sino una distribución oligárquica del poder, para Heller y para Kelsen el culto al líder carismático era una traza propia de dictaduras, como mostraba el caso fascista y por mucho que Schmitt o Leibholz pretendiesen hacer pasar la «identidad» representativa entre el líder y la nación como el culmen material de la democracia.

No era menor el acuerdo de fondo en torno a la aceptación del pluralismo y del asociacionismo como premisa de partida de la democracia. Del pluralismo radical de Kelsen a su necesaria reconducción a la voluntad unitaria del Estado, según la propuesta de Heller, de la comprensión del pluralismo en el marco de una teoría evolucionista, comunitarista y consciente de los antagonismos de clase formulada por Preuß a su encuadre rígidamente estatalista, según los comentarios a la Constitución alemana de Anschütz, nuestros cinco autores asumían el asociacionismo y la decantación pluralista como rasgos estructurales de una sociedad moderna y como elementos esenciales para la formación de la voluntad estatal, enfrentándose con ello a las concepciones monistas y estrechamente soberanistas no menos difundidas, y anticipatorias del horizonte dictatorial.

Capítulo derivado del pluralismo y de suma relevancia institucional era el del *Parteienstaat* característico del tiempo de entreguerras. Atendiendo a las funciones políticas que los partidos debían desarrollar, a su concreto estatuto jurídico-constitucional y a la crítica realidad de su implantación efectiva, los cinco juristas estudiados, y algunos otros que también abordaron el asunto (Triepel y Koellreutter, en el flanco crítico y filonacionalista, Nawiasky y Radbruch, en el lado democrático), lograron poner de relieve los fundamentos y tensiones propios de una novedad institucional como lo era sistema pluralista de partidos al que propiciaba también el régimen de representación proporcional.

Para unos, representantes y formadores de la opinión pública y la voluntad popular, para otros, agentes encargados de la selección de la casta dirigente, y, en cualquier caso, entidades de compleja colocación entre el Estado —en tanto que órganos encargados de desenvolver funciones públicas— y la

sociedad –en tanto que vehículos para la participación popular en los asuntos colectivos–, los partidos resultaron contruidos y categorizados en el plano teórico debido a la labor de la ciencia jurídica de entonces, que no dejó también de estar atenta a su realidad rutinaria, desgraciadamente signada por las frecuentes tácticas obstruccionistas desplegadas en la cámara por la oposición de turno.

Fueron tales tácticas, entre otros motivos, las que sumieron al régimen parlamentario en una grave crisis. Por su fundamentación teórica y su defensa política también se distinguieron los cinco profesores examinados en nuestro estudio. Para Preuß el sistema parlamentario era el más óptimo medio de vincular al gobierno con la opinión pública, mientras que, en sentido similar, para Heller posibilitaba la materialización de una voluntad general real, explicitando con ello los principios de justicia que habían de informar al derecho positivo si éste pretendía ser eficaz. En un sentido más republicano y empírico, aun no desprovisto de crítica, Thoma fijaba su atención en el aspecto procedimental del parlamentarismo, un medio inmejorable, a su juicio, para propiciar el entendimiento entre sectores contrapuestos y su común afección a las leyes. En el caso de Anschütz, la legislación parlamentaria constituía el mejor instrumento para la garantía de las libertades, aunque no dejase de reconocer una parálisis crítica del órgano legislativo, patología subsanable en su parecer con la mediación de la figura presidencial, dotada, como lo estaba en Alemania, de legítimas facultades normativas y mediadoras. Y en el sistema teórico de Kelsen, una vez expulsadas de la ciencia jurídica las consignas iusnaturalistas que atribuían contenidos morales, objetivos y necesarios, a la legislación, no era sino el parlamento el órgano más adecuado para el contraste de posiciones antagónicas y su compromiso respectivo.

La autora concluye su examen acerca de las relaciones entre la teoría y la praxis democrática abordando las tensiones entre esta y la concepción tradicional de los derechos fundamentales. Más allá de cuestiones anecdóticas, como el rechazo inicial de Preuß a insertar en la constitución un elenco de derechos, o generales, como el diferente valor –desiderativo o normativo– atribuido finalmente a los mismos, interesan en este sentido las páginas dedicadas a la «funcionalización “democrática” de los derechos fundamentales», a los límites materiales que estos derechos podían levantar ante las decisiones parlamentarias y a la concepción que de ellos se sostuvo en el marco legitimador del *Sozialstaat*.

En efecto, la relación entre los derechos entendidos de forma liberal y el

Estado democrático es, como poco, y todavía hoy, «ambivalente». El contraste entre ambos polos se ha apreciado desde la misma génesis del régimen constitucional en los Estados Unidos y en Francia, y el tiempo de entreguerras, con su vocación constituyente, supuso en este sentido un episodio fundamental, caracterizado por declinaciones insospechadas, posturas tradicionales y corrientes de relativa novedad.

Hubo así un intento, falsamente democrático, de poner los derechos y libertades en función de un entendimiento material, integrista y totalitario del pueblo (o nación). Representativas de esta tendencia fueron, por ejemplo, la *Integrationslehre* de Smend o la lectura sustancialista que de los derechos hizo Ernst Rudolf Huber. Frente a ella se colocaron algunos de nuestros autores, reproduciendo los esquemas del liberalismo de preguerra, con su teoría de los «derechos públicos subjetivos» y de los intereses legítimos protegidos, o bien ensayando perspectivas algo más actualizadas, al recordar la función legitimadora y el carácter estructural que para el Estado tienen los derechos. Sin embargo, otros, como Kelsen, no sostenían una concepción circunscrita de los mismos como elemento básico del Estado democrático, o bien, como Preuß, destacaban solo la importancia decisiva del sufragio y de las garantías necesarias para participar en la conformación de la opinión pública, en la composición del parlamento y en la elaboración de las leyes, dejando así de lado otros derechos de tenor más individualista.

El asunto más candente a este respecto era, sin duda, el de los límites fijados por los derechos fundamentales a la actividad legislativa desarrollada por el parlamento. Los modos en que los derechos vinculaban al legislador podían ser variados. Por ejemplo, Heller sostenía que algunos, principalmente los sociales, constituían *sittliche Grundsätze*, pero no «derecho actual»; otros, imponían directrices al legislador; y otros, en fin, comprometían una transformación a través de las leyes, sin que por ello se reconociese un ámbito de derechos subjetivos, tal y como sucedía con los preceptos sobre la socialización económica contenidos en la Constitución de Weimar. En cualquier caso, en tanto que instituciones fundamentales del Reich, los derechos debían servir como clave interpretativa de la Constitución, y, en su calidad de «enunciados jurídicos fundamentales positivados», debían hacer de «límites jurídico-positivos del legislador».

Si lo eran, pues, era por su carácter positivo. He aquí, como bien identifica Groh, el punto crucial para la visión democrática de los derechos. Tanto los positivistas Anschütz, Thoma o Kelsen como el antiformalista Heller

negaban con firmeza la «pre-estatalidad» de los derechos de libertad. Para ellos, «una esfera pre-estatal de libertad de los individuos era jurídicamente inconstruible». La libertad relevante desde un punto de vista jurídico era justamente la que se hacía posible a través del legislador y del derecho positivo. En definitiva, para los autores democráticos, en rechazo de cualquier fundamentación iusnaturalista, la «libertad efectiva estaba basada en el Estado y en el ordenamiento jurídico».

Esto se hacía especialmente sensible en la interpretación social de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, bien presente en la fundación de la República, que constitucionalizó algunas exigencias de la *soziale Frage*, los derechos habían de ser también el medio para corregir los desequilibrios y desigualdades existentes en el terreno social y económico. No todos compartían, sin embargo, este parecer. Antes al contrario, la postura respecto a la cuestión social era, a juicio de la autora, la «diferencia central entre los liberales de izquierda como Anschütz, Thoma y Kelsen y los socialdemócratas, o socialliberales como Heller o el ‘municipalista socialista’ Preuß». En rigor, de los cinco autores estudiados, solo Heller atribuía esta misión «niveladora» o igualadora a los derechos, de frenar la nociva perpetuación de las diferencias de clase, aunque no dejaran de tener relevancia los acercamientos de Thoma y Kelsen a ciertas posiciones propias del socialismo reformista y democrático.

Con buen criterio, el volumen de Groh se cierra con un bloque dedicado a la teoría más estrictamente constitucional elaborada por los juristas examinados. No les pasó desapercibida la necesidad de anclar el Estado democrático en una «(nueva) teoría democrática de la Constitución», cuyos dos postulados fundamentales habían de ser su «supremacía» (o «superlegalidad») y su «garantía», tanto política como, finalmente, jurisdiccional. Bien conocidas son las aportaciones esenciales que a ese respecto hizo la obra de uno de los pensadores analizados, Hans Kelsen. Acaso menos tratada esté la enjundiosa polémica en torno a las relaciones entre el Estado y la Constitución, en el sentido de cuál de ambos polos es el precedente necesario del ulterior, interrogante que conduce irremediablemente al delicado asunto de los estados de excepción. Y a este tema particular dedica la autora el epígrafe central del capítulo, explicitando las posiciones de cada uno de los autores, desde la soberanía exclusiva del ordenamiento jurídico defendida por Kelsen a la soberanía extrajurídica en los casos de emergencia teorizada por Heller.

Valgan así estas líneas que ahora concluyen para llamar la atención sobre un estudio que se propone comentar la reflexión de cinco juristas demócratas

de valiosa obra, cometido de subido interés para la historia intelectual del derecho del siglo xx. También han perseguido los presentes párrafos poner de relieve un modo de cultivar esta materia que intenta remontar el vuelo, trascendiendo en ocasiones a los autores y las obras singulares, con la finalidad sistemática de reconstruir los términos precisos de un debate. Pero, sobre todo, han intentado destacar el hecho de que en aquel debate no solo intervinieron los partidarios de superar, por una u otra vía, la democracia, sino también, y muy destacadamente, los partidarios del régimen republicano, dotado así de una cultura jurídica precisa y plural. Dato que, como insistimos al inicio, viene a mostrar en el plano de la teoría cómo en el terreno de la praxis institucional lo más decisivo de aquel tiempo no fue tanto la guerra abierta entre posiciones extremistas cuanto el esforzado propósito de fundar una democracia republicana, constitucional y pluralista.

CRÍTICA DE LA DEMOCRACIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS JURISTAS¹

I. PROEMIO

En la primavera de 1947, Carl Schmitt declaraba ante Robert Kempner, fiscal norteamericano del tribunal de Núremberg, sobre su implicación en el III Reich. «De lo que aquí se trata –inquiría el acusador– es de ¿en qué medida fundamentó científicamente los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la expansión y el incremento del espacio vital por medio de la violencia?»². La respuesta de Schmitt fue certera: «no existe protección alguna contra la mala utilización de los resultados de una investigación científica». Dedicado al derecho público, y «expuesto –por consiguiente– de manera inmediata al peligro de lo político», era consciente de que, cuando llegan «tiempos agitados», cuando sobreviene la «guerra civil», «el investigador y profesor» de esa disciplina «se encuentra repentinamente circunscrito y empadronado con cualquier palabra o pensamiento libres»³. Y eso posiblemente pensase que había ocurrido con algunas de las categorías doctrinales que había acuñado: mientras –si atendemos a sus reflexiones exculpatorias– él había operado como «el último representante consciente del *ius publicum europeum*», ocupado en salvar los fundamentos reflexivos de la política de su completa secularización y tecnificación, había sido imposible evitar que sus conclusiones fuesen instrumentalizadas por los nazis.

Esto habría ocurrido, por ejemplo, con su noción de la *konkrete Ordnung*, útil para dar cobertura doctrinal a la posición de Hitler como «Jefe del

1 A propósito de José ESTEVE PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 2020², publicado originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 50 (2021), 877-916.

2 C. SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, Madrid, Escolar y Mayo, 2017, 66 y 90 (para la cita siguiente). Helmut Quaritsch, en la introducción al volumen, «Carl Schmitt en el centro penitenciario de Núremberg», ya nos indica que en otros casos «la corte no consider[ó] la ‘autoría intelectual’ como motivo suficiente para una condena por participación en crímenes contra la paz», p. 23.

3 C. SCHMITT, *Ex captivitate salus* (1946), en Id., *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, Madrid, Trotta, 2010, 55 y 67 para la cita siguiente.

Movimiento»⁴. Ahora bien, la elocuente coincidencia de fondo de este planteamiento teórico con las concepciones institucionistas de Maurice Hauriou, más que apuntar hacia una responsabilidad de legitimación de las dictaduras, indicaría entonces que las corrientes doctrinales objetivistas componían una suerte de *espíritu jurídico del tiempo*, de *rechtliche Zeitgeist*, del que se participaba sin necesidad de contar con agenda política precisa, y que se reproducía sin conocimiento de sus posibles implicaciones prácticas, o esperando que se realizasen sus mejores potencialidades pacificadoras. Ahora bien, cabría otra interpretación: entender que todas las corrientes objetivistas e institucionistas circulantes en los años 1920 y 1930 se hallaban abocadas a una materialización autoritaria, por promover la conexión privilegiada entre un bloque dirigente cerrado y las supuestas esencias jurídicas definitivas de la nación, y por consiguiente inmovibles, aun para el criterio de las mayorías.

Ante este dilema interpretativo, conviene apuntar de entrada que quien suscribe el presente comentario ha experimentado un sensible desplazamiento en sus posiciones. Con una acusada propensión materialista, —al menos desde la lectura de *El asalto a la razón* de Lúckacs— había tendido a ver exagerada la atribución de responsabilidad por el advenimiento de los fascismos a las construcciones culturales y filosóficas. Pensaba que, al lado de la muy tangible contribución prestada por empresarios, industriales y banqueros a escuadras, militares golpistas y caudillos⁵, el influjo efectivo de las ideas se reducía a muy poca cosa. Después estaba la indispensable separación entre

4 C. SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1934), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012, 266 y 263-5 para su obvio parentesco con el «modo institucional» de pensar el derecho.

5 Las primeras referencias que leí acerca del poder que financiaba, uniformaba y armaba a las escuadras en sus «expediciones de castigo» se encuentran en S. ZWEIG, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado, 2002, 452, 498-9. Poco tardé en saber que se trató de un fenómeno extendido también por Austria, Italia y por la España del Somatén y los pistoleros. Para el caso italiano, ya se advertía de forma coetánea que el «régimen de la invasión fascista», con sus *spedizioni punitive* y el reguero de millares de muertes, amedrentamiento y terror consentido por la pasividad oficial que dejaban, estaba materializando «una palabra de orden central y aplica[ndo] un plan minuciosamente previsto»: vid. las intervenciones de Antonio GRAMSCI, «Sviluppi del fascismo», «Insurrezione di popolo», «'La Stampa' e i fascisti», «Colpi di stato», todas de julio de 1921, en Id., *Socialismo e fascismo. L'Ordine nuovo 1921-1922*, Torino, Einaudi, 1972, 246-259. Una última, ilustrativa lectura al respecto: E. VUILARD, *El orden del día*, Barcelona, Tusquets, 2020.

el autor y su obra, la inevitable vida independiente a la que ésta accede tras su publicación, y la multiplicidad de orientaciones que puede imprimirle la praxis cuando se la apropia con fines de coartada. Por eso, para el análisis de una doctrina inequívocamente autoritaria en su planteamiento original como fue la *Integrationslehre* de Smend, creía de «escasa idoneidad historiográfica los reproches retrospectivos» que pudieran corresponsabilizarla en alguna medida de la barbarie⁶. No se trataba de edulcorarla, ni de revestirla anacrónicamente de ropajes constitucionalistas y democráticos, como otros autores habían pretendido, sino de examinarla solo en el nivel del pensamiento jurídico, colocada en el cual aparecía como lo que para cualquier lector avisado fue, una doctrina nacionalista simpatizante de los modos de integración propios del fascismo.

Si alguna enseñanza cabe extraer del último ciclo de crisis desencadenado en 2008, y del correlativo auge populista⁷, ha sido la de constatar la relevancia estructural insoslayable que los marcos culturales tienen para la acción con trascendencia colectiva. Además, justo el tiempo de Weimar –principalmente tras el desencadenamiento de la crisis de 1929– se caracterizó por la muy extendida comprobación de cómo una «falsa conciencia» acerca del proceso de estratificación social, y de la posición objetiva ocupada en él, pudo determinar el comportamiento político y electoral de amplios segmentos de la población alemana, tanto de la clase media en vías de proletarizarse como de las propias capas de trabajadores arrojadas en brazos del nacionalsocialismo⁸. Partiendo de estas premisas y a la vista de tales antecedentes, me resulta ahora más convincente la advertencia lanzada por Theodor W. Adorno respecto de la cultura y la sociedad alemanas, aunque de validez europea general, según la cual la transformación de la cultura en sentido totalitario no se debió tan solo a un efecto reflejo provocado por la «invasión» de «la fuerza y la violencia» en el recinto de la producción intelectual, sino que entroncó también con inclinaciones anteriores, bien extendidas en un mundo que ya

6 S. MARTÍN, «Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta», *Revista de Estudios Políticos*, 182 (2018), 118. Salvo alguna actualización bibliográfica puntual, se trata de un texto concluido en 2007.

7 Últimamente expuesto sin los prejuicios convencionales por P. ROSANVALLON, *El siglo del populismo*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020.

8 Abordo con cierto detalle ambos órdenes de cuestiones en «Iluminaciones sobre Weimar. Acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad», incluido en el volumen que después se referirá, pp. 714-7 y 731-6.

«suspiraba por su Hitler», quien, a la postre, no habría sido sino «el último ejecutor de tendencias que se habían desarrollado [con anterioridad] en el seno de la sociedad»⁹.

Contemplados desde este prisma, los autores de determinadas corrientes teórico-jurídicas, coincidentes en su oposición a la democracia republicana, habrían de soportar ciertas dosis de responsabilidad moral en la preparación del ambiente que corroyó la democratización del Estado y propició la erección de violentas dictaduras, por más que el monstruo al que habían alimentado terminase –como acaso no podía ser de otra manera– revolviéndose con virulencia contra ellos mismos. Sobre esto –asunto central de las presentes páginas– volveremos. Ahora conviene concluir este anticipo terminando de mostrar las cartas: indicando que, a modo de primer resultado del desplazamiento relatado, en otro lugar¹⁰, en calidad de «actos preparatorios» del totalitarismo en el terreno de la cultura jurídica, he identificado al menos tres corrientes que convergieron en el desempeño de esa función erosiva de la democracia y promotora de las dictaduras: las sociologías que describían la sociedad como una «totalidad» orgánica internamente integrada, desprovista de conflictos reales de intereses en los que las instituciones debiesen mediar; las corrientes institucionistas y objetivistas que imponían límites supuestamente naturales a la acción del legislador; y, en el lugar más contraintuitivo, pero no por eso menos concurrido en aquel entonces, las direcciones liberal-conservadoras que, imponiendo al Estado la función de preservar ciertas magnitudes objetivas –como el «interés general»– identificadas con los institutos tradicionales del derecho privado, no reconocían a las repúblicas democráticas legitimidad alguna en cuanto «régimen de Estado», abogando explícitamente por la re-inauguración del viejo *Rechtsstaat* a través de medios dictatoriales¹¹.

9 Th. W. ADORNO, «Lo que el nacionalsocialismo ha hecho con la cultura y las artes» (1945), en Id., *Obra completa*, 20/2: *Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, 434, y «Vuelta a la cultura» (1944), en Id., *Obra completa*, 4: *Mínima moralía. Reflexiones desde la vida dañada*, Madrid, Akal, 2004, 63, extrayendo aquí la inevitable conclusión: «Quien quiera tomar posición contra el fascismo de la cultura tendrá que empezar ya por Weimar».

10 S. MARTÍN, «El derecho en los tiempos del totalitarismo», *História do Direito*, núm. 2 (2021), 201-38.

11 Así, frente a «la esencia dictatorial de las masas», Luis Legaz Lacambra pensaba que había «que decidirse por *defender dictatorialmente la libertad*» –una libertad, cabe precisar, entendida según su acepción liberal tradicional–: *El Estado de derecho en la actualidad: una aportación a la teoría de la juridicidad*, Madrid, Reus, 1934, 41 y 96.

II. PRESENTACIONES

El libro aquí comentado se ocupa precisamente de aportaciones incluidas en esa triple constelación doctrinal. Y lo hace desde una perspectiva diversa a la recién abocetada, más próxima a la que primeramente sustentaba quien suscribe estas líneas, pues comienza relativizando la vinculación de las aportaciones académicas que aborda con los sistemas políticos autoritarios. Su publicación ofrece así buena ocasión para contrastar pareceres, valorar enseñanzas y ampliar el debate sobre un asunto –el de la responsabilidad política del jurista en momentos de crisis– nunca del todo caducado, y hoy acaso reavivado.

Comencemos con las presentaciones de rigor. Comentamos un libro escrito por un reputado administrativista barcelonés. No es un dato casual por varios motivos. De hecho, alguna razón latente debe existir para que la academia jurídica española –aunque también posiblemente la italiana, y pienso en Sabino Cassese– se singularice por tener sólidos administrativistas que se han ocupado de la dimensión histórica de los asuntos del derecho público. Baste tener presentes los nombres de Eduardo García de Enterría¹², Alfredo Gallego Anabitarte¹³, Alejandro Nieto¹⁴, o Francisco Sosa Wagner para que acudan a las mentes títulos de notoria relevancia sobre la historia constitucional y del Estado, o sobre la genealogía de la propia iuspublicística¹⁵.

El autor de la presente monografía, José Esteve Pardo, se suma con voz propia a esta honorable nómina de administrativistas-historiadores. Algunos atributos bien notorios distinguen su timbre intelectual: una visión cultural amplia de la propia disciplina que cultiva¹⁶, no sometida a los corsés ordenan-

12 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994.

13 A. GALLEGO ANABITARTE, *Formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000): un ensayo crítico*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

14 A. NIETO, *Historia administrativa de la Regencia de María Cristina: los primeros pasos del Estado constitucional*, Barcelona, Ariel, 2006; Id., *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-37*, Barcelona, Ariel, 2011.

15 Para los efectos que interesan al presente comentario, véase, en especial, F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Madrid, Marcial Pons, 2004, cargado también de valiosas referencias de historia político-constitucional.

16 Visible en su tratado académico: J. ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2013³.

cistas al uso en otros autores del ramo; una singular capacidad para trazar certeros diagnósticos sobre el tiempo de transición que nos envuelve¹⁷; una visible agilidad para identificar los nudos de los debates teóricos en el universo del derecho; y su apreciable habilidad para la prosa ensayística entendida en el mejor de los sentidos, esto es, el que logra hacer asequibles para la generalidad del público lector culto justo tales problemáticas especializadas, sin sustraerles, sino más bien realzando, su insoslayable aspecto histórico¹⁸. Todos estos rasgos se hacen visibles en la monografía que pasamos a comentar.

Confirmando la brevedad de los años para los proyectos intelectuales y científicos, el presente libro revela una inquietud intelectual que viene de lejos, plasmada en un valioso seminario sobre «La República de Weimar y la evolución de la ciencia del Derecho», celebrado en octubre de 1994 bajo la dirección del propio José Esteve¹⁹. Entre los jalones que han llevado a su elaboración, figura, además, como uno de los más recientes, otro encuentro del que fui coordinador y para el que tuve la fortuna de contar con la activa presencia del autor²⁰. Pero si alguna fuerza decisiva ha llevado a su decantación, esa parece ser la oportuna identificación, en un tiempo de crisis cronificada y de transición consiguiente como el actual, de un interés objetivo –y reflejo– en «el periodo de entreguerras», un interés que trascendería además el estrecho recinto de la producción académica para saltar a la más amplia «órbita de la opinión pública» (p. 24)²¹. Una inmediata corroboración de ese interés difuso la ha podido además obtener su autor de la prontísima publicación de la segunda edición –cosa excepcional en obras académicas–, así como de su puntualísima traducción al italiano por *Il Mulino*.

17 J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

18 De celebrar en esta línea es, así, su última contribución: *Hay jueces en Berlín. Un cuento sobre el control judicial del poder*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

19 Vid. la «Crónica» del mismo que publicaron Dolors CANALS AMETLLER, Guillermo ORMAZABAL SÁNCHEZ y Marc TARRES VIVES en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49 (1997), 197-202.

20 Celebrado en la Facultad de Derecho de Sevilla en marzo de 2017, cuenta ya con su correspondiente publicación S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragonese (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, 2021, cuyo capítulo 2 («El pensamiento antiparlamentario: origen e impronta en el derecho público», pp. 59-85) compone un sólido anticipo del libro que comentamos.

21 Salvo indicación expresa, utilizaré siempre la paginación de la segunda edición.

Justo con esta ulterior edición se han hecho más evidentes, por explícitas, las legítimas posiciones de presente desde las cuales el autor ha contemplado su asunto histórico. Su identificación no implica merma alguna en el valor científico del trabajo; antes al contrario, la buena historiografía es la que reconoce de entrada la plataforma subjetiva desde la que se contempla el propio tema de estudio. Desde la epistemología moderna, resulta ya una impostura negar el excedente de sentido que todo sujeto aporta al objeto que examina. Reténgase, por tanto, que no existe asomo de crítica en la referencia a esa posición de partida, cuyo interés estriba en que informa sobre la orientación tácita que preside algunas de sus hipótesis centrales.

Respondiendo quizá al estímulo de un temprano comentarista de la obra, que animaba a acometer «–para otro libro–» la «crítica al actual parlamentarismo»²², Esteve señala el «excesivo poder de partida» con que cuentan los partidos en España, y recuerda además un lamentable episodio reciente de voluntarismo disparatado por parte de una asamblea legislativa: «las llamadas leyes de desconexión del Parlament de Catalunya de septiembre de 2017» (pp. 204-5). Con tales evidencias y riesgos a la vista, se comprende que no le resulte «desacertada, más bien al contrario, la formación de toda una línea de baluartes, institucionales y conceptuales, para preservar en lo posible la racionalidad del sistema político y constitucional», precisamente, en muy primer término, frente a las posibles acometidas procedentes del parlamento. Y su exploración, en una suerte de proyección hacia el pasado de esa inquietud actual, atiende justo a esa formación defensiva que tan positivamente valora, esto es, a los itinerarios y aportaciones de los juristas que, en las primeras décadas del siglo xx, ya «construyeron todo un sistema, que habría de ser operado por profesionales, para controlar y racionalizar la actividad del legislador parlamentario» (*ibíd.*).

III. SÍNTESIS

En la economía expositiva del libro pueden identificarse, al menos, tres registros bien diferenciados. En todos ellos encuentra el lector datos, interpretaciones y referencias sugestivas. Atiende, de una parte, al contexto histórico-político de los principales países en que se gesta la línea de pensamiento que

22 Un sistema parlamentario «degenerado», a juicio de dicho comentarista, «por los partidos políticos»: me refiero a la reseña de F. Sosa Wagner publicada en «Revista de Libros» el 20-V-2019.

examina: Alemania, por encima de todos, Francia, Italia, España y Portugal, trazando además pertinentes comparativas entre las respectivas singladuras nacionales. De otra parte, reconstruye las reveladoras trayectorias personales y profesionales de los juristas que protagonizan su relato. Y se dedica, por último, a delimitar los fundamentos básicos y las aportaciones más señeras de lo que denomina el «pensamiento antiparlamentario». Acometamos nuestra brevísima síntesis siguiendo esa tripartición.

La corriente doctrinal que Esteve tipifica, cristaliza y se difunde en los países europeos durante el primer tercio del siglo xx. Se halla en perfecta sintonía con el signo de aquel tiempo, atravesado precisamente desde el principio por una profunda «crisis del parlamentarismo»²³, perceptible tanto en los regímenes liberales oligárquicos –que procedían, ya exhaustos y sin versatilidad alguna para canalizar los crecientes cambios sociales, del siglo anterior– como en los nuevos regímenes constitucionales y democráticos de posguerra.

Entre los primeros sistemas, la institución parlamentaria se hallaba hundida en el descrédito para casi todas las corrientes políticas debido a la corrupción electoral, las prácticas endogámicas y la consecuente falta de legitimidad; si tal sucedía en España, en Italia se daban defectos parecidos, a los que se sumaban las contradicciones derivadas de la forzada unificación estatal, las cuales, haciendo aparecer al Estado, sobre todo para los habitantes del Mediodía, «como una creación ficticia» (p. 37), erosionaban aún más su ya discutible representatividad. Y en Francia y Portugal, cuna la primera del antiparlamentarismo, se acusaba el agotamiento de una política radical y republicana de marcada impronta burguesa, refractarla a todo «tipo de reforma social» (p. 34), e incapaz, por tanto, de «sintonizar con las demandas del emergente movimiento obrero» (p. 45). Entre los segundos regímenes, destaca el caso de la República alemana: al haberse fundado sobre la continuidad de los cuerpos militares, burocráticos y judiciales –esto es, de «tres colectivos» de indudable complejidad monárquico-imperial (p. 29)–, no dejó de experimentar las más aceradas críticas a su flamante parlamentarismo. Así pues, el «pensamiento antiparlamentario» afloró en Europa en un contexto marcado precisamente por la crisis profunda de la institución, deterioro determinado en unos casos –el liberal oligárquico– por su falta de credibilidad

23 Caracterizando el ambiente político de «final del siglo xix y principios del xx» en el que maduró toda una generación, Pío Baroja rememoraba cómo «se desdeñaba el parlamentarismo por lo que tiene de histriónico»: *Desde la última vuelta del camino*, I, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 1997, 650.

social y en otros –el republicano demócrata– por su mal acomodo a la distribución efectiva del poder institucional, o por su pasividad en materia social. Ya en los regímenes dictatoriales posteriores, la reflexión antiparlamentaria dejaría de tener sentido, por carecer de objeto de referencia.

Con este marco histórico-político de fondo, se reconstruye la experiencia de toda una «generación de profesores de derecho público» (p. 71). Su solidez doctrinal se debió a la rigurosa fundamentación sociológica, filosófica y hasta teológica de sus construcciones (p. 72), elaboradas ya como empeño profesional especializado, desligado por lo general de «la actividad política» práctica (p. 77). Pero esta separación de la praxis política no se debió solamente a la mayor especialización científica; expresaba también el mutuo extrañamiento entre la «aristocracia del saber» (p. 55) y la política democrática de masas que inauguraron las repúblicas.

Justo aquí se sitúa una de las contribuciones más relevantes del libro. Teniendo muy presente la aportación de Fritz Ringer al respecto²⁴, y con un cuidado conocimiento del sistema educativo histórico alemán, Esteve indaga en los jalones escolares e institucionales que llevaron a la entronización del mandarinato académico. Su autopercepción como nueva aristocracia fundada en la ciencia y el «mérito profesional» indisponía a sus integrantes, casi por necesidad, contra aquello que vivieron como «irrupción» de una «fuerza que nivelaba y cancelaba la diferencia, el mérito y el estatus» (p. 54). El «abierto desdén» de aquellos intelectuales hacia la incorporación de las masas populares a las asambleas parlamentarias, su «aversión a la idea de igualdad», se explicarían además por su impresión de sentirse desbancados por las reglas de la democratización. De haber logrado «integrar en el orden electoral y parlamentario» los principios del mérito cultural, pasaron a experimentar, sufragio universal y parlamentarismo republicano mediante, una «ostensible reducción de su presencia en las instituciones políticas» (p. 64). Así, desde esta perspectiva del cambio producido en las relaciones de poder, buena parte de la disputa doctrinal contra el sistema parlamentario puede contemplarse como resentida reacción de un sector privilegiado frente al bloque popular en ascenso, contra el cual hizo uso de «sus armas propias» –las del prestigio y

24 F. K. RINGER, *El ocaso de los mandarines alemanes. Catedráticos, profesores y la comunidad académica alemana, 1890-1933*, Barcelona, Pomares-Corredor, 1995, monografía capital que el propio Esteve desgranó para los iuspublicistas españoles en «De la Universidad al poder. Un camino errado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 57 (1999), 311-8.

reconocimiento que comunicaban «el estudio científico y la argumentación» (p. 68)– a fin de realzar su recinto propio, «la cultura», desacreditando el que había llegado a convertirse en el ámbito de las masas, «la política» (p. 67). Y aunque este fenómeno solo sucediese en toda su extensión en Alemania –único país que había alzado con todas las consecuencias a esta nueva aristocracia–, la elevación a ejemplo de referencia del módulo científico alemán propició que se replicase en el resto de países europeos que conocieron el momento republicano²⁵.

El tercero de los registros, dedicado a los fundamentos y a las aportaciones del «pensamiento antiparlamentario», es el más cargado de contenidos. Cabe distinguir en él, a su vez, tres planos diferenciados.

El primero de ellos atiende a sus postulados culturales de partida. Consistió principalmente en una crítica de la crítica ilustrada –del «arrogante pensamiento de la Ilustración», por utilizar la expresión de Esteve (p. 73)–.

25 Aún hay otro caso rasgo que Esteve destaca compartido por la «práctica totalidad de los autores» antiparlamentarios: «mantuvieron una visión trascendente, con firmes convicciones religiosas de inspiración cristiana, en sus versiones católica y protestante», bien lejana del «ateísmo enteco y primario que caracteriza a buena parte del pensamiento ilustrado» (p. 75). Otro comentarista de la obra, Miguel Azpitarte (en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 31, 2019), considera la frase transcrita «una afirmación enigmática» porque no se sabe con exactitud el modo en que el autor valora la conexión del «hecho religioso» con la «construcción del derecho público». Diríase, en cambio, que, dado su aprecio por las construcciones que limitan al legislador parlamentario, Esteve valora de modo positivo, aun tácitamente, el que tales constricciones pudieran contar con un fundamento religioso. Desde una perspectiva cristiana, el asunto produce, sin embargo, otras perplejidades. Cabe así preguntarse, por ejemplo, cuánto de genuinamente cristiano cabía en ese altivo desprecio a las capas populares y su inserción en las instituciones. Si pesaban en este rechazo las antiguas figuraciones estamentales de la filosofía social cristiana –que fijaban a los débiles en una posición subalterna, acreedora de la caridad y protección de los poderosos, pero deudora por eso de gratitud, servicio y obediencia–, se estaría mostrando entonces cierta incompatibilidad de raíz entre la inspiración religiosa de las doctrinas jurídicas y su adecuación a un orden constitucional democrático. Es más: si se concluye –como aquí haremos– por detectar vinculación entre los propósitos de la reflexión antiparlamentaria, el asalto a la democracia y la instauración de dictaduras, se estaría contemplando la paradoja de cómo la pretendida fundamentación religiosa del pensamiento jurídico pudo dar lugar a consecuencias político-institucionales de dudosísima condición cristiana, por más que interesadamente se bautizasen como «nacional-católicas». Es decir, el asunto del que se ocupa, más que confirmar la noble convicción de que la religiosidad del jurista garantiza su oposición al despotismo, puede que avale la idea contraria, su lamentable connivencia con el mismo en los momentos críticos.

Sometió así a estricta revisión toda su mitología individualista y contractualista, las ficciones de la voluntad general y la soberanía popular sobre las que descansaba el régimen parlamentario, y también su correlato jurídico, la centralidad y supremacía de la ley, no solo desbordada por otras manifestaciones normativas, sino ilegítima en cuanto traspasaba ciertos límites presuntamente naturales. Tan distinguido se hallaba por esta dimensión crítica, que el autor aclara que lo que denomina «pensamiento antiparlamentario es en realidad pensamiento crítico del liberalismo anclado en las ideas de la Ilustración» (p. 81).

El segundo de los planos –núcleo del libro– examina las novedosas concepciones acuñadas por aquella dirección doctrinal antiilustrada, con sus consiguientes materializaciones institucionales. Todas sus construcciones compartieron «un objetivo común: reducir el margen de disposición del parlamento» (p. 127), y lo persiguieron a través de tres vías: i) mediante la reserva al poder ejecutivo de un ámbito propio y discrecional de actuación, o atribuyéndole una potestad normativa de carácter general, tratando en este caso de restaurar el «orden dualista propio de la monarquía constitucional» (p. 131); ii) con la imagen de un «legislador vinculado» y esencialmente limitado a través de la «concepción objetiva de los derechos fundamentales» o de «las garantías institucionales»; y, sobre la base de tales concepciones, iii) colocando al órgano jurisdiccional por encima del legislador, sirviéndose muy en particular del instituto del control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Y el tercero de los planos mencionados se sitúa ya por entero en la segunda posguerra, preferentemente ahora en Alemania, para examinar las «realizaciones» póstumas de las doctrinas antiparlamentarias. Su planteamiento es que a su objeto interesan «dos generaciones» de juristas, con trascendencia de diversa condición: «La primera –la de Weimar– de las ideas; la segunda –de la posguerra– de sus cristalizaciones en el orden constitucional y el Derecho positivo» (p. 179). Así, «dos vetas de pensamiento diferenciadas» del tiempo weimarés, como eran el institucionismo y la garantía jurisdiccional de la integridad constitucional, precipitarían ya en aplicaciones estables, a lo cual contribuyeron juristas señeros como Häberle o Lerche, pero también los propios jueces constitucionales (pp. 188-9). La labor intelectual de los Hauriou, Triepel, Smend, Schmitt, Forsthoff o Leibholz se vería así reconocida por la continuidad doctrinal que le imprimieron algunos de sus discípulos, y también, sobre todo, por su realización institucional, permitiendo ya la puesta en planta de dispositivos que contuviesen los posibles abusos del legislador.

IV. APORTACIONES

En el interior de esta estructura expositiva se encuentran numerosas referencias que estimo de notable valor para el jurista historiador. Se caracteriza con gran acierto el sistema dual, de soberanía compartida, de la monarquía constitucional, forma política típica del Estado liberal. Se expone la transición desde la iuspublicística decimonónica europea a la propia del siglo xx identificando su principal clave diferencial, la de partir de una «concepción subjetivista», visible tanto en la filosofía de los derechos como en la teoría de la personalidad del Estado, para arribar a planteamientos «objetivistas» como base de un nuevo derecho público (pp. 92, 94, 136). El propio régimen republicano de posguerra, convencionalmente descrito como mera continuación del Estado demoliberal, queda dibujado con mayor precisión como consecuencia de una fractura capital, la que «el avance de las masas» introdujo en «las instituciones» configuradas «bajo la impronta del liberalismo y su tensión con la monarquía» (p. 52, p. 107). A la habitual elevación del régimen de representación proporcional al rango de causa de disolución de la democracia, a la que el autor también recurre (p. 32)²⁶, añade la rigidez y dificultades procedentes de las apuestas mayoritarias, como las vigentes en España (pp. 12, 43-4), mostrando con ello de forma indirecta que las causas del derrumbe republicano fueron exógenas.

Descrito así certeramente el ciclo del derecho público europeo desde la crisis del orden político liberal hasta las vísperas de la implantación de las dictaduras, la obra se presenta rica en referencias de historia intelectual. La ponderación de la última edición del tratado de Otto Mayer (pp. 131-2), el examen de los antecedentes y los fundamentos teóricos de la doctrina de Hauriou (pp.

26 Confieso compartir aquí el parecer de Richard J. Evans, quien recuerda que «los partidos marginales nunca consiguieron reunir en total más del 15 por 100 de los votos», siendo innecesarios para la gobernación, y que, de haber existido un sistema mayoritario, los resultados de los nazis habrían sido incluso superiores: *La llegada del Tercer Reich*, Barcelona, Península, 2018, 118 y 120. Tan incrustado está el cliché en el constitucionalismo, que se mantiene hasta cuando se le desmiente: recuerda Ramón Punset que, por obra del sistema electoral proporcional de Weimar, «era raro que hubiera una fuerza política mínimamente significativa sin asiento en el *Reichstag*», algo al parecer demostrado por el hecho de que en «las elecciones de 1928, aunque lograron escaños 14 partidos, habían concurrido a los comicios un total de 41»: «Estudio preliminar. Heinrich Triepel y los partidos políticos durante la República de Weimar», en H. Triepel, *La Constitución y los partidos políticos* (1931²), Madrid, Tecnos, 2015, XXIX.

137-42), la identificación de confluencias tácitas entre el propio Hauriou y Duguit (pp. 118-9), el cotejo de posiciones entre Triepel y Schmitt (pp. 111-2), la explicación contextualizada del constructo schmittiano de la garantía institucional (p. 144), la vinculación entre Triepel, Leibholz y Kaufmann en su compartida elaboración teórica del principio de igualdad ante la ley con vistas a la vinculación material del legislador, o el necesario recordatorio de que Schmitt no veía con malos ojos «el control judicial de constitucionalidad», aun dándole «un protagonismo limitado» (p. 155), componen algunos ejemplos de esos contenidos de historia del pensamiento jurídico de útil lectura para los historiadores del derecho contemporáneo.

Situado ya en la segunda posguerra, abunda también en aportes de relevancia en todos los registros en que se desenvuelve, desde noticias significativas sobre la geografía económico-industrial alemana hasta referencias sobre la ubicación de iuspublicistas alemanes más recientes, como es el caso de Hans Peters y Arnold Köttgen (pp. 160-1). Justo aquí se coloca, de hecho, un aspecto de la obra que ha suscitado cierta controversia: el distinguir la historia académica del derecho público alemán por cierta transición –o comunicación– generacional entre los juristas procedentes de Weimar y el III Reich y los operativos en la República Federal, a diferencia de lo acontecido en Francia o en España, donde se experimentó una fractura entre los tiempos de entreguerras y los posteriores democráticos. No solo hubo relación discipular entre los Smend, Schmitt y Forsthoff y otros constitucionalistas y administrativistas alemanes posteriores; también se dio una notoria continuidad de planteamientos respecto del parlamentarismo en alguno de estos juristas entre tiempos republicanos, totalitarios y democráticos (caso de Forsthoff, por ejemplo: p. 193), e incluso se destaca la «paradójica» parábola de algún autor, como Theodor Maunz, que pudo saltar de la afiliación juvenil al fascismo a dirigir el principal *Grundgesetzkommentar* (pp. 176-8). Frente a la crítica de Miguel Azpitarte, que subraya el carácter fundacional y renovador del constitucionalismo alemán de la segunda posguerra, a través sobre todo de la aportación de Konrad Hesse²⁷, aclara el autor en la segunda edición que su identificación de los lazos y las continuidades no implica que deje de reconocer que aquella «generación puente» solo fue «un grupo reducido»; y tampoco quiere significar con ello que tal generación «operase como una vía de transmisión del ideario nazi», pues se cuida de no trazar

²⁷ Véase la reseña citada en n. 19 y, a su vez, el estudio sobre Hesse que invoca: Rainer WAHL, «Die normative Kraft der Verfassung», *Der Staat*, 58 (2019), 195-221.

una vinculación necesaria entre crítica del parlamentarismo y autoritarismo (p. 176, n. 7).

Para concluir la enumeración de virtudes, conviene ahora resaltar que, examinando la principal de las «realizaciones» del pensamiento antiparlamentario, esto es, la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a derechos, Esteve detecta en ella una noble reacción contra la «experiencia traumática» del totalitarismo (p. 122). Al fin y al cabo, este se distinguió por la atribución legal de plenos poderes a los dictadores, y también por la validación legal a posteriori de asesinatos ilegales. Pero, a este respecto, añade una «importante puntualización» de «mayor complejidad», en la que efectivamente reside la clave más polémica de su trabajo: y es que estas figuras garantistas del derecho público hoy connaturalizadas, y hasta celebradas, no se formularon en oposición a las dictaduras, sino que se gestaron doctrinalmente en el interior de una reflexión «de raíz antiparlamentaria», cuyo descubrimiento –que es a lo que la obra procede– «podría invalidarlas en muy buena parte o hacerlas poco presentables» si se maneja «el código de corrección política dominante» (pp. 81-2).

No es esa, desde luego, su intención, pues procede por lo general a una valoración positiva del «pensamiento antiparlamentario», y, salvo en sus aristas más corporativas y autoritarias, lo libera, como se ha dicho, de una desembocadura ineluctable en la dictadura. Es más, en una acertada apreciación realista, aclara que «la mayor sangría del legislador parlamentario» no procede hoy de los artefactos ideados por la corriente doctrinal que ha desbrozado, sino de «la creciente, difusa y poderosa autorregulación normativa de la sociedad» (p. 205), que aquí preferiríamos calificar como la capacidad de los principales núcleos de poder socioeconómico para imponer sus propias reglas de acumulación y reproducción a las instancias democráticas. Sin especial adhesión a lo política y convencionalmente correcto, la «puntualización» aludida sí va a ser, sin embargo, la que oriente buen parte de la crítica siguiente, por entender que en ella se cifra el meollo historiográfico del particular. Procedamos a ella, por tanto, no sin insistir en que estamos ante una obra valiosa, que, con ambición, soltura y rica base documental, combina relato historiográfico, exposición teórico-jurídica y contextualización cultural, todo ello en función del planteamiento de hipótesis interpretativas bien sugerentes.

V. APRECIACIONES SOBRE EL CONTEXTO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL

Esteve se ocupa de una corriente de pensamiento definida en negativo, como contraria a un fenómeno, el parlamentarismo, aunque este rasgo distintivo solo sería consecuencia de una oposición cultural matriz, la que le enfrenta a «la Ilustración». ¿Qué se quiere significar concretamente con ello? Obsérvese que ya desde aquí hay solapamientos que deslindar, y comienzan a jugar malas pasadas los clichés histórico-políticos. Esteve afirma que la crítica antiparlamentaria se dirigía «contra el orden político y constitucional que surge a partir de la Ilustración y la Revolución francesa» (p. 82), especificando después que se trataba de confrontar –«podría bien decirse»– con «el imaginario de Rousseau» (p. 95, también pp. 84 y 106). Sin embargo, también califica su asunto como «la crítica iuspublicista al sistema político y constitucional dominante en el siglo XIX, el liberalismo burgués» (p. 84). Se entiende que para hacer compatibles ambas afirmaciones opera tácitamente la ecuación que comprende el régimen liberal decimonónico como materialización de los principios revolucionarios, causados a su vez por el programa ilustrado. Pero esta ecuación resulta ya historiográficamente inválida.

Lo que convencionalmente se denomina «Ilustración» constituyó una corriente intelectual plural y heterogénea, en el interior de la cual predominaban posiciones moderadas, elitistas, opuestas a toda forma de protagonismo político de la plebe. Pocos se distinguieron por su ateísmo, y aún menos por la propensión revolucionaria, prefiriendo por lo general la vía de las reformas, muchas de ellas internas a la propia sociedad de estatus²⁸. Rousseau encarnó una variante excepcional, heterodoxa y aislada dentro del colectivo ilustrado²⁹, y su influjo se dejó sentir en alguna fase del proceso revolucionario francés, pero no en todo, impulsado como estuvo por momentos políticamente contrapuestos. El «pensamiento antiparlamentario» fue, en efecto, antirousseauiano, pero ni contrario al programa ilustrado en bloque ni tampoco antiliberal. Por el contrario, al menos desde Benjamin Constant y François Guizot queda bien claro que el régimen político liberal se decantó en oposición al contractualismo individualista *à la* Rousseau, tomando severas distancias respecto de la praxis popular del poder constituyente ejercida durante el pri-

28 Gonzalo PONTÓN, *La lucha por la desigualdad. Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, Barcelona, Pasado & Presente, 2016, 594 ss.

29 Robert WOKLER, «Estudio preliminar», en J.-J. Rousseau, *Las meditaciones del paseante solitario*, Madrid, Tecnos, 2017.

mer año y medio de la Convención. Esteve proporciona además los elementos institucionales que impiden asimilar el sistema liberal a un régimen parlamentario como el censurado por la doctrina que le interesa: predominio del «principio monárquico» –con el consiguiente control del Senado y el derecho de disolución de la cámara baja– y vigencia del «sufragio censitario» (p. 95), dos contrafortes que prevenían el gobierno de las mayorías. Pero la distancia era, ante todo, cultural, por predominar en el liberalismo decimonónico –a diferencia del revolucionario– una concepción orgánica, historicista, antiindividualista y anticontractualista de la sociedad política³⁰, próxima –no por casualidad– a la que daba base a las construcciones antiparlamentarias.

La aparente aporía podría salvarse con una aclaración: lo característico de la iuspublicística del siglo XIX sería combinar su típico subjetivismo en dos niveles complementarios, reconociendo «una gran autonomía y capacidad de disposición a la persona para la configuración del derecho», como mostraría la «libertad de contratación prácticamente ilimitada», pero también «al Estado persona, con una libertad también absoluta de elaboración normativa del Derecho que el liberalismo atribuye casi exclusivamente al parlamento» (p. 136). En tal sentido –podría entonces afirmarse– el «pensamiento antiparlamentario» sí que se distinguió por su crítica al régimen liberal. Obsérvese, sin embargo, que la correlación subjetivista recién enunciada encierra, a su vez, otra aporía insalvable. Y no me refiero a que utilice una imagen idealizada de lo que fue el parlamento en el sistema liberal, que apenas si tenía relevancia en la configuración efectiva de la legislación en comparación con el protagonismo del ejecutivo. Como el propio autor indica, no era, además, ese parlamento de notables contra el que confrontaba la mayor parte de los autores estudiados, opuestos más bien a su versión republicano-democrática basada ya en el sufragio universal y el multipartidismo. La aporía reside en que, en la lógica liberal, precisamente por regir en el ámbito privado el imperio irrestricto de la autonomía de la voluntad –plasmada ante todo en los intercambios contractuales y sucesorios de propiedad–, no podía por eso mismo regir en el ámbito público-estatal una libertad irrestricta en la determinación de los contenidos del derecho. Estos debían ser siempre funcionales a la protección de los institutos de derecho privado –propiedad privada, contrato individual, libertad comercial e industrial– de los que el liberalismo predicaba la armonía prepública de la sociedad; instrumentales en un doble sentido,

³⁰ La referencia imprescindible para la historia jurídica en este punto sigue siendo la de M. FIORAVANTI, ahora en *Lezioni di storia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2020.

bien diseñando las reglas formales de los intercambios en el código civil o bien criminalizando en los tipos penales –o en las prácticas administrativas y policiales– las múltiples conductas que perturbaran dicha armonía. Como habrá oportunidad de insistir, la doctrina examinada por Esteve solo alzó la voz contra el parlamento justo cuando, por servir de correa de transmisión a mayorías trabajadoras organizadas, pretendió limitar por medio de la ley tales institutos.

Así las cosas, el «pensamiento antiparlamentario», contradictor efectivamente de Rousseau, no lo fue, sin embargo, del sistema liberal burgués, del que sería más bien su ¿oculto? legatario. Sus epígonos no se enfrentaban al defenestrado régimen decimonónico, sino a los vientos revolucionarios y jacobinos que volvían a soplar en las asambleas constituyentes republicanas, y a las propias medidas de reforma que estas impulsaron. Procedían así más bien a la defensa de los fundamentos del sistema liberal (libertad, propiedad, contrato) contra los posibles excesos transformadores de la democracia. Esto se aprecia con especial claridad en el caso de Duguit, cuyas críticas al potencial despotismo parlamentario, a los abusos de un temible gobierno popular, entroncan con el rechazo doctrinario a la política plebeya. Así, Duguit, más que «el campeón del movimiento negacionista de los derechos de los individuos» (p. 89), fue –como le reprochaba Esmein– un hábil continuador del doctrinarismo, capaz de recolocar esos derechos individuales tradicionales en una nueva sistemática que los convertía (otra vez) en resortes intangibles de la solidaridad social³¹. Y Hauriou, más que haber puesto «a raya el individualismo y subjetivismo liberal» (p. 136), no habría pretendido sino la naturalización de determinados institutos –de la familia patriarcal a la «propiedad capitalista»–, considerándolos contenidos esenciales de un «régimen de Estado» frente a su posible alteración por vía legislativo-democrática³².

Como Francisco Velasco ha señalado³³, y el propio Esteve no deja de reconocer en su obra, conviene entonces identificar a qué tipo de parlamento se dirigía la crítica jurídica, pues el antiparlamentarismo resultante puede resultar de condición bien diversa, e incluso opuesta. Así, aunque su antiindividualismo organicista pudiera inspirar con posterioridad doctrinas contrarias a la

31 Abordo la cuestión en «Modelos teóricos de derecho público (Europa, 1911-1935)», en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragonese (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, 149-51.

32 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916², pp. 377-379.

33 F. VELASCO, «Sobre el libro de J. Esteve», en post de su blog personal (19-VI-2019).

república democrática, la crítica krausista del «parlamentarismo» –como Esteve recuerda– censuraba un sistema caciquil, endogámico y excluyente completamente corrompido, desprovisto ante sus ojos de toda representatividad y, por tanto, de legitimidad. Y lo hacía no desde una perspectiva patricia, sino, por el contrario, valorando las manifestaciones normativas autónomas de las capas subalternas, y no tanto para buscar fórmulas autocráticas o jerárquicas alternativas cuanto para depurar el propio funcionamiento parlamentario, planteando con ese fin la importación de prácticas supuestamente más equilibradas, plurales y legítimas procedentes del constitucionalismo británico. Siempre operó así entre los krausistas una crítica del funcionamiento del parlamento *en la práctica* de la monarquía doctrinaria, combinada con un ideal regulativo de cómo habría de funcionar correctamente desde un punto de vista ético-político³⁴; es decir, en su crítica al llamado «parlamentarismo», pese a sus premisas organicistas, latía un anhelo de parlamento limpio y representativo que no fue indiferente a los políticos que trajeron la República³⁵.

Bien distinto aparece el centro de la diana de los «mandarines académicos alemanes», cuya crítica en tiempos de Weimar no se dirigía contra «el anterior parlamentarismo de notables» (p. 22), sino contra el democrático sin más, compuesto a partir de la libre concurrencia entre partidos, con la particularidad de que el más organizado, activo y mayoritario aspiraba a modificar sustantivamente la ordenación jurídico-privada de la sociedad. Puede que la amenaza para los *Professoren* no procediese entonces de la «irrupción de las masas» consideradas en abstracto, porque con ellas se anunciase la disolución de la individualidad; por el contrario, aquellos intelectuales conservadores articularon, en el terreno de la intervención, numerosos discursos encaminados a liderar a las masas e integrarlas en una nueva comunidad jerárquica. Acaso el temor y el repliegue defensivo del mandarinato académico alemán procediese sin más de los resultados obtenidos por los partidos de clase, del ambiente indeterminado y revolucionario que reinaba, y de las posibilidades ciertas que tales formaciones obreras tenían para orientar el futuro. Se trataba de atacar desde la doctrina, no tanto al parlamento sin más, cuanto a las puertas que la democracia podía abrir a la socialización igualitaria de la economía.

34 G. DE AZCÁRATE, *El régimen parlamentario en la práctica*, Madrid, Fortanet, 1885.

35 Permitaseme de nuevo la autorremisión: S. MARTÍN, «Monarquía doctrinaria y reurbanismo democrático en la crisis de la Restauración», en V. J. Vázquez Alonso, S. Martín (eds.), *El rey como problema constitucional. Historia y actualidad de una controversia jurídica*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2021, 99-182.

VI. LIBERALISMO CONTRA DEMOCRACIA: TRIEPEL, KAUFMANN, LEIBHOLZ

Vamos acercándonos así al núcleo de nuestra visión. Va aclarándose la óptica que manejamos. Con ella tienen complicada cabida algunas de las caracterizaciones biográficas e intelectuales realizadas en el libro.

Triepel, por ejemplo, pudo finalmente distinguirse por haber mantenido «un elegante distanciamiento del nazismo», (p. 112), siendo, a juicio de Esteve, «una de las principales cabezas de un pensamiento antiparlamentario que no degeneró nunca en posiciones antidemocráticas o dictatoriales» (p. 155). Fundador de la famosa *Vereinigung* de profesores alemanes de derecho político, se opuso a las pretensiones de disolución por parte de los miembros nazis, y, aunque comenzó mostrando cierta «confianza en la nueva experiencia», pronto escribiría a Koellreutter diciéndole: «ahora ya sé donde conduce el viaje y yo no quiero compartirlo»³⁶. Como Smend declararía años después, «su disposición al entendimiento y comprensión del III Reich se agotó al poco tiempo»³⁷. Pero el caso entonces es que tal disposición existió, mostrando cómo su pensamiento antiparlamentario sí degeneró, aun transitoria y momentáneamente, en posiciones antidemocráticas y dictatoriales.

Opuesta a la forma moderna de democracia era su spengleriana defensa de «una concepción orgánica del Estado sobre la base de organizaciones profesionales para combatir el egoísmo de los partidos»³⁸. Y esa brumosa «confianza» inicial de la que habla el profesor Sosa Wagner consistió, en realidad, en una calificación legitimadora del asalto nazi al poder como «revolución legal»³⁹. Se trataba, en uno y otro caso, de gestos congruentes con la tendencia nacional-conservadora a la que se adscribía. Y, aun desengaña-

36 Tomo la cita de F. SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, 300-1, utilizada, a su vez, en nuestra obra (p. 112).

37 Citado por C. M. HERRERA, «Triepel et la critique du positivisme juridique à Weimar», en J.-F. Kervégan (ed.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS Editions, 2002, 91, de quien tomo también noticia de su militancia en el DNVP y la cita de Leibholz sobre *Die Hegemonie*.

38 *Ibíd.*, p. 99, en interpretación del movimiento propositivo final de H. TRIEPEL, *La Constitución y los partidos políticos*, 46-7.

39 Lo recuerda H. DREIER, «Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus», *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, Berlin, Gruyter, 2001, p. 20, n. 56, con mención de un artículo de Triepel de abril de 1933 («Die nationale Revolution und die deutsche Reichsverfassung»). Este tipo de calificaciones legitimadoras operaron efectivamente como «sedativo».

do pronto de la vereda nacionalsocialista, e incorporado al «exilio interior», quedaría todavía por desentrañar el papel que respecto de la política exterior nacionalsocialista pudo jugar su monografía *Die Hegemonie*, libro principalmente erudito e histórico –*kein nationalsozialistisches Buch*, en palabras de Stolleis– cuya publicación, sin embargo, coincide con el momento en que Hitler comienza a presentarse como «Hegemon»⁴⁰. No suministró la cobertura doctrinal del expansionismo imperialista alemán –al modo de Schmitt con su *Großraum*–, e incluso Leibholz lo calificaría de «obra escrita contra la ideología nazi», pero diríase que su figura histórico-jurídica de los *führenden Staaten* tampoco se hallaba tan distanciada del régimen en vigor como para no poder ser capitalizada en su favor⁴¹.

Pero lo decisivo es otra cosa: su consideración retrospectiva como el crítico «más ilustre» del valor absoluto de la ley en unos términos que pudieran tener validez actual como antecedente, queda cuanto menos desdibujada con su blanqueamiento doctrinal de las medidas inconstitucionales nazis. Parece evidente que, «como muchos otros miembros del gremio, Triepel, aun con cautela, dio la bienvenida a la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas» como si de una «liberación» se tratase⁴². Consideró así que la ley de habilitación o plenos poderes se adecuaba a la legalidad, aunque no le cupiese duda alguna de que se encontraba «en total contradicción con las ideas fundamentales de la Constitución de Weimar». En los comienzos del III Reich, continuó defendiendo la conveniencia de preservar los derechos tradicionales de libertad, susceptibles de suspenderse transitoriamente solo por motivos de excepción. Ahora bien, pensaba que si había que liquidar la segunda parte de la Constitución, la de los derechos y deberes de los alemanes, «no derramaría una sola lágrima por ella», debido a lo «mucho de comprometedor y

40 Apunta la coincidencia el propio M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München, C. H. Beck, 1999, 388-9.

41 De planteamientos «aún muy reaccionarios», no faltaban tampoco en su libro «los guiños» a la «*Weltanschauung* oficial del nazismo»: C. M. HERRERA, «Triepel et la critique du positivisme juridique», 91, quien en n. 9 ya plantea con acierto en referencia a Triepel que existieron «otras situaciones intermedias» no coincidentes con «el *exilio interior* y la afiliación al partido nazi».

42 A. VON ARNAULD, «Heinrich Triepel (1868-1946)», en Peter Häberle et. al. (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland, Österreich, Schweiz*, Berlin, De Gruyter, 2014, 131 y 136 (de donde tomo también las citas siguientes, que el autor extrae del artículo mencionado de Triepel).

‘marxista’» que encerraba⁴³. Y todavía a fines de 1933, frente a la «convulsión de la Constitución alemana que ha[bía] tenido lugar en las últimas semanas y que seguir[ía] teniendo efectos en un futuro próximo», pensaba que la tarea del iuspublicista consistía en acompañar a la «nueva formación constitucional en ciernes paso a paso, comprendiendo y ayudando, aquí animando, allí advirtiendo»⁴⁴.

Si se entiende, como hace Esteve, que el ejemplo más clamoroso de «poder ilimitado de la ley» durante la República de Weimar fueron las *Ermachtigungsgesetze* con las que «se desmontó materialmente el orden constitucional» (p. 122), alguna conclusión habrá entonces que sacar del hecho de que Triepel, ese debelador del «absolutismo parlamentario» (pp. 121, 154), aun considerando que subvertían la norma fundamental, las considerase como adecuadas a la legalidad cuando su contenido atribuyó plenos poderes a Hitler⁴⁵. Más apremiante parece aún la necesidad de entrar a considerar ese ejercicio de legitimación de la dictadura, si se opta además por censurar el puntual silencio del Gerhard Anschütz ante la ley de plenos poderes (p. 121)⁴⁶, esto es, justo de quien «solicitó su retiro anticipado en la primavera de 1933 alegando que no podía adherirse al nuevo régimen»⁴⁷.

43 También se encuentra reproducido el mismo fragmento en A. HOLLERBACH, «Zu Leben und Werk Heinrich Triepels», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 91 (1966), 417-444 (439 n. 111).

44 Se trata del prefacio que escribió para el *Archiv des öffentlichen Rechts*, 24 (1934).

45 Leyes habilitantes hubo en 1923, y Triepel las censuró –*La Constitución y los partidos políticos*, 34-5–, pero se mostró más comprensivo con la de marzo de 1933, que «se tradujo en una gran legalización general y total» de los crímenes cometidos entre febrero y marzo y «sancionaba el hecho de que Hitler y sus seguidores ostentarían de hecho el poder del parlamento», según la caracterización que de ella hizo C. SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, 119.

46 La referencia sobre el silencio de Anschütz es indirecta, tomada de la monografía citada de Sosa Wagner en su segunda edición. Lo que leemos en el *Vorwort* de la última revisión de su comentario constitucional es la constatación, realizable por cualquier positivista, de que «exist[ía] hostilidad, o, cuanto menos, antagonismo, de una gran parte del pueblo alemán hacia la Constitución» que se había dado; y si, pese a las «convulsiones que amenaza[ba]n sus fundamentos y su vigencia», la norma fundamental aún seguía en pie, nada la libraba de sucumbir, completa o parcialmente, ante la «fuerza normativa» de los hechos, convirtiendo su interpretación en una labor historiográfica: cit. en Ch. WALDHOFF, «Gerhard Anschütz (1867-1948)», en P. Häberle et. al. (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 93-109 (p. 95, n. 16).

47 J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes: Allemagne, XIXe-XXe siècles*, Paris, Garnier, 2015, 313.

Abordando la cuestión, no puede menos que resultar llamativa la inconsecuencia entre el modo inflexible en que se afirmaba la supremacía constitucional frente a las leyes aprobadas por parlamentos pluralistas y partitocráticos, y la manera en que se aceptaba la vulneración de la constitución cuando se acometía mediante leyes de verdad dictatoriales. Diríase que, más que sentando categorías jurídicas, lo que Triepel hacía con ellas era simple y llana política autoritaria en tiempos republicanos. Si todavía en el primer año del III Reich defendía la conveniencia de mantener los derechos individuales como «antiguo bien jurídico alemán», no creo que haya que interpretarlo como un intento desesperado de sujetar el movimiento nacionalsocialista a la legalidad constitucional, sino como manifestación del propósito de orientar su desarrollo hacia las posiciones liberal-conservadoras que contribuyeron a su erección. Otra cosa es que esos intentos de redirección con odres viejos se vieran pronto desbordados por la comprobación de que la *nationale Erhebung* de 1933 no cabía ya en el marco jurídico anterior, ante todo por implicar «la irrupción de una nueva idea del Estado»⁴⁸, incompatible con la del viejo Estado liberal autoritario defendido por Triepel.

Obsérvese la naturaleza de nuestro planteamiento. No se está afirmando que Triepel fuese un nazi. Tampoco se niega el «creciente aislamiento» que comenzó a sufrir tanto por la «filiación judía» debida a su suegro como por su inmovilismo doctrinal⁴⁹. Sí se considera que las posiciones antipluralistas secundadas por el autor, las propias del nacionalismo alemán, facilitaron el advenimiento dictatorial⁵⁰, y hacen congruente sus primeros gestos legitimadores del III Reich. No se estaría contemplando aquí sino una manifestación cultural particular, circunscrita a las doctrinas jurídicas, del fenómeno político más general de cómo los nacionalismos liberal-conservadores alentaron el auge de las derechas fascistas⁵¹, con independencia de que finalmente queda-

48 El salto en el planteamiento se aprecia en Ulrich SCHEUNER, «Die nationale Revolution. Eine staatsrechtliche Untersuchung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 24 (1934), 261-344 (262).

49 A. VON ARNAULD, «Heinrich Triepel», 131.

50 «[...] allanaron el camino a la barbarie», dice J. L. REQUEJO PAGÉS, «Nota preliminar», en Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2006, 9, citado por R. PUNSET, «Estudio preliminar», XVII, para quien, por el contrario, «no es el organicismo de Triepel el anticipo de la llegada de las hordas nazis», p. XIX.

51 Dato tan conocido como descuidado: D. J. K. PEUKERT, *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, 62-63, y R. EVANS, *La llegada del Tercer Reich*, 129.

sen asimilados o devastados por ellas. Pero lo que se quiere ante todo señalar es la inconveniencia de hallar un antecedente válido de las actuales garantías constitucionales que vinculan al legislador en el interior de una reflexión antidemocrática. Pese a la homogeneidad del léxico empleado, lo que Triepel tenía en mente al defender la supremacía de la constitución y los derechos frente a la ley parlamentaria era cosa bien distinta, e incluso opuesta, a la que se concibe hoy –o debiera concebirse, en recta doctrina de la democracia constitucional– bajo tal divisa. Como su propia trayectoria revela, en sus postulados no se encuentra tanto un anticipo de la actual democracia constitucional como la antesala de una reacción dictatorial.

Este mismo diagnóstico cabe aplicarlo a uno de los discípulos de Triepel: el monárquico-imperial –y efímero republicano de conveniencia– Erich Kaufmann. Su caso resulta especialmente elocuente. No respondía solo a la avilantez el que Schmitt recordase en un delicado momento que se trataba de un iusinternacionalista «militarista y belicista», autor del proverbio según el cual «el ideal social [era] la guerra preventiva»⁵². Su adhesión activa a la campaña militar alemana durante la Gran Guerra se había formulado explícitamente en contra del «principio democrático», entendido como un «arma diabólica» extranjera, en manos de los aliados para «dividir y debilitar al pueblo alemán»⁵³. El propio Esteve –y también antes Sosa Wagner– recuerda que su abrazo a la república parlamentaria se produjo como aceptación de un mal menor frente al riesgo de la bolchevización. Pero, disipado ese temor, tocó entonces el turno al boicot al parlamentarismo con los argumentos del derecho. Para ello se hizo necesario recorrer una significativa parábola, en la que se agolpaban un buen número de iuspublicistas conservadores, experimentada también en España entre la Restauración y la República: había que pasar del positivismo legalista, que permitía afirmar la autoridad suprema de la ley del Estado imperial (principalmente ante los jueces), al iusnaturalismo espiritualista de los valores supralegales, que permitía desacreditar la ley de la República parlamentaria (poniéndola a disposición de esos mismos jueces).

52 C. SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, 63, añadiendo: «No quiero incriminarlo». Para confirmación de sus posiciones belicistas durante la Gran Guerra (en las que le acompañó Triepel), vid. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes*, 260-263; y sobre sus posiciones iusinternacionalistas, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 175-176.

53 M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 65.

En efecto, Erich Kaufmann, de haber sido un «convencido positivista» en tiempos imperiales⁵⁴, pasó a ser un furibundo iusnaturalista. El salto se dejaba sentir especialmente en lo tocante a la interpretación de las «normas constitucionales abiertas», entre las que destacaban las que enunciaban derechos fundamentales, sujetas por necesidad a lecturas controvertidas⁵⁵. Pero mientras el positivismo democrático tendía a atribuir prevalencia a la interpretación que de ellas hiciese el legislador parlamentario, el renacido iusnaturalismo –o «antipositivismo legalista», como lo denomina Esteve (p. 117)– tendía a otorgar mayor valor a las interpretaciones hechas por la jurisprudencia (doctrinal y judicial). La cuestión se tornó especialmente sensible en la disputa en torno al principio de la igualdad ante la ley, en la que Kaufmann tanto destacó⁵⁶. Como seguidamente se precisará, lo que estaba en juego era decidir hasta qué punto el legislador podía tener en cuenta las desigualdades socioeconómicas en sus leyes, justo a los efectos de generar mayor igualdad real. Contra esta posible lectura de la igualdad, que implicaba una ruptura de los usos legislativos del Estado liberal, desde las posiciones iusnaturalistas que Kaufman reproducía se esgrimieron axiomas suprapositivos, de anclaje solo indirecto en la norma constitucional, que cumplían la función de limitar el alcance del intervencionismo legislativo en materia económica, tributaria y laboral.

No faltaron juristas –pienso en Hermann Heller y Franz Neumann– que resaltasen la paradoja que suponía invocar el principio de igualdad (formal) justo para combatir desde la doctrina y los tribunales las leyes que perseguían mayores cotas de igualdad (real). Pero no fue sino Kelsen quien, en su respuesta a la intervención de Kaufmann sobre el *Gleichheitsprinzip*, reveló las razones prácticas del giro iusnaturalista. El sospechoso cambio que Kaufmann había experimentado se explicaba por el propósito –netamente «político»– que animaba sus planteamientos jurídicos, consistente en «disminuir la autoridad del legislador» justo cuando, a consecuencia del sufragio universal y la organización de los trabajadores, se había producido una «sustancial variación de la estructura política del órgano legislativo».

54 Epígono además de una «teoría del derecho como poder»: B. RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 64.

55 Lo señala de nuevo M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 172

56 E. KAUFMANN, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 1926, 3 ss. y 53-54 para la contestación de Kelsen.

El problema, por tanto, no residía en el parlamentarismo ni en sus supuestos organizativos, sino en el previsible contenido material de sus decisiones legislativas, esto es, en las posibles mayorías capaces de transformar mediante la legislación el orden jurídico-privado liberal. La pregunta, entonces, vuelve a emerger: ¿hasta qué punto una concepción de los límites ético-materiales de la legislación como la planteada por Kaufmann puede seguir suministrando hoy, bajo el constitucionalismo democrático y en un Estado social, un antecedente doctrinal válido del control judicial de la ley? ¿No estamos más bien ante intentos preconstitucionales de limitación de la democracia, fundados en la creencia de un orden institucional indisponible, por su carácter presuntamente natural, algo por esencia incompatible con el constitucionalismo democrático vigente en la actualidad? Antes que basarse en ellos, ¿no hubo más bien que romper con este tipo de planteamientos iusnaturalistas para poder refundar el presente Estado constitucional? ¿Cabe localizar un antecedente cualificado de la democracia constitucional en una doctrina encaminada a bloquear, mediante la interpretación doctrinal y a través de ciertos aparatos del Estado, la realización legislativa de un programa político que no atenta contra los derechos esenciales, sino que revisa la distribución de los adquiridos, justo en beneficio de la «dignidad»?

En el sentido de estos mismos interrogantes, resulta aún más esclarecedor el caso de Leibholz. El hecho de que descendiese de padres judíos, aunque él profesase el luteranismo, acabó, en efecto, convirtiéndolo en víctima del nazismo; acosado por las escuadras estudiantiles, tuvo finalmente que exiliarse para salvar su integridad⁵⁷. ¿Supone este hecho incontrovertible, y los incontables padecimientos que hubo de sufrir a causa de los nazis, incluida la pérdida de varios familiares (p. 157), que su obra producida en Weimar no alimentase la deriva autoritaria que acabó por arrollarlo? Una lectura somera de algunas de sus principales obras basta para inclinarse por una respuesta negativa.

Dudo así que su escrito sobre la «representación» no reprobase «el nuevo modelo de parlamentarismo», aceptando «a los partidos políticos como mandatarios y portavoces de la voluntad popular», según asevera Esteve (p. 116).

57 Un breve y eficaz recorrido por los aspectos más destacados de su trayectoria en Weimar lo proporciona Manfred H. WIEGANDT, «Antiliberal Foundations, Democratic Convictions. The Methodological and Political Position of Gerhard Leibholz in the Weimar Republic», en Peter C. Caldwell, William E. Scheuerman (eds.), *From Liberal Democracy to Fascism: Legal and Political Thought in the Weimar Republic*, Boston, Brill, 2000, 106-135.

Por el contrario, su conceptualización de la *Repräsentation* como categoría jurídico-pública opuesta a la *Vertretung* –expediente representativo de intereses particulares– impugnaba el parlamentarismo practicado en Weimar⁵⁸.

La discrepancia era de principio. Seguramente por efecto de la doble experiencia de la revolución y el desplome cultural burgués, el republicanismo democrático entendía la sociedad política como un proceso de desembocadura esencialmente indeterminada, cuyos contenidos efectivos solo podían ser el resultado de síntesis políticas provisionales, elaboradas por los ciudadanos –individualmente considerados, o unidos en asociaciones, sindicatos y partidos– en uso de unos derechos de participación ejercidos al interior de los procedimientos de composición proporcionados por el ordenamiento positivo⁵⁹.

Las ideas de Leibholz se situaban en posición diametralmente opuesta a este planteamiento fundador del sistema representativo de la República. Pensaba que las exigencias objetivas del concepto esencial de representación política resultaban de imposible aplicación en el orden constitucional weimarrés⁶⁰. La concepción «empirista atomística» de la sociedad, y su recurso al criterio electoral como principal vínculo de representación, ambos presentes en el sistema parlamentario vigente, resultaban insuficientes –cuando no incapaces– para fundamentar una relación representativa en términos políticos. Pero había más motivos. Para Leibholz, el sistema en vigor en Weimar era, de hecho, un ejemplo típico de *Interessenvertretung*, en absoluto de representación política. Lo demostraba el que de su praxis institucional emergiese un *Parteienstaat* en el que los diputados, de ser representantes libres e independientes de la nación en su conjunto, hubieran pasado a ser mandatarios de los partidos, y procuradores, por consiguiente, de intereses particularistas. Y, a su juicio, el juego de la representación de los intereses particulares, muy en especial de los de clase, no podía en ningún caso «representar a la totalidad del pueblo».

58 G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1929, 32-33 y 47-49.

59 Sobre la que llamo «figura constitucional republicana», ensayo una interpretación de conjunto en tal sentido en «Iluminaciones sobre Weimar», 688-696.

60 Para todo lo que sigue, salvo cita expresa, vid., de nuevo, G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, 50-54, 98-123, 141, 148-149 y 161; Id., *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria* (1933), Milano, Giuffrè, 1996, 9, 16-17, 57-58, 62 y 78-91, de donde tomo la mayor parte de los datos para constatar la deriva despótica de sus premisas nacionalistas.

Pero el régimen institucional de Weimar era incapaz de articular un modelo de veras representativo no solo por su deriva partitocrática, sino desde su mismo diseño constitucional, que había universalizado el derecho de sufragio y optado por la proporcionalidad. A diferencia de lo que acontecía en el Estado decimonónico, donde las restricciones de voto y la preferencia mayoritaria permitían la homogeneidad cultural de los representantes, la ampliación de los derechos de participación y la proporcionalidad –como mecanismos para instituir la «representación popular»– abocaban, por necesidad, a la concitación en la palestra parlamentaria de las fuerzas heterogéneas y contrapuestas que, con sus agendas particularistas, recorrían el tejido social, incapaces de producir efectos integradores.

La comprensión –«marxista», según su calificación– del Estado como un marco formal-racional destinado a la autocomposición de la sociedad constituía la renuncia misma a la idea estatal. A su juicio, «la unidad política del Estado», esa entidad que los órganos representativos debían actualizar y revitalizar con sus decisiones, «no p[odía] resultar de una multiplicidad de fuerzas pluralistas, de acción divergente, más que convergente, determinadas sobre todo en sentido económico y de clase». Instalada su dinámica, desvinculados los representantes de todo referente unitario nacional, ligados solo, a través de las organizaciones partidarias, a la ciudadanía movilizada, nada podía garantizar –en 1929– que el juego político no desembocase en «una reconfiguración revolucionaria y antidemocrática del ordenamiento jurídico».

Su propuesta doctrinal se dirigía, así, ante todo, a evitar en la práctica posibles horizontes de signo socialista o comunista canalizados por vía parlamentaria. Quizá razonamientos de este tipo sirviesen, ya en la República Federal, para defender cosa en apariencia parecida, pero ostensiblemente diferente: el que los partidos en disputa democrática deben asumir como punto de partida el común respeto no solo a los procedimientos, sino también al orden material de valores plasmado en la constitución (comenzando por la consideración de la dignidad humana como principio inderogable). Y hubo notorias coincidencias que revelan una posible continuidad de fondo, como muestra la ilegalización del KPD alemán en los años 50⁶¹. Sin embargo, aun desenvueltos ambos argumentos en un plano ético-material, en el segundo caso se trataría de constitucionalismo –hasta de «patriotismo constitucio-

61 A. VON BRÜNNECK, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1968*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, 71 ss.

nal»—, mas no de nacionalismo. En el señalamiento de los límites que los representantes políticos deben respetar y de los valores que han de actualizar, no parecen comparables el orden de principios racionales asentados en la constitución y el conjunto de valores supuestamente engastados en la identidad de la nación, mucho menos cuando tales valores no resultan compartidos por la totalidad, ni siquiera por la mayoría de los ciudadanos, y es más que dudosa incluso su compatibilidad con la constitución en vigor, como ocurría en tiempos de Weimar.

El desfase existente entre, de un lado, los valores materiales supuestamente definitorios de la «nación» y, de otro, la compleja y plural fisonomía real de la sociedad política alemana de los años 1920, señala la deriva autoritaria a la que estaban condenados sus planteamientos. Cuando se produjo la toma nazi del poder, su inclinación a deslegitimar la institucionalidad republicana por falta de representatividad se transformó en disposición para legitimar el nuevo Estado autoritario. Si el *Herrscher* de la democracia parlamentaria degeneraba al parecer con facilidad en un déspota conculcador de los derechos de las minorías, ya en el gobierno del III Reich, en sus primeros compases, «la figura del dominio [había] dev[enido] una relación de superioridad y de subordinación fundada sobre un convencimiento común más libre e íntimo». Si los actores del pluralismo igualitario republicano no hacían más que desgarrar la unidad del Estado con total irresponsabilidad, ya en el nuevo régimen autoritario se pudo instaurar por fin una «relación esencial entre libertad de decisión política y auténtica, esto es, personalísima responsabilidad [...] frente a la comunidad». Y si las elecciones populares libres, el principio de proporcionalidad y la competencia entre partidos conformaban un artefacto disgregador, el presidencialismo, el nombramiento desde arriba de las autoridades, la búsqueda de una representación corporativa e incluso la ausencia de elecciones podían ya permitir la instauración en Alemania de un Estado verdaderamente representativo.

Representativo, claro, desde el sesgado y antidemocrático punto de vista de Leibholz. Como acontece con su maestro Triepel, su intervención doctrinal de los primeros meses del III Reich sirve para ubicarlo en la competencia de proyectos entonces en liza: partidario de una fórmula autoritaria corporativa y presidencialista, se oponía a la receta totalitaria enderezada a colonizar espiritualmente a la entera población, y buscaba, en consecuencia, algún tipo de salida de síntesis entre ambas vertientes. Pero tal intervención ha de servir aquí para corroborar dos cosas: que nada tenían que ver sus concepciones de

la representación con el sistema parlamentario republicano y que se dirigían más bien a deslegitimarlo para sustituirlo por un régimen autoritario.

Tampoco sirve su tesis sobre la igualdad ante la ley como antecedente válido de la actual limitación constitucional del legislador. El que con ella defendiese «el control judicial de las leyes para evitar la arbitrariedad del legislador» (p. 122) le permite aparecer como precedente del control de constitucionalidad, pero su reflexión sobre «el vínculo del legislador al derecho» a través del principio de igualdad respondía a parámetros no solo ajenos, sino incluso opuestos al constitucionalismo democrático en vigor⁶².

Leibholz no ocultaba el motivo que hacía imprescindible recurrir al control judicial de la ley en la Europa de posguerra. Se había roto la identidad entre «ley formal y derecho material» que, de forma ingenua, se daba por sentada en el Estado liberal. Sus ideas sobre la representación y la igualdad se conectaban estrechamente en este punto. Si la democracia parlamentaria republicana resultaba incapaz de representar a la totalidad del pueblo, entonces la legitimidad de las leyes que producía se encontraba por fuerza en entredicho. Por eso, «al reducirse la confianza en la identidad entre ley y derecho» con el nuevo sistema institucional posliberal, no solo resultaba idóneo, sino que urgía que los jueces tuvieran la facultad de comprobar la no arbitrariedad de la legislación.

Si con tales consideraciones comienzan a aflorar distancias notorias respecto de la actual fundamentación del control de constitucionalidad, estas se tornan insalvables en cuanto examinamos los propósitos específicos de Leibholz. Constatado que el concepto convencional de la igualdad, marcado por su dimensión política y económico-material, «t[endía] a ser radicalmente expansivo», se había hecho evidente «la necesidad de ponerle límites para frenarla». Su reflexión se dirigía, por tanto, a contribuir a amortiguar la tendencia de igualación social que del plano político –con el sufragio universal– amenazaba con saltar al plano económico-social. Por parafrasear a nuestro autor, se trataba de emplear la igualdad *ante* la ley para bloquear las tentativas –parlamentarias– de promover la igualdad *a través* de la ley. El intento de procurar incrementar la igualdad real a través de la legislación era así lo que, desde el punto de vista de Leibholz, encerraba mayores peligros de arbitrariedad.

62 Para lo que sigue vid. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, Otto Liebmann, 1925, 29, 40-41, 45, 74, 77-78, 86-88, 98, 100, 106, 112 y 124; y Id., *La dissoluzione della democrazia liberale*, 30, 34-36, 40, 85-85, 90 y 93-94.

¿Y cómo podían combatirse las políticas igualitarias invocando el propio principio de igualdad? Semejante posibilidad se explica por la noción que Leibholz manejaba, y que, por vía interpretativa, pretendía ver plasmada en la norma fundamental. A su entender, la constitución alemana en ningún caso preveía «la aplicación de una igualdad mecánica»; más bien registraba como punto de partida «las diferencias entre los seres humanos», «la desigualdad real entre las personas», fundadas en última instancia en «la esencia de las cosas». La igualdad, por tanto, solo podía entenderse en su acepción clásica, como «igualdad proporcional», como expresión del principio de proporcionalidad, que admite distinguir los tratamientos jurídicos en función de las desigualdades naturales a la hora de la «distribución de derechos y deberes». Las diferencias que la legislación podía legítimamente tener presente, sin incurrir por ello en arbitrariedad, eran así las que se basaban en las diversas capacidades, dones y facultades que los individuos tendrían por naturaleza. Por el contrario, la ley no podía constituir un mecanismo de corrección de esas desigualdades naturales, consideradas inalterables. Su concepto de igualdad no hacía entonces sino plasmar, en época posmoderna, el clásico criterio de justicia «aristocrático» de la «proporción», según el cual «lo justo no es lo mismo para el superior y para el inferior, sino lo proporcional» para cada uno, atendidas las cualidades diferenciales que otorgan a unos supremacía y a otros subalternidad⁶³.

Toda aquella legislación que estableciese, por razón de pertenencia a «un determinado partido, clase, grupo, confesión» o cualquier otro colectivo, un estatuto legal diferenciado «en un sentido favorable o desfavorable», y que no se encontrase apoyado en desigualdades naturales, sino que, por el contrario, persiguiese por medio de las leyes mayores cotas de igualación, caía, en principio, en la órbita de la arbitrariedad. Aunque no por necesidad. El parámetro de valoración que los jueces debían utilizar para detectarlo era la «conciencia jurídica» de la comunidad, irritable ante los actos estatales arbitrarios: tal era el «factor decisivo» que decidía «sobre la existencia respectiva del concepto político de igualdad», y que había de servir al juez para dictaminar si una «demanda de igualdad» resultaba compatible, o no, con la idea de justicia compartida en sociedad.

Qué tenía entonces en mente Leibholz como posibles casos de leyes arbitrarias que debían desaplicarse por la magistratura. Saltan a la vista numerosos ejemplos que podrían servir de precedente actual para limitar el poder

63 Aristóteles, *Ética eudemia*, Madrid, Alianza, 2002, 148-149.

legislativo, por manifestarse en interdicciones de discriminación por motivos raciales, religiosos o de nacionalidad. El problema, sin embargo, radica en su utilización preferente en el terreno económico-laboral, como freno del intervencionismo estatal. Y aquí la aplicación judicial que Leibholz tenía como ejemplo a secundar se correspondía, ni más ni menos, que con la asimilación invertida que de la XIV Enmienda había realizado la muy conservadora Corte suprema estadounidense. El trato igual de las leyes se convertía en imposibilidad de diferenciar las desiguales posiciones ocupadas en sociedad a fin de generar resultados igualitarios. Por eso, a su juicio, incurrirían en arbitrariedad leyes que gravasen a las sociedades, por suponer una discriminatoria «doble imposición», o que regulasen «los precios de las viviendas de alquiler», por discriminar a sus propietarios.

Efectivamente, las leyes dirigidas a proporcionar «ventajas o desventajas económicas» a «determinados individuos» no solo resultarían arbitrarias si se fundaban, por ejemplo, en «consideraciones confesionales», sino también si atendían a «la pertenencia de las personas a determinados estamentos y clases». En la interpretación de Leibholz, era la propia Constitución la que prohibía este tipo de discriminaciones; sin embargo, la interpretación democrática y sistemática de la norma fundamental veía en ella la prohibición de discriminaciones por razones económicas o de clase, combatiendo las exclusiones del orden liberal anterior, pero el mandato de establecer marcos legales de protección especial de determinados sectores en razón de su especial vulnerabilidad económica. En un gesto típico del conservadurismo nacionalista alemán, nuestro jurista no hacía más que emplear un enganche «anclado» en la propia norma fundamental con el propósito de vaciar su normatividad, ante todo la de su flanco social, en sede de aplicación judicial, dando, claro, por descontada la adscripción política conservadora de la mayoría de la magistratura.

El derecho laboral democrático, basado en la premisa de favorecer a un grupo de la población por motivos de dependencia económica, así como la imposición progresiva en materia fiscal, quedaban así, desde los postulados de Leibholz, constantemente sometidos a escrutinio y filtro judicial. Pese a la identidad léxica, sus planteamientos no pueden por eso proponerse como antecedente. La razón es clara: el concepto de igualdad inmanente al Estado social se coloca en posición diametralmente opuesta respecto del liberal-burgués mantenido por Leibholz, como bien se deduce del art. 9.2 de nuestra constitución actual (o del 3.2 de la italiana), que no solo permite, sino que

ordena a los poderes públicos, también al legislador, promover la igualdad real. Tan palmaria es la colisión, que la tentativa de volver a introducir esta noción paleoliberal de la igualdad en nuestro orden constitucional, debida al ministro de Franco Laureano López Rodó, no contó con recorrido alguno en su momento⁶⁴. Cosa distinta, y temo que cierta, es que la costumbre constitucional de los países europeos haya derogado, en la práctica, el contenido de preceptos como el 9.2. Pero, en ese caso, las concepciones veteroliberales que Leibholz encarna seguirían sin constituir el precedente del constitucionalismo garantista; compondrían, más bien, una remota expresión de la principal fuerza que conspira para su actual vaciamiento.

Igual imposibilidad debería presentar también el *Rechtsbewusstsein* como instancia decisoria objetiva a la que acudir para saber cuándo una ley es arbitraria, o no. La inconsistencia del postulado en un sistema como el de Weimar salta a la vista. ¿Cómo una «demanda de igualdad» podía alcanzar la mayoría necesaria para cristalizar en ley y ser, al propio tiempo, contraria a la «conciencia jurídica» de la comunidad?

Como «régimen de autoinstitución de lo social»⁶⁵, aquel sistema, en todo aquello no tasado inequívocamente por la constitución, partía de una posición de neutralidad relativista en lo que hacía a las concepciones de justicia, dando por sentado que, en la sociedad moderna, como ya era la alemana de posguerra, concurren numerosos códigos morales bien diferenciados, sin que exista una instancia superior objetiva, irrecusable y científica capaz de excluir unos en beneficio de otros. Dentro del orden de principios, derechos y procedimientos fijado explícitamente en la constitución, el constitucionalismo democrático reconoce que todos los grupos o partidos tienen igual legitimidad para llevar sus programas a la letra de la legislación. Sostener que tan solo unos pocos de entre ellos podían actuar conforme a la justicia comunitaria solo servía –como Kelsen aclaró– «a fuerzas políticas que t[ermin]an a la hegemonía de un solo grupo de intereses», el cual, en la medida en que rechazaba tomar en consideración otros intereses distintos, «procura[ba] disfrazarse ideológicamente como interés colectivo ‘orgánico’ o ‘verdadero’»⁶⁶. Y toda la doctrina

64 S. MARTÍN, «Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)», en Abraham Barrero (ed.), *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 22, n. 17.

65 Así define sintéticamente la democracia P. ROSANVALLON, *Por una historia conceptual de lo político*, México, FCE, 2003, 51.

66 H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, 44.

de Leibholz se encontraba enderezada a evitar, con argumentos pseudocientíficos, el que ciertas opciones políticas, con buen basamento constitucional además, tuviesen la oportunidad siquiera de inspirar la legislación, habilitando a los jueces para que lo impidieran.

A este respecto, al lector crítico de la monografía de Esteve no puede menos que llamarle la atención dos cosas. La primera, menor, es el contraste existente entre su repetida censura de los republicanos radicales franceses por no acometer políticas sociales protectoras de la clase trabajadora, prefiriendo recurrir a un estupefaciente y compensatorio laicismo desbocado, y su celebración de expedientes argumentales como los de Leibholz, dirigidos precisamente a bloquear por vía jurisprudencial toda agenda social avanzada en materia laboral o tributaria. Diríase que preocupa al autor bastante más la secularización del espacio público que la postergación de las políticas sociales en favor de los trabajadores. Y la segunda, mayor, es la relativa falta de correspondencia entre su diagnóstico general del estamento académico alemán como conjunto de mandarines a la defensiva por sentirse desplazados por la democracia, y su conclusión particular acerca de la condición y alcance de los artefactos doctrinales elaborados por algunos de sus componentes. De haber llevado hasta el final sus premisas interpretativas obtenidas de la obra de Ringer habría debido concluir que, con ideas como las de Leibholz sobre la representación o la igualdad, más que ante los orígenes de ciertos mecanismos garantistas de derecho público vigentes en la actualidad, estamos ante dispositivos defensivos, incluso reaccionarios, para provecho particular del sector nacional-conservador del que tales autores eran solidarios⁶⁷.

Lo relevante no es que fuesen doctrinas de partido, sino que sus pretensiones se pretendiesen equiparar con el auténtico interés nacional. Justo ese modo singular –absolutista– de hacer valer sus intereses es lo que permite calificarlas, no como precedente del constitucionalismo de las garantías, sino como presagio del autoritarismo.

Fue el propio Leibholz quien se encargó, una vez más, de mostrarlo. Y no me refiero con ello solo al dato esclarecedor de que todas las objeciones garantistas esgrimidas contra las leyes de contenido igualador se esfumasen cuando se trataba de considerar la «ley de plenos poderes», aceptada como hecho consumado sin más, que había venido a fundar «un nuevo sentido de la autoridad», contra el que al parecer no cabía ya reproche constitucional.

67 Sobre esa utilidad clasista, vid. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 190.

Aludo al elocuente dato de que para Leibholz esos derechos fundamentales que no podían vulnerarse por la ley, a diferencia de lo que pueden significar bajo el constitucionalismo democrático, constituían una expresión simbólica de «la unidad nacional alemana», en el entendido organicista de que «la libertad reconocida al individuo, también y sobre todo en el ámbito cultural, no exist[ía] para el individuo, sino para los valores materiales absolutos [definitorios de la unidad nacional], a cuya realización el individuo est[aba] llamado».

Así, una vez mutado el sentido garantista de los derechos, una vez transformados en «instituciones de la nación» –dicho sociológicamente: en funciones de una determinada, minoritaria y sesgada visión de lo que era la identidad nacional–, la propuesta de Leibholz –como la de su maestro Triepel– fue la de mantener la parte dogmática de la constitución bajo el III Reich. Su objetivo –se ha sugerido– era inclinar la balanza en favor del proyecto autoritario-corporativo frente al más secamente totalitario. Pero si había siquiera semejante propuesta no era por abrigarse el propósito de hacer más garantista al régimen en ciernes, sino porque su noción de los derechos mantenida durante la época de Weimar ya era lo suficientemente autoritaria y nacionalista como para no tener que sufrir revisiones. En un gesto llamativo, el principal artífice de la lectura conservadora-nacional de la segunda parte constitucional, Ernst Rudolf Huber, le replicó que si bien resultaba cuestionable que expresiones como *Grundrechte* o *Staatsrecht* –«acuñadas en el mundo intelectual del liberalismo»– continuasen siendo válidas en la nueva situación político-constitucional, los «derechos fundamentales», una vez entendidos como «formas básicas del orden popular», tal y como Leibholz se mostraba conforme en concebirlos, resultaban entonces «absolutamente compatibles con el Estado total»⁶⁸.

VII. ALCANCE REAL DEL CONTROL JUDICIAL DE LA LEY

Va quedando clara entonces cuál es nuestra objeción central. Esta vuelve a hacerse evidente en la principal «realización» de los iuspublicistas examinados. Los tres autores recién repasados –el maestro Triepel y los discípulos Kaufmann y Leibholz– se caracterizaron, en efecto, por su defensa del «control de constitucionalidad como mecanismo que limite y evite los posibles ex-

⁶⁸ E. R. HUBER, en el *Archiv des öffentlichen Rechts. Neue Folge*, 24 (1934), 247, 248 y 250.

cesos de poder del legislador parlamentario» (pp. 121-122). En los tres casos es visible esa «actitud preventiva ante la nueva ‘tiranía parlamentaria’» (p. 154) que el autor coloca en los orígenes del control judicial de la ley aceptado como conquista del derecho público actual. Y así descrita su disposición doctrinal, efectivamente se presentaría como precedente cualificado de actualidad. Pero, como se ha apuntado, hay que desentrañar el significado jurídico-político preciso de aquella actitud, en aquella coyuntura, para saber si pudo ejercer, o no, como motivo inspirador de un instituto básico de la democracia constitucional. Y para ello sirve una distinción clave, que, a mi juicio, no hace suficiente acto de presencia en nuestra monografía: justo la que diferenciaba entre el control formal y el control material de constitucionalidad, importando, en este segundo caso, el grado de anclaje en la norma fundamental exigido al parámetro de control utilizado.

De haberse empleado esta distinción para guiar la exposición se habría hecho muy pronto patente para el lector que la dimensión controvertida de los autores antiparlamentarios no procedía de su saludable deseo de contener el despotismo del legislador, sino de su propuesta de otorgar a los jueces la facultad de controlar la moralidad de las leyes con arreglo a principios constitucionales interpretados en contraposición al propio espíritu de la constitución. Lo que niega a esta doctrina la condición de antecedente es que en los tres casos se trataba, ante todo, de defender el control material de la ley sin apenas anclaje en la norma fundamental, con vagas alusiones a la «razonabilidad» que remitían en realidad al arbitrio judicial, inaceptable en un sistema constitucional que vinculaba los jueces a la ley. De haberse insistido en que la controversia radicaba en el carácter material del control judicial postulado, se habría podido aclarar cómo Gaston Jèze, de haber defendido la revisión judicial en los tiempos de preguerra, rectificó su opinión en cuanto detectó que sus colegas y maestros Duguit o Hauriou defendían, más que una garantía jurisdiccional de los derechos, una limitación de la democracia en beneficio de poderes oligárquicos con una funesta instrumentalización de la justicia⁶⁹. Así, lo que en la literalidad ideológica de las expresiones de los tres autores examinados aparece como defensa frente al «absolutismo parlamentario», no era más que ataque contra un parlamentarismo más equilibrado y representativo que el de notables anterior, justo para evitar que aprobasen leyes económicas igualitarias, y proteger con ello un «absolutismo» bien real como el de la propiedad y el capital. Más que defensa frente a una posible «tiranía

69 S. MARTÍN, «Modelos teóricos de derecho público», 156-157.

parlamentaria», existía en sus consideraciones propósito de salvaguarda de la tradicional tiranía de los poderes privados sobre las mayorías populares.

La corriente que los tres reproducían, coincidente en representar la sociedad política como *Volksgemeinschaft* supraindividual, postulaba efectivamente un «control de la ley», pero no como «medio de garantía de la Constitución», sino como «instrumento de valoración» ética «sobre la base de criterios extranormativos»⁷⁰. Puede que esta habilitación de los tribunales alemanes, arrogada por una célebre sentencia de 1925, no se tradujese tanto en la declaración de la inconstitucionalidad de numerosas leyes parlamentarias como en «la influencia reguladora que irradiaba de la sola existencia del poder de control judicial»⁷¹. Pero algún efecto práctico tuvo cuando, entre los años 1920 y 1930, «se cuentan ya numerosísimas sentencias, sea de tribunales federales como estatales, que reivindic[aban] el derecho de controlar la ley a través de la invocación de la igualdad», con la peculiaridad de que el *Gleichheitsprinzip* no servía más que como pretexto para volver a examinar «la ‘justicia’ de la ley», mas no conforme a criterios jurídico-constitucionales, sino bajo «parámetros como la naturaleza de las cosas o la conciencia jurídica de la comunidad»⁷², justo aquellos módulos interpretativos puestos en circulación por los autores examinados.

Por esta serie de motivos, si se trata de buscar los antecedentes doctrinales, válidos a día de hoy, de la supremacía de la constitución, el «control judicial de las leyes» y la «vinculación del legislador a los derechos fundamentales» (p. 22), se hallarán más correctamente en las propuestas de Hans Kelsen y Adolf Merkl que en las de Triepel, Kaufmann o Leibholz. Ciertamente es que Kelsen subrayaba la apertura de la legislación a todos los contenidos, justo para recordar la legitimidad de leyes sociales que revisasen el tradicional estatuto absoluto de la propiedad privada y la libertad contractual. Pero no lo es menos que en los planteamientos normativistas es donde mejor se encuentra la afirmación del carácter supremo de la constitución jurídico-positiva y la subordinación de legislador –y del resto de aparatos del Estado– a sus preceptos, incluidos aquellos de contenido ético-material de significación inequívoca, taxativa. Y es que, aunque en instancias jurisdiccionales supraestatales puedan seguir teniendo cabida legítima, como elementos de la

70 G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 83-84.

71 P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, 88-91, tomando la cita que recoge de E. R. Huber.

72 G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, 85.

argumentación, principios culturales de acuñación judicial⁷³, en los sistemas estatales democráticos continúa siendo difícilmente admisible que un colegio de magistrados goce de prevalencia sobre la cámara de representantes a la hora de interpretar principios abstractos polisémicos recogidos en la norma fundamental⁷⁴.

VIII. RÉDITOS DEL INSTITUCIONISMO

La dudosa utilidad de la línea de pensamiento antidemocrático –mucho más que «antiparlamentario»– para originar nada actual de carácter positivo o aprovechable excede su comprensión del control judicial de la ley. La incompatibilidad reside en sus propios fundamentos metodológicos. Se trata de una corriente por entero inválida para provecho jurídico-público actual, excepto para quienes pretenden subvertir y sustituir, de nuevo, el orden constitucional por un Estado unitario nacionalista, justo precisamente lo que, con razón, rechaza el autor de nuestra monografía. El pluralismo asimilado como valor constitucional imposibilita reconocer en estas posiciones monistas arranque u origen alguno de nada válido en la actualidad. Pero lo crucial es que el pluralismo hoy incorporado a la cotidianeidad reinaba ya, en los hechos y parcialmente en el derecho, en los tiempos de Weimar, cuando tales doctrinas reaccionarias fueron planteadas y terminaron siendo apoyadas por la fuerza. Sus funciones y entidad solo se pueden entender de forma cabal si se ponen en relación con aquella sensibilidad constitucional. Inscritas en las «ciencias del espíritu» de cuño fenomenológico, postulaban unos presuntos principios políticos objetivos justo cuando tal objetividad era ya imposible de postular. Pretendían representar un retorno a lo objetivo y elemental justo en «una situación cultural donde [no se podía ya] volver pura y simplemente ‘a las cosas mismas’»⁷⁵, dado el reinado científico y cultural de la diversidad.

De similar ambigüedad adolece el institucionalismo católico de Maurice Hauriou. Destaca Esteve la preocupación del autor francés, vertida en su teoría objetivista, «por preservar unos valores, unas instituciones y unas estruc-

73 P. CRUZ VILLALÓN, «Avatares de los derechos: el caso de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE», en Jesús Vallejo, Sebastián Martín (eds.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Navarra, Thomson-Reuters, 2019, 605-621 (611).

74 Tal era, como se sabe, la posición de Kelsen. Permítaseme, de nuevo, la autoremisión, tanto para este extremo como para el de la estratégica indeterminación a priori de la ley: «Modelos teóricos de derecho público», 171-174 y 180-184.

75 G. BACHELARD, *El materialismo racional*, Buenos Aires, Paidós, 1976, 42.

turas básicas de la sociedad» frente a los riesgos de su disolución (p. 138). Sobre la base de su aportación, desarrollaría después Schmitt su constructo de la «garantía institucional»: desde su enfoque, las constituciones ejercerían tan solo una función declarativa, no constitutiva, de determinadas instituciones, «operándose una suerte de remisión a los rasgos que ha dejado en ellas su tratamiento normativo estable, y su continuada aceptación por la conciencia colectiva» (p. 144). La «garantía institucional» recogida en la norma fundamental compondría así un «sistema defensivo levanta[do] frente a un enemigo potencial, pero perfectamente identificado: el legislador parlamentario» (*ibíd.*). Y, en efecto, para evitar que, «como Saturno, devorase a sus hijos», el propósito de la teoría de las instituciones era recordar que un «régimen de Estado» debía consistir por necesidad en un protectorado de la forma de «vida civil», la cual descansaba –a juicio de Hauriou– en «dos instituciones fundamentales, la propiedad individual capitalista y la familia monógama»⁷⁶, ambas amenazadas por las tendencias revolucionarias igualitarias y colectivistas cada vez más presente en los parlamentos.

No es la identificación del aporte de Hauriou, de su función política preliminar y de sus líneas de desarrollo, lo que mueve a la objeción. Lo que parece discutible es entenderlo, de nuevo, como presunto origen de prácticas garantistas, y no, precisamente, como lo que efectivamente fue, esto es, un esquema argumental de uso y provecho antidemocrático y, a la postre, dictatorial. La ocasión permitía indicarlo, visto que se ocupa del «pensamiento institucionalista» en España precisamente bajo el franquismo, pero Esteve prefiere limitarse a detectar su continuidad en los ámbitos mercantil –el concepto institucional de empresa, de Garrigues–, laboral –la relación de trabajo como institución, de Pérez Botija– y filosófico-jurídico –la política cristiana «del bien común», de Ruiz Giménez–, indicando tan solo que las aristas anti-parlamentarias desaparecieron justo por no existir parlamento alguno al que oponerse (pp. 147-150).

Sin embargo, las aportaciones aludidas demuestran algo, bastante más: que la teoría institucional, si pudo servir de límite contra el legislador democrático, servía ahora de apoyatura desde la que borrar todos los límites a un legislador despótico militar. Bastaba, pues, con considerar que con sus medidas no hacía sino cuidar el «bien común», fundarse en la «célula natural» del municipio o proteger la institución empresarial para que quedasen justificados todos sus atropellos. El institucionismo católico se revelaba así, no como

76 M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 763.

doctrina susceptible de contener el poder, sino como canal para facilitar su despliegue tendencialmente ilimitado, y no solo del poder estatal oficial, sino también del privado empresarial que quedaba blindado como jefatura incontestada por las teorías laborales y mercantiles mencionadas. La idea institucionalista opuesta al «normativismo positivista», según la cual «el Derecho no es pura y arbitraria creación del legislador» (p. 149), servía, en fin, para legitimar en el campo doctrinal justo el régimen que otorgaba a un dictador una potestad legislativa general ilimitada, o, más bien, con el único, falso y encubridor límite de que con ella no hacía más que cuidar el «bien común» o expresar el «espíritu nacional».

Una concepción nominalmente nacida para contener la arbitrariedad legislativa servía para fundamentar la peor de las arbitrariedades normativas. El relato queda, en suma, descabado si no se menciona la obviedad, que el institucionalismo católico sirvió para legitimar «una dictadura militar» incluso en su «periodo más riguroso» (p. 149)⁷⁷. Y no se trata de una cuestión histórica, sino teórica. Esta doctrina partía de la idea de que las instituciones cuentan con un núcleo esencial indisponible, que la legislación solo puede declarar, expresar y recrear. Son, en definitiva, irreductibles y resistentes a su normación; su fisonomía precede y excede el conjunto de reglas que las regula. Este planteamiento, que, desde un punto de vista sociológico, podría resultar impecable a primera vista, decae en cuanto se descorre el velo y se contempla lo existente dentro de ese contenido esencial.

Ejemplo paradigmático es el de la familia, según la doctrina de Hauriou: expresión de la función natural de la «reproducción de la especie», de los «hechos naturales de la unión del hombre y de la mujer y de la procreación», cristalizó en unos institutos seculares como «el matrimonio, la filiación legítima, la autoridad marital y paternal, destinados a crear, alrededor de la mujer y de los niños, un medio favorable, un hogar dotado de gran estabilidad, de una gran autonomía y de una gran dignidad»⁷⁸. En la presunta esencia de la institución familiar no encontramos así sino la ideología particular, regresiva, en franca retirada ya desde principios del siglo xx, del propio Maurice Hauriou. Desde su punto de vista, las leyes que aprobaban el divorcio, equi-

⁷⁷ Hubo hasta un intento de explicar la dictadura a través del órgano iuspublicístico de Hauriou: J. L. SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI, *Manual de Derecho político español*, Madrid, Victoriano Suárez, 1939. Sobre el institucionalismo en la Alemania nazi, vid. B. RÜTHERS, *Derecho degenerado*, 83-84 y 202-215.

⁷⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 764 y 771.

paraban a efectos de derechos a los hijos extramatrimoniales o igualaban las posiciones del marido y la esposa eran un ataque del legislador contra la institución familiar en su condición natural; por eso las propuestas de reforma que él mismo planeaba atendían, por ejemplo, a prohibir el divorcio, restaurando la intangibilidad del sacramento indisoluble.

Si resulta evidente el descuadre de la concepción institucionista católica en su propia contemporaneidad, mucho más desenfocada resultará su calidad de antecedente de unos tiempos en los que el derecho de familia permite ya el matrimonio entre personas del mismo sexo y lo desvincula enteramente de la función procreadora. La concepción sustancialista de las instituciones no solo no antecede, sino que resulta incompatible con la doctrina de las limitaciones constitucionales del legislador democrático. Repárese en que no se dice que tales limitaciones no existan, y que no puedan ser entendidas como instituciones objetivas intraspasables por la ley; sencillamente se aclara que su articulación teórico-jurídica no se puede hacer teniendo presente aportaciones como la institucionista, sino procediendo más bien a su revocación.

IX. ¿EXILIO DE ADMINISTRATIVISTAS?

Nuestro autor prefiere entonces no detenerse en la obvia funcionalidad autoritaria, mucho más que garantista, de las construcciones doctrinales que examina. Y no porque apruebe el autoritarismo jurídico, algo que no hace en absoluto, sino porque, en el terreno doctrinal, lo ciñe a aquellos juristas que «se entrega[ro]n a dar cobertura al régimen con obras indignas que hoy resultan insalvables» (pp. 158-159). Nada habría que replicar a esa rigurosa delimitación si, una vez realizada, no se la sometiese a incomprensibles excepciones. Ocurre con el caso de Ernst Forsthoff, cuya obra *Der totale Staat*, al parecer, «no pretendía dar el sentido totalitario que de su desacertado título pudiera desprenderse» (p. 160). Por su parte, Ernst R. Huber, quien «había mantenido posiciones en total sintonía con el nacionalsocialismo», se habría alejado del régimen «cuando se h[izo] visible hacia donde iba» (*ibíd.*). Uno y otro prefirieron a partir de entonces dedicarse a ocupaciones más abstractas o más técnicas a fin de eludir su compromiso cultural con el totalitarismo. Tal grado alcanzaría esa elusión, que ambos autores resultan abordados en un epígrafe titulado «el exilio en el Derecho administrativo» (pp. 159-161).

No entretendremos al lector con paráfrasis del libro citado de Forsthoff para evidenciar su adhesión plena a la jerga totalitaria, como tampoco ha-

bremos de insistir en que el compromiso cultural con la política fascista se puede manifestar en todo objeto de estudio, por abstracto, metodológico o técnico que sea. Por otra parte, resulta más que dudoso que haya que esperar «a fines de los años treinta» (p. 159) para saber «hacia donde iba» un régimen basado en una represión política desaforada y racista desde su mismo arranque. Podrá sostenerse que recordar la evidente filiación nacionalsocialista de Forsthoff, la que le llevó a la separación del servicio activo durante algo más de un lustro⁷⁹, no transmite al «intérprete» el «derecho de realizar apresurados juicios moralistas de responsabilidad personal frente a un asunto de evidente responsabilidad colectiva»⁸⁰. Pero, a no ser que se mantenga el extensivo concepto schmittiano de «exilio interior»⁸¹, ante el exilio real –exterior e interior– sufrido por numerosos juristas alemanes, no parece del todo ponderado hacer transitar a autores como Forsthoff o Huber desde las filas del nazismo a las de una sufrida retirada en su propio país.

X. FUNCIONES POLÍTICAS DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS Y RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES

Concluyamos nuestro comentario con una cautela metodológica. Quizá la hipótesis de nuestra monografía se haga verosímil solo a condición de conceder credibilidad a lo que los juristas decían literalmente sobre sus propias construcciones. Y es que ¿cómo no celebrar una doctrina elaborada contra el «despotismo», la «tiranía» o el «absolutismo» en salvaguarda del «bien común»? Para evitar solapamientos y equiparaciones distorsivas, el historiador debe introducir cierta distancia con las fuentes doctrinales de que se sirve justo con el fin de localizar las funciones prácticas perseguidas por sus autores.

El mejor ejemplo lo proporciona el más brillante pensador antiparlamentario: Carl Schmitt. Con su conocida caracterización del parlamentarismo liberal, se puede optar por exponerla (pp. 65-57, 108-11) como si describiese la realidad de las asambleas decimonónicas, o bien se puede entender como un

⁷⁹ Separación decidida por «las fuerzas de ocupación norteamericanas»: H. H. KLEIN, «Ernst Forsthoff (1902-1974)», en Peter Häberle et. al. (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 609-627 (610).

⁸⁰ B. SORDI, «Il primo e l'ultimo Forsthoff, *Quaderni Fiorentini*, 25 (1996), 670. Cabría añadir que la «responsabilidad colectiva» no puede significar una eximente de responsabilidad individual.

⁸¹ C. SCHMITT, «Observaciones en respuesta a una conferencia radiofónica de Karl Mannheim» (1945-6), en Id., *Ex captivitate salus*, 31-33.

constructo cuya principal valencia operativa no perseguía esclarecer el pasado institucional europeo, sino servir al fin político inmediato de socavar los parlamentos democráticos basados en la competencia electoral entre partidos. La «clara intencionalidad política» que Esteve detecta en algunos giros schmittianos, como la elevación de «la burocracia profesional» a institución constitucionalmente garantizada (p. 145), resulta, de hecho, extensible a toda su construcción doctrinal sin excepción. Y no es algo que Schmitt ocultase: su sincera confesión de que todos los conceptos jurídicos son artefactos polémicos, destinados a servir a determinados propósitos en la disputa política, compone un valioso consejo metodológico que debe utilizarse, en muy primer término, para el análisis de su propio pensamiento.

Pero al historiador del derecho no solo han de interesar las funciones sociopolíticas del discurso jurídico pretérito, sino también, y sobre todo, las latentes en el propio discurso que elabora. Ya se ha dicho suficiente sobre la dudosa precisión historiográfica de señalar como orígenes del constitucionalismo garantista lo que se formuló para debelarlo; indíquese ahora que, al concederles ese valor inspirador, sin atender la ruptura operada en aquella reflexión paleoliberal por parte del Estado social y democrático, nos podemos condenar a reactivar sus funciones despóticas. No es que no interese desentrañar las continuidades del pensamiento antiparlamentario allí donde efectivamente se encuentren, y son manifiestos tanto sus residuos doctrinales e institucionales como su preconización partidista. Lo que ocurre es que si han de interesar es, a mi juicio, justo para exorcizarlas; si han de localizarse es con el fin de resignificarlas, removerlas o extirparlas como reluctancias autoritarias incompatibles con un sistema democrático⁸².

No es capricho personal, sino tono investigador de condición acaso generacional. Y no está movido desde luego por ningún afán de «corrección política». Antes bien, manifestación visible de esta corrección, en su vertiente académica, es la veneración reverencial presentada ante ciertos juristas pasados, la propensión a concederles de forma acrítica una posición de magisterio de validez incluso actual; mucho más incorrecto resulta someter su aportación a la crítica histórica, introducir una cesura insalvable entre sus planteamientos y los coherentes con la actualidad, y, en vez de salvarlos retrospectivamente

82 Véanse las variaciones sobre «la viabilidad contemporánea de la categoría de la *Daseinvorsorge*» de Joaquim GOMES CANOTILHO, «Ernst Forsthoff y la distopía del Estado», en E. Forsthoff, *Estado de derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Madrid, Tecnos, 2015, XI ss.

de su propia irresponsabilidad intelectual, sacarla con rigor técnico a la luz. Porque de lo que «no cabe duda es de que todo autor», muy en especial el iuspublicista, «tiene una gran responsabilidad»; de ahí que haya de «rendir cuentas por cada palabra ociosa salida de [su] boca», aunque se trate de una «responsabilidad ideológica» o moral incongruente con «la forma y curso de un proceso penal»⁸³.

83 C. SCHMITT, *Respuestas en Núremberg*, 101.

LA REPÚBLICA DE WEIMAR Y SU CONSTITUCIÓN¹

I. CELEBRACIÓN DE UN CENTENARIO

El pasado 2019 se conmemoró el centenario de la primera de las constituciones democráticas de Europa: la alemana llamada de Weimar. La ocasión brindó la oportunidad para el balance: en el terreno de la filosofía política, con el homenaje más temprano encabezado por el incombustible José Luis Villacañas, se examinó la efervescencia cultural desencadenada bajo aquellas coordenadas²; desde el Max-Planck-Institut de Fráncfort se interrogaron sobre la circulación –traducción– global de aquel modelo constitucional³; desde Brasil, uno de los principales estudiosos del derecho público del periodo, Gilberto Bercovici, reunió una nutrida y bien representativa colección de trabajos sobre el constitucionalismo weimarés⁴; ya en España, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, bajo la dirección tanto de Jesús Casquete y Javier Tajadura como de Eloy García, dio pie igualmente a la reflexión colectiva sobre aquella experiencia pionera⁵; por último, y de forma destacada, por contar con numerosas firmas alemanas, la revista *Historia constitucional* convocó a una cualificada nómina de expertos para tratar de diversos extremos sobre el particular.

1 Recensión de Leonardo Álvarez Álvarez (coord.), *Estado y Constitución en la República de Weimar*, Madrid, Marcial Pons, 2021, publicada originalmente en *Teoría y Realidad Constitucional*, 51 (2023), 671-682.

2 José Luis Villacañas, Jordi Maiso (eds.), *Laboratorio Weimar: la crisis de la globalización en Euroamérica (1918-1933)*, Madrid, Tecnos, 2020.

3 Cuyos resultados fueron recogidos en la sección «Fokus II» –«Translating Weimar»– del órgano del Instituto: *Rechtsgeschichte*, 27 (2019), con contribuciones de Leticia VITA –«Weimar in Argentina»–, Carlos M. HERRERA –«Weimar, the South American Way»–, Fupeng LI –«Cultural Translation of the Weimar Constitution in China»– o Donal K. COFFEY –«The Influence of the Weimar Constitution on the Common Law World»–.

4 Gilberto Bercovici (coord.), *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, con treinta y nueve contribuciones.

5 Jesús Casquete y Javier Tajadura (ed.), *La Constitución de Weimar: historia, política y derecho*, Madrid, CEPC, 2020, con útil recensión de Ignacio Gutiérrez en *Historia constitucional*, 22 (2021), 1040-1048; Eloy García (ed.), *Weimar, 'el momento democrático de los modernos' entre dos otoños revolucionarios: noviembre, 1919 y noviembre, 1989*, Madrid, CEPC, 2021.

El volumen que aquí reseñamos, publicado en justo tributo a la memoria de Michael Stolleis, procede, en su mayor parte, aun con las novedades que se indicarán, de los trabajos recogidos por la citada publicación periódica, cumplidamente traducidos ahora al castellano algunos de los que habían salido en versión alemana⁶.

De forma implícita, nuestro libro se halla internamente dividido en tres bloques: el primero y más extenso lo nutren valoraciones de conjunto sobre aspectos centrales de la Constitución –y la República– de Weimar; el segundo, más ceñido, se ocupa de la dogmática constitucional, su trío de autores principales –Kelsen, Schmitt, Heller– y algunas polémicas célebres; y el tercero registra el impacto de aquel modelo político en latitudes latinas: Italia, Francia, Portugal. El lúcido capítulo de Eloy García, navega libérrimo e inclasificable por las materias de los dos primeros bloques.

II. LA *REICHsverfassung*, UNA ESPERANZA FRUSTRADA

Ordenemos con cadencia propia las contribuciones de cada bloque. En el primero de ellos, síntesis ensayística de conjunto la ofrece Peter Häberle con su examen de «la Constitución de Weimar con ‘los ojos’ de la Ley Fundamental» (p. 87). Aparte los contrastes consignados después, llama la atención una diferencia: la renuncia de la *Grundgesetz* a incluir los derechos sociales y económicos, solo factibles por el desarrollo legislativo, administrativo y jurisprudencial que la consagración constitucional de «la dignidad de la persona» y de la «cláusula del Estado social» ha permitido (p. 89).

Visión crítica de sus fundamentos democráticos y del alcance de los derechos fundamentales la proporciona, a su vez, el trabajo de Ignacio Gutiérrez sobre un poema que Brecht dedicó en 1931 a tres preceptos de la constitución.

6 Tanto en el número correspondiente (20, 2019) de la políglota *Historia constitucional* como en el volumen en el que algunos de esos trabajos encontraron su sede local: Horst Dreier, Christoph Waldhoff (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, München, Beck, 2018. De este volcado al castellano, deben apuntarse cuatro descuelgues injustificados que habrían enriquecido nuestro libro: los artículos de Christoph Gusy («100 Jahre Weimarer Verfassung»), Oliver Lepsius («Volkssouveränität und Demokratiebegriff in der Weimarer Republik»), Hasso Hofmann («‘Soziale Gerechtigkeit’ und ‘Menschenwürde’ in der weimarer Reichsverfassung») y Horst Dreier («Die Weimarer Reichsverfassung: Vorbild oder Gegenvold des Grundgesetzes?»), de quien habría cabido agregar también su contribución al libro que coedita («Grundrechtsrepublik Weimar»).

Aplicando postulados marxistas, en sus canciones se denunciaba el carácter ilusorio de ciertos derechos y libertades –circulación, residencia, adquisición de inmuebles, domicilio, profesión– para «quienes no tienen a su alcance los presupuestos materiales para su ejercicio» (p. 101). Ocupando a diario las portadas la represión policial, Brecht resaltaba asimismo la hiriente paradoja entre el principio de la soberanía popular y la experiencia masiva de cómo «el poder del Estado se proyecta[ba] como violencia contra el pueblo» (p. 104). Se traslucía con ello la arraigada pervivencia, en tiempos constitucionales, del anterior concepto trascendente del Estado como ente impersonal «encarnado por el funcionariado y el ejército» (p. 105). Pero en las denuncias de Brecht se evidenciaba, ante todo, la brecha entre 1919 y 1931, «la distancia entre el nacimiento de una esperanza y la experiencia de su frustración» (p. 101).

Esa esperanza había tomado la forma de un Estado de derecho democrático y social. A desentrañar esos dos aspectos –el democrático y el social– van dirigidos sendos capítulos.

El de la magistrada constitucional Lübke-Wolff, dedicado en principio a la democracia instituida por la *Reichsverfassung*, se ocupa más bien de resaltar sus tensiones e insuficiencias. En contraste con las descripciones que ven en Weimar la cristalización de un gobierno parlamentario puro, procedentes en realidad del pensamiento antidemocrático del periodo, de su análisis se extrae que la opción fue «por un sistema constitucional semiparlamentario, que descansaba sobre todo en las funciones de liderazgo presidencial y gubernamental» (p. 66). La necesidad de respaldo parlamentario por parte del Gobierno no se visibilizaba tanto en su «*formación*», competencia del presidente, como en el hecho de que «no expresara su *desconfianza*» (p. 64). La presencia de mecanismos de democracia directa resultó, por su parte, estéril. El régimen diseñado en Weimar pudo así deslizarse desde bien pronto hacia una práctica institucional de carácter presidencialista.

Caldo de cultivo de la vivencia electoral plebiscitaria, el presidencialismo, con sus cualificados poderes normativos de excepción, ante los que apenas si el *Reichstag* podía actuar a posteriori, constituyó un modo regular de suplantación de la voluntad normativa del hemicycle. Pero no fue solo esta pendiente la que pervirtió las previsiones democráticas. Hubo otros flancos vulnerables bien neurálgicos. Frustrando los propósitos de someterlo a la disciplina parlamentaria, el «ejército siguió siendo un núcleo central de poder independiente» (p. 69), alimentado además por los sucesivos gobiernos mediante financiación ilegal. La democracia pluralista de partidos resultó adulterada por

los manejos corruptores de «grupos de interés», que alcanzaban incluso al ejecutivo (p. 72). Y las constricciones del Estado de derecho fueron saboteadas por «una labor judicial parcial y partidista», que espoleó «la anarquía de la extrema derecha» (p. 81). Demasiados puntos de fuga como para permitir la consolidación de la democracia.

Junto a Carlos M. Herrera, que dedica consideraciones valiosas sobre lo que denomina el «dispositivo del constitucionalismo social» puesto en planta en Weimar (pp. 252-3), Michael Stolleis, activo impulsor del propio volumen, aborda en su contribución el núcleo social de la constitución. Pone para ello el acento en dos aspectos que perfilan su particular interpretación. Frente a quienes ven en aquella norma fundamental el fruto de discordias insuperables, o la suscripción de compromisos dilatorios, Stolleis destaca el amplio consenso transversal que presidió la elaboración de su costado social: tras el desastre de la guerra, todos renegaban del liberalismo individualista y aceptaban un Estado intervencionista (pp. 50-1). Es más: por obra de una enmienda de los socialdemócratas Max Quarck y Hugo Sinzheimer, se consagró con acuerdo bien mayoritario el concepto social de libertad, según el cual solo garantizadas por el Estado determinadas condiciones materiales mínimas resulta factible el goce de los derechos. Por otra parte, contra quienes señalamos la ruptura del modelo social de Weimar respecto de sus antecedentes conservadores «de tipo integracionista» –nos representan aquí Herrera, p. 253, y Borges, pp. 289-90–, Stolleis realiza una lectura en términos de continuidad (p. 48), y subraya la consolidación evolutiva de las conquistas que aquél llevó a cabo, principalmente a través de la atribución de competencias en ese terreno a la República.

En términos de forma política, el resultado fue un primer Estado social moderadamente intervencionista, con margen dejado al fomento desde la propia sociedad. La norma fundamental confirió el marco de un consistente desarrollo legislativo –v. gr. jurisdicción laboral, seguro de desempleo– y de una extensiva política social, pero presentó debilidad notoria en aspectos como la socialización o la participación obrera en la dirección económica –el aspecto que más llamó la atención en Francia: Herrera, p. 254 ss., y Portugal: Borges, pp. 283-4–, y no incluyó la tutela judicial de los derechos sociales. La Constitución de Weimar aspiró de ese modo a refundar el Estado como instancia «protectora de una sociedad convertida en *comunidad*» (p. 46). Conjugó con tal fin los valores de la igualdad y la solidaridad, se apoyó para ello en una vinculación social general de las libertades económicas y la

propiedad privada, y convirtió en principio constitucional la «dignidad humana», responsabilizando al Estado de su tutela e integridad, «amenazada precisamente por la miseria material» (p. 48).

Una esperanza frustrada, habíamos dicho, con Ignacio Gutiérrez, de la Constitución de Weimar. La contribución de Jesús Casquete –novedad del volumen respecto del número monográfico de *Historia constitucional*– aborda uno de los aspectos centrales que condujo a la frustración de la República: el que sus «símbolos y rituales» no lograsen «generar entre la población afectación generalizada y transversal» (p. 113), a diferencia de lo que supuestamente acontecería con la interesada parafernalia obrerista nazi.

Y justo a la disolución del sistema constitucional de Weimar va dedicado el capítulo de obertura suscrito por Dieter Grimm, otra de las novedades del libro. Entre marzo de 1930, con el paso a la dinámica de gabinetes presidenciales sin respaldo parlamentario, y marzo de 1933, cuando la ley de plenos poderes certificó la defunción definitiva de la norma fundamental, el marco constitucional aprobado en 1919 continuó proporcionando el conjunto de reglas básicas para articular la vida política. Tal sería la tesis central del trabajo de Grimm: frente a quienes, desde el gabinete Brüning, aprecian ya una desviación constitucional ostensible, por suspenderse el parlamentarismo, Grimm recuerda la operatividad de la *Reichsverfassung* hasta incluso después de la investidura de Hitler.

Nuestro volumen sobre la República de Weimar comienza, pues, por su final. Eso marca. En todos los capítulos de este primer bloque general se reflexiona sobre su desplome y se lanzan algunas conclusiones al respecto. Señalemos algunas tensiones en este punto que pueden dar lugar a la reflexión.

De algunos de los capítulos vistos se extrae una llamativa paradoja. Hemos leído a Stolleis evocar el consenso acerca del necesario acento social, no individualista, que debía caracterizar a la constitución. Lübke-Wolff también constata cómo en la Asamblea Constituyente se logró «el acuerdo general» en las «cuestiones de fondo»: «[l]a cooperación y el compromiso definieron el trabajo cotidiano en la Asamblea, más que las posiciones unilaterales, los reproches recíprocos y la polarización» (p. 62). Cierto es que esa propensión al consenso y la transacción, a encontrar fórmulas en las que todos pudieran reconocerse, tuvo relativas excepciones, como ocurrió en «[l]os debates y la elección de los nuevos colores nacionales» –según nos recuerda Casquete, p. 115–, pero aun aquí se alcanzaron soluciones comprensivas, y tampoco fue el tono predominante, ni siquiera en la elaboración de la crucial segunda par-

te, como se desprende del relato de Stolleis sobre el particular (pp. 53-8). Ahora bien, el relativo asenso inicial que obtuvo lo fundamental de la constitución, pese al «potencial integrador» (Lübbe-Wolff, p. 62) que ello pudiera encerrar, no halló prosecución: más que «base de consenso sobre la que disputar las diferencias políticas», fue «ella misma objeto de la lucha política» (Grimm, p. 29); «fracasó en la tarea más importante a la que se enfrenta cualquier Constitución [...]: la de integrar a los ciudadanos en una unidad política de convivencia» (de nuevo Lübbe-Wolff, p. 62). ¿Cómo conciliar esa génesis consensuada con su pronta conversión en factor de confrontación? Parece existir aquí una veta a desarrollar.

Datos centrales al respecto se ofrecen. Se recuerda en varias ocasiones cómo la «coalición de Weimar» –socialdemócratas, católicos de centro, liberales progresistas– perdió su amplia mayoría ya en las primeras elecciones parlamentarias. El cambio repentino en la correlación de fuerzas habría erosionado su representatividad. Pero si de algún modo sus preceptos centrales se abrieron a todas las perspectivas, este dato sería insuficiente. Para examinar la cuestión, conviene distinguir conceptualmente la República y su Constitución: mientras la primera fue objeto de rechazo primigenio por la población monárquica y nacionalista –por no hacer residir la unidad estatal en el principio dinástico y dar cabida en la disputa política a las poderosas corrientes internacionalistas–, la segunda contó con vigencia efectiva y con capacidad constante de determinación de la dinámica institucional hasta en los momentos más complicados, según pone de manifiesto la contribución de Grimm, y con afectación por igual de las fuerzas monárquicas y nacionalistas, que pronto apostaron por redirigir hacia sus posiciones la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales más que a saltárselos.

Aun así, su nivel de arraigo pudo ser precario –*zu wenig Erfüllung*, se lamentaría Heller, como nos recuerda Leticia Vita, p. 142–. Para averiguar los motivos de esta falta de implantación, se desplegaría un abanico de cuestiones tan solo sugeridas en nuestro volumen: nos colocaríamos ante «la complejidad de las relaciones entre lo jurídico y lo extrajurídico» (Lübbe-Wolff, p. 84), como extrajurídicos –situados «más allá de la Constitución»– eran «los motivos últimos» que abocaron a la parálisis del *Reichstag* y a su remplazo por la dictadura del *Reichspräsident* (Grimm, p. 31); presenciáramos el impacto que «el ‘tiempo’» como «categoría» puede tener sobre una norma fundamental (Häberle, p. 92); tropezaríamos con la tensión existente entre su «interpretación» académica formalista y positivista y su incorporación crítica

al mundo cultural y popular (Gutiérrez, p. 108)⁷; o nos pecaríamos de la incongruencia entre los nuevos fines reformistas del Estado marcados por la Constitución y la pervivencia de las viejas élites monárquicas en los vértices burocráticos, militares y judiciales⁸.

De cualquier modo, estaríamos aquí frente al mayor desafío interpretativo: la puesta en relación de una constitución democrática moderna con su contexto social y –lo que antes se denominaba– espiritual. Desde este ángulo, pronto se perciben las fricciones entre los requerimientos inmanentes a una norma fundamental –aspirar a la fundación y/o estabilización de ciertas situaciones– y la tendencia marcada por un tiempo histórico acelerado, de curso impredecible, objetivamente revolucionario por ser capaz –o al menos transmitir con verosimilitud la impresión general de que era posible– constituir *ex novo* contenidos sociopolíticos. A eso mismo alude Eloy García cuando se refiere al «*tempus* sociológico y político real de crisis» que «cuestiona[ba] la idea misma de naturaleza humana» (p. 214) para caracterizar el «*Momento Weimar*». Se trataba, en suma, de una constitución para una sociedad pendiente de constituir, abierta a numerosos horizontes constitutivos simultáneamente posibles. En este sentido, se habla en nuestro libro de «un *Zeitgeist* que ent[endía] la política como una voluntad constituyente» (Saralegui, p. 193). Y aquí se abriría otro apartado de rozamientos: los producidos entre la convergencia u homogeneidad requeridas para el despliegue ordinario de un dispositivo constitucional y las divergencias propias de la guerra de posiciones, de la colisión entre proyectos globales de sociedad incompatibles entre sí; proyectos que el propio García, siguiendo el formidable ensayo de Peukert⁹, agrupa en el «viejo modelo premoderno de la cultura de la dominación» (los monárquicos), «las diferentes versiones de la democracia, incluida la marxista», y las «nuevas manifestaciones de irracionalidad posmoderna» (p. 212).

7 Al elocuente ejemplo de Brecht, con similar contenido, cabría sumar los de Kurt Tucholsky o Alfred DÖBLIN, *Berlín Alexanderplatz*, Madrid, Cátedra, 2013, 327: «Si queréis usar de alguna libertad, viene un guardia y os sacude en la cabeza; tú gritas: pero qué pasa, la Constitución dice eso y aquello, y él dice: no digas sandeces, desgraciado, y tiene razón; el hombre no sabe nada de constituciones, pero conoce el reglamento, y además tiene una porra y tú tienes que cerrar el pico».

8 Téngase al respecto en cuenta Monika WIENFORT, «Alte Eliten in der neuen Republik», en H. Dreier, Ch, Waldhoff (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie*, 241-261.

9 Detlev J. K. PEUKERT, *Die Weimarer Republik: Krisenjahre der Klassischen Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987.

Mas obsérvese que este último punto de fricción, antes que desacreditar a la *Reichsverfassung*, le imprimió su cariz característico como única salida constitucional posible en el marco de semejante competencia agónica: el de ser, ante todo, *forma* y *procedimiento* inclusivos para que los propios grupos concurrentes, de forma autónoma y en justa lid, instituyesen materialmente la sociedad¹⁰. Otra cosa es que, con semejante marco pluralista, más que fomentar el acuerdo, pudiera propiciarse la cronicidad de la lógica de «guerra civil», como advertía Schmitt (De Miguel, Tajadura, p. 164).

Llama entonces la atención que justo quien explica la dificultad de los partidos para consensuar «símbolos básicos» porque «albergaban proyectos [...] irreconciliables» (Casquete, p. 131), vea en ese déficit simbólico una tara reprochable a los republicanos y no tanto una prueba de a lo máximo que se podía llegar, con medios democráticos, en aquella sociedad fracturada. La falta de una estructura simbólica transversal que enlazase todas las sensibilidades podía constituir una marcada insuficiencia, que impedía amortiguar las tendencias polarizadoras y disgregadoras, como fue entonces denunciado con perspicacia¹¹. Pero, dejando a un lado los problemas de interesada apropiación excluyente que genera la saturación simbólica nacionalista, ¿cabía aspirar de modo realista a establecerla ante aquel pluralismo exacerbado sin cancelarlo violentamente? Desde el respeto a las posiciones en presencia, ¿podía acaso implantarse?

Por esta razón resultan ética y políticamente problemáticas las comparaciones en que Casquete incurre –«[e]n contraste con las autoridades republicanas, los nazis siempre cuidaron con esmero la dimensión simbólica», p. 119; «los republicanos fueron unos pésimos arquitectos [de fechas conmemorativas], y los nazis magníficos», p. 125–, pues si la supuesta in-

10 Tal es, a mi juicio, el rasgo más definitorio de la «figura constitucional republicana» no solo en Alemania: S. MARTÍN, «Iluminaciones sobre Weimar: acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad», en Id., Federico Fernández-Crehuet, Alfons Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, 2021, 611-742 (691-2). Se trata de una calificación descriptiva coetánea: vid. C. SCHMITT, *Hugo Preuss: sein Staatsbegriff und seine Stellung in der Deutschen Staatslehre*, Tübingen, Mohr, 1930, o las reflexiones de H. Heller sobre «la forma política abierta de la Constitución», que daba «a todos los grupos idénticas 'condiciones de lucha'», tomadas en consideración por Leticia Vita en su capítulo (pp. 144-5).

11 J. ROTH, «Un apolítico visita el Reichstag» (1930), en Id., *Años de hotel*, Barcelona, Acantilado, 2020.

capacidad republicana encuentra su explicación en el respeto al pluralismo existente, el presunto éxito simbólico del nazismo resulta inseparable de la negación de tal pluralismo y, sobre todo, de su extensión impositiva mediante el uso sistémico del terror. Ante semejante asimetría de medios y fines, la comparación deviene impropia. Y es que no se trata solo de que la simbología nazi prendiese en las almas con tal profundidad que pudiese llevar al autosacrificio –«por los símbolos mataron y por ellos dieron la vida», p. 121–. Eso implica quedarse en la mitad consecuente, relatar los efectos con omisión de las causas. Lo crucial es que la eficaz propagación de las enseñanzas, liturgias y símbolos nazis, antes y tras la toma del poder, se hallaba provocada por el recurso masivo a un terrorismo que se sabía y se presentaba amparado por los poderes socioeconómicos, policial, militar y judicial, con las dinámicas de agregación exponencial que ello comporta en contextos de crisis e incertidumbre. Así, el enunciado a tenor del cual «[l]a violencia callejera coprotagonizada por las SA [...] resulta ininteligible sin reparar en los símbolos como detonantes» (p. 121), solo transmitiría una imagen completa si se redondea con la aseveración inversa de que los símbolos nazis solo pudieron funcionar como «catalizadores» debido a la «violencia callejera» de las SA. Y sería éste además el aspecto matriz y motriz, sin el cual todos aquellos símbolos y ceremoniales habrían sido muy posiblemente despreciados como ridícula fanfarria.

Y eso mismo se puede precisamente percibir en el fenómeno estudiado por Casquete de la «vampirización» nazi de los símbolos izquierdistas. Cabe observar en ella la adecuación táctica de los nazis a la tendencia histórica objetiva de la socialización con el fin de «atraer a sus filas a los trabajadores» (p. 122). Pero su expansión y capacidad de aglutinación resultan indisociables del mensaje terrorista de lo que aguardaba a quien pretendiese aspirar a mayores conquistas sociales militando en las izquierdas. Como precisamente Brecht hizo ver desde el exilio sobre este punto, no había movimiento de adhesión en el III Reich nacido de la libre determinación; todo consentimiento se hallaba viciado en origen por la coacción y el terror a las represalias¹².

El terrorismo nazi, su financiación y protección oligárquica y el mantenimiento judicial de su impunidad –elementos que desautorizan toda equiparación de violencias políticas durante el periodo–, no solo explican el auge nacionalsocialista; también el desplome de la propia República. Estando tan

12 B. BRECHT, «Terror y miseria en el Tercer Reich» (1938), en Id., *Teatro completo*, 6, Madrid, Alianza, 2005.

a la vista, no es, sin embargo, evidencia en la que se repare ni insista¹³. Se centran las contribuciones de este primer bloque en otra variable, de incuestionable interés jurídico: poniendo en «relación la República de Weimar con su propia Constitución» (Grimm, p. 28), cabe preguntarse en qué medida ésta pudo propiciar la destrucción de aquélla.

La pregunta cobra relieve porque no falta quien sostenga que posibilitó «la llegada del horror nazi al poder» (como nos recuerda Vita, p. 133). No figura este parecer entre los autores del volumen, aunque su editor se ha sentido inclinado con anterioridad a considerar si «el destino» de Weimar «no estaba prefijado» ya por las condiciones en que nació, falto de «una ‘hoja de ruta’»¹⁴, y algunas firmas presentes indican, en parecido sentido, que «el pluralismo constituyente fue incapaz de superar las tendencias organicistas a la hora de conformar la relación entre la unidad y la diversidad jurídica» (De Miguel, Tajadura, p. 149). Pero no es este el tono que prevalece¹⁵. Las «razones» del fracaso de la República solo tendrían conexión «remota o, al menos, muy mediatizada», con «el texto aprobado en 1919» (Gutiérrez, p. 108). Más que a taras congénitas, su disolución se debió a «causas políticas internas y externas» (Stolleis, p. 44), a esos factores «extrajurídicos» antes insinuados, una polarización acentuada por la crisis y difícilmente reconducible a una homogeneidad axiológica mínima. Pero no cabe tampoco exonerar de toda responsabilidad al propio derecho constitucional. Si –como Häberle apunta (p. 93)– una norma fundamental es inseparable de su interpretación doctrinal y de su desarrollo jurisprudencial, estos dos últimos factores no contribuyeron precisamente a la estabilización de la democracia. Por lo demás, atendidos al solo texto constitucional, resultan perceptibles algunos «defectos de construcción» que pudieron coadyuvar al dramático desenlace, y que por tal motivo resultaron rectificadas en la *Grundgesetz* (Grimm, p. 27), convertida así en una suerte de «‘anti-Weimar’» (Häberle, p. 92).

Interesan a este respecto algunos descartes preliminares. Contra lo que pudo sostenerse en la posguerra, los métodos de la democracia directa no

13 Sí se subraya su relevancia en J. CASQUETE, J. TAJADURA, «La República de Weimar: Constitución y contexto», en Id. (eds.), *La Constitución de Weimar*, 17-138 (128-130).

14 L. ÁLVAREZ, «La Constitución de Weimar. ¿Una República sin republicanos?», *Historia constitucional*, 12 (2011), 443-459 (447 y 450, aun atemperando en p. 456: «más una cuestión de realidad que de norma»).

15 Ni la conclusión a la que los mismos autores llegan en trabajos coetáneos: J. CASQUETE, J. TAJADURA, «La República de Weimar», 130: «[l]as causas del fracaso de la Constitución de Weimar no deben buscarse en su texto [...] sino en el contexto».

empujaron al desplome (Lübbe-Wolff, p. 75; Häberle, p. 92). Frente a lo que todavía es lugar común en el constitucionalismo, tampoco el principio de representación proporcional tuvo los efectos disgregadores supuestos, e incluso cabe pensar que con los métodos mayoritarios «Hitler habría llegado antes a la cancillería» (Grimm, p. 31). Como carencias se señalan la falta de vinculatoriedad e intangibilidad de los derechos fundamentales, o la ausencia de una justicia constitucional (Stolleis, p. 44; Häberle, p. 91; Gutiérrez, p. 102; De Miguel y Tajadura, p. 184), después remediadas por la Ley Fundamental. Ahora bien, vista la valencia antidemocrática con que se defendieron y aplicaron entonces dichos institutos, quizá sea apresurado o anacrónico aparrearles por necesidad una virtualidad garantista y preventiva de derroteros autoritarios¹⁶. Se menciona igualmente el hecho de que la Constitución de Weimar no estableciese una «democracia militante» (Häberle, p. 91), como sí la implantó la *Grundgesetz*. Pero, a final de cuentas, el defecto mayor a este respecto –él mismo herencia de la tradición monárquica– no sería otro que el marcado presidencialismo de la constitución (Grimm, p. 30; Stolleis, p. 44; Lübbe-Wolff, p. 83), y las prácticas despóticas y militaristas a que prestaba cobertura, interpretación doctrinal y aceptación jurisprudencial mediante.

III. EMERGENCIA DE LA CIENCIA CONSTITUCIONAL POSMODERNA

El segundo de los bloques se encuentra dedicado justo a la ciencia constitucional. Repartido en las contribuciones de Leticia Vita, Josu de Miguel y Javier Tajadura, y Miguel Saralegui, la mejor categorización sintética la suministra Eloy García al considerar aquel saber como «conciencia autocomprensiva de la situación» que atravesaba «la democracia republicana», como «nuevo lenguaje conceptual» elaborado a partir de «problemas concretos» con la finalidad de reconducir «la acción política» al «punto de equilibrio» que permitiese reconquistar la «estabilidad» (pp. 213-4). Estamos ante un asunto capital, pues parece opinión extendida el entender que la Constitución de Weimar tuvo mayor arraigo entre «los juristas» que en la propia ciudadanía (De Miguel, Tajadura, p. 149)¹⁷. Y la más útil clasificación de ese campo nos la ofrecen los propios De Miguel y Tajadura al distinguir «tres grupos»

16 Permítaseme la autoremisión: «Crítica de la democracia y responsabilidad de los juristas» [incluida ahora en el presente volumen].

17 En idéntico sentido, L. ÁLVAREZ, «La Constitución de Weimar. ¿Una República sin republicanos?», p. 444.

(p. 150): los positivistas (Thoma, Anschütz, Nawiasky), los que reproducían el módulo de las *Geisteswissenschaften* (Smend, Schmitt, Heller), y el formalismo vienés, a los que acaso cabría agregar la corriente de los liberal-conservadores nacionalistas encabezada por Triepel.

Veamos, en primer lugar, la caracterización de los constitucionalistas más señeros.

En su estudio de «la interpretación helleriana sobre la Constitución de Weimar» (p. 134), Vita destaca su concepción como «*forma política abierta*» capaz de conceder a «todas las fuerzas sociales» (p. 145) la oportunidad de positivar en las normas jurídicas los principios éticos en que se inspiraban, si lograban alcanzar rango hegemónico. En tal sentido, la *Reichsverfassung* «permitía un modelo alternativo a la dictadura de derecha y de izquierda» (p. 145), lo que implicaba, para el socialismo democrático, la posibilidad de transitar por medios pacíficos a una democratización de la economía (p. 141), de fundar por resortes jurídicos racionales «una nueva forma de *economía comunitaria*» —como apunta Stolleis, p. 45, y recuerda Vita, p. 147—. Y si tal era el programa constituyente de la socialdemocracia¹⁸, el proyecto para la actualización de la norma fundamental ante la crisis pasaba por reforzar el intervencionismo estatal en la economía con fines de igualdad material y de consiguiente homogeneización cultural, y por someter los poderes estatales —en especial la judicatura— a la legalidad.

Salvo en lo relativo a «la soberanía del Estado», referida en Kelsen —si se optaba por conservarla como concepto jurídico— al carácter obligatorio y autofundamentado del ordenamiento y no a la postulación del Estado como «autoridad suprema» (p. 159)¹⁹, la sistemática del jurista austriaco resulta eficazmente expuesta por De Miguel y Tajadura, quienes —convencidos de que «hay que rechazar tajantemente las acusaciones de formalismo jurídico vacío», p. 183— destacan algo decisivo: pese a la aparente neutralidad valorativa de aquella aportación teórica, cabría observar en «la seguridad jurídica» el valor de justicia afirmado por el «Derecho positivo» en su acepción forma-

18 Ejemplarmente representado por Hugo Sinzheimer, en contribución estudiada asimismo por la autora: «Constitucionalismo social como democracia económica. Una relectura de la Constitución de Weimar a la luz del aporte de Hugo Sinzheimer», *Historia Constitucional*, 19 (2018), 565-591, y bien abordada en nuestro volumen por C. M. Herrera, pp. 261-269, mostrando coincidencias sobre la reforma con Heller.

19 Hay versión asequible en italiano de la segunda gran obra sistemática del autor: H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (1920, 1927²), Milano, Giuffrè, 1989.

lista (p. 154), y en una «cultura política universal» el sostén espiritual de «la democracia de masas» (p. 168). Por antiautoritario y garantista, sería Kelsen menos relativista de lo que parece.

Más problemáticas me parecen las páginas dedicadas a Schmitt. Aciertan De Miguel y Tajadura al resaltar su «preferencia por la decisión judicial» y «las medidas» ejecutivas como resortes decisorios con los que recoser el orden (p. 155), así como al señalar que la clave integradora de su estrategia política residía en preconizar una «representación *existencial* similar a la ejercitada por la Iglesia católica», que apoyase la «autoridad» en «el *ethos* de la persuasión» (p. 170). Pero acaso hubiese convenido subrayar con mayor nitidez la diferencia cualitativa entre la *Verfassung* como modo cultural de ser de un cuerpo colectivo y la *Konstitution* como su entramado normativo central, pues de esa manera habrían quedado mejor esclarecidas tanto la función recompositiva del «dictador comisario» (p. 157) como las prestaciones que la Constitución suministra al Estado (p. 158), ambas cosas remitidas en Schmitt a la *Verfassung*. Bien habría venido igualmente abundar en el institucionalismo schmittiano, dirigido no a limitar «los actos del legislador o del juez» frente a «las leyes constitucionales» (p. 157), sino a bloquear los primeros, a través –entre otras vías– de los segundos, si se sentía tentado de alterar sustantivamente con sus leyes la propiedad privada, la familia fundada en el matrimonio sacramental, las iglesias o al propio funcionariado, sustituyéndolo por efectivos sindicales o de partido. Y era precisamente este institucionalismo –ligado de forma íntima a su concepción de la *Verfassung* nacional– el que, contra toda calificación convencional, emparentaba a Schmitt con el liberalismo (conservador). Por eso podrá sorprender a los aún prendidos a las identificaciones ortodoxas el que el tipo de Estado «total» que Schmitt postulaba en 1932, más que oponerse al «liberalismo» (p. 163), tuviese como primer movimiento la liberación de la economía de todo entrometimiento estatal o sindical por entenderlo signo de –otro tipo de supuesto– «totalitarismo», el demo-republicano²⁰.

Algunas de estas flaquezas se remedian en el magistral ejercicio de doxografía que nos proporciona Saralegui con su «evaluación filosófica» (p. 188) sobre el poder constituyente en Schmitt. Su doctrina «existencialista» al respecto, en la que se hace patente «la superioridad de la voluntad sobre la razón como instancia normativa» (p. 190), se eslabonaría sobre la secuencia «[n]

²⁰ Véase sobre el particular G. BERCOVICI, «Carl Schmitt y el estado de emergencia económico», *Historia Constitucional*, 21 (2020), 533-554.

ación, poder constituyente, constitución»: en ella radicaría «el orden de la legitimidad jurídica en el pensamiento de Schmitt» (p. 195): primero, la «nación» como sujeto colectivo capaz de portar y efectuar semejante voluntad creadora unitaria; después, irrumpiendo de forma «impredecible», aunque factible a partir de cierto grado de acumulación cultural y de autoconciencia colectiva, la «decisión» constituyente sobre los aspectos constitutivos esenciales de la comunidad, es decir, sobre la *Verfassung*; por último, la constitución, operativa mientras continúe en relación de congruencia con el ser nacional, y siempre, pues, disponible, sin limitaciones normativas, para el poder constituyente, cuando se quebrase tal correspondencia.

Más discutibles resultan los atributos que Saralegui infiere de estos elementos. Entiende que en Schmitt la nación compone «una unidad vacía, cuyo único atributo es la voluntad», por lo que no integraría en ningún caso las filas del «nacionalismo romántico» (p. 196). Su institucionismo –o noción basilar del «orden concreto»–, su insistencia en la «homogeneidad» material como factor definitorio del *Volk*, su antisemitismo ya más que latente o su concepción de la «democracia nacional», con celebración de las políticas segregacionistas y racistas coetáneas, inclinan más bien a pensar que sostenía un concepto etnicista bien relleno y excluyente de la nación. Aunque no fuese más que por su clara estigmatización del internacionalismo como el enemigo fundamental, habría un límite intraspasable y un factor material de identificación de esa, su «nación»: la imposibilidad de que, por un acto de voluntad, dejase de ser tal, para disolverse en ámbitos territoriales mayores por la lógica de la solidaridad de clase (aunque después, de modo elocuente, pudiera dar semejante salto transfronterizo por razones de unidad racial).

Si aquí se produce una deficiencia interpretativa interna a las propias construcciones de Schmitt, respecto del «poder constituyente» cabe localizar, a mi juicio, otra externa. Considera Saralegui que, al tratar sobre este particular, Schmitt, «pensador de lo concreto», se desliza a un plano «universalista», abstracto o más irrealista (p. 207). Pero aquí la responsabilidad de concreción sociológica de sus categorías abstractas recae en el intérprete. Con la dimensión ontológica o fenomenológica –más que existencialista– de Schmitt sucede como con todas las expresiones de la «jerga de la autenticidad»: constituyen una trampa para el analista que no trasciende su registro discursivo y se limita a parafrasearlo. Para diseccionarla, debe aplicársele más bien el método schmittiano –con raíz marxista– de averiguación de su función sociopolítica. Por más que Schmitt guardase tácticamente silencio al

respecto, como Saralegui apunta, existen indicios contextuales que permiten integrar el contenido de su doctrina del poder constituyente. Perfectamente consciente de que no existía esa nación como voluntad política unitaria de modo sustancial, por darse en la práctica la concurrencia agónica de cosmovisiones que él mismo denunciaba, resultaba a todos evidente que atribuía estatuto nacional, y capacidad, pues, para la decisión constituyente, a unos determinados grupos con exclusión de otros. La reconocía en aquellos grupos con mayor concentración de poder socioeconómico, de los que en más alto grado depende la trama funcional que conforma toda sociedad, y a los que de forma más realista cabe imputar decisiones material y simbólicamente constitutivas de la colectividad. Su noción miraría, no desde luego a la nación política en su totalidad, sin proscripciones, sino a «una minoría organizada y firme coincidente en la historia con ciertas oligarquías y aristocracias, capaz de impulsar con diferentes medios» ese «poder constituyente» ilimitado, como apuntan De Miguel y Tajadura (p. 164, n. 45).

Y justo a reforzar a tales minorías, en su estratagema de ocupación desbancadora de las calles, apuntaría su ensalzamiento de la «aclamación» como mejor manifestación de la voluntad colectiva. No sería entonces en su teorización sobre ella donde «más alejado de lo concreto y de la realidad histórica» se hallaría Schmitt (p. 206), sino todo lo contrario, pues apuntaría con refinado cálculo a la galvanización nacional de las adhesiones multitudinarias al cesarismo rampante, ya que, con la «aclamación», el «nivel de politicidad debido» no se comunica a «los miembros que aclaman», como dice Saralegui (p. 206), sino a los caudillos aclamados.

Aparte las autorías individuales, también se abordan en este segundo bloque sobre la ciencia constitucional algunas de sus polémicas más sonadas. De Miguel y Tajadura reconstruyen con soltura la que enfrentó a Kelsen y Schmitt sobre la defensa de la constitución (pp. 173-183), identificando lo central (p. 177): la disparidad de conceptos sobre constitución que ambos manejaban, inconmensurables entre sí, como sucede en los periodos de «ciencia extraordinaria»²¹. Y Eloy García, con su particular habilidad, recorre tres debates (pp. 215-30): la «controversia sobre la integración» (Smend *vs.* Kel-

21 Así es –siguiendo a Kuhn– como, a mi juicio, deviene comprensible aquel intervalo fundacional de la historia de la ciencia constitucional: S. Martín, «Modelos teóricos de derecho público (Europa, 1911-1935)», en Id., Federico Fernández-Crehuet, Alfons Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras*, pp. 137-218 (214).

sen), esto es, sobre «el lazo que debería servir para organizar la convivencia» (p. 216), una vez sucumbidos los viejos nexos de unión; la polémica sobre el estatuto de la política en la democracia moderna (Thoma *vs.* Schmitt); y el «debate intelectualmente escurridizo» sobre los límites materiales de la legislación, o acerca de la «certeza del Derecho».

IV. TRASCENDENCIA EN LATITUDES LATINAS

Por último, el tercer bloque que cierra el libro, se interroga sobre la resonancia del modelo constitucional de Weimar en Italia, Francia y Portugal²², tanto a nivel institucional como cultural.

Preocupado por el «giro *weimariano* de la situación europea e italiana» (p. 248), aun consciente de las novedades de nuestra actualidad, Fulco Lancaster recompone la cambiante imagen de Weimar entre la clase dirigente y los iuspublicistas de Italia: del «rechazo», ignorancia o intentos estériles de comprensión en la fase tardoliberal (p. 235) a la estigmatización fascista por ejemplificar «las convulsiones de la democracia liberal *polierática*» (p. 236), y a la contemplación crítica, y rectificadora, en la Constituyente.

Fijándose principalmente en su costado social, Carlos M. Herrera presenta la valoración francesa de la *Reichsverfassung* en los comentarios coetáneos, en su eficaz divulgación por Mirkin-Guetzevich o en su metabolización teórica por Georges Gurvitch, demasiado reacia, sin embargo, al intervencionismo estatal propio del «dispositivo alemán». Aunque la sistemática de Léon Duguit resultaba a priori la más apta para su asimilación doctrinal, su conservadurismo de fondo tampoco contribuyó a una recepción, igual de ausente en la Constituyente de posguerra.

Paula Borges señala la «dificultad» de comprender «cómo una experiencia constitucional democrática», la de Weimar, pudo influir en otra autoritaria, la corporativa portuguesa de 1933 (p. 279), aunque tanto fuentes preparatorias de la constituyente como análisis jurídico-constitucionales posteriores evidencian esa presencia inspiradora. ¿En qué aspectos? En una medida limitada, pues jugaban precedentes propios más cualificados, y como respuesta a la crisis del parlamentarismo, en la configuración de un ejecutivo prevalente en el juego de poderes (p. 297), y dotado de potestades de excepción (p. 298).

²² Hallándose aquí otro injustificado descarte respecto del número monográfico de *Historia constitucional*: Andrés JAKAB, «Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (1920) und die Weimarer Reichsverfassung», 435-448.

Y, en mayor medida, en la inspiración de la constitución económica, con propósitos de legitimación del intervencionismo estatal como forma de encarar la «cuestión social» (p. 300). Pero la propia autora lleva el parentesco a sus justos, reducidos términos: si ya el republicanismo portugués durante su crisis –o manifestaciones culturales coetáneas, como el saber de la «Economía social»– mostraron «absoluto distanciamiento de la experiencia weimariana» (p. 280), rechazo rotundo por su presunta tacha de marxista (p. 282), o repudio de la autonomía colectiva como principio rector del derecho del trabajo (p. 292), en la constitución de la dictadura las semejanzas aparentes resultan arrolladas por diferencias de mayor calado. Así, la depresión a que allí fue sometido el legislativo parlamentario abría distancias insalvables (p. 298), la persistencia portuguesa del patriarcalismo resultaba incompatible con la constitucionalización alemana igualitaria de la familia (p. 299), o la negación de las libertades sindicales y la autonomía colectiva evidenciaban cómo, compartiendo sensibilidad antiindividualista, «las soluciones consagradas en ambas [constituciones] fueron totalmente distintas» (p. 301), y es que se renegaba en la Portugal dictatorial del núcleo del «constitucionalismo de Weimar», «su horizonte democrático» (p. 302).

Pero cabían lecturas conservadoras del mismo, como el texto de Borges pone de relieve, y como cierta doctrina emergente, de principios de los años 1930, demuestra²³. Quizá el libro que ya cerramos podría haber incidido en ella, o, mejor, en el fenómeno de la deconstitucionalización –vaciado y reconducción del propósito constituyente– del que era síntoma. Con todo, el lector que lo recorra obtendrá un cuadro afinado sobre la problemática del *Estado* y la *Constitución* durante la torrencial y convulsa época de *Weimar*.

23 E. R. HUBER, «Bedeutungswandel der Grundrechte», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 33 (1932), 1-98.

V. SEGUNDA REPÚBLICA ESPAÑOLA

RECONSTRUCCIÓN CONTEXTUALIZADA DE LA SEGUNDA REPÚBLICA¹

I. ENSAYO DE UNA NUEVA PERSPECTIVA

Estamos ante la mejor exposición general publicada hasta el momento sobre la Segunda República. Es obra de síntesis bibliográfica, en la que parte importante de las referencias utilizadas se conforma de investigaciones realizadas por los propios autores; pero también es obra de investigación, como muestra la frecuente cita de material de archivo, prensa y fuentes documentales de la época. Cuenta con un encomiable afán de exhaustividad, resultan abordados en ella prácticamente todos los flancos del periodo, aunque, como se dirá al final de la presente recensión, queden señaladas y, por tanto, sin tocar lagunas pendientes aún de colmar. A este respecto, debe destacarse el formidable manejo bibliográfico que sostiene toda la obra, con un listado final en el que no falta prácticamente ningún título de interés sobre la materia y que, por esa razón, compone para el investigador del tema una utilísima guía de referencia. La dificultad más complicada de remontar en un libro escrito a ocho manos de más de mil doscientas páginas, la de evitar solapamientos y reiteraciones, se resuelve además notablemente.

La invitación a la lectura aquí planteada está dirigida ante todo a juristas porque se parte de una convicción: los postulados metodológicos que se manejan en esta obra y la exposición resultante de los mismos interesan de forma muy destacada al derecho. Al menos por tres motivos. Primero: la República fueron sus reformas. La República fue un intento de democratización de la sociedad y de constitución de un nuevo Estado. Este proyecto reformista y transformador tuvo como vehículo principal al derecho, sobre todo al derecho constitucional, del que penderían un nuevo derecho laboral, administrativo, eclesiástico, civil e incluso internacional. Las posiciones adoptadas entonces a favor o en contra de la República se fijaban en función de estas circunstancias. Y estas evidencias jurídicas son tenidas muy en cuenta en la obra reseñada. Los objetos abordados en ella, y la proporción dedicada

¹ Recensión de Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, FRANCISCO COBO ROMERO, Ana MARTÍNEZ RUS, FRANCISCO SÁNCHEZ PÉREZ, *La Segunda República española*, Barcelona, Pasado&Presente, 2015, publicada originalmente en *Crónica Jurídica Hispalense*, 14 (2016), 411-422.

a los asuntos de concomitancia jurídica, son una prueba incontestable en este sentido, como en breve se dirá. Segundo: la República fue nuestro primer Estado constitucional y democrático. El peso de los clichés, asentados en el imaginario colectivo debido al resultado de la guerra y a la lógica cultural de nuestra transición, ha borrado en demasiadas ocasiones esta evidencia. El libro aquí comentado contribuye a restituirla. Y tercero: esta restitución se opera a través de un cambio de perspectiva, que sirve para liberarse de precomprensiones ideológicas y de juicios anacrónicos; que sirve, por tanto, para examinar aquel periodo de un modo contextualizado, valorándolo con arreglo a las claves que dimanan del mismo, y no mediante axiomas o prejuicios fabricados con posterioridad. En la medida en que estas prevenciones ayudan a entender mejor, en términos historiográficos, un intervalo controvertido, pero no por ello menos decisivo en lo que hace a los precedentes de nuestro derecho actual, entiendo que el libro reseñado puede ser de interés sobresaliente para los juristas.

¿En qué consiste su cambio de enfoque? Naturalmente, existe una considerable investigación acumulada sobre la República, producida ya en democracia, que convierte al objeto en cualquier cosa menos en un mediterráneo por descubrir. Muchos de los hechos y de los datos facilitados en la obra resultan, por tanto, de sobra conocidos para el lector informado. Es el cambio de perspectiva desde la cual se contemplan lo que permite iluminarlos de un modo novedoso. Este desplazamiento epistemológico, que afecta a la visión de conjunto sobre la República, cabría identificarlo con dos prevenciones de partida, dirigidas ambas a la proscripción del anacronismo y de las proyecciones retrospectivas en el análisis de aquel tramo de nuestra historia.

En primer lugar, se reconoce de partida la inutilidad de los principios fundamentales del «modelo actual de democracia consensual» (p. 15) para valorar retrospectivamente la democracia instituida con la República. Se constata lo evidente, por más que empecinadamente se niegue:

El marco democrático republicano garantizó el ejercicio de los derechos y la salvaguardia de los intereses fundamentales de los ciudadanos, que los pudieron ejercer y defender con más amplitud e intensidad que en el pasado o en el porvenir más inmediato. La República fue el primer régimen auténticamente democrático de nuestra historia (p. 18).

Lo que acontece es que aquella democracia, coherente con las que se intentaron implantar entonces en Europa, respondía a un «tipo de democracia excluyente, competitiva y de confrontación» (p. 15). Y se daba asimismo la

circunstancia de que, siendo en nuestra historia política aquella instauración democrática una «enorme novedad», la República significó muy destacadamente un «aprendizaje, convulso, conflictivo y contradictorio, de la democracia» misma (p. 19). Para enjuiciar, pues, el intento republicano de democratización del país debemos colocarnos en este marco de aprendizaje y utilizar los principios inspiradores de aquel modelo de democracia, no del vigente –y declinante– en la actualidad. Se responde con ello a los numerosísimos autores que desmerecen el carácter democrático del Estado de la República por no parecerse al actual.

Y en segundo lugar, nuestro libro también se libra del principal obstáculo interpretativo a la hora de comprender la República, impedimento ya identificado por Santos Juliá a principios de los 1980²: el de leerla a través de su desenlace final, interpretando todos sus contenidos teleológicamente, en función de la guerra, y no por su propia entidad. Este prisma tergiversador no solo ha impedido la comprensión cabal de aquella experiencia, llevando con frecuencia a la realización estéril de historia contrafáctica; es que ha conducido en demasiadas ocasiones a culpar a la República del golpe que quiso derrocarla, convirtiendo a la víctima en victimario. En la obra recensionada se apuesta con claridad por prescindir de este prisma deformante, liberándose de la convencional «narrativa del fracaso» y adoptando en su lugar el recurso explicativo de la «frustración». Es decir, en lugar de entender que la República se «derrumbó por sus propios defectos» se prefiere partir de la consideración más verosímil según la cual fue «un proyecto inacabado, frustrado, incompleto», cuya «dramática liquidación» se debió a «causas ajenas a su propia naturaleza» (p. 24)³.

Con estas dos variaciones de partida, buena parte de la experiencia republicana queda explicada de forma bien distinta a la habitual. Conviene también destacar otro mérito en este sentido, útil asimismo para reprobar la difundida opinión acerca del supuesto sesgo izquierdista del régimen republicano. El

2 Véanse sus interesantes posiciones en S. JULIÁ, «Segunda República: por otro objeto de investigación», en Manuel Tuñón de Lara (ed.), *Historiografía española contemporánea. X Coloquio de Pau*, Madrid, Siglo XXI, 1980, 295-313; Id., «El fracaso de la República», *Revista de Occidente*, núm. 7-8 (1981), 196-211.

3 Sobre este particular, puede profundizarse asimismo en el estudio del propio E. GONZÁLEZ CALLEJA, «Tendencias y controversias de la historiografía sobre la política en la Segunda República», en Id. y Álvaro Ribagorda (coords.), *Luces y sombras del 14 de abril. La historiografía de la Segunda República española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2017, 127-70.

proyecto de la República, lejos de ser particularista, contaba con proyección y pretensiones de carácter transversal, interclasista y universal. La República no fue socialista ni izquierdista, sino republicana. Esto, de difícil aceptación a día de hoy precisamente por la cancelación del republicanismo debida a la guerra, resulta integrado en la exposición reseñada. El proyecto republicano español, deudor de «los valores de la Tercera República francesa», poco tenía que ver con la erección de una dictadura proletaria. Perseguía más bien la fundación de una comunidad de iguales, compuesta de «ciudadanos conscientes de que participaban activamente en la cosa pública» (p. 12), los cuales solo debían obedecerse a sí mismos, es decir, a las instituciones democráticas representativas, en ningún caso a los poderes privados tradicionales del padre, el patrón o el sacerdote. Propósito fundamental de aquel régimen, por tanto, fue «republicanizar a la nación española» (p. 13), acabar de constituir un «pueblo republicano», construir ciudadanía dando el marco jurídico propicio para un ejercicio intenso de los derechos civiles y políticos. Y el «país-modelo ineludible» que ejemplificaba este horizonte de transformación y de nacionalización de las masas no era otro que Francia, con su «sistema extremadamente parlamentario», sus «gobiernos inestables con propensión a las coaliciones constantes» y con sus prioritarias «preocupaciones educativas, laicistas y sociales» (p. 366).

Partiendo de estos postulados, *La Segunda República española* de González Calleja, Cobo Martínez, Martínez Rus y Sánchez Pérez logra transmitir un relato de conjunto coherente, bien trabado y novedoso. Su principal valor radica así en la capacidad mostrada para neutralizar y despejar los prejuicios comunes sobre el periodo y facilitar en su lugar una representación del mismo más precisa, científica y contextualizada. Y esto acontece tanto en el terreno general de la historia política como en el más particular, y de mayor interés a nuestros efectos, de la historia jurídica e institucional. Repasemos ambos extremos.

II. ASPECTOS DE HISTORIA POLÍTICA

En el conjunto de la investigación, destaca con luz propia, por su prosa enérgica y su penetrante crítica al relato convencional, la presentación de los «actores de la vida política», con indicación de sus posiciones, tácticas y estrategias, ilustración de las trayectorias de sus dirigentes y análisis de las fluctuaciones y de los dilemas internos de cada una de las familias políticas de los

años treinta. Destaca en este punto la valiosa consideración del tema desde la perspectiva del contraste generacional (atentos al cuadro de pp. 380-7). Desde su arranque se aprecian las virtudes: el examen se realiza con la vista puesta en el «contexto europeo», lo que lleva también a tener muy presente la dimensión comparativa para valorar las posiciones y desplazamientos de los actores políticos (v. gr. la importancia capital en el seno de la izquierda del debate sobre cómo afrontar «la amenaza del fascismo», con la consiguiente inspiración de la acción, p. 435).

Este capítulo da cuenta del devenir de todos los partidos. Querría destacar la importancia en lo referido a dos de ellos. Se proporciona, a mi juicio, un valioso relato sobre la descomposición del Partido Radical, no solo víctima del personalismo, la corrupción y la veleidad, sino de la contradicción que suponía su acercamiento y final entrelazamiento con las derechas de la CEDA. Subrayar el «foso» que separaba al republicanismo centrista y conservador de estas derechas implícitamente antirrepublicanas da buena cuenta de cómo la línea divisoria que distribuía el campo político no era solo, ni acaso principalmente, la que separaba las derechas y las izquierdas, sino la que confrontaba republicanismo con antirrepublicanismo. Por eso también es un acierto alejarse de las habituales representaciones centristas, que de modo anacrónico adornan a la CEDA con las virtudes de un partido democristiano de la segunda posguerra, para colocarla sin ambages como integrante de la «familia española de los autoritarismos» y calificar su «alternativa política» de «antidemocrática, contrarrevolucionaria, intransigentemente confesional y muy lejana de los principios de la democracia cristiana» (p. 243). Solo teniendo presente esta verdadera complejidad de la CEDA, su proximidad y simpatía explícitas por las salidas autoritarias y corporativas (en la segunda vuelta de las elecciones de 1936 intentó rescatar para el Parlamento a Franco y José Antonio), pueden entenderse determinadas reacciones y estrategias en el resto de actores políticos. Y solo registrando con todas sus consecuencias esta orientación política real pueden verificarse dos avances: el primero, desechando la opinión convencional de que fue la incapacidad de la República –de su Presidente– de conferir a Gil Robles todos los poderes de gobierno lo que impidió que ésta se convirtiese en un régimen «de todos», pues basta con ver lo que causó su parcial penetración en el ejecutivo para concluir que la cesión del gobierno habría supuesto no la salvación, sino la destrucción plena de la República; y el segundo, concluir entonces que «hizo mucho más daño para el sostenimiento del sistema el empeño de la CEDA en no aceptar la democracia

liberal realmente posible a la altura de 1933-36, es decir, la republicana, que el multipartidismo o la polarización» (p. 359).

Entre asuntos generales referidos todavía a la historia política, sobresale igualmente por su capacidad para diluir mediante la crítica ciertos lugares comunes el análisis de las sucesivas elecciones generales (*vid.* pp. 486-7 y 769 ss.), con alguna interpretación valiosa sobre los resultados derechistas en febrero de 1936 (p. 836). Y también destaca en este sentido desmitificador el tratamiento de la violencia política durante la República, epicentro de un enardecido debate historiográfico reciente. Para dejar a un lado las inclinaciones más anacrónicas e interesadas, se parte aquí de la necesidad de contextualizar el asunto. Algo que solo se consigue si se introducen en el análisis «los conflictos previos al periodo republicano» y se entiende la violencia política «no como una causa autónoma, sino como una manifestación parcial de la amplia gama de conflictos suscitados por la ruptura del orden social conservador forjado en la Restauración, y también por la llegada de la política de masas» (p. 845), con su intensa politización antagónica de la sociedad.

Situándonos aún en el plano de la historia política, la evaporación de mitos se consigue también en la sucesiva caracterización de los tres intervalos en que habitualmente se divide el periodo republicano. El primer bienio deja de ser aquel tramo cuyas políticas estuvieron impuestas por «un único partido», según se sostiene aún a día de hoy con gran superficialidad en alusión al PSOE, para concebirse como una fase dirigida por una «coalición entre el centro-izquierda liberal y los socialistas», que «nunca perdió la confianza parlamentaria aunque sí la decisiva del presidente de la República» (p. 358). Sobre el segundo bienio, aparte de las consideraciones jurídico-políticas que se referirán después, cumple ahora aplaudir algunos logros. El apartado dedicado a la actividad de Gil Robles al frente del ministerio de guerra, por ejemplo (pp. 161-170), vista la importancia capital que tendría para los acontecimientos futuros. Pero, sobre todo, debe celebrarse la importancia que los autores dan, con toda la razón, a la «sistemática purga» que vivieron las corporaciones municipales de toda presencia socialista y obrerista a través de la actuación de los gobernadores civiles y del nombramiento de gestoras vinculadas principalmente a los radicales. Estamos, en efecto, ante uno de los episodios más olvidados y que, sin embargo, más elocuentemente expresa cómo entonces se puso en suspenso la arquitectura democrática diseñada en la Constitución de 1931, y cómo las instituciones en ella fundadas (los municipios democráticos y autónomos) resultaron destruidas y colocadas en interés de parte. En fin,

incluso el relato que se da de la «primavera del Frente Popular» dista mucho del habitual, empezando por no considerar la «conflictividad» del periodo como derivada de «la disputa convencional entre partidos» o como reflejo de «una polarización política del país» (p. 360), sino por entenderla como una «movilización social y sindical» estrechamente ligada a conquistas sociolaborales concretas susceptibles de lograrse a través de reformas⁴.

III. ASPECTOS DE HISTORIA JURÍDICA

Acudamos ya a lo que más interesa a los lectores juristas, a todo aquello que, en un libro de historia, sabe conceder la importancia debida al derecho. Desde el punto de vista de quien suscribe estas líneas, es este uno de los principales méritos de la presente obra, acrecentado si se compara con otras exposiciones historiográficas, incluso recientes, que ceden poco, o incluso nada, a la dimensión jurídica de la República⁵. Basta ver el espacio dedicado al proceso constituyente y a las principales reformas republicanas (pp. 79-357), con epígrafes sobre «Lo que supuso la Constitución de 1931 en el progreso del constitucionalismo de entreguerras» (pp. 95 ss.), o el análisis del juego de poderes legislativo y ejecutivo con el marco constitucional de fondo («La Constitución puesta a prueba», pp. 977 ss.), para percatarse de la preferente atención prestada a las cuestiones de entidad o implicación jurídica e institucional. Se abordan con detalle todas las reformas que proporcionan la esencia espiritual del régimen republicano: la agraria, la secularizadora, la militar, la territorial (con correcta calificación del Estado integral como «tendente al centralismo», p. 278) y, sobre todo, la laboral, con epígrafe autónomo (pp. 730 ss.) y bien señalado su propósito central de «poner las bases de un Estado social de derecho que sustituyera al viejo Estado liberal» (p. 731). Nada se deja atrás. Ni el examen de una «política exterior» que ya había de responder a unos determinados principios constitucionales pacifistas, humanistas y abiertos al nuevo orden de la Sociedad de Naciones (pp. 254 ss.).

No solo lo estrictamente jurídico encierra interés para la consideración del derecho en la República. Interesa además muy especialmente a nuestra

4 Para la autoría y la inspiración de estos contenidos, véase FRANCISCO SÁNCHEZ PÉREZ, «Las reformas de la primavera del 36 (en la *Gaceta* y en la calle)», en Ángel Viñas *et. al.*, *Los mitos del 18 de julio*, Barcelona, Crítica, 2013, 291-312.

5 Vid. Julián CASANOVA, *República y guerra civil*, Barcelona, Crítica – Marcial Pons, 2007.

cuestión el magnífico capítulo quinto «Sociedad y cultura en el quinquenio republicano» (pp. 977 ss.). En él se puede apreciar la fisonomía compleja de una sociedad avanzada en muchos de sus flancos, modernidad que torna coherente la letra constitucional y la orientación secularizadora, ilustrada e igualadora de las reformas en ella apoyadas. No hay mejor antídoto que este para comprobar que la de 1931 no era una constitución utópica fruto de las ensoñaciones de un puñado de profesores irrealistas, sino encarnación de anhelos muy anclados y difundidos ya en sociedad. Pero sirve también este capítulo, sobre todo sus primeros movimientos, para contemplar el impacto que a su vez tuvieron ciertas reformas en la vida cotidiana de las ciudadanas y ciudadanos, sobre todo las ligadas al derecho de familia, con la legalización del divorcio y la instauración del matrimonio civil como único vínculo reconocido por el Estado. Muchas son las referencias útiles para hacerse una composición de lugar acerca del terreno económico-social en el que pretendían operar las reformas laborales, o sobre el ámbito local y consuetudinario en que incidiría la legislación secularizadora. Permite este capítulo hasta ver una de las más distintivas señas del periodo, consecuencia directa de la intensa democratización de la sociedad, como lo fue la porosidad mutua entre un nuevo «espacio público», politizado, plural y en efervescencia, y el propio «Parlamento», caja de resonancia de ese pluralismo político y cámara en la que se producían los debates que marcaban la agenda del país (p. 998).

La capacidad para deshacer lugares comunes también se hace presente al tratar de asuntos jurídicos e institucionales concretos, igualmente malformados por imágenes denigratorias fabricadas por la oposición antirrepublicana y convertidas en ideología oficial desde la guerra. Las Constituyentes, por ejemplo, se han solido representar como una cámara sectaria y extremista⁶. El análisis desprejuiciado de su composición política revela, por el contrario, «la debilidad de aquellas formaciones situadas en los extremos del *continuum* izquierda/derecha» y la existencia de «dos grandes partidos: el socialista y el radical», es decir, uno reformista y otro de centro liberal. Así, resulta más que atendible la calificación que los autores dan de aquel parlamento, como un ejemplo de «pluralismo extremo» pero no de «pluralismo polarizado», pues «los partidos anti-sistema apenas contaban con el suficiente respaldo social y electoral» y el partido principal de la izquierda «estaba integrado en la coalición de gobierno» y apostaba por vías reformistas (p. 72).

6 Mercedes CABRERA CALVO-SOTELO, «Las Cortes Republicanas», *Ayer*, núm. 20, (1995), 13-47.

En esta misma línea, queda desmentido el tópico de que en las Constituyentes no hubo representación de los sectores sociales conservadores, por lo que sus decisiones solo pudieron ser parciales y sesgadas. Por el contrario, a través del Partido Radical, el segundo más numeroso, la voz de esas clases medias propietarias fue llevada al Parlamento e intervino activamente en la elaboración de la Constitución y en la aprobación de las principales leyes reformistas (p. 481). Por eso no cabe sin más identificar el régimen «con la mayoría inicial que lo instauró», porque el juego y proporción de las contribuciones de los diversos actores a la constitucionalización del Estado y al impulso de las reformas fue variable y complejo, y porque no hubo intento de apropiación por parte de esa mayoría, «sino más bien un deseo de ampliar sus límites hacia la derecha, siempre que esta se definiese como inequívocamente republicana» (p. 898). Hasta el mito interesado y recurrente del parlamento omnipotente, con gobiernos inermes y debilitados, se desvanece ante el estudio de las diecinueve crisis gubernamentales, solo dos de las cuales tuvieron origen «eminentemente parlamentario» (p. 894).

La liquidación de lugares comunes llega hasta uno de los más persistentes, transversales y antiguos, el de que la vigencia de la polémica Ley de Defensa de la República compuso el desmentido inequívoco de toda la Constitución de 1931. En el libro que reseñamos esta ley queda dilucidada de manera bien diversa. Supuso un mecanismo de gobierno de la excepción que permitió precisamente superar la suspensión generalizada de derechos y la entrada en juego del «estamento militar», o de una justicia politizada (p. 187), recursos que venían siendo los habituales. Se trató, pues, de un marco normativo para hacer frente a la excepcionalidad bastante más moderno, acorde con instrumentos similares de regímenes democráticos coetáneos, y que, en definitiva, permitió un control de las situaciones de excepción, en las que peligraba la integridad del régimen político (sirvió, por ejemplo, para desarticular el «primer núcleo conspirativo alfonsino», p. 850), mucho más «proporcional y selectivo» que el desplegado después bajo la Ley de Orden Público de 1933, «interpretada en un sentido marcadamente represivo, en sintonía y continuidad casi perfectas con la cultura gubernativa imperante en la Restauración» (p. 188).

En el espinoso asunto de las reformas secularizadoras también prima el afán contextualizador sobre la habitual inclinación a la condena retrospectiva. El objetivo, notablemente cumplido, no es ya la crítica de la historia con arreglo a patrones políticos invariantes, sino la comprensión de los acontecimientos en toda su complejidad según sus propios principios motores. Se

registran así los antecedentes inmediatos: el «estrecho maridaje entre el catolicismo oficial y la Monarquía liberal» y el «papel de tutela moral y espiritual ejercido por la Iglesia sobre una sociedad crecientemente laica» (p. 104) como los puntos de partida a los que los republicanos respondían con sus reformas. Se sitúa el asunto en clave internacional y se identifican las tradiciones inspiradoras de sus posiciones secularizadoras, destacando entre ellas la del radicalismo burgués de procedencia francesa. Y, sobre todo, se relatan los propósitos inmanentes a la propia reforma, que no eran ni la persecución de los católicos ni la abolición del credo católico, sino la consagración de la independencia de un poder civil de legitimidad democrática y la consiguiente eliminación de «la fe católica como símbolo absoluto de la comunidad, identificación que había actuado como una de las bases de legitimación simbólica de la estructura social del viejo régimen» (p. 208). Se describen asimismo la posición y la reacción de la jerarquía católica en todas las fases de la República, desde los primeros conatos conciliadores hasta con respecto a las políticas revisionistas del segundo bienio. Contemplar la intensa oposición eclesiástica a cualquier forma de independencia del poder civil sirve para librarse de las habituales tentaciones contrafácticas. Así, con estos mimbres, se llega a una conclusión sobre la regulación constitucional de las relaciones Iglesia/Estado que todavía a día de hoy a muchos parecerá escandalosa:

El artículo [26] no fue obra del odio anticlerical, sino de la voluntad de la mayoría parlamentaria de acabar de una vez por todas con la identificación abusiva del catolicismo con la monarquía y de combatir con los medios legales a su alcance el tradicional rechazo católico del pluralismo, el liberalismo y la democracia (p. 225).

Pese a las suspicacias que haya podido despertar lo comentado hasta el momento, la obra dista de ser una mera celebración acrítica de la República. Lo que ocurre es que las críticas planteadas son internas a la propia dinámica del proceso republicano. Por eso no dejan de apuntarse las serias dificultades con que tropezó este proyecto de transformación progresiva del país. Se señala en numerosas ocasiones el sistemático incumplimiento patronal de las nuevas leyes laborales. Se refiere igualmente la perspectiva anarquista ante las reformas sociales y las instituciones laborales como los jurados mixtos, posición oscilante entre la condena al «Estado republicano opresor», que alejaba la revolución con vanas promesas de futuro, y la censura de «los socialistas ‘enchufados’» (p. 747). Y se alude también a los frecuentes casos de rebeldía y deslealtad funcional. Lo sugerido en este último caso encierra

un valor especial para la historia del derecho. Hubo, en efecto, un considerable contraste entre el tenor oficial de las reformas republicanas y la cultura administrativa de las burocracias encargadas de llevarlas a cabo, que se habían forjado en un ambiente discrecional y autoritario ajeno al imperio de los derechos. De ahí que fuese habitual, por ejemplo, que los «comandantes de puesto» no reconociesen «la autoridad de los recién electos alcaldes socialistas o republicanos» (p. 173), acostumbrados como estaban a un régimen municipal gubernativo y nada democrático. Los propios cuadros policiales actuaban guiados por la «mentalidad antianarquista» (p. 173) en que se habían formado. Así, buena parte de la represión oficial acontecida durante la República se dirigió, no contra actos delictivos, sino contra el ejercicio de derechos y libertades consignados en la propia Constitución, todavía vividos por los guardianes del orden público como conatos de sedición. He aquí, pues, un dato censurable de la experiencia republicana, la incapacidad para promover la congruencia entre su legalidad y su praxis institucional, despolitizando, por ejemplo, el ejército (p. 160). Dan con ello los autores una buena base para próximas investigaciones histórico-jurídicas, que intenten explicar los motivos de la falta pavorosa de cultura de legalidad propia de aquellos tiempos.

En un recorrido tan completo, no solo se abordan las reformas centrales del primer bienio. Los autores de nuestra monografía han sabido detectar también la entidad propia del segundo bienio y de la etapa del Frente Popular. Por eso han tematizado ambos asuntos de manera independiente (pp. 924 ss.; pp. 1098 ss., respectivamente). Y han introducido en cada uno de ellos cuestiones que interesan igualmente al derecho y las instituciones.

En relación al segundo bienio, se detalla el marco político general que dio contexto a la obra institucional y normativa de revisión, rectificación o derogación de las reformas republicano-socialistas. Tal marco se caracterizó por la inestabilidad gubernamental y por la «falta de una sólida política alternativa consensuada» (p. 942). En efecto, nuestra obra muestra cómo la «clave comparativa» entre los dos bienios la ofrece la «falta de unión y cohesión» entre las principales fuerzas gobernantes del segundo. La contradicción sustancial entre el republicanismo moderado y el derechismo antirrepublicano imposibilitaba la formación de gobiernos estables, con apoyo parlamentario continuado. Su unión no era sustancial, sino de conveniencia, y no se asentaba en ningún proyecto alternativo al fijado en la Constitución de 1931, sino en la común aversión a las reformas republicanas. Por eso el tono que dio coherencia al periodo fue el de oposición a la obra normativa progresista del bienio anterior.

Ahora bien, hasta en el modo de enfrentarse a ella se dieron divergencias. Los radicales aceptaban el curso de algunas reformas, que ellos mismos habían contribuido a impulsar, y se preocupaban ante todo por deshacer las de contenido laboral y económico. En relación a las mismas, más que la lisa y llana derogación, su «táctica predilecta» fue la de «favorecer el incumplimiento» de la legislación social. Y precisamente con ese fin dieron el asalto a los ayuntamientos a través de las gestoras, pues de ese modo podían «neutralizar la colaboración y la fiscalización municipales en la aplicación de las leyes laborales» (p. 935). Bien distinta era la tendencia cedista. Desde el primer momento desplegaron una «táctica de acoso y derribo» (p. 929) dirigida contra los ministros más o menos continuistas, transmitiendo la inestabilidad consiguiente. Y su preponderancia lograda tras octubre de 1934 se saldó ya con el comienzo de la derogación sistemática de las leyes reformistas anteriores.

Lo que falta para terminar de cotejar ambos bienios es referirlos al marco constitucional vigente. Porque se diferenciaron no solo por su dispar estabilidad política, o por la orientación opuesta de su obra legislativa, sino por el afán de suspender, vaciar y finalmente abolir la Constitución preponderante en el segundo. Se comprenderían así mucho mejor las reacciones de numerosos republicanos ante las elecciones de noviembre de 1933, interpretadas como la «pérdida» o «rectificación de la República», como «un asalto de la reacción contra la esencia misma del régimen» para volver de contrabando «al monarquismo» o, lo que es peor, abrazar el fascismo (p. 946).

Si hay un tramo de la vida republicana víctima de los clichés retrospectivos y de las lecturas teleológicas ese es, sin duda, el de la primavera del Frente Popular. Por eso la capacidad para deshacer los mitos interesados que distingue a nuestra monografía se evidencia en todo su vigor en el apartado dedicado al mismo. Se evita así considerarlo como «preludio necesario e incluso responsable de la Guerra Civil», se desechan decididamente las «visiones romántico-proletarias o truculentamente bolcheviques que se han querido ofrecer de este periodo» (p. 834). En lugar de ello, se intenta buscar su timbre propio, la cifra de su especificidad. Y se encuentra en «su labor básicamente legislativa y constructiva», sobre la que «no existe una sola monografía que aborde el problema en su conjunto» (p. 968), pero que nuestra obra documenta de forma cabal.

Esa labor se concentró ante todo en la reforma agraria y en la laboral. Contra lo que muchos habíamos supuesto, las medidas adoptadas «no fueron un mero *revival* del primer bienio» (p. 1100). Tuvieron su propio y singular

perfil. No solo por sus contenidos normativos, que también, sino por una peculiaridad solo susceptible de ser desvelada desde la historia sindical, laboral y social, la cual se aplica en nuestro libro de manera ejemplar, huyendo de los maniqueísmos al uso. A saber: la «retroalimentación existente entre legislación y movilización» obrera (p. 1104), el hecho de que «las protestas, movilizaciones, ocupaciones de fincas y huelgas» fuesen «estrechamente unidas en numerosas ocasiones a las iniciativas legislativas», apoyándolas o motivándolas (p. 1111). Con ello el ángulo de observación muta por completo. Lo que según el «relato guerracivilista» era «un Estado demasiado débil» ante la protesta social se convierte en una «relativa tolerancia y voluntad negociadora de las autoridades republicanas» (p. 1099). Y lo que según las habituales lecturas sesgadas era complacencia institucional con la izquierda extremosa se torna en un reformismo intenso y exigente que «quitaba argumentos políticos a la izquierda más radical, en lugar de animarla a emprender ‘acciones revolucionarias’» (p. 1106).

IV. RASTROS DEL PARADIGMA ANTERIOR

Naturalmente, la labor desmitificadora a la que contribuye de forma fundamental nuestra obra no se ha consumado del todo. Pendiente está todavía de reconstruir el campo político de los años treinta a través de la dicotomía republicanismo/antirrepublicanismo, prescindiendo del contraste entre izquierda y derecha. Que este último binomio no funciona del todo como marco explicativo se hace evidente en la presentación de los «actores políticos» y, sobre todo, en la apretada exposición de todo el republicanismo como «centro liberal» (pp. 453 ss.) enhebrado por el laicismo, el reformismo social y la «supremacía del poder civil sobre el militar» (¿dónde queda en ello el tema de la instrucción y la ciudadanía, por ejemplo?). Resulta acertado, desde luego, no diluir el republicanismo en la izquierda ni en la derecha, señalando el «foso» (p. 499, p. 501) que existía entre las fuerzas republicanas y las que colindaban con ellas a uno y otro extremo. Sin embargo, no deja de resultar forzada (y convencional) su reconducción unitaria al centrismo liberal. Es más, si de continuar utilizando el eje izquierda/derecha se trataba, menor forzada hubiese provocado a mi entender ubicar resueltamente a los radicales entre las derechas, no solo porque terminaron recayendo «de pleno en temas como el ultranacionalismo, la satanización del movimiento obrero y el militarismo, más propios de la derecha autoritaria que del centro liberal» (p.

495), sino porque son difícilmente creíbles tanto su continuismo respecto del primer bienio como su fidelidad permanente al marco constitucional.

Tal es la fuerza del relato habitual, que no podía sino dejar depositadas algunas de sus perlas en una investigación dirigida ante todo a superarlo, generando las tensiones consiguientes. Por ejemplo, cuando se asevera, en contraste con lo anteriormente transcrito, que «el artículo 26 arrojó fuera del sistema a una importante masa de católicos» (p. 244), algo poco plausible en un régimen de sufragio universal, libertad de conciencia y vías legítimas de reforma constitucional. Es más, hay todo un flanco de nuestra reconstrucción deudor en última instancia de las «narrativas del fracaso» que pretendían desactivarse. Y es de importancia medular. Me refiero a los apartados dedicados a la reforma agraria del primer y el segundo bienio (pp. 117-130 y 666-730).

En ellos se percibe la vieja mirada en busca del error que condujo al desastre en lugar de la búsqueda contextualizada de las claves que dieron sentido a la reforma tal y como se concibió y desarrolló. Son epígrafes en exceso repetitivos, faltos de antecedentes y de comparación con un contexto internacional también marcado por el reformismo agrario, en los que, no sin cierta idealización, se adopta la perspectiva de uno de los actores en liza (la de los «pequeños propietarios», «labradores» y «campesinos»), universalizándola y convirtiéndola en patrón de juicio válido para valorar la orientación y contenidos de las reformas sociales en el ámbito rural (de «carácter antieconómico y sectario» se llega a hablar, p. 692). Apenas hay un paso para entrar en la historia contrafáctica y aseverar que, si no se hubiese atentado contra los intereses de este grupo, el «centro liberal-burgués» no se habría vaciado en el campo y sus integrantes no se habrían radicalizado, librándonos así de la tragedia. Obsérvese que esta operación podría realizarse tomando a cualquier otro actor rural como punto de referencia: ¿qué habría pasado de adoptar una legislación reformista que no diera salida al anhelo campesino acumulado durante décadas? Nótese también que el tono entra en tensión con otras afirmaciones de la obra, como cuando se reconoce que durante el primer bienio se promovieron «medidas para aliviar la penosa situación de los pequeños propietarios, arrendatarios y aparceros» (p. 696). La propia valoración que se hacen de los resultados electorales en el medio rural contrasta con las prevenciones críticas que la obra lanza cuando éstos son examinados con carácter general. Sucede, en definitiva, que todo este apartado pasa de puntillas sobre la praxis efectiva de la reforma agraria, no reconstruye al detalle los diferentes elementos, en la legislación y en la práctica, de sus políticas y de la opo-

sición a las mismas (se habla de la «variada gama de argucias cuasilegales» (p. 708) desplegada por la patronal para saltarse la disciplina de los jurados mixtos, sin precisar a qué se está haciendo referencia), con lo que los juicios beben de patrones valorativos situados fuera de la propia práctica reformista que se está ponderando.

Y es que cada cuestión particular exige su propia documentación para poder alcanzar conclusiones inmanentes a la problemática tratada. Esta máxima también viene a la mente cuando se lee el apartado sobre la aplicación más puramente institucional de la constitución (pp. 891 ss.). Las memorias no proporcionan el campo documental adecuado para ilustrar esta temática. Están conformadas por opiniones de actores interesados, comprometidos algunos de ellos con el naufragio del propio sistema, y coincidentes todos en su propósito de transmitir a la posteridad interpretaciones autoexculpatorias de los hechos. El género testimonial no puede tomarse como fiel reflejo de la realidad. Así, basarse con preferencia en las memorias, fuentes centrales del discurso convencional, conduce por fuerza a conclusiones también convencionales, como cuando se censura el veto presidencial a Gil Robles (pp. 916-7). Tampoco encierra todo el valor deseable una historia constitucional de factura ya algo desfasada, y aquí tomada como referente principal. Solo acudiendo a las fuentes documentales internas al asunto tratado, es decir, las parlamentarias, las jurídicas y las de la prensa, puede ofrecerse a este respecto un relato diferente del habitual.

También se aprecian en la obra algunas imprecisiones que tienen que ver con el derecho, que sería interesante despejar. Cuando se trata del «programa de depuraciones en la Administración», en referencia, creo, a la intervención gubernativa de las corporaciones locales en beneficio de parte, se afirma que «[b]ien es verdad que los socialistas en particular habían facilitado con su actitud las bases legales que justificaban semejante persecución» (p. 492). Desconozco a qué bases legales se hace referencia, y supongo que no se alude con ello a la ley municipal de 1935, que por cierto no llega a examinarse como se debiera en el volumen. Hay también afirmaciones jurídicamente discutibles, como la que asegura que «las escuelas privadas católicas no estaban prohibidas por la Constitución» (p. 933), cuando el art. 26 prohibía expresamente el ejercicio de la enseñanza a todas las órdenes religiosas y el 48 convertía la instrucción en una «atribución esencial del Estado», reconociendo a «las Iglesias» solo «el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos».

Por último, mérito relevante de esta portentosa obra es señalar explícitamente a los investigadores los vacíos que aún quedan por cubrir. Se necesita, por ejemplo, «un estudio global sobre la actuación y la evolución de los Jurados Mixtos que vaya más allá de lo local» (p. 935). También una monografía sobre la destitución y elección del nuevo presidente de la República (p. 841) y otra, como ya se ha dicho, sobre la obra reformista genuina del Frente Popular. Conviene asimismo abordar de manera integral la vida y decurso del sistema municipal, pieza neurálgica para entender la mecánica de las reformas y la vigencia constitucional, como nuestra obra no cesa de mostrar. Y cabe añadir también que falta un examen completo del papel de España en la Sociedad de Naciones, incluyendo análisis del gobierno republicano de las colonias. Pendiente está también de realizar un estudio empírico y sistemático de la aplicación efectiva de la Ley de Defensa de la República. Y, en fin, queda por investigar a fondo el papel del poder judicial en el desenvolvimiento del Estado republicano⁷. Pero, de cualquier modo, no existe ya mejor obra de introducción y referencia para las investigaciones pendientes que esta que acabamos de recensionar.

7 [Poco después llegaría en este punto la tesis de Rubén PÉREZ TRUJILLANO, *Dimensión político-social de la justicia penal en la Segunda República española*, Universidad de Sevilla, 2019.]

EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS REPUBLICANO,
OBJETO DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL¹

I. DE LA DOCTRINA DEL ‘ERROR’ A LA RECONSTRUCCIÓN OBJETIVA

Pocos periodos de nuestra historia han sufrido tanto maltrato historiográfico como la II República. Su comprensión ha estado siempre mediatizada por su dramática conclusión y por la disposición ideológica del analista. Los obstáculos epistemológicos que han impedido formarse una visión cabal de su complejión y dinámica han sido normalmente los siguientes²: en lugar de examinarla y enjuiciarla con arreglo a las coordenadas histórico-políticas vigentes en el momento de su implantación y desenvolvimiento, se le imponen parámetros sublimados de enjuiciamiento de presunta vigencia universal con el consiguiente resultado condenatorio; al interpretarse la República en función de su abrupto final, todos los presuntos fallos y errores supuestamente cometidos por sus actores principales o por sus instituciones son considerados responsables o promotores directos o indirectos del golpe de Estado y la guerra civil subsiguiente, con el efecto tácito de exoneración o descarga de responsabilidad de los auténticos culpables de la barbarie; este tipo de aproximación desemboca además de forma natural en dos variantes correlativas: se parte de la tesis del *error* o *confusión* de los actores republicanos, que, por obnubilación, fanatismo u oscuridad e insuficiencia de ideas, no apreciaron las cosas correctamente, o no calibraron con precisión las consecuencias de sus actos, provocando el mal que acabó con la República, derivándose así en múltiples ejercicios de *historia contrafáctica*, centrados en reprochar a los republicanos el no haber actuado de otro modo, uno que supuestamente habría permitido esquivar la conflagración final; por último, esta concatenación analítica, en una pragmática de la historia como *magistra vitae*, concluye

1 Comentario de Pablo ÁLVAREZ BERTRAND, *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, Oviedo, KRK, 2017, publicado originalmente en *Historia Constitucional*, 19 (2018), 753-773.

2 Abordo *in extenso* la cuestión en «De la condena retrospectiva al análisis contextualizado: cuarenta años de historiografía sobre el Estado republicano (1975-2015)», en E. González Calleja, Á. Ribagorda (eds.), *Luces y sombras del 14 de abril: la historiografía de la Segunda República española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2017, 21-74.

elevando la República a una suerte de contraejemplo que evitar y condenar en la muy democrática actualidad, historiándose entonces aquel pasado con claros, aunque ocultos objetivos de presente.

De más está advertir aquí que los fundamentos sociológicos y culturales de estos vicios historiográficos los proporciona el resultado de la guerra y la construcción consiguiente de nuestra autorrepresentación colectiva, hasta niveles de insondable profundidad, por parte de la dictadura. Solo el relativo desplazamiento cultural propiciado por el movimiento de recuperación de la memoria y el descrédito en el que se ha sumido el sistema político vigente han permitido trastocar la sensibilidad con la que se contemplaba la República.

Los obstáculos mencionados han estado muy vivos en lo que se refiere a la historiografía más propiamente constitucional sobre aquel régimen, incluida la que se ha dedicado, de un modo u otro, al Tribunal de Garantías. Ya es revelador que «los testimonios parlamentarios» del proceso constituyente de 1978 al respecto de esta institución fuesen «evasivos, parcos y muy cautelosos», predominando «un propósito de subrayar las diferencias» que la separaban de nuestro actual Tribunal Constitucional y «un vigoroso intento de superación y de rectificar las deficiencias técnicas y las limitaciones estructurales y políticas» del órgano republicano³. Idéntica actitud se pudo percibir además en la doctrina triunfante a principios de los años 1980, apenas comenzaba a institucionalizarse el nuevo Estado constitucional español.

En este sentido, resulta paradigmático el texto de Francisco Rubio Llorente, plasmación de un discurso inaugural pronunciado el 25 de octubre de 1980, titulado *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*⁴. El autor, junto a Eduardo García de Enterría y Jerónimo Arozamena, había preparado el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado prácticamente sin alteraciones en octubre de 1981. Su breve prospección historiográfica estaba movida por el afán de ubicar y orientar el nuevo órgano más que por conocer el republicano. Su propósito consistía, según sus propias palabras, en extraer del análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales «algunas advertencias acerca de lo que con en el actual Tribunal Constitucional debe hacerse y debe evitarse». Y la principal tacha de la Corte republicana

3 Martín BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», en Id. (ed.), *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, CEPC, Madrid, 2010, 27.

4 Publicado en la *Revista de Derecho político*, 16 (1982-83), 27-38. Citaremos las pp. 30-1, 33 y 36.

no era otra, a su juicio, que la de formar «un órgano político» en vez de un «auténtico órgano jurisdiccional». Su «composición casi disparatada», establecida según ese infame «criterio político», desvió sus actuaciones e hizo que «no fue[se] tomado en serio» en su época.

El Tribunal de Garantías solo podía proporcionar entonces un contramodelo sobre el que instituir el actual Tribunal Constitucional. Si aquel había sido un despreciable órgano politizado, este sería ya ese «auténtico órgano jurisdiccional» capacitado para «interpretar la Constitución con arreglo a criterios estrictamente jurídicos»⁵. Mas, ¿por qué habían cometido tal dislate los constituyentes republicanos? En primer término, por la «confusión» reinante «acerca de cuál [era] la auténtica naturaleza de una institución de este género», como evidenciaba su frecuente asimilación al Senado. Resultaba además ostensible la incongruencia absoluta entre las exigencias de una genuina «jurisdicción constitucional», esto es, técnica y neutral, no política y parcial, y los «presupuestos teóricos» de las Cortes Constituyentes, de clara matriz rousseaniana; refractarios, pues, a «la posibilidad de establecer límites a la acción del legislador». Pero entonces, si se partía de ese jacobinismo legicéntrico, ¿por qué se sintió la necesidad de fundar el Tribunal de Garantías? Por «mimetismo», por el inconsistente «deseo de tomar como modelo lo más moderno», respondía Rubio Llorente.

He aquí, por tanto, un ejemplo de percepción historiográfica del Tribunal de Garantías marcada por dos cifras: la utilidad para fines políticos presentes (la legitimación mediante un contraejemplo histórico de un órgano actual) y la condena retrospectiva del objeto examinado, que toma como fundamento de su desprecio el «error», la «confusión», el «mimetismo» o cualquier otra tacha subjetiva de los actores históricos.

Este enfoque epistemológico de partida, muy sobredeterminado por la urgencia de legitimar el sistema constitucional de 1978, llegó a inspirar en ciertos aspectos básicos impecables ejercicios coetáneos de comparación institucional de tono jurídico-formalista y fines, ya sí, científicos: para Pedro Cruz Villalón, autor del ensayo referido, el debate republicano en torno a la instauración del Tribunal de Garantías revelaría «una confusión bastante extendida

5 *Post festum*, no pueden menos que suscitar cierta ironía los términos ingenuos de este primer tiempo constitucional: según Rubio Llorente, las reglas de elección introducidas por la Ley Orgánica «aseguran que, en la medida de lo posible, en la designación de los miembros del Tribunal, predominen las consideraciones de carácter técnico sobre las estrictamente políticas», *Ibid.*, 34.

en torno a la naturaleza y a la razón de ser del control de constitucionalidad»⁶. Su carácter híbrido y las propias reticencias que despertó su fundación mostrarían «las resistencias del constitucionalismo europeo a admitir sin ‘arrepentimientos’ la lógica de la supremacía de la norma constitucional». El resultado final estuvo, en fin, marcado por una «*politización*» del órgano de naturaleza «*objetiva*, es decir, derivada tanto de la estructura impuesta al mismo como de la excesiva acumulación de fines»⁷.

Este tipo de interpretaciones historiográficas críticas con funciones políticas presentes son habituales en los ciclos constituyentes, cuando las representaciones sobre nuestro pasado común evidencian toda su valencia constructiva y legitimadora⁸. La comparación tácita subyacente entre el modelo republicano y el actual, con la censura e incompreensión correspondientes del primero, estuvo, en efecto, muy presente en las primeras monografías dedicadas a la cuestión publicadas a primeros de los años 1980. Se estaba entonces convencido de que «la causa última del fracaso imputado al Tribunal de Garantías Constitucionales radicaba en la falsa imagen que se forjaron los propios constituyentes [...] de las implicaciones que comporta la instauración de un sistema de justicia constitucional», y si finalmente se abrazó el «control de constitucionalidad de las leyes» fue «sin una depurada reflexión sobre su alcance»⁹. Como destilado conclusivo de investigaciones exhaustivas acerca de la formación de aquel órgano se afirmaba que «el Tribunal de Garantías se llevó a la Constitución de 1931 en un *clima de confusión* acerca de lo que

6 P. CRUZ VILLALÓN, «Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)», *Revista Española de Derecho constitucional*, 2, nº 5 (1982), 118, 128 y 146.

7 Cabría en este sentido pensar que la politización sufrida por el actual Tribunal Constitucional se debería entonces a razones puramente *subjetivas*. Sin embargo, la institucionalización del poder legislativo en términos proclives a la patrimonialización bipartidista permite apreciar causas originarias bien *objetivas*. De igual modo, la elección más o menos abierta de vocales por corporaciones profesionales o municipales, así como el conocimiento de procedimientos de responsabilidad penal de las altas magistraturas, no desemboca por necesidad en la parcialidad aborrecible del juicio.

8 Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, «Aproximación a la historiografía constitucional española», en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (ed.), *Historia e historiografía constitucionales*, Madrid, Trotta, 2015, 133.

9 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», edición de 1981, pp. 15-6. En la edición de 2010, que será la que empleemos de ordinario si no se indica lo contrario, aunque se utilizan las mismas expresiones, esa «falsa imagen» ha dejado de ser ya la «causa última» de un «fracaso», p. 28.

significaba un órgano de Justicia Constitucional», pues, entre otras cosas, «la problemática general del tema no había cobrado madurez a nivel teórico ni tampoco a través de una experiencia práctica consolidada –propia o ajena– dentro del Continente»¹⁰. Esa «confusión» se hizo patente en lo que se refiere a sus «funciones», atribuyéndosele «competencias de lo más variopinto y dispar», así como a su «naturaleza», propiciando «su composición errática y disparatada», que «lo convertía en órgano político». Entre otros motivos, por eso, desde su propia configuración parlamentaria hasta la misma elección de sus vocales, estuvo «marcado por la *politización*»¹¹.

Lo peculiar es que, a través de estas obras pioneras, cristalizó una suerte de doxa en torno al Tribunal de Garantías que ha ido transmitiéndose a generaciones sucesivas de constitucionalistas en forma de lugares comunes, conclusiones implícitas y juicios lapidarios sin corroboración documental ni avance de la investigación. Si todavía se entiende que el debate sobre su composición estuvo presidido por «anhelos de politización», su conformación final se califica de «mixtura contrahecha y antagónica con la genuina naturaleza técnico-jurídica» de un Tribunal Constitucional¹². Se sigue así sosteniendo que toda la articulación del órgano, tanto constitucional como legislativa, «mostraba

10 ROSA M^a RUIZ LAPEÑA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcelona, Bosch, 1982, XVII y XXI. Ciertamente es que no existía experiencia acreditada en el continente europeo, pero sí, y muy abundante, en los Estados Unidos, con una intervención de la Corte Suprema en el control de constitucionalidad de las leyes bien conocida por estos lares. La «madurez» teórica del asunto de las relaciones entre ley, juez y constitución alcanzaba niveles de construcción que poco tienen que envidiar a los actuales, por no decir que los superan.

11 *Ibid.*, XXII-I. Debe apuntarse que Lapeña ya señalaba que el contexto de excepcionalidad y politización social circundante también explicaba la instrumentalización partidista del órgano y el sesgo de algunas de sus decisiones. Comparados con los de Rubio Llorente, sus juicios sobre la justicia constitucional actual y el riesgo subsistente de su instrumentalización y «polarización política» en escenarios de presión resultan mucho más precavidos y realistas: así, con un tono hoy profético, señalaba que «la Justicia constitucional puede resolver determinados conflictos ‘en el sistema’, pero no los problemas ‘del sistema’, en los que no puede ser un sustituto de quien esté llamado a resolverlos», de ahí que le pareciese «un grave yerro utilizar la Justicia constitucional como sustitutivo de los ordinarios canales de responsabilidad y control de los regímenes democráticos» (pp. XX-XXI).

12 HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA, «La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española», *Revista de Derecho político*, 80 (2011), 194 y 197.

que los constituyentes carecían de una noción clara de los sistemas de justicia constitucional», y el finalmente adoptado «tenía una composición que prejuzgaba una tendencia a la politización manifiesta», entre otras cosas por la «escasa capacitación técnica exigida» a la mayor parte de los vocales¹³. Digamos, pues, que continúa existiendo un consolidado consenso en torno a esta visión, fraguada ya durante la dictadura, pero decantada en la primera doctrina democrática.

Ha tenido que escribirse desde posiciones muy concernidas con el descrédito en el que se ha sumido el régimen constitucional actual, y desde la crítica más elemental a las presuntas virtudes de neutralidad política exhibidas por expertos designados por partidos, para poder trascender la habitual comparación tácita entre 1931 y 1978 resuelta en la condena del momento republicano. Y es que el ambiente presente facilita la comprensión contextualizada y libre de gravámenes censores del órgano instituido en 1933, pudiéndose ya afirmar que «tanto la composición del Tribunal [de Garantías] como la elección de sus miembros respondían a la filosofía republicana», una filosofía proclive a basar las instituciones en la «participación» de los círculos involucrados en sus decisiones más que en designaciones elitistas o expertocráticas¹⁴. Si por razones de contexto y presiones golpistas, el órgano, en algunas de sus decisiones, se torció, no cabe seguir cerniendo sobre la totalidad del mismo la anterior condena retrospectiva, pues «la mala práctica no autoriza la descalificación teórica»¹⁵. Que el propósito de la designación participada de sus vocales era cultivar el republicanismo de las instituciones, y la adhesión de sus miembros a los principios del nuevo régimen, lo demostraría además la reforma prevista en tiempos del Frente Popular dirigida a modificar «la organización y métodos de elección» con el fin precisamente «de asegurar la fidelidad de los vocales al espíritu constitucional», pudiéndose proceder a la

13 Luis I. GORDILLO, «El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española: enseñanzas de una primera experiencia española de justicia constitucional», en L. I. Gordillo, S. Martín, V. Vázquez, *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Madrid, Marcial Pons, 2017, 143 y 150. Apúntese que en la p. 144 atempera su abrazo a la conocida doctrina del «error» y la «falta de conocimiento o preparación» de sus interlocutores históricos.

14 Rafael ESCUDERO ALDAY, *Modelos de democracia en España: 1931 y 1978*, Barcelona, Península, 2013, 178.

15 Bartolomé CLAVERO, «Desapego de República y cortocircuito de derechos», *Quaderni Fiorentini*, 43 (2014), 1068, en un texto que es comentario del libro citado en la nota anterior.

cesación de los magistrados cuando actuasen «con manifiesta hostilidad a las instituciones republicanas que la Constitución consagra»¹⁶.

Las distancias tomadas respecto de nuestro presente, marcadas no solo por la crisis político-institucional sino también por la cuestión catalana, permiten así una visión más desprejuiciada de nuestro pasado constitucional. Por otro lado, lo que interesa a la historiografía es ante todo el conocimiento de ese pasado, no su utilización pragmática actual, aún más inconveniente de lo habitual ante la falta de necesidad de legitimar la creación de institución alguna. Se ha dicho con razón que es hora de revisar el «juicio histórico negativo» sobre el órgano republicano «a la luz de las nuevas investigaciones historiográficas»¹⁷. Ahora se pueden cargar las tintas en el «clima de gran crispación política y social» para explicar el protagonismo «involuntario» y sobrenido del Tribunal, y aunque se siga considerando defectuosa su «composición interna» se entiende que su «instrumentalización política fue debida principalmente a la acción de los partidos y de las organizaciones económicas y sociales que pretendieron [...] resolver por la vía jurisdiccional contiendas que solo podían solucionarse por vía de la negociación política, social o sindical»¹⁸.

No solo la descomposición del presente y la consiguiente impostura de su idealización facilitan la comprensión del pasado. Hubo claves teóricas depositadas desde el inicio en el debate doctrinal que prevenían frente a la celebración de la técnica ante los supuestos males de la politización. La crítica a la supuesta neutralidad de los expertos viene de lejos. La naturaleza en última instancia política del juicio de constitucionalidad no era desconocida. Se apuntó bien pronto que su introducción resultaba congruente no tanto con la figura de una Constitución «rígida» como con la de una Constitución «normativa», con vocación de transformar la realidad adecuándola a los valores políticos (polémicos) en ella consagrados. La defensa de un orden constitucional de tal modo concebido no podía ser sino labor de alta connotación política, y no pura orfebrería técnico-formal¹⁹.

La cuestión es que con la experiencia acumulada y sobre la base de presupuestos metodológicos bien meditados se está ya en plena disposición de

16 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 35 y 126-8.

17 *Ibíd.*, 36. Se trata de un parecer no incluido, claro, en la edición de 1981.

18 *Ibíd.*, 93.

19 Apuntaba la cuestión Pedro DE VEGA GARCÍA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (1979), 93-118.

conocer las claves que llevaron a establecer el Tribunal de Garantías como un órgano coherente con una determinada mentalidad. Como se insistirá después, no fue el fruto de una «confusión» envolvente, sino de una complicada y congruente síntesis política, acorde con la dinámica propia de todo proceso realmente constituyente²⁰. Tampoco fue consecuencia del «error» o del «desconocimiento» sobre las implicaciones del control de constitucionalidad, dada la solvencia teórica y jurídica de los actores involucrados y el conocimiento de las experiencias estadounidense y austriaca precedentes. Menos aún expresó un infantil e impremeditado deseo de imitar innovaciones extranjeras, pues se trató de una elección deliberada y debidamente tamizada para adecuarla al contexto español. Que se terminase adoptando se explica porque no toda la filosofía política que servía de inspiración entroncaba con Rousseau en su sentido más vulgar, con su voluntad general uniforme ante la que debían allanarse todas las voluntades particulares. La arquitectura republicana respondía, por el contrario, a una profesión explícita de fe pluralista, como mostraban el tratamiento jurídico de los sindicatos y la cuestión laboral, el de la autonomía regional y la propia experiencia de los partidos políticos. El entero edificio gravitaba además sobre una muy peculiar concepción de los derechos y las libertades, que si no podían continuar siendo considerados naturales y preestatales, sí debían entenderse como límites insorteables y fines innegociables del poder público²¹, lo que obligaba a establecer garantías reforzadas justo como la encarnada por el propio Tribunal de Garantías. Y desde luego no fueron las reticencias a asumir con todas sus consecuencias la supremacía de la Constitución lo que guió el establecimiento de aquel órgano. Lo que lo hizo posible fue la conciencia bien arraigada de la supremacía de una norma fundamental que aspiraba a gozar de una normatividad real, y no puramente retórica²². Harina de otro costal era la cuestión de a quién encomendar su protección, pues muy bien podía mediar la fundada sospecha de que atribuir a un colegio elitista de expertos en derecho dicha alta misión política podría

20 La incompreensión de las dinámicas realmente constituyentes (descalificadas como dechado de desacuerdos, conflictos y confusiones) manifestada desde la atmósfera espiritual de otro momento constituyente, justo el del 76-82, revela aspectos bien interesantes acerca de las funciones y rendimientos del relato de la ‘reconciliación’ que presidió nuestra transición y acerca también de su verdadero alcance constitutivo.

21 S. MARTÍN, «Derechos y libertades en el constitucionalismo de la Segunda República», en Ana Martínez Rus, Raquel Sánchez García (eds.), *Las dos repúblicas en España*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 2018, 43-78.

22 P. DE VEGA GARCÍA, «Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución», 98.

traducirse justo en su contrario, esto es, en el vaciamiento de los propósitos constituyentes por obra de la interpretación de la jurisdicción constitucional.

II. UNA INVESTIGACIÓN ACTUALIZADA, AÚN BAJO EL PESO DEL 78

La cuestión, por tanto, es que a día de hoy se dan mejores condiciones culturales para acometer un análisis historiográfico menos hipotecado de nuestra primera Corte Constitucional. Si desde las primeras monografías escritas en democracia se intentó trascender «la visión puramente negativa» fabricada por la doctrina franquista «para destacar aspectos más expositivos, institucionales y de estricta técnica jurídica»²³, lo cierto es que ahora se trabaja en un contexto político más desencantado y se cuenta con un acervo bibliográfico mayor que facilitan su reconstrucción objetiva.

Cabría entonces afirmar que la monografía que pasamos a comentar entronca con la mencionada serie de estudios sin intencionalidad política, preocupados ante todo por esclarecer el entramado técnico-jurídico de la institución, tarea que se aborda ya con un conocimiento suficientemente trabado del contexto, no solo del político general, sino, sobre todo, del jurídico-constitucional en particular, lo que libera el relato de las habituales y anacrónicas enmiendas a la totalidad. Para ser más precisos, diría que, en mi personal lectura, resultan de especial valor científico en este libro aquellas claves y conclusiones que permiten trascender el comentado canon de lectura asociado a la cifra '1978', el cual, a pesar de todo, continúa revelándose como prisma perceptivo subsistente en numerosos pasajes y comentarios. Concretemos en ejemplos esta primera y preliminar calificación de la obra.

El autor parte de presupuestos metodológicos muy atinados. Se halla perfectamente prevenido frente al «común error» del llamado «presentismo», esto es, de «contemplar las instituciones [pretéritas] con conceptos jurídicos más propios del momento presente que del periodo histórico analizado» (p. 26). Por eso es plenamente consciente de que proyectar las categorías consensuadas en la actualidad sobre el proceso constituyente republicano «implicaría olvidar el contexto histórico en el que se desarrolló el debate, condicionado por un bagaje ideológico radicalmente diverso del actual» (p. 96).

Con apreciable olfato historiográfico, indica que lo más «desconcertante» del «objeto de estudio» en la historiografía es, por esa misma sensación de perplejidad que provoca, lo «más interesante» (p. 123). En efecto, aquello

23 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 30 y 36.

procedente del pasado que al observador contemporáneo resulta incoherente es lo que da la clave de acceso a la alteridad pretérita. La mala historiografía condena esta otredad como expresión de ingenuidad, de yerro, de insuficiencia de raciocinio o de desorden mental; la buena, en cambio, sabe que su misión consiste en descifrar la gramática que hace a ese objeto «desconcertante» plenamente congruente con una mentalidad determinada, con unos intereses específicos o con un contexto concreto.

El autor se halla también sobre aviso de otra mala costumbre de la historiografía sobre la República: la de elevar testimonios individuales a la condición de prueba palmaria de las condenas retrospectivas lanzadas. Tales testimonios informan, a lo sumo, de críticas coetáneas recibidas por una determinada medida o institución, no de la mentalidad cristalizada en ellas, y en ningún caso son depositarias de mayor razón absoluta respecto del espíritu encarnado en el órgano de que se trate, aleación siempre de pareceres e intenciones en contraste. Tales testimonios suelen además expresar los intereses y experiencia particulares de quienes los formulan, con lo que malamente podría guiar un conocimiento objetivo del Tribunal de Garantías la opinión personal de quien se hallaba «desencantado por la falta de institución del Senado» y agraviado por su rotunda destitución como Presidente de la República (p. 114).

Mérito especial de su trabajo es, por otro lado, anotar con todo el acierto el punto de partida de las Cortes Constituyentes y su insoslayable *vis atractiva*, que condicionaba los contenidos de sus acuerdos. Muy poco se insiste en que, frente a la costumbre de reunir en las exposiciones historiográficas generales «República y guerra civil»²⁴, la fisonomía republicana es incomprensible si se desconecta de su afán de romper con la dictadura pasada, mientras los factores centrales de la configuración del régimen franquista son endógenos al fascismo sublevado. Teniendo muy presente este contraste con el pasado inmediato, que a la narrativa convencional pasa generalmente desapercibido, el autor subraya cómo algunos de los aspectos centrales del TGC constituían «fórmula de reacción frente a las violaciones de derechos que habían sido registradas en la dictadura de Primo de Rivera» (p. 176). Respondían además, muy particularmente, al modo como se había instituido la jurisdicción contenciosa en la España de la Restauración, esto es, blindando frente a toda revisión judicial lo atribuido a la potestad discrecional. Con eso se lograba

24 Santos Juliá (coord.), *República y guerra civil*, Espasa, Madrid, 2004; Julián CASANOVA, *República y guerra civil*, Crítica – Marcial Pons, Barcelona, 2007.

la esterilidad de los «mecanismos jurisdiccionales existentes para lograr la tutela de los derechos» y se «dejaba heridas de muerte las garantías de los derechos fundamentales» (pp. 179-80). Si la Constitución se quintaesenciaba, según el juicio de los republicanos, en su parte dogmática, y si la protección de esta invitaba a instituir una Corte Constitucional, era, en buena medida, por el pasado de conculcación sistemática de los derechos del que se procedía.

La configuración del órgano no se dio en el vacío ni estuvo guiada por una fiebre jacobina desconectada de la realidad. Se querían corregir perversiones bien a la vista entonces, que la obra acierta al recordar. El recinto en que se discutió su consagración constitucional y su posterior desarrollo legislativo no se adecua a la imagen tergiversadora y vejatoria de un parlamento cainita y banderizo. También se apunta el dato en nuestra monografía. El autor tiene así presentes los consensos de partida y las sanas transacciones que informaron la labor de las Constituyentes, en materias tan sensibles como la del laicismo (p. 62) o la propiedad privada (p. 343). Podría decirse entonces, a nuestros efectos, que existía un acuerdo más o menos extendido sobre la necesidad de instituir un mecanismo de defensa de una Constitución a la que todos atribuían rango supremo y conveniencia consiguiente de salvaguardia, centrándose el debate en los resortes más adecuados para tal finalidad y no en el mayor o menor valor de la norma fundamental.

Buen conocedor del «modelo» de derechos adoptado por la Constitución republicana, el autor ofrece una perfecta ubicación del mismo, en la que se percibe el peso específico de que aún gozaba en toda la sistemática la mentalidad liberal, al concederse clara «preponderancia a los derechos civiles o de libertad» en materia de amparo (p. 199). Destaca también otro aspecto fundamental, que se le torna transparente justo por su hábil manejo de las doctrinas jurídicas y constitucionales entonces en circulación. Se trata de un factor que entra en directa tensión con uno de los lugares comunes centrales del, digamos, «relato del 78», esto es, con la doctrina del «error» y la «confusión» de los constituyentes republicanos a la que ya hemos aludido. Y es que esta obnubilación y desorientación colectivas resultan inverosímiles en un contexto marcado por el «alto nivel de conocimiento esgrimido por todos los participantes». En la discusión del proyecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC, en adelante), se revelaría así un «perfecto dominio de las tendencias doctrinales españolas y extranjeras de la época» (p. 146) en esta materia particular que no permite hablar a la ligera de clima de desvarío o ignorancia general.

Su conocimiento exhaustivo de toda la dimensión técnico-jurídica y jurídico-procesal de la institución le permite concluir con solvencia la adecuación rigurosa del TGC a su propio estatuto funcional en puntos centrales como, por ejemplo, el del «cumplimiento de los requisitos de admisión» de los recursos (p. 307). A ello se suma la principal virtud de la presente investigación, su manejo y conocimiento a fondo de la jurisprudencia emanada de la Corte, sobre lo que se harán ulteriores consideraciones. Baste ahora indicar que su concienzudo estudio da verificación a la regla científica a tenor de la cual cuanta más investigación se realiza menos lugares comunes (o menos constructos ideológicos) se movilizan. Como se verá, la desprejuiciada y contextualizada consulta de la actividad jurisprudencial del Tribunal le permitirá formular juicios más ponderados acerca de su legado, huyendo así de las descalificaciones fulminantes lanzadas por otros autores (p. 20, n. 12) en las que la intensidad del rechazo a la institución pasada es inversamente proporcional al volumen de fuentes manejado y a la profundidad de la reflexión realizada.

Y, con todo, la obra de Pablo Álvarez Bertrand no llega a liberarse del corsé ‘setentayochista’, que, siendo naturalmente legítimo en la órbita política, produce relativas distorsiones en la construcción historiográfica. Son principalmente las dos ya mencionadas: la condena retrospectiva y descontextualizada con la consiguiente propensión a la enmienda contrafáctica.

También en sus páginas se alude a la «confusión respecto al modelo que debía elegirse» (p. 108) –muy presente «en el debate constitucional» pero con «un nuevo episodio» durante la discusión de la LOTGC (p. 147)–, a los «errores de planteamiento en su composición», a la «ausencia de una idea clara de partida» (p. 108), a la consiguiente «falta de rumbo» manifestada en el proceso de su configuración (p. 112), a la final «implicación [del órgano] en asuntos políticos» y al «lastre evidente» que supuso la «composición o factor humano del Tribunal», que «dio primacía a la introducción de componentes de orden democrático o representativo» (p. 161).

La respuesta convencional a estas disfunciones comparece cuando se afirma que su formación «podría haber sido afrontada y resuelta con una mayor neutralidad», o que «habría sido deseable que el perfil de los miembros fuera mayoritariamente jurídico» (p. 161). Llega a señalarse en este mismo sentido que «si se hubiese respetado la redacción inicial del Anteproyecto de Constitución», esto es, una redacción que apostaba de manera inequívoca por un modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad,

«no se habrían originado los conflictos posteriores que desembocaron en la confusión» (p. 132).

No puede existir equivocación donde tantos investigadores de solvencia han apreciado «confusión», error y desatino, se pensará. Efectivamente, el TFG «no [fue] el resultado de un proyecto político claro, sino más bien el resultado final de un proceso acompañado de altibajos y bruscos cambios de rumbo»²⁵. Pero estos rasgos, más que vicios, son atributos propios de un proceso de ruptura y revolución política como el que se estaba atravesando. Más que falta de claridad por desconocimiento del objeto y sus implicaciones existía polémica de agendas confrontadas en un escenario donde casi nada se consideraba preconstituido. La dificultad de llegar a acuerdos y transacciones en momentos políticos inaugurales no puede asimilarse a un clima de insuficiencia perceptiva. Podía no estar clara la síntesis llamada a aglutinar el deseo compartido de blindar la Constitución republicana, aunque sí que parecía más o menos generalizada la reticencia de dejar en manos de los jueces una tarea considerada político-constitucional. Las idas y venidas, los discursos de los protagonistas y sus retractaciones, más que inconsecuencias que han de producir «nuestro asombro» (p. 145), son síntomas típicos de ciclos históricos acelerados donde se acumulan los cambios y se desconoce la cristalización llamada a triunfar, con readaptaciones forzadas a un contexto vertiginoso, que exige a veces, para la defensa de los mismos principios, y ante los cambios permanentes, un trastocamiento drástico del propio criterio.

No hubo así tanta carencia de norte u oscuridad de axiomas cuanto esforzada laboriosidad para alcanzar una síntesis entre polos en tensión, pues no se querían dejar desprotegidos los derechos y la propia Constitución pero tampoco atribuir su garantía a un estamento politizado, sesgado y mayoritariamente antirrepublicano, como el de los jueces, o a un colegio de expertos carente de toda representatividad. De ahí, por ejemplo, que la propuesta de control de constitucionalidad recogida en el proyecto parlamentario de Constitución estableciese la apelación resolutive al pueblo. Lo decisivo, en mi opinión, es concluir que lo que ha solido apreciarse como desviación –la ausencia de claridad, la discrepancia de criterios, la discusión y el choque de preferencias– no es más que un rasgo coherente con una coyuntura histórica muy determinada, marcada por su vocación constituyente.

Lo peculiar de la obra que comentamos es que la entrada en ella de los

²⁵ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, 309.

lugares comunes ya referidos la coloca en tensión con afirmaciones propias de tono opuesto. Ya se ha mencionado uno de los ejemplos más evidentes al respecto: la incongruencia entre la confusión de ideas y la formidable preparación de los actuantes, todos al tanto de las opciones institucionales disponibles. Hay otro caso donde se puede observar cómo el autor tiene muy presente la singular fisonomía política del momento que estudia. Como bien se sabe, la LOTGC exoneró del control de constitucionalidad a todas las leyes que la antecedían, obra de las Cortes Constituyentes aún en vigor, exoneración que se ha denominado «*bill* de indemnidad al Gobierno»²⁶. Apoyado en la *communis opinio* de los juristas de la época (y de la actualidad), el autor considera la excepción como «circunstancia altamente reprochable» (p. 125), pero al mismo tiempo desciende a la razón de «contexto» que la hacía congruente: se vivía una «verdadera ruptura respecto al período monárquico», por lo que «la coyuntura mostraba verdaderos problemas para poner en tela de juicio la constitucionalidad de la labor del legislativo» (p. 126), mucho más si éste se atribuía naturaleza constituyente.

Y es que lo que puede contemplarse en el bienio de 1931-33 es un tenso y bienintencionado intento de equilibrismo sumamente quebradizo, ya que la misión autoimpuesta consistía nada menos que en fundar un nuevo Estado, rigiendo aquí un vector de ruptura neta con lo existente, pero tratando al mismo tiempo de introducir en la arquitectura institucional las garantías y los contrapesos propios del sistema constitucional y democrático que se quería constituir, rigiendo en este caso un vector de límite y contención. Hacer una revolución política mediante poderes representativos severamente acordonados era una tarea íntimamente paradójica que daba lugar a medidas como ese «*bill* de indemnidad», despreciable, en efecto, en contextos de estabilidad constituida, pero comprensible en circunstancias como la estudiada.

¿Quiere todo esto decir que no pueden interponerse censuras y críticas a la obra republicana? No. Entiéndase bien la postura aquí defendida. Si se aspira a comprenderla, debe entonces indagarse en el contexto que la alumbró y en la mentalidad y sentir colectivo que encarnó. Emplear patrones normativos sublimados y contingentes –como se insistirá al final– condena a un acercamiento anacrónico. Esto no impide, por tanto, lanzar objeciones inmanentes a la propia institucionalidad examinada. Atendidos sus engranajes internos, y el ambiente en que se forjaron y desarrollaron, pueden perfectamente localizarse disfunciones. Es algo, de hecho, que el autor realiza con cierta frecuen-

26 *Ibid.*, 324.

cia, y de manera, a mi entender, certera: cuando considera «el texto constitucional una base inestable» para «el modelo de garantía jurisdiccional» (p. 112), al identificar «subterfugios» argumentativos empleados en la discusión parlamentaria con fines políticos precisos (p. 143), cuando aprecia «cierta incoherencia» entre el modelo constitucional de los derechos y su garantía «por la vía del recurso de amparo» (p. 198), al esgrimir razones procesales de fondo para sustentar su posición crítica (p. 291), cuando plantea observaciones críticas a sentencias sobre la base de la propia legislación que éstas aplican (p. 316) o al detectar «contradicción en la doctrina del Tribunal» por incoherencia «con sus propios actos» (p. 351). En todos estos casos se proclaman críticas que no estorban, sino que contribuyen al mejor conocimiento del objeto abordado.

III. A LA BUSCA DEL 'NÚCLEO DOGMÁTICO' DE SU DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La monografía de Álvarez Bertrand cuenta con cuatro grandes bloques temáticos. En el primero se reconstruye la «concepción de los derechos fundamentales» dominante en la cultura jurídica española de los años 1930 y en el pensamiento político de las Constituyentes. El segundo aborda la tortuosa configuración del Tribunal como órgano de garantía de la Constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes, basculando todo el debate en torno a las preferencias encontradas por una «garantía política» o por otra de tipo «jurisdiccional». El tercero recorre las diferentes clases de recurso de los que conocía el Tribunal de Garantías, a través de los cuales podía desempeñar su misión de garante de los derechos. Y el cuarto, en el que se condensa la aportación más sustancial de la investigación, encara la doctrina jurisprudencial emanada de autos, providencias y sentencias sobre el contenido y los límites de numerosos derechos fundamentales, manejando no solo la jurisprudencia procedente del conocimiento de recursos de amparo, sino toda su obra interpretativa, incluida, en posición muy destacada, la registrada en los votos particulares.

La economía de su exposición se caracteriza por dos cifras: su vocación sistemática, digna de elogio y muy presente en el segundo y el cuarto bloques, y el tono técnico-jurídico. Este último aspecto resulta fundamental para cercar las expectativas que la obra está llamada a satisfacer. En ella no se realiza una aproximación histórico-política, que ilustre la trayectoria de los magistrados constitucionales, detalle los pormenores de los casos ventilados o identifi-

que a los diferentes actores involucrados en los procesos sustanciados ante el TGC. Lo que la obra ofrece es una reconstrucción del costado jurídico (procesal y sustantivo) del órgano. Podría aventurarse así una posible distinción entre la historia constitucional realizada de modo preferente por constitucionalistas y la elaborada de forma prioritaria por historiadores, o por juristas-historiadores, más atenta a esa dimensión jurídico-formal la primera y a los aspectos de historia socio-política la segunda. No debe hacerse una prelación apriorística entre ambas, pues las dos cuentan con prestaciones de interés.

El enfoque técnico-constitucional ofrece efectivamente rendimientos explicativos muy valiosos, y nuestra obra es un ejemplo claro de ello. Se disecionan jurisdicciones a veces confundidas (pp. 190-1). Se conoce al detalle la dinámica de las suspensiones y las limitaciones de derechos fundadas en motivos de orden público, con todas las implicaciones que esto tuvo en la actuación del TGC. El alcance exacto de su intervención garantista en materia de amparo queda igualmente delimitado: se restablecía «el derecho lesionado, pero en ningún caso imponiendo la obligación de indemnizar al agraviado» (p. 215). Conociendo al dedillo la normativa constitucional, la legislación republicana y la jurisprudencia dictada en interpretación suya, logra identificar con precisión las aportaciones doctrinales del TGC (p. 281-2). El autor no se ha impuesto, a través, por ejemplo, de la consulta de prensa histórica, la tarea de reconstruir los hechos juzgados por el tribunal o de identificar a los protagonistas en cada proceso, y aunque esta decisión pueda a veces despertar la intriga del lector (*v. gr.* p. 315), lo cierto es que resulta la más apropiada para suministrar un conocimiento jurídicamente «puro» de su aportación doctrinal, evitando las ponderaciones habituales en torno a la mayor o menor politización de sus sentencias.

Sin embargo, quizá exista un caso en que esta falta de contextualización socio-política sí genere cierta extrañeza. Es en el análisis de las sentencias posteriores a agosto de 1936 (pp. 326-7), que, dada la ruptura vivida en el propio órgano, no pueden ser examinadas en línea de continuidad con la jurisprudencia anterior. Los cambios drásticos provocados por la sublevación y la guerra en su composición y número de vocales, y en sus propias reglas de funcionamiento, introdujeron una mutación tan profunda, que, a mi juicio, no permiten incluir la jurisprudencia de estas fechas en el análisis general²⁷.

Teniendo presente la existencia previa de varios acercamientos monográficos al órgano republicano o a algunas de sus funciones, cabe preguntarse

27 *Vid.* M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 129 ss.

entonces dónde radica la aportación central de la obra. Aparte de la vocación sistemática de su presentación, y del muy saludable gesto de trabajar con las cartas metodológicas siempre boca arriba, diría que lo que distingue su aproximación es el manejo diestro de las obras teóricas y de los comentarios constitucionales de la época, lo que le permite realizar un encuadre refinado del objeto, guiado por la pertinente pregunta de hasta qué punto «existió una traslación» de los principios difundidos en la doctrina «a las personas encargadas de elaborar el derecho constitucional» (p. 50). Pocas obras de historia constitucional del periodo evidencian un estudio tan serio del derecho político español (y extranjero) y de la historia político-constitucional del primer tercio del siglo xx, siendo sin embargo referencias imprescindibles para captar el marco categorial en el que se desenvolvían los agentes históricos y para identificar también las continuidades y rupturas respecto de los intervalos anteriores.

A este respecto, tan solo realizaría dos puntualizaciones críticas, referidas a un mismo autor, y sin mayor importancia, pero reveladoras de algunos lugares comunes de nuestro constitucionalismo que no se corresponden, sin embargo, con la realidad. Pese a las apariencias léxicas, Llorens no importó la doctrina de la integración de Smend (pp. 50, 200 y 301), a la que, por el contrario, se opuso con notoria energía y con originalidad argumental²⁸. Y tampoco fue Smend el «verdadero padre intelectual» del «Estado integral», inspirado más bien, y directamente, en los proyectos constitucionales de Hugo Preuss²⁹.

Junto al manejo de la cultura constitucional circundante, nuestra obra destaca además, como se ha dicho, por su profundo estudio de doctrina emanada del TGC. Como afirma el prologuista de la obra y director de la tesis de la que procede, Ignacio Fernández Sarasola, han sido muy pocos los «estudiosos» que han «analizado la jurisprudencia» del Tribunal de Garantías con semejante detenimiento. Este ágil manejo de las interpretaciones de los

28 S. MARTÍN, «Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 182 (2018), 99-128.

29 Es un error traslaticio cuya primera formulación la encuentro en Francisco TOMÁS Y VALIENTE, «El ‘Estado integral’: nacimiento y virtualidad de una fórmula poco estudiada», en Id., *Obras completas*, III, CEPC, Madrid, 1997, 2049 ss. Esta interpretación ha sido enmendada por Giacomo DEMARCHI, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Dykinson – Universidad Carlos III, Madrid, 2016.

magistrados constitucionales le ha permitido así responder a numerosos «interrogantes» que habían quedado sin despejar por investigaciones anteriores, suministrando de esta forma el «núcleo dogmático» que inspiró la doctrina jurisprudencial de aquella Corte (pp. 14-5). En esa aspiración, razonablemente satisfecha y consistente, según las propias palabras del autor, en «extraer una Teoría General de los Derechos Fundamentales a la vista de la lectura de la jurisprudencia» del TGC, se cifra, a mi juicio, buena parte de lo más valioso de este estudio.

IV. SOBRE LA DIFIDENCIA REPUBLICANA FRENTE A LA ‘GARANTÍA JURISDICCIONAL’

No es misión de este comentario adelantar las aportaciones que el TGC realizó en cada uno de los derechos examinados por el autor. Baste con resaltar que su conocimiento exacto de la jurisprudencia disponible, con sus proporciones, contenidos, procedimientos, vías de despliegue y modos de expresión, le permite ofrecer una reconstrucción completa de los principios interpretativos decantados por nuestros primeros jueces constitucionales. Es ese conocimiento el que le autoriza además a contar cómo la doctrina jurisprudencial del TGC delimitó el ámbito de ejercicio de los diferentes derechos y a resaltar con solvencia algo ya destacado en las primeras obras, pero aquí tematizado y comentado con toda precisión, a saber: la «importante labor correctora de las restricciones gubernativas a los derechos fundamentales» que aquel órgano desempeñó (p. 281, pp. 366-7), su particular combate contra la «mala praxis administrativa» de sancionar sin motivar por razones de orden público conductas vinculadas al ejercicio de las libertades (pp. 327-9, p. 353).

Con todo, una de las partes que entiendo más relevantes de toda la exposición es su relato del «pulso entre la garantía política y la garantía jurisdiccional» a la hora de establecer el control de constitucionalidad (p. 146). Es asunto mejor conocido, pero sigue encerrando subido interés. En él me voy a detener para concluir, no solo con la finalidad de seguir ponderando los méritos de nuestra monografía, sino con el intento de ensayar algunas explicaciones alternativas a las acostumbradas.

Álvarez Bertrand acierta, a mi entender, al considerar como novedad radical republicana «la instauración en la práctica de un verdadero sistema garantizador de la tutela de los derechos fundamentales con control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes». El Consejo del Reino del Anteproyecto constitucional de la dictadura de Primo no pudo ser, como se sugirió

en su momento, «inspiración inmediata del Tribunal de Garantías»³⁰, dada, entre otras cosas, «la participación del Rey en la obra legislativa» y en la propia conformación de dicho órgano consultivo (p. 102). A la pregunta originaria de Rubio Llorente de por qué, pese al jacobinismo imperante, se optó por fundar una Corte Constitucional, el autor responde también con acierto señalando el deseado carácter de «norma suprema» de la Constitución de 1931 como razón fundamental (p. 156). Los elementos de encuadre, desde la ruptura con el régimen anterior hasta la impronta constitucional de la revolución republicana, quedan así bien asentados.

Pero han de faltar más elementos de fijación si aún se sienten perplejidades ante «la reticencia española a la introducción de un control puramente jurisdiccional» (p. 114). La «creciente pérdida de prestigio del Parlamento» (*ibíd.*) que podía jugar a su favor es muy dudoso que resulte aplicable al momento republicano, signado más bien por el vigor de la cámara tras casi una década suspendida. Era, por el contrario, la afirmación simultánea de la soberanía parlamentaria y de la supremacía constitucional la que, implicando en cierto modo la cuadratura de un círculo, generaba todas las tensiones y titubeos. Las «concepciones de carácter sociológico y político» que todavía, en efecto, predominaban en la «ciencia jurídica» española pueden ser alegadas como motivos de bloqueo mental ante una revisión técnico-formal, pero lo cierto, como se insistirá al final, es que era esta predominancia la que promovía por entonces en muchos casos el propio control de constitucionalidad, según demostraba el caso de uno de sus más eximios defensores en España, Eduardo L. Llorens, pero también de otros constitucionalistas alemanes, como Heinrich Triepel.

El autor no deja de indicar cuáles fueron los motivos de fondo de estas renuencias: por un lado, la «convicción íntima» de que «la defensa de la Constitución» era «función política» y no «jurisdiccional» (p. 127), y por otro, la «desconfianza hacia unos tribunales ordinarios que pudieran invadir los límites de la soberanía parlamentaria» en el ejercicio de esa función de naturaleza política (p. 155). Como Martín Bassols apuntó también en su momento³¹, «la permisividad final respecto de la instauración de un sistema de control jurisdiccional» se explica en buena parte por la vinculación constitucionalizada de

30 Se daba la sugerencia en la mejor exposición sintética que teníamos disponible: P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 306.

31 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», edición de 1981: p. 16, edición de 2010: pp. 34 y 40.

los jueces a la ley, lo que impedía que desempeñasen una embozada «defensa política» de la Constitución (p. 144). De ahí que Álvarez Bertrand alegue con tino el trasvase que se estaba produciendo de aquella difidencia a los jueces ordinarios hacia «un órgano creado *ad hoc* para el desempeño del control de constitucionalidad» (p. 155).

¿Era una trasferencia justificada o se estaba colocando «la venda antes» (p. 140, n. 30) de que brotase la herida? Por traer un caso significativo, poco capricho había en esta extendida inclinación si tenemos en cuenta las denuncias expresadas por Javier Elola sobre las «inconsecuencias y transgresiones constitucionales», la «intromisión insoportable» en la labor parlamentaria de la judicatura estadounidense y la tendencia al conservadurismo» de los jueces, muchas veces «retrógrados» en sus creencias, lo que les llevaba a «desnaturalizar en absoluto el sentido de las Constituciones y el sentido de la democracia»³². El contexto para hacer históricamente inteligible la refracción a la garantía jurisdiccional de la Constitución se corresponde, por tanto, con los antecedentes entonces conocidos acerca de la politización de la justicia. Tocqueville, con su interpretación del poder judicial en Norteamérica como un poder de revisión solo activo «a instancia de un asunto particular y no en una confrontación abierta e interesada frente a la ley que pudiera llevarles a ser el enemigo de un partido político concreto» (p. 110), no puede proporcionar ya un punto de partida idóneo para la correcta ubicación de este escenario. Se trataría más bien de movilizar la tratadística crítica desde el caso *Lochner vs. New York* (1905) en adelante, pues obras como las de Edouard Lambert, Charles G. Haines y Louis B. Boudin demostraban con abundancia de materiales cómo la magistratura estadounidense, con la consagración de principios interpretativos de índole moral y jurídico-natural, y de remota conexión constitucional, había logrado colocarse en muchos casos sensibles por encima de las asambleas con resultados particularmente desastrosos³³.

La cuestión es que este debate había saltado a suelo europeo, entre otros motivos, por la obstinada e ilegítima auto-atribución de la revisión judicial de las leyes que había realizado la magistratura alemana. Esta arrogación contó con amplia e insistente cobertura doctrinal, condensada en el tratamiento teórico del principio de igualdad ante la ley como un mandato constitucio-

32 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 43-4.

33 E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, Marcel Giard, Paris, 1921; Ch. G. HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, Harvard University Press, Cambridge/Massachusetts, 1930; L. B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, William Godwin, New York, 1932.

nal de moralidad de las leyes cuyo acatamiento por el parlamento debía ser controlado por los jueces³⁴. A todo ello acompañaba además una militante y sesgada actuación judicial encaminada a la neutralización de la legislación más avanzada en materia social o familiar. Algo bien conocido en España, con las reivindicaciones permanentes de los conservadores en favor de otorgar la presidencia de los Jurados Mixtos a jueces profesionales, bien conscientes de su mentalidad clasista y corporativa.

Son estos los antecedentes que explican las fundadas reticencias de muchos constituyentes a la garantía jurisdiccional, o la defensa que del control difuso o de la residencia del mismo en el Tribunal Supremo (pp. 135-6) hizo la derecha más recalcitrante. Lo que la interpretación judicial de la constitucionalidad había puesto en evidencia respecto de las leyes progresistas seguía rigiendo respecto de los mandatos contenidos en una Constitución de signo social. Al igual que la Corte Suprema había podido encontrar anclaje constitucional para armar su *test of reasonableness* frente a las leyes sociales de las asambleas, un órgano de magistrados bien podía fundarse en principios constitucionales como el de igualdad, o en toda la dimensión liberal subsistente en la norma fundamental, para frenar las acometidas transformadoras impulsadas por la legislación. No había transferencia indebida de desconfianza sino difidencia ante un mismo fenómeno, el carácter constitutivo, pero relativo y dependiente de valores culturales y políticos, de la interpretación judicial sea la que fuere la instancia que la ejercitase. Y tampoco fue una mala digestión de Schmitt, provocada por una extemporánea traducción de su *Hüter der Verfassung*³⁵, la que extravió a los constituyentes en su insistencia de introducir contrapesos político-representativos en un órgano de empaque jurisdiccional³⁶. Era la perfecta consciencia del peligro que entrañaba atribuir a

34 S. MARTÍN, *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Comares, Granada, 2017, 566-96.

35 P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 327-8, y citado en nuestra obra en p. 124 n. 52. La traducción del título de Schmitt no se publicó «fuera de todo contexto» sino en el contexto más pertinente posible.

36 Efectivamente, como el autor sabe ver, Javier Elola aplicó «la teoría de Schmitt con el punto de partida de Kelsen (entender una Constitución en sentido formal)» (p. 124), cuando el pensador católico desenvolvía sus argumentaciones en el plano de la constitución «material» o «existencial» del pueblo, cuyo mejor custodio y protector, a sus ojos, no era otro que un Jefe de Estado de elección popular dotado de poderes ilimitados durante los estados de excepción. Ahora bien, Schmitt distaba de no simpatizar con la colocación de la justicia por encima de los parlamentos sociales. Defendió –con un argumento ori-

un colegio de expertos la defensa de una Constitución transformadora la que estaba guiando las decisiones.

Esta conciencia no solo queda insuficientemente esclarecida si no se trae a colación el fenómeno entonces evidente de la intensa politización judicial, que llevaba a los juristas republicanos más insignes a rechazar expresamente la legalización en Alemania del control de constitucionalidad de las leyes³⁷. Es que la proyección sobre la misma de categorías doctrinales de acuñación abstracta –como la de los modelos «austriaco» o «norteamericano»³⁸– puede que oscurezca aún más el asunto. No solo por la distorsión que de por sí pueda generar la superposición de tipos ideales sobre una realidad compleja, susceptible de ser desvelada sin referencia a su mayor o menor ajuste a cánones previos, sino también porque se han asentado en la conciencia del constitucionalismo unas categorizaciones discutibles de lo que eran el modelo austriaco con su patronazgo kelseniano y el norteamericano.

ginal– esta capacidad de revisión desde bien pronto en su dictamen *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, De Gruyter, 1926. Pensaba que las disposiciones intervencionistas de los Estados sociales eran propensas a «dispensas» y «privilegios» contrarios al obligatorio carácter general de la ley derivado del principio de igualdad, y la defensa de los derechos adquiridos quebrantados solo podía corresponder a la justicia: *Teoría de la Constitución* (1928), Alianza, Madrid, 1982, 162. Atribuir a los jueces la capacidad para decidir sobre la justicia de las leyes era, al fin y al cabo, otra forma de socavar el sistema parlamentario, sustituyéndolo por una suerte de *Justizstaat* que Schmitt estaba lejos de repudiar: «Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich» (1931), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012, 229. Si, no obstante, prefería defender, en 1932, un Estado «gubernativo» frente a uno «jurisdiccional» (*Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 7-10) era porque pensaba que la acción constitutiva y antipluralista de un ejecutivo reforzado resultaba más apropiada para los tiempos excepcionales que se vivían que la de una justicia encaramada sobre la ley. Lo que le repugnaba de la posición de Kelsen no era, pues, que los jueces controlasen la constitucionalidad (inclusive material) de las leyes, sino que tal control se tuviese que ceñir a cuestiones inequívocamente jurídico-positivas de naturaleza preferentemente formal, como ahora se recordará.

37 FRANZ NEUMANN, «Contro una legge sul controllo della costituzionalità delle leggi del Reich» (1929), Id., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, Il Mulino, 1983, 65-86.

38 M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», ed. 1981: pp. 41 ss.; ed. 2010, pp. 50 ss. y 63 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 326 ss., hablando acertadamente de decantación de un «modelo español».

Así, el llamado modelo austriaco atribuido a Kelsen se correspondería con un control de la constitucionalidad de las leyes realizado por un solo órgano técnico y fundamentado en el articulado y en los principios registrados en la Constitución. Por su parte, el norteamericano vendría caracterizado por su carácter difuso y sus efectos *inter pares*. Ahora bien, puede que lo genuino del sistema normativista fuese, sí, su concentración en un órgano técnico de expertos, pero su contracción a cuestiones de incompatibilidad jurídico-formal, con exclusión de cualquier tipo de razonamiento o interpretación ético-material por parte de los magistrados. Y ello a causa de dos atributos inconfundibles de la teoría formalista: su repudio relativista a toda manifestación de iusnaturalismo (de absolutismo moral) en el razonamiento jurídico y su crítica consiguiente al carácter ideológico de la casta de los juristas, incluidos los jueces, cuando esgrimían su mejor preparación para identificar lo justo. Por eso se encontraba Kelsen muy lejos de dar prioridad a la interpretación que realizase un colegio de magistrados técnicos de los valores constitucionales sobre la dimanada del colegio de representantes, por más que la legitimidad de este no procediese de ficciones como la «soberanía del pueblo»³⁹. Por otro lado, lo propio del llamado modelo estadounidense en aquel instante no era, como se cree, los efectos *inter pares*, esto es, localizados e inocuos respecto del poder legislativo, del control de constitucionalidad, sino la evidencia de que, con la revocación particular de leyes, se allanaba el terreno a recursos ulteriores propiciándose un bloqueo y una autocensura de las asambleas, que terminaban así limitadas de pleno por un poder, el judicial, que se les colocaba por encima o en pie de igualdad.

Con estas precisiones, las fuentes pueden decirnos cosas de signo opuesto a las que creemos. Con la entrada de juristas técnicos entre los miembros del TGC se estaban «recogiendo las ideas de Kelsen» (p. 148, n. 49), de acuerdo, pero no se le traicionaba al tratar de restringir sus competencias. Era así muy kelseniano denunciar –como lo hizo Luis Recasens– la «indefectible politización» del órgano a la que conduciría extender el «parámetro de control» a los «principios» constitucionales (p. 152). Su introducción en el Anteproyecto de LOTGC no tenía por qué representar entonces «una actitud de principio muy favorable a la garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución», tal y

39 H. KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. und 24. April 1928*, De Gruyter, Berlin, 1928.

como ha podido entenderse⁴⁰, sino más bien una puesta a disposición de una minoría elitista de esa supremacía con riesgo cierto de que la aprovechara para neutralizarla, tal y como hacían sospechar numerosas actuaciones judiciales previas. Por eso quizá no quepa adscribir sin forzaduras al «sistema americano» la decisiva intervención de Miguel Cuevas con su voto particular⁴¹, pues su eliminación de los «principios» como parámetro de control y la restricción de los efectos por inconstitucionalidad material (de *erga omnes* a *inter pares*) se encontraba en plena sintonía con la posición de Kelsen de limitar al máximo el control moral de la legislación por parte de un cuerpo de magistrados.

Así, lo que se interpreta como «influencia directa del modelo norteamericano en el español», esto es, el efecto *inter partes* de la inconstitucionalidad material finalmente incluido en la LOGTC, podría ser mucho más austriaco y mucho menos norteamericano de lo que habitualmente se cree. Más austriaco por cumplir mejor el mandato kelseniano de restringir la superioridad de la interpretación jurisprudencial de la Constitución sobre la parlamentaria. Pero menos norteamericano también a la vista de los efectos en última instancia generales, de bloqueo de la actividad parlamentaria, que había cobrado la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos. La actividad de la judicatura norteamericana alentaba además lo contrario de lo propugnado por el normativismo: abrir las compuertas al razonamiento jurisprudencial sobre la base de principios jurídico-éticos plasmados en la Constitución para poder controlar la (supuesta) justicia de las leyes. No se estaba entonces imitando su ejemplo sino guareciéndose contra sus implicaciones, que eran las que perseguían todos los autores partidarios del control de constitucionalidad basado en parámetros en última instancia morales.

El problema historiográfico va de todos modos más allá de la proyección de estos modelos. La cuestión controvertida es el mero hecho de partir de una preferencia absoluta por el control concentrado de magistrados técnicos. Esta preferencia puede resultar técnicamente comprensible en un debate de actualidad, pero introduce interferencias notables a la hora de narrar la fundación y actividad del TGC. Y es que una cosa es historiar la génesis y funcionamien-

40 P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 320.

41 *Ibíd.*, 322. Se recoge la idea en nuestra obra, que habla de «defensor del modelo norteamericano», en p. 137.

to de una institución, para lo que se requiere el conocimiento pormenorizado de la coyuntura histórica en que se alumbró, y otra muy diferente es hacer la defensa en la historia de un modelo institucional elevado discutiblemente a la perfección. Esto último no es historiar tanto como legitimar sirviéndose de la historia. No afirmo que tal sea la orientación de nuestro estudio. Por razones políticamente comprensibles, conforma más bien la propensión primordial de una mirada cristalizada en los primeros 1980, pero que sigue estando presente, aquí y allá, entre las páginas de esta monografía. Mi modesta opinión es que la historiografía debe liberarse completamente de este prisma y evitar examinar el TGC dando por hecho que un modelo de control de la constitucionalidad es, en sustancia y por necesidad, superior a los demás.

Entiéndaseme bien. No reprocho –al menos aquí– esa convicción como posible parámetro técnico-constitucional de uso presente. Sostengo que la preferencia actual por una fórmula en lugar de otra no sirve como parámetro histórico-constitucional. Y ello por un motivo fundamental: porque contribuye a criticar anacrónicamente y no a esclarecer contextualizadamente el objeto estudiado. Ya se ha indicado que la creencia de que la «garantía jurisdiccional» es por necesidad superior resulta incongruente con la fisonomía de un proceso constituyente, con su congénita indeterminación conflictiva, para cuyo conocimiento es preferible partir de premisas relativistas, que realcen la contingencia de las instituciones políticas y la relativa aleatoriedad presente en el momento de su configuración. Esta creencia quita además de la vista o contribuye a minimizar los antecedentes empíricos que llevaban a desconfiar de ese tipo de garantía. Elevada a dogma, hace susceptible de censura todo paso que alejaba de su institucionalización, ahorrándonos la tarea de desentrañar los motivos que impulsaban esos alejamientos. Partir de esa concepción favorable a la garantía jurisdiccional lleva a rechazar enérgicamente opiniones que se limitaban a dar manifestación sensata de un sentir coherente con un contexto dado (p. 127)⁴², que es el que se trata de dilucidar. En definitiva, de ser un modelo técnico razonable en la actualidad se transfigura en canon de enjuiciamiento de actores e instituciones pasadas, a los cuales, más que de juzgarlos, se trata de comprenderlos en su propio ambiente.

Diría más. El carácter absorbente de esta preferencia ha hecho que pasen desapercibidas algunas evidencias históricas que la contradicen. El primer Anteproyecto constitucional de la Comisión Jurídica Asesora pudo apostar,

42 Se comparte el rechazo a los planteamientos de Álvaro de Albornoz con P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, 334.

sí, por una garantía jurisdiccional, pero recurriendo ya a factores políticos «con objeto de que la sociedad viese a los altos jueces más libres de prejuicios profesionales y de espíritu de cuerpo»⁴³. El «perfil técnico muy bajo» de sus componentes contrasta, sin embargo, con el elevado número real de juristas que trabajaba en el TGC, con la labor fundamental de asesoramiento que prestaba el muy poco citado cuerpo de letrados de aquel órgano⁴⁴, y con el papel protagonista que precisamente tuvieron los juristas especializados en las sentencias más polémicas, que hicieron que se granjease la fama de «órgano politizado»⁴⁵. Por otra parte, se suele olvidar que el episodio menos edificante de su labor como garante de la Constitución con motivo de la constitucionalidad de la ley catalana de cultivos arrancó precisamente a causa de un caso masivo de neutralización judicial de legislación socialmente progresiva⁴⁶, con lo que la actuación del TGC, más que síntoma de la silueta política de sus componentes, fue un eslabón más, el último e irrecusable en este caso, del combate judicial contra las leyes sociales y en favor de la propiedad privada, dato que daba por tanto razones a quienes temían una jurisdicción constitucional.

Haciendo una historia contrafáctica de signo alternativo, podría afirmarse entonces que la posible mayoría derechista que acaparó el TGC no habría cambiado de signo por la procedencia judicial, la preparación técnica o el perfil académico de sus integrantes. Habría sido probablemente muy parecido, pues los cuerpos universitarios y de la magistratura se hallaban sobredeter-

43 Eran palabras de la exposición de motivos transcritas por M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 39.

44 Al que pertenecían catedráticos de derecho constitucional como Carlos Sanz Cid y Teodoro González García; S. MARTÍN, «Modernización doctrinal, compromiso técnico, desafección política. Los juristas ante la Segunda República», en L. I. Gordillo, S. Martín, V. Vázquez (eds.), *Constitución de 1931*, 70-1.

45 Me refiero a la sentencia de la ley catalana de cultivos, cuya redacción final se basó en una segunda ponencia compuesta por Francisco Beceña y Carlos Ruiz del Castillo, ambos catedráticos, de derecho procesal y de derecho constitucional respectivamente, que trabajaron junto a un exaltado Víctor Pradera.

46 Narra los antecedentes, con sus «abundantes resoluciones judiciales de desahucio a favor de los cultivadores directos», M. BASSOLS COMA, «Estudio preliminar», 96-7. Vid. sobre el trasfondo socioeconómico de aquella polémica Albert BALCELLS, *Crisis económica y agitación social en Cataluña de 1930 a 1936*, Barcelona, Ariel, 1971; Id., *La conflictividad social agraria en Cataluña y la Unió de Rabassaires hasta 1939*, Madrid, Ministerio de Agricultura y Pesca, 1977; Id., *El problema agrario en Cataluña: la cuestión Rabassaire (1890-1936)*, Madrid, SPA, 1980.

minados por esta hegemonía conservadora y no habían sido depurados ni remplazados por la «revolución» republicana. Tampoco habrían mediado excesivas diferencias porque su elección hubiese correspondido en proporciones diferentes al Parlamento, al Gobierno, a las regiones o a los municipios, visto el vuelco político del otoño de 1933 y la subversión derechista del orden local.

Su obra habría sido muy probablemente la misma a pesar de que se hubiesen cumplido las enmiendas lanzadas en la actualidad. También nos habríamos encontrado con una «remisión directa al principio de igualdad» a la hora de aplicar «el control de constitucionalidad» (p. 50, p. 199), y no así «en el ámbito del recurso de amparo» (p. 294). El citado principio habría servido para lo que doctrinalmente pudo servir, esto es, para retirar la legislación que combatía derechos adquiridos considerados ilegítimos tachándola de discriminatoria, como expresó el voto particular favorable a la declaración de inconstitucionalidad de la Base de la Ley de Reforma Agraria que permitía la expropiación sin indemnización de la «Grandeza de España» (p. 299, p. 325). Nos habríamos vuelto a encontrar muy probablemente con una «defensa a ultranza» de la libertad de comercio e industria frente a las facultades intervencionistas del Estado (p. 345)⁴⁷. Pero también a tropezar con un órgano «firme» en su «defensa» de derechos como la libertad de circulación (p. 337), de expresión (p. 350) o de reunión (p. 358) con uso de una argumentación jurídicamente sólida impropia de esa corte «disparatada» fruto de la «confusión» a que el constitucionalismo doblado en historiografía nos había acostumbrado.

47 Por seguir haciendo esta 'otra' historia contrafáctica, el requisito exigido por la jurisprudencia del TGC para practicar el intervencionismo económico, a saber, que se realizase a través de «una ley elaborada formalmente por el Poder legislativo» (p. 344), podría haberse transformado, como sugería Schmitt en Alemania, en una exigencia –basada en el principio de igualdad– de «generalidad» a dicha ley difícilmente asequible para un tipo de legislación –la intervencionista– con destinatarios particulares (corporaciones empresariales y cárteles industriales) y previsoras de medidas específicas.

REPÚBLICA FRENTE A TRANSICIÓN¹

En mayo de 2011, las calles y plazas de España se abarrotaron de ciudadanos que clamaban por una «democracia real ¡ya!». Aunque en un comienzo la crisis desencadenada en 2008 parecía un acontecimiento lejano, del que nos encontrábamos a salvo gracias al «sistema bancario más sólido del mundo», el giro que sobre sí mismo hubo de dar el entonces presidente del Gobierno, en mayo de 2010, nos mostró la cruda evidencia de nuestra vulnerabilidad. Ante la iniquidad en el reparto de las cargas, y en vísperas de unas elecciones municipales, una desarticulada sociedad civil, a través de iniciativas individuales y de las redes sociales, logró organizarse para contestar masivamente, no unas políticas concretas, sino la degradación completa de un régimen político.

De pronto, muchos supieron que el rey estaba desnudo. Es uno de los valores positivos que entrañan las crisis: descubren la distribución efectiva del poder, pero también el modo en que se ejerce. Y en la nuestra, irrumpió una percepción muy extendida, cuando no generalizada, de la inanidad del principio de la soberanía popular, del sesgo oligárquico de las decisiones políticas y de la colonización de las administraciones públicas, y de sus recursos, por parte de círculos corporativos y partidarios, con sus respectivas y cruzadas clientelas.

Lo verdaderamente singular de este repentino desencantamiento es que tuvo efectos retroactivos. Y es que ya se sabe que las crisis suelen consistir en «la clarificación de una situación de hecho preexistente»². Ciertamente es que desde el comienzo de nuestro régimen constitucional se han formulado duras críticas contra el proceso de la Transición. Tampoco debe olvidarse que algunos llevaban tiempo señalando la existencia de una «constitución tácita»³, de carácter material, consentida y cristalizada entre 1975 y 1982, que por con-

1 Recensión de Rafael ESCUDERO ALDAY, *Modelos de democracia en España 1931 y 1978*, Madrid, Península, 2013, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7 (2014), 310-319.

2 Antonio GRAMSCI, «I due fascismi» 25-VIII-1921, en Id., *Socialismo e fascismo. L'Ordine nuovo 1921-1922*, Torino, Einaudi, 1972, 299.

3 Juan Ramón CAPELLA (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.

tenidos, hábitos y prácticas contradecía, en esencia, lo más exigente y avanzado de la normatividad constitucional. Pero resultaban voces arrinconadas, apenas sin presencia en los medios, en los que había preponderado hasta el momento una «cultura de Transición»⁴, que ensalzaba nuestra «pacífica» y «consensuada» recuperación de la democracia y presentaba con las mejores galas nuestro sistema político.

Este universo de representaciones había penetrado en todos los ámbitos de la cultura, desde el periodismo y el arte hasta la historiografía y el derecho. En este último caso, ha dispuesto de manuales y auditorios para transmitir una acrítica concepción de nuestro Estado como modelo asimilado a las «democracias avanzadas», como un «Estado de derecho» de igual naturaleza que los nacidos de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, caracterizado también él por la democracia, el pluralismo, la garantía eficaz de los derechos y libertades, el goce universal de servicios y prestaciones y por la supremacía de los principios constitucionales sobre cualquier otra expresión normativa del poder político. Y no es que tales elementos no definieran en absoluto nuestro Estado, pero se hallaban en abierta tensión con prácticas institucionales y hábitos mentales demasiado arraigados, por no haber nacido el sistema del 78 de un acto de ruptura, y también, y esto es lo decisivo, con otros factores constitutivos de la fisiología de nuestro régimen, como el bipartidismo, el rechazo a la participación directa de la ciudadanía, la falta de garantía efectiva de los derechos sociales, la concentración de poder en el ejecutivo o la vulnerabilidad de las instituciones o de la propia Constitución provocada por estas reglas del juego.

Desde 2011 hasta el día de hoy esta visión hegemónica de nuestra realidad jurídico-política no ha dejado de perder adeptos y descomponerse, a causa de su falta de correspondencia con los hechos y también de una sucesión generacional, en la que el remplazo aprecia ante sus propios ojos cómo la ordenación de su vida con arreglo a los criterios que le habían transmitido como válidos le conduce, en el mejor de los casos, al exilio o la precariedad. El punto es que la devastación provocada por la crisis, el consiguiente levantamiento del velo y el descrédito ulterior de la percepción hasta el momento dominante han espolado la búsqueda de otros marcos narrativos que expliquen mejor la situación que padecemos, sus raíces inmediatas y sus causas más visibles. En los últimos años, hemos comprobado así cómo los anaqueles de historio-

4 Carlos ACEVEDO *et. al.*, *CT o la Cultura de la Transición: Crítica a 35 años de cultura española*, Barcelona, Random House Mondadori, 2012.

grafía española han ido engrosando con buenos títulos sobre la Transición, como los de Ferran Gallego⁵, Bartolomé Clavero⁶ o Giulia Quaggio⁷, en los que se examinan circunstancias históricas, decisiones jurídicas o dispositivos político-culturales que contribuyen a resituar, y desmitificar, aquel periodo.

Tal es la coyuntura que explica también la aparición del libro aquí reseñado. Su autor, especialista en la dimensión jurídica de la memoria histórica⁸, ya se había aproximado, por imperativo del asunto tratado, a este momento decisivo de nuestra historia, en el que se prefirió fundar la convivencia política sobre el olvido y la injusticia. Bien consciente de aquella capital insuficiencia originaria, ahora, en *Modelos de democracia en España*, Rafael Escudero desgrana con detalle, no la historia política de la Transición, sino los rasgos fundamentales del sistema político instituido en sus comienzos, identificando con eficacia los lastres que arrastramos desde entonces, y que las circunstancias económicas y políticas han conspirado hasta colocarlos por encima de los elementos virtuosos que también le pertenecen.

Ya la mera perspectiva resultaba hace pocos años casi impensable en un libro de tirada mayor. Juega un papel decisivo, sin duda, la inscripción del autor en la primera generación postransición, que despertó a la vida política justo cuando el proceso concluía con la abrumadora victoria socialista. Por eso no aparecen en sus páginas las inevitables y comprensibles querencias generacionales a un texto constitucional que representa, nada menos, que la superación de una brutal dictadura y la anhelada conquista de la democracia. La edad, en este caso, marca distancias y determina críticas, acaso más difícilmente asumibles para quienes vivieron, incluso desde la lucha antifranquista, aquel logro histórico.

En cualquier caso, esta monografía no es un texto crítico sobre la Transición o la Constitución vigente. Lo que la distingue es el contraste realizado en ella entre el modelo de Estado fundado en 1978 y el constituido en 1931, para que, en la comparación, queden cabalmente comprendidos uno y otro. Así, *Modelos de democracia*, que también podría titularse *Modelos de Estado en*

5 F. GALLEGU, *El mito de la Transición: la crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona, Crítica, 2008.

6 B. CLAVERO, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

7 G. QUAGGIO, *La cultura en Transición: reconciliación y política cultural en España, 1976-1986*, Madrid, Alianza, 2014.

8 Rafael Escudero, Juan Antonio Martín Pallín (eds.), *Derecho y memoria histórica*, Madrid, Trotta, 2008; R. ESCUDERO, «Road to Impunity: The Absence of Transnational Justice Programs in Spain», *Human Rights Quarterly*, 36 (2014), 123-146.

España, contribuye al mejor conocimiento del Estado de la Segunda República, menos estudiado de lo que parece⁹, pero, sobre todo, ayuda a detectar con tino los gravámenes originarios del régimen actual, al examinarlo a la luz de su precedente republicano, considerado aquí en toda su ejemplaridad, aun sin descuidar por ello la censura a sus aspectos reprochables.

La comparación que Escudero lleva a cabo se distancia así de la interpretación que había resaltado la notoria continuidad entre ambas constituciones, la de 1931 y la de 1978, a excepción, claro está, de su dispar regulación de la jefatura del Estado¹⁰. Por sus propios postulados, se enfrenta, además, a la extendida propensión entre constitucionalistas a «ignorar la experiencia de 1931», o a estigmatizarla como «un contraejemplo a prevenir»¹¹. Los resultados que arroja el contraste se distinguen también del relato habitual porque, a diferencia de este, adherido por completo al modelo del 78, parte el autor de una preferencia por las potencialidades de la Constitución de 1931, honestamente reconocida desde el comienzo (p. 20), y que en nada daña el rigor analítico de su exposición. Pues precisamente del descenso al detalle regulativo, y de la presentación sistemática de los elementos básicos de uno

9 En efecto, abundan las historias socio-políticas del periodo –v. gr. Luis E. ÍÑIGO FERNÁNDEZ, *Breve historia de la Segunda República*, Madrid, Nowtilus, 2010; Julio GIL PECHARROMÁN, *Historia de la Segunda República Española (1931- 1936)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002–, pero aún está por escribir una historia completa del Estado español en los años 1930.

10 «La continuidad entre las Constituciones de 1978 y de 1931 es manifiesta [...] Las similitudes [...] son, pues, muy importantes. Mucho más en cualquier caso que sus diferencias»: Joaquín VARELA SUANZES- CARPEGNA, «La Constitución de 1978 en la historia de España: continuidad y ruptura», *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, núm. 15 (2004), 19-38 (34 y 36). No obstante, el mismo autor subraya en otro texto algunas de las más notorias diferencias entre ambas constituciones, como las referidas a la cuestión religiosa o a la propia concepción del principio democrático, contrapesado en el 1978 por el valor del «pluralismo», a diferencia, a juicio del autor, del mantenido por los constituyentes «de 1931, inspirados por ideologías holistas, como el jacobinismo o el marxismo»: Id., «El Estado en la España del siglo XX: concepto y estructura», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 131 (2006), 23-52 (46-47). Llama la atención que se identifique el régimen actual por su «respeto de las minorías», convenientemente apartadas por la apuesta bipartidista, y el sistema de 1931 por no fundarse en el «pluralismo», cuando se menciona precisamente su «atomización» partidaria como tara (p. 37).

11 Señala la tendencia B. CLAVERO, «Desapego de República y cortocircuito de derechos», *Quaderni Fiorentini*, 43 (2014), 1009-1048 (1013), que es comentario del libro aquí recensionado.

y otro Estado, realizada además sin las precomprensiones características de la doctrina constitucional convencional, es de donde procede el realce de las diferencias, más que el destacado de las similitudes, que también las hay, y decisivas, entre una y otra norma constitucional.

La comparación atraviesa todos los extremos dignos de atención: el principio democrático, la jefatura del Estado, la organización de los poderes públicos, la protección jurisdiccional de la Constitución, la distribución territorial del poder, los cauces de participación ciudadana, los derechos individuales y sociales o las relaciones Iglesia-Estado. En todos los tópicos citados, el autor describe, mostrando competencias que van más allá de su estricta especialización filosófico-jurídica, los aspectos de la regulación constitucional y del desarrollo y aplicación legislativos más relevantes, suministrando con ello, como se ha indicado, una reconstrucción cabal de ambos sistemas políticos.

Especial valor tiene la que atiende a la Segunda República, entendida correctamente «como el conjunto de valores que estuvieron detrás de su entramado jurídico» (p. 35)¹². Debe encomiarse la restauración de la imagen del Estado republicano, secuestrada por el tergiversado estereotipo que acuñaron en los años 1930 las derechas antirrepublicanas y que, dictadura, incultura, propaganda y pasados que no pasan mediante, ha logrado renacer con fuerza en la actualidad. Así, lejos de incurrirse en la simplificación habitual de representar la Constitución de 1931 como norma sectaria y excluyente, se la describe como expresión nítida de la correlación de fuerzas existente, al tiempo que como integradora e incluyente, debido al aumento de la participación política, al reconocimiento de nuevos sujetos de derecho y a la consagración de la igualdad que sancionó. Desmintiendo la idea de un Estado ateo, perseguidor de los ciudadanos católicos, se subraya la constitucionalización de la libertad de conciencia y la tipificación, en normas punitivas extraordinarias, de los atentados contra eclesiásticos y templos religiosos. Enfrentándose a la habitual acusación de utopismo constructivista o de comunismo, se recuerda que aquella constitución «contenía lo máximo a lo que se podía llegar por la vía del reformismo en la España de la época en términos de políticas sociales y avances democráticos» (p. 15). Y contestando a la muy difundida lectura

12 Pese a constituir una falacia notoria, la mistificación habitual suele imputar al Estado republicano todo lo que aconteció de malo en la sociedad española durante el periodo de la Segunda República. Es algo sobre lo que vengo llamando la atención desde hace ya tiempo: véase, por ejemplo, S. MARTÍN, «Sobre silencios históricos, semblanzas jurídicas y estrategias políticas» [incluido en el presente volumen].

que la convierte en un régimen alentador de los separatismos, aclara cómo lo distintivo del llamado *Estado integral* fue precisamente preservar «la soberanía del Estado» (p. 203) frente a las tendencias centrífugas o incluso federalistas. Puntos todos obvios para cualquier ciudadano con algo de cultura historiográfica, pero, por desgracia, oscurecidos por el relato triunfante, de ahí el valor de la restitución reparadora procurada por *Modelos de democracia*.

De las partes dedicadas a la República, son numerosos los aspectos que, por contraintuitivos y antidogmáticos, llaman la atención del lector. No me voy a detener en todos ellos, ni quiero tampoco anticipar contenidos con un resumen exhaustivo, pero permítaseme al menos destacar tres, porque en ellos se manifiesta con transparencia la diversidad de modelos de Estado entre Segunda República y Segunda Restauración.

En primer lugar, se indica de forma meridiana que la Constitución de 1931 quiso ser un acto de ruptura neta con el pasado. Cierto es, y bien queda señalado, que con ingenuidad se fío el alcance de esa ruptura a las bondades del reformismo, guiado por un derecho racional, presidido a su vez por la propia norma fundamental. Pero la vocación rupturista se registra. Esto, que parece una obviedad, discute toda la narrativa constitucional y politológica al uso, que escribe la historia del Estado de derecho como una ascensión progresiva, iniciada en las revoluciones liberales, interrumpida por los fascismos y retomada tras la Segunda Guerra en Europa o tras las dictaduras en Portugal y España. No hay tal historia teleológica. Las repúblicas democráticas y sociales de entreguerras, entre las que se encuadra la segunda española, quisieron fundar un orden nuevo en contraposición al «liberalismo decimonónico». No existe, pues, dicha continuidad ascensional. Es más, de los sectores más conservadores del Estado liberal del siglo XIX y de sus sucesores directos es de donde surge la matriz de los totalitarismos, algo que permite apreciar inconfesables continuidades y comprender bochornosas conversiones en el trágico tránsito de la democracia a la dictadura. En nuestro caso particular, no es casual, de hecho, que los juristas que más intenso apoyo prestaron a la dictadura desde su arranque reprochasen a la República, antes y justo después de la guerra, no ser un «Estado de derecho liberal», por no tener como cometido sustancial la protección de la propiedad privada y las libertades individuales clásicas¹³.

13 Vid. S. MARTÍN, «Los juristas en los orígenes de la dictadura, 1937-1943», en S. Martín, F. Fernández-Crehuet (eds.), *Los juristas y el régimen. Un acercamiento a través*

En lo referido estrictamente a la institucionalización de la democracia, el libro deja buena constancia del consecuente desarrollo que obtuvo en 1931 el principio de la soberanía popular. Se otorgó una posición central al Parlamento, como sede que expresaba por delegación la soberanía del pueblo y en la que, en virtud del principio de representación proporcional, tenían cabida la mayor parte de las corrientes políticas existentes en el país. Pero, para evitar, a su vez, toda posible desconexión entre representantes y representados, se consagraron figuras de democracia directa, como el referéndum derogatorio, después recogido por la Constitución italiana de 1948, o la iniciativa legislativa popular, que, con sus exigencias moderadas de suscripción y su carácter vinculante, abrían vías de participación ciudadana más allá de los cauces parlamentarios y de partido.

Como consecuencia de la vis atractiva del principio de soberanía popular, vista la exigencia republicanista de comprometer a la ciudadanía en la defensa de la Constitución y por la coherente convicción de que la tarea encomendada a la jurisdicción constitucional, instituida entonces en el Tribunal de Garantías Constitucionales, era de naturaleza eminentemente política, se concibió esta Corte como una suerte de legislador negativo que debía contar con una composición fundamentalmente política, que registrase las tendencias existentes en los diferentes territorios de España, en las corporaciones profesionales del derecho y en el propio Parlamento. Contradiendo, pues, un lugar común del constitucionalismo, según el cual dicha composición política estuvo en el origen del sesgo clamoroso que el Tribunal de Garantías mostró en ciertas ocasiones, el autor revaloriza la decisión de los constituyentes de 1931, señala la plena coherencia entre la institución y «la filosofía republicana» (p. 178) y la contrasta con la deriva que ha tomado nuestro actual Tribunal Constitucional¹⁴.

Estos tres extremos, entre otros muchos, sirven a Rafael Escudero para identificar con claridad los rasgos fundamentales del Estado republicano, pero también para compararlo con el fundado en 1978, subrayando las respectivas diferencias, en un acto, nuevamente, de respuesta a las convenciones vigentes entre doctrina jurídica y periodismo político.

No es solo que el proceso de cambio vivido en los 1970 fuese constituyente

de las revistas jurídicas, Granada, Comares, 2014, 11-131.

14 Subraya asimismo el acierto de este parecer opuesto al lugar común, con revisión esclarecedora de textos clásicos en la materia, B. CLAVERO, «Desapego de República y cortocircuito de derechos», 1029-32.

solo a medias, al encontrarse con instituciones preconstituidas e intangibles que, con la lógica del chantaje, habían de aceptarse como condición indispensable para el salto a la democracia. La cuestión es que, a nivel institucional y cultural, no se rompió con el pasado dictatorial, al que se franqueó la entrada al nuevo tiempo democrático y del que se blanquearon sus crímenes con las disposiciones de punto final contenidas en la ley de amnistía. El solo intento acometido en 1931 de depurar las responsabilidades contraídas por la dictadura de Primo de Rivera contrasta sensiblemente con esta dinámica de olvido y punto final que presidió la Transición. El autor se encarga de señalarlo. Como también indica la consiguiente disparidad en lo que hace a pretensión transformadora de una y otra Constitución, bastante más profunda y estructural en el caso de la República, pese a la inflexión considerable que entrañó la actual Restauración. Un cambio de rumbo que no podía llegar a constituir una cesura porque, junto a la injusticia sin reparación, la persistencia de efectivos franquistas en las instituciones, de arraigados hábitos sociales y económicos, del predominio eclesiástico católico y de prácticas oligárquicas en la toma de decisiones no podían sino limitar severamente el alcance de los preceptos más transformadores de la Constitución del 78¹⁵.

Y así, además, no lo son todos. Menos aún de los que, todavía bajo el encantamiento constitucional, creíamos que existían, y que, al acudir de nuevo a su articulado, ya con otra mirada, vemos que se han difuminado. Permítanme hacer un inciso para explicarme mejor. Durante mis años de estudiante y aún de doctorado, asimilé y reproduje el léxico garantista del Estado constitucional, atribuyéndoselo sin mayor crítica al vigente entre nosotros. Si existían desviaciones eran de aplicación, no de previsión constitucional. Mi ingenuidad recorría todos los extremos, desde la creencia sincera en la normatividad de los principios rectores hasta la celebración de la aconfesionalidad del Estado o la creencia en el carácter materialmente federal del régimen de las autonomías. Que la primera se ha revelado inerme ante las embestidas del mercado es un hecho contrastable. Lo poco que tiene nuestro marco constitucional de verdaderamente federal lo revela, por su parte, la dinámica del contencioso catalán. Y que la regulación del segundo asunto –no la práctica efectiva– deja mucho que desear ha sido algo que no me ha resultado evidente hasta que, hace poco, para responder a una consulta periodística, releí la

15 A cuenta de esta cuestión de la pervivencia del franquismo en democracia, resulta sumamente esclarecedor, por definir con justeza el término y ponderar correctamente la continuidad, el artículo de Ignacio SOTELO, «A qué llamamos franquismo», *El País*, 30-XI-2013.

regulación constitucional sobre el particular. Tropecé entonces con la literalidad del art. 16, cuando, para legitimar el mejor trato a la confesión católica, se aduce como pretexto la obligación para los poderes públicos de «tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española». A algunos todavía resultará una redacción de lo más inocente. A mí me pareció una aberración, por tratar de la «sociedad española» como si fuese un sujeto unitario con creencias homogéneas, acendradas e inamovibles –tratando solapadamente de reproducir la conjugación unilateral entre identidad nacional y confesión católica–, y, sobre todo, por descuidar el hecho de que esas creencias seguramente mayoritarias entonces no eran el fruto de una adquisición espontánea, libre y deliberada, sino el resultado impositivo de una guerra que tuvo entre sus propósitos principales –de ahí la pronta adhesión eclesiástica– la recatolización de un país que caminaba velozmente por la senda de la secularización.

Pues bien, con este grado de sutileza casi imperceptible entraba el franquismo, los resultados de su aculturación, en el texto constitucional. Es solo un caso. Hay otros, muy fundamentales, que siguen revelando lastre. Por ejemplo, el relativo a la institucionalización de la democracia, plagada de frenos y contrapesos, como bien explica, de forma extendida, nuestra monografía. En efecto, en la recuperación de la democracia se aprecia la huella de la concepción conservadora, manifestada por Miguel Herrero de Miñón, cuando, al inaugurar el debate en la Comisión Constitucional y de Libertades Públicas, aseveraba, parafraseando a Ortega, que «el Estado democrático es, a nuestro juicio, el Estado del pueblo y no el pueblo sin el Estado», razón que llevaba a UCD a oponerse «a los intentos de la llamada profundización de la democracia, capaz de disolver al Estado mismo, porque la democracia estatal válida es la democracia representativa».

Tal fue, en efecto, el parecer triunfante, aunque el consenso y la transacción diesen lugar a un articulado híbrido, incapaz de ocultar, de todos modos, cuál era la dimensión prevaleciente. El propio art. 1.2 es muestra de ello, pues intenta casar, como si fueran idénticas y no potencialmente contradictorias, la «soberanía nacional», más propia de democracias representativas en las que lo central es la institucionalización de la nación de acuerdo con sus presuntos atributos culturales, y la «soberanía popular», típica de democracias donde la decisión de las mayorías es el principal factor constitutivo de la estructura política. Así, como hábilmente señala Escudero, resulta poco menos que aporético conciliar ese conato de soberanía popular del art. 1.2 con la

fundamentación de la propia Constitución en «la indisoluble unidad de la Nación española» realizada en el art. 2, ya que si aquella, la soberanía popular, hubiese regido de veras, esta, la unidad monolítica de la nación, tendría que haber sido «el resultado de la decisión de la soberanía popular, no la condición necesaria para que esta pueda ejercerse» (p. 71).

El desarrollo constitucional del principio democrático tenía que ser consecuente con estos postulados. De unas Cortes numerosas, unicamerales, con vocación de dar cabida al máximo de sensibilidades y erigidas como centro de la vida política se pasó a unas Cortes de pocos escaños, bicamerales, de condición subalterna respecto del ejecutivo y con vocación de dar protagonismo a las grandes formaciones de centro. Las exigencias de la democracia popular cedieron a las de la «gobernabilidad». Como señala el autor, junto a las circunstancias de política interior, en los años 1970 resultaba también determinante el contexto exterior, político y cultural, marcado por el reflujo de las ideas democráticas y sociales de la segunda posguerra, sustituidas progresivamente por la ideología neoliberal y su particular repugnancia a los excesos de participación popular. Y esto había de notarse igualmente en el dispar trato dispensado a los mecanismos de democracia directa, generosos en el 1931, cicateros, nada vinculantes y en manos de la discrecionalidad gubernamental, salvo para lo que toca a la reforma constitucional, en 1978. El resultado, pues, no podía ser otro que esa «democracia de baja intensidad» de la que viene hablando desde hace años Gerardo Pisarello, referida también en nuestro libro.

Por último, en correspondencia con este segundo modelo, se encuentra un Tribunal Constitucional de composición eminentemente técnico-jurídica, diseñado así en la confianza de que, con la neutralidad que la técnica supuestamente confiere, y con la designación consensuada de sus magistrados, se liberaría de la nociva pugna política. ¿Se ha visto confirmada la intención? Ya el interés mostrado por los grandes partidos en «colocar peones en su interior» (p. 187), recurriendo a toda clase de bloqueos y tácticas que han ido deteriorando la institución, muestra que no. Pero es que el error, más que deberse a una actitud irresponsable de nuestra dirigencia, quizá haya radicado, como bien se argumenta en el libro, en una ilusoria disociación entre las esferas técnico-jurídica y política, muy propia del modelo de democracia recortada auspiciado por la Constitución, la cual, de forma al final contraproducente, encomendó su propia defensa a colegios de expertos mejor que a la propia ciudadanía.

El descrédito de la jurisdicción constitucional es uno de los aspectos más patentes de la descomposición del sistema político diseñado en 1978. Pero hay muchos más. La monografía da cumplida cuenta de ellos, mostrando hasta qué punto la decadencia actual del modelo no se ha debido en exclusiva, como muchos hemos sostenido en algún momento, a factores exógenos, también concurrentes, sino también, y fundamentalmente, a factores consustanciales al proceso de Transición y a la Constitución vigente, que han terminado alimentando la cultura de impunidad, corrupción, desprecio por lo público o desafección política tan a la vista a día de hoy.

En este marco expositivo, dirigido a señalar las carencias originarias del texto constitucional y su previsible degeneración ulterior, el libro da cabida a cuestiones de variada índole, que van desde la historia política de la Transición hasta la reciente reforma del art. 135 de la Constitución, desde el debate sobre la memoria histórica, abordada como tema de metodología historiográfica y como asunto de derechos humanos, hasta las últimas tendencias en producción normativa, amparadas bajo el vocablo mágico de la «gobernanza» y que, con retórica democrática, han privatizado el ejercicio del poder público. Asuntos, todos, que, de un modo u otro, iluminan las causas de nuestra actual crisis política.

Estas cuestiones, además, hacen ver al lector que no se encuentra solo ante un libro de historia, sino, sobre todo, ante un texto profundamente marcado por el presente. Atravesado por él en varios sentidos. Consigna con claridad cuáles son las tendencias que explican la insuficiencia del marco constitucional vigente y su progresiva descomposición. Ahora bien, tan acelerado se ha vuelto el ritmo histórico, tan desbocada es la velocidad de esas tendencias, que incluso lo que el autor daba por seguro hace tan solo un año ha comenzado a tambalearse. Así, ya no existe ni tanto pacto de silencio en torno al monarca (p. 43), ni tanta popularidad de la propia monarquía (p. 122), ni siquiera el mismo rey que hace un año. Tampoco cabe afirmar que «la unidad de la patria está garantizada» para tranquilidad de «los guardianes de las esencias del nacionalismo español» (p. 208), ni, sobre todo, que el «bipartidismo goza de buena salud» (p. 307). Podría sostenerse así que las tendencias críticas registradas con acierto por el autor han llegado más allá de lo que él mismo suponía hace bien poco.

Modelos de democracia se relaciona con el presente todavía en otro sentido, cuya mención es esencial. Ya sabemos que constata la «degradación democrática» que «ha alcanzado nuestro sistema político», «bajo el acuerdo de

los dos grandes partidos» y la contribución legitimadora, entre otros, de los que con perspicacia llama «los juristas del reino» (p. 230). Pero no se limita a describir la situación presente. Aspira asimismo a intervenir en ella, por eso advierte que «el sentido con el que han de leerse [sus] páginas» es el de «encontrar ingredientes para la conformación de un proyecto político republicano» (p. 44), en el entendido de que se trata de algo más que un mero cambio en la jefatura del Estado y de algo que tampoco cabe asimilar a los principios del republicanismo cívico neokantiano, de corte individualista y liberal. Su convencimiento es que ante el proceso de vaciado constitucional que estamos viviendo no cabe ya invocar lo más garantista de la Constitución del 78, cuyas «indefiniciones» han permitido que lleguemos donde estamos (p. 302). Su apuesta implícita es la de dotarnos de un nuevo marco a través de un proceso constituyente. Un marco, y aquí está lo fundamental de ese republicanismo, que no se ciña a un entramado jurídico-formal de declaraciones y habilitaciones de competencia, sino que transporte y contagie una «cultura constitucional» (p. 181), esto es, «una cultura de defensa de su propio articulado» (p. 242), justo lo que ha faltado a la Constitución actual.

VI. DICTADURA FRANQUISTA

LA CULTURA POLÍTICA DEL FASCISMO ESPAÑOL¹

I. LA DICTADURA, ENTRE EL AUTORITARISMO Y EL TOTALITARISMO

Pocos terrenos como la historia política contemporánea de España para corroborar la validez de aquel aforismo orwelliano a tenor del cual la historia la escriben los vencedores. Llama la atención cómo, en el imaginario popular, ha conquistado un arraigo casi irrevocable la imagen de la dictadura franquista como una suerte de régimen autoritario, paternalista y tradicional, pero bien alejado de los totalitarismos europeos de referencia, ante todo del alemán. Se llega a admitir que los comienzos pudieron ser violentos, pero el alcance de la aceptación queda de inmediato moderado al matizarse que se trató de una guerra civil, donde la violencia fue ejercida de forma brutal por ambos bandos. Y se reconoce la evidencia del radicalismo de los arranques, pero a costa de encajarlas en la retórica equidistante de la equiparación de responsabilidades y de entender que las inclinaciones totalitarias del primer franquismo no fueron más que emulación refleja de las otras dictaduras europeas, una especie de máscara que, mudado el contexto internacional, cayó por el suelo dejando al descubierto la esencia católica y nacional que siempre había tenido el régimen, en el interior del cual el fascismo auténtico —el depositario real de la pulsión de la violencia— no había sido más que una familia minoritaria, insignificante y muy pronto arrinconada. Y dicho núcleo católico y nacional imperecedero, colocado ya en el escenario de la Guerra Fría, no haría sino demostrar de forma retrospectiva la anticipación de los contrarrevolucionarios españoles en la principal tarea para preservar la cultura occidental: la de combatir el comunismo.

No han faltado los autores que, desde las ciencias sociales y con apariencia de rigor, han prestado fundamento indirecto a este relato, insistiendo en la diferencia entre la dictadura de Franco, mero régimen autoritario con cierto espacio para las libertades y el pluralismo político, y los sistemas verdaderamente totalitarios. La diferenciación tipológica llega a servir incluso para sus-

1 Recensión de Ferran GALLEGO, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, Crítica, 2014, publicada originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 44 (2015), 993-1011.

traer la condición totalitaria al régimen fascista italiano², que solo presentaría sus rasgos hacia el final de su andadura, pero ya mediando el deletéreo influjo germánico³. Con semejante dicotomía, el totalitarismo terminaría siendo un fenómeno muy acotado, circunscrito a la Alemania del III Reich y a la Rusia de Stalin, o a la soviética sin más, y vinculado a la intensidad de la represión y a la cifra concreta de sus víctimas. Sin embargo, a nadie escapa que, cuando de clasificar las experiencias históricas en modelos teóricos se trata, los resultados se encuentran predeterminados por las referencias e índices escogidos para la clasificación. Diríase que, en el caso que nos ocupa, solo la existencia extendida de campos de exterminio, el consiguiente reguero interminable de víctimas y un pretendido control total de la sociedad por parte del poder estatal expedirían la autorización correspondiente para hablar de totalitarismo. Todo lo demás caería en el terreno de las dictaduras tradicionales y los regímenes autoritarios.

Las cosas pueden incluso complicarse hasta desde este punto de vista. Bien nota es la valiosa reconstrucción del Estado nacionalsocialista, no cual *Leviathan* omnipotente, sino como *Behemoth* en el que el poder campaba a sus anchas sin regla alguna que lo limitase, disponiendo arbitrariamente de la vida y la hacienda, algo incompatible con el control centralizado de todos los movimientos sociales que se presupone al totalitarismo. Para el caso del III Reich, la mejor historiografía ha subrayado además la imposibilidad estructural de mantener bajo vigilancia a toda la población con los efectivos dedicados a la seguridad y el orden público, dato que obliga a localizar otros mecanismos, mucho más eficientes, para la generación de consensos generales y adhesiones masivas, que ya no son privativos, al menos a nivel de intenciones, de la Alemania de Hitler⁴. E incluso si la tarea consiste en hacer recuento de víctimas, los planes efectivos de exterminio del enemigo aplicados por los militares golpistas en España desde un primer momento, las numerosísimas

2 Sabino CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010, «V. Uno Stato totalitario?». Ni las eventuales continuidades con el Estado liberal, ni las exaltaciones de la comunidad popular que dan base al Estado, ni la integración disciplinada de la sociedad en los aparatos estatales son elementos que resten totalitarismo, a no ser que se utilice un tipo teórico en exceso restringido.

3 Renzo DE FELICE, *Mussolini il Duce. Lo Stato totalitario, 1936-1940*, Torino, Einaudi, 1981.

4 Me refiero en especial al capítulo de las políticas sociales, seña de identidad, tanto retórica como efectiva, de las dictaduras de entreguerras: Götz ALY, *La utopía nazi: cómo Hitler compró a los alemanes*, Barcelona, Crítica, 2006.

ejecuciones, extrajudiciales o con simulacros de juicio, realizadas en zonas ocupadas o «liberadas» y el largo aliento de la represión durante los años cuarenta colocarían a la dictadura de Franco, sin ningún género de duda, en el grupo de los sistemas proporcionalmente más sanguinarios.

Otros han de ser los factores distintivos de un Estado totalitario, si queremos comprender un fenómeno histórico de radio europeo, aun con diferentes grados de realización y con evidentes particularidades nacionales, y evitar el comprensible, pero anticientífico propósito de liberar del estigma a la historia patria. Dichos factores vienen además dados por la propia experiencia histórica, no por modelos teóricos prefabricados⁵: *partido único*, que disciplina e integra a la sociedad en el Estado; *dictadura unipersonal* de legitimidad carismática y plebiscitaria, que aspira a la permanencia y permite un ejercicio concentrado, y sin límites, del poder, pero que cuenta, a su vez, con un entramado institucional no solo para transmitir y ejecutar los mandatos del dictador, sino para compartir con él el mismo ejercicio desreglado de la autoridad; concepción integrista de la comunidad política, como *nación monolítica*, de la que excluir o a la que asimilar a los sujetos considerados enemigos, entidad superior a sus propios miembros individuales y fuente de inspiración tanto del adoctrinamiento educativo o la censura cultural como de las variadas liturgias y religiones civiles conducentes a generar orden y consenso entre las masas; *falta de libertades políticas*, de reunión, asociación, sindicación, expresión, prensa, fundación de partidos o de sufragio; *subordinación y disciplina estricta* del trabajo, desprovisto de derechos que permitan su equilibrada autocomposición o que canalicen su organización colectiva de forma autónoma; y papel estructural de la *represión*, tanto gubernativa como penal, con jurisdicciones especiales y cuerpos particulares, encargada de castigar el ejercicio de los derechos y libertades públicas, orientada en su dimensión política hacia la neutralización de esos mismos individuos considerados enemigos y lugar en el que se aprecia como en ningún otro que el signo distintivo del totalitarismo es la *arbitrariedad*, esto es, la disposición *arbitraria* de la vida, la propiedad y la dignidad ajenas⁶.

5 Vid. P. COSTA, «Lo ‘Stato totalitario’: un campo semántico della giuspubblicistica del fascismo», *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), 61-174; Id., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4: *L’età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma, Laterza, 2001.

6 Estos son, en esencia, los elementos que empleo para caracterizar los regímenes totalitarios en «El orden jurídico europeo de 1918 a 1945», en Marta Lorente, Jesús Vallejo (coords.), *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 547 ss.

Si este es el tipo de referencia para calibrar la existencia, o no, de un régimen totalitario, los resultados serían menos amables de lo que numerosos sociólogos, juristas e historiadores pretenden. En el caso español no es que sea del todo indudable su vigencia en los primeros compases de la dictadura; es que lo sustituido a partir de 1977 no era otra cosa que una dictadura de partido único, con base nacionalista integrista, sin derechos políticos, con sujeción del trabajo (en su dimensión política organizada), idéntica mitología fundacional y de represión permanente, por más que bajo tal Estado discursivamente una sociedad cada vez más compleja, desarrollada y plural fruto, entre otros factores, del influjo internacional y la integración capitalista. Este dato, ya señalado con intenciones de homologación democrática por un importante sociólogo del exilio⁷, es precisamente el que explica que, confundiendo los planos de la sociedad y del Estado, se atribuyan a este algunos rasgos de aquella hasta poder presentarlo como régimen paternalista, más o menos tolerante y abierto a un limitado ejercicio de los derechos, según vendría a demostrar el propio desarrollo y diversificación de la sociedad. Pero hay otro elemento, quizá más decisivo, que también aclara las razones de la singularidad española y sus correlativas representaciones: el hecho de que la democracia surgiese, en origen, como un proceso interno de reforma de la propia dictadura, algo en apariencia incompatible con su carácter totalitario. Esta transición sin solución de continuidad –ni recuperación del tracto de legitimidad democrática de la II República– de un sistema a otro, y la transacción de la oposición democrática con los elementos procedentes de la dictadura, reformistas y no tanto, contribuyeron así a que se sublimase una imagen del propio sistema recién remplazado como meramente autoritario, sin trazas totalitarias que destacar.

Fue la peculiar coyuntura española del paso a la democracia la que, en definitiva, estuvo en la base de la construcción de un cierto relato hegemónico acerca del pasado reciente, algo que desde la crítica de la cultura a la propia historiografía jurídica se ha dado en llamar «Cultura de Transición»⁸. Cons-

7 FRANCISCO AYALA, *España, a la fecha*, Buenos Aires, Sur, 1965, con fines de homologación democrática no me refiero a que el autor pretendiese hacer pasar por democrático lo que no lo era en absoluto, y lo que él mismo denunciaba sin concesiones; aludo más bien al propósito de llamar la atención de –vista la evolución de la sociedad española– lo natural que resultaba ya a aquellas alturas un salto hacia una democracia occidental convencional, que previniese también una caída en la órbita soviética, viendo el peso que el comunismo tenía en la lucha clandestina contra la dictadura.

8 Vid. Carlos ACEVEDO *et. al.*, *CT o la Cultura de la Transición: Crítica a 35 años de*

truida sobre elementos innegables de realidad, y sustentada desde el punto de vista material por medios, recursos y grupos oficiales, esta suerte de paradigma ha conformado un filtro intelectual que ha determinado la percepción que se ha tenido del siglo xx español, no solo en el debate público, sino también en la producción académica. Una de sus consecuencias es justamente el obstáculo epistemológico de no poder figurarse la dictadura de Franco, hasta sus últimos momentos, como un sistema totalitario apoyado por una amplia base social fascistizada. El mito, sin embargo, cae con solo contemplar algún documental de época, y ver las calles de Madrid infestadas de regimientos de camisas azules realizando el saludo fascista y marchando hacia el Palacio de Oriente para celebrar la efeméride de la muerte de Franco todavía en 1980⁹. O con contabilizar las muertes, torturas y vejaciones infligidas a los opositores por los cuerpos de seguridad, procedentes todos de la dictadura, en los propios años de la Transición, o los atentados contra sus personas y bienes realizados por los grupos de extrema derecha¹⁰, o, en fin, con atribuir la importancia debida al golpe de Estado del 24 de febrero de 1981, con su secuela de domesticar el desarrollo constitucional inmediatamente ulterior.

II. SOBRE EL ‘PROCESO DE FASCISTIZACIÓN’ Y LA ‘CONQUISTA DEL PODER’ EN ESPAÑA

Partiendo de esta corroboración, del carácter netamente fascista y totalitario en el sentido aludido de la dictadura de Franco hasta su conclusión, el velo se descorre y el pasado reciente, de los años treinta al inicio mismo de la democracia constitucional, puede ser contemplado sin pantallas extracientíficas que lo tergiversen. No es casual, de hecho, que el libro del que nos ocupamos haya sido escrito por el autor que con mayor detalle ha desmitificado la coyuntura específica del arranque del proceso de Transición, entendiéndolo sin determinaciones teleológicas sino como escenario marcado por tácticas convergentes, proyectos en contraste y continuos cálculos de fuerza¹¹.

cultura española, Barcelona, Random House Mondadori, 2012, y, en el terreno histórico-jurídico, Bartolomé CLAVERO, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

9 Me refiero al coetáneo y revelador documental de Cecilia y José Juan BARTOLOMÉ, *Después de...*, de dos partes I: *No se os puede dejar solos* y II: *Atado y bien atado* (1981).

10 [En este punto se hace imprescindible hoy la consulta de Sophie BABY, *El mito de la transición pacífica: violencia y política en España (1975-1982)*, Madrid, Akal, 2018.]

11 Ferran GALLEGO, *El mito de la Transición: la crisis del franquismo y los orígenes de la democracia (1973-1977)*, Barcelona, Crítica, 2008.

Podría hasta decirse que, con *El evangelio fascista*, Ferran Gallego comienza a reconstruir las trayectorias políticas que, fraguadas desde el comienzo de la República, cristalizadas durante la guerra y recorriendo toda la vigencia de la dictadura desembocaron justo en ese punto, el del alumbramiento de nuestra actualidad democrática.

Como indica su subtítulo, la monografía comentada se centra en el estudio de la *cultura política franquista* justo en el intervalo de su *formación*. Precisamente el que esa cultura política estuviese, en buena parte de los casos, compuesta por categorías jurídicas y elaborada por catedráticos de derecho o juristas de renombre es lo que comunica al volumen un interés de primer orden para la historia del pensamiento jurídico español. No es además habitual que un contemporaneísta se ponga a bregar, confiriéndole entidad propia, con la literatura más estrictamente teórico-jurídica, cubriendo así un hueco aún por suplir en el caso de la historia del derecho¹². A pesar de las objeciones menores que se plantearán más adelante, ya este solo esfuerzo merece el elogio sincero por parte del jurista historiador. Pero la obra resulta valiosa por otros elementos mucho más destacados. En principio, no figura entre ellos el de la novedad, pues, en términos genéricos, no se ocupa de un asunto que haya pasado desapercibido¹³. Antes al contrario, los políticos y escritores más salientes del fascismo español, sus experiencias partidarias, sus medios corporativos de difusión, sus proyectos políticos y el propio campo de las derechas contrarias a la II República componen un terreno ya muy frecuentado por la historiografía contemporánea de España. El mismo Ferran Gallego cuenta ya con numerosos títulos de envergadura al respecto, no solo de la trayectoria patria sino también del escenario de los fascismos europeos¹⁴, lo

12 Uno de los empeños de quien suscribe ha sido precisamente el realizar aportaciones en este punto: «Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (II)», *Historia constitucional*, 12 (2011), 161-201, y «Los juristas en los orígenes de la dictadura, 1937-1943», en F. Fernández-Crehuet, S. Martín (eds.), *Los juristas y el 'régimen'. Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Granada, Comares, 2014, 11-131.

13 Recuérdese a este respecto concreto el título de José Antonio LÓPEZ GARCÍA, *Estado y derecho en el franquismo: el nacionalsindicalismo*, Madrid, CEC, 1996.

14 Baste citar solo algunos: *De Múnich a Auschwitz. Una historia del nazismo, 1919-1945*, Barcelona, Plaza y Janés, 2001; *Ramiro Ledesma y el fascismo español*, Madrid, Síntesis, 2005; «Construyendo el pasado. La identidad del 18 de Julio y la reflexión sobre la Historia Moderna en los años cuarenta», en F. Gallego y F. Morente (eds.), *Rebeldes y reaccionarios. Intelectuales, fascismo y derecha radical en Europa*, Barcelona, El Viejo Topo, 2011, 281-337.

que convierte esta exploración de aliento en una suerte de culminación de una veta de estudio cultivada durante bastantes años por su autor.

Si los materiales, los autores y el objeto eran ya suficientemente conocidos, al menos casi todos ellos, el mérito no puede proceder sino del enfoque a la luz del cual quedan reordenados de diferente modo, expresando un sentido peculiar y dando fundamento a una interpretación historiográfica singular. En las próximas líneas intentaré expresar en qué consiste ese enfoque, qué provecho científico presta y cuáles son las conclusiones que permite alcanzar, en un intento de invitar a la consulta de la obra reseñada. Permítaseme, sin embargo, comenzar identificando el que acaso sea su atributo diferencial respecto de otros estudios sobre el fascismo en España. A mi entender, este: superando las estériles disputas en torno al significado estricto del fascismo¹⁵, considerándolo, pues, como una suerte de etiqueta que sirve, claro está, no solo para definir el régimen político de Mussolini, sino las doctrinas y proyectos que prestaron base a los Estados totalitarios de la Europa de los años 1930, se opta por indagar en la fisonomía del fascismo, no como organización partidaria con sus correspondientes efectivos personales, sus medios privados de comunicación y sus doctrinas particulares, sino como un proceso histórico determinado, el que denomina *proceso de fascistización*, desplegado inicialmente en un determinado espacio social, el de la derecha contrarrevolucionaria, y marcado seguidamente por la movilización de las masas para la construcción de un nuevo Estado. Como se verá, desde esta perspectiva, el fascismo deja de ser considerado como una familia más dentro del campo derechista, con su ciclo de arranque, auge, cénit y decadencia final, para ser observado como un proyecto político, de sólida e integradora base doctrinal, capaz de lograr una eficaz nacionalización de las masas, que no se detiene sin más por el eventual declive de las élites falangistas tras la II Guerra Mundial.

Aparte del epílogo, dedicado a la coyuntura de finales de los 1940, y las imprescindibles conclusiones, que ayudan a remachar una lectura de largo recorrido y notable densidad, el volumen consta de tres partes, que, en realidad, por unidad de materia, podrían reducirse a dos.

En la primera, la titulada *proceso constituyente del fascismo español*, se desgrana con todo detalle el campo de las derechas españolas durante la década de los treinta, especialmente bajo la vigencia de la II República (1931-

15 Sobre estas cuestiones, interesa ponderar la aportación de Ismael SAZ, *Fascismo y franquismo*, Universidad de Valencia, 2004; Id., *Las caras del franquismo*, Granada, Comares, 2013.

1936). El epicentro de la exposición se coloca, naturalmente, en las derechas de corte fascista, es decir, las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (las JONS) y Falange, aunque desde este observatorio, por razones tanto de afinidad como de interacción, se examinan también las trayectorias y tácticas del resto de las derechas. Así, entran en el radio de análisis las abiertamente contrarias a la República, que aspiraban a derrocar el régimen democrático desde fuera, es decir, los tradicionalistas y los monárquicos alfonsinos, y las derechas de esencia antirrepublicana, pero con la estrategia de dinamitar el régimen desde dentro, destacando entre todas la Confederación Española de Derechas Asociadas (la CEDA), que sintéticamente designa como el nombre de «populismo católico». Y ya de forma solo oblicua y puntual, en función de su utilidad para comprender los movimientos de estos colectivos derechistas contrarios a la democracia social republicana, entra en el estudio el caso de los republicanos conservadores, principalmente los concentrados en el Partido Radical de Alejandro Lerroux. En este primer bloque, se examinan así las singladuras de las diferentes formaciones, la trayectoria de sus líderes, la interrelación entre los mismos, sus respectivos proyectos y estrategias, tanto para conquistar el poder como para alzarse con la posición hegemónica en el campo de las derechas, las diferentes iniciativas de aglutinación y unificación experimentadas en este área del derechismo español y las sucesivas correlaciones de fuerza cristalizadas en función de cada coyuntura. Y todo este complejo escenario se monta sobre la base documental de los órganos periódicos de los partidos, las memorias y biografías de los líderes derechistas, sus discursos y alocuciones más significativas o los testimonios de los actores más destacados.

El segundo bloque, que comprende la segunda y tercera partes del libro, cambia de registro y se sitúa ya en la reconstrucción de la cultura política que dio base doctrinal y legitimación teórica a la dictadura de Franco. Es aquí, según se indicará a continuación, donde entran a colación las construcciones culturales de la élite académica, conformada en buena proporción de juristas. Si este segundo bloque se divide a su vez en dos partes es porque atiende a dos momentos cronológicos dispares, el de 1937-1943, marcado por la prevalencia internacional de los totalitarismos, y el de 1943-1947, signado ya por el declive y derrota de los fascismos europeos, que obligó al régimen franquista a un proceso de revisión de sus propias bases culturales. De este modo, Gallego desglosa, en el primer apartado (*Comunidad cristiana y Estado imperial. La plenitud doctrinal del fascismo*), los elementos capitales de la teorización

política de la dictadura: catolicismo, militarismo, unidad, restauración tradicional, nación, imperio, trabajo, estado nacionalsindicalista, totalitarismo, caudillaje, historia nacional. Y en el segundo (*La vía fascista al Estado católico*) examina los aspectos centrales de aquella revisión doctrinal, del mantenimiento del mito fundacional del 18 de julio a la centralidad del catolicismo, pasando por la actualización de las ideas sobre la representación política o por la decisiva relectura de la genealogía nacional.

Para poder organizar de forma clarificadora los comentarios a una obra de tanta envergadura, distinguiremos estos dos grandes bloques, uno de historia política y el otro de historia cultural. Como se ha sugerido, la primera exposición reconstruye, en esencia, las diferentes tácticas y estrategias desplegadas por los grupos y dirigentes derechistas, tanto en el orden interno de las diferentes agrupaciones como en el externo del propio campo de las derechas, siempre con el fin de lograr una posición de predominio entre los contrarrevolucionarios capaz de ganarse la adhesión y el favor de las masas para así poder superar el sistema político republicano. Signo distintivo de la aproximación de Gallego es el recurso frecuente a la historia comparada, lo que le permite cotejar el auge del fascismo español con las vías de acceso al poder de los fascismos alemán e italiano, logrando así identificar las singularidades que lo caracterizan. Elemento diferencial, y digno de agradecer, es además la frecuencia con que entra al debate historiográfico actual, siempre con el propósito de revisar, puntualizar o rectificar con fundamento numerosos lugares comunes de la versión más convencional de nuestro pasado inmediato. Pero, a mi juicio, lo más valioso de este primer relato es que describe la articulación variable del campo contrarrevolucionario como una suerte de *guerra de posiciones*, esto es, ponderando los diversos puntos ocupados por cada uno de los principales actores según las sucesivas coyunturas que jalonaron la historia de la República, desde su misma proclamación el 14 de abril de 1931 o tras el primer intento de derrocamiento militar, con el golpe del general Sanjurjo de agosto de 1932, hasta la revolución social de octubre de 1934, las continuas crisis de gobierno o la victoria del Frente Popular en las elecciones de febrero de 1936. Con ello, los movimientos, las transiciones, los desplazamientos y las eventuales divergencias o convergencias se comprenden a la luz de las coyunturas cambiantes y de las estrategias desarrolladas para adaptarse a ellas con el fin de sobrevivir y lograr la hegemonía. El resultado final del predominio hegemónico de Falange de las JONS queda así concebido, no como una suerte de desembocadura fatal, sino como la resultante de una combinación

aleatoria y contingente de factores, alguno de ellos, según se indicará, del todo determinante.

La cuestión es que, a tenor de su marco interpretativo del fascismo, que prioriza el «proceso de fascistización» sobre la dimensión orgánica del partido fascista, todo este campo de las derechas contrarrevolucionarias queda dibujado como un «campo fascistizado». Esto es, un terreno político y social donde los elementos doctrinales y prácticos identificativos del fascismo van ocupando un lugar cada vez más central y determinante, integrando en torno a ellos a todos los actores involucrados, uno de los cuales, fundamental pero no exclusivo, fue el propio partido fascista español, la Falange de las JONS, con sus líderes y militantes. Así expuesto, lo que se contempla no es un partido fascista junto a unas derechas antirrepublicanas cada vez más radicalizadas, sino un campo imantado por los principios característicos del fascismo al que cada vez se van incorporando mayor cantidad de agrupaciones derechistas hasta el punto de convertir al propio fascismo en «representante del conjunto de la contrarrevolución» (p. 76).

El fascismo constituiría así un polo integrador de las derechas contrarrevolucionarias y no un partido más entre todas ellas. Y esa capacidad de integración procedería, no tanto de su debilidad doctrinal, como ha solido esgrimirse, sino más bien de su capacidad de síntesis doctrinal, sumada a su proyecto, no de rectificación de la República, sino de derrocamiento y sustitución por un Estado nuevo. La reconstrucción minuciosa de Gallego sirve entonces para apreciar cómo el vórtice del fascismo fue absorbiendo a todas las derechas contrarias a la democracia republicana, incluso a todo el liberalismo conservador, hasta imprimirles su sello inequívoco.

Dentro de este campo de progresiva fascistización, el partido estrictamente fascista contaba, desde luego, con elementos intransferibles: la retórica de la «revolución pendiente» (p. 347), insatisfecha por el 14 de abril, que traicionó, así, las ansias populares de cambio real; la aspiración a constituirse en un movimiento de masas; el proyecto de fundar un nuevo régimen; y, sobre todo, el alto valor conferido a la violencia como medio indispensable para lograrlo. Con todo, el fascismo español, en contraste con los europeos, se caracterizó también por la íntima solidaridad doctrinal que lo unía al resto de derechas contrarrevolucionarias, afinidad que venía dada por la común devolución católica, por la coincidente lectura de la historia nacional, por la idéntica interpretación de la fisonomía de la nación española, por la consiguiente identificación común de los enemigos de la patria y por detestar por igual el sistema

político diseñado en la Constitución de 1931. Coincidían incluso, al menos los monárquicos, los tradicionalistas, los falangistas y los nacionalsindicalistas, en diagnosticar su presente como de «guerra civil», sin atender a los intentos de estatalización democrática y constitucional, dando buena seña a día de hoy de cuál es, se quiera o no, la genealogía a la que pertenecen las historias que todavía se refieren a la época de entreguerras como de «guerra civil europea».

Era, por tanto, esta coincidencia cultural de base la que propició la configuración unitaria de ese campo fascistizado. Pero esa coincidencia, que permitirá explicar después la continuidad del fascismo español una vez derrotados sus congéneres europeos, no permite, sin embargo, pronosticar de antemano el liderazgo que Falange estaba llamada a ejercer en él. De hecho, a la altura de 1935, en plena resaca de la revolución social y la implacable represión militar, los fascistas españoles, y sus grupos más cercanos, los monárquicos y los tradicionalistas, contaban con una posición minoritaria. Esta irrelevancia vino además a corroborarla la cita electoral de febrero de 1936, especialmente en el caso de una Falange que, sin sumarse al Frente derechista, quedó como fuerza extraparlamentaria.

¿Quiere eso decir que el conjunto de las derechas en España era ajeno al fascismo? El enfoque de Gallego demuestra justo lo contrario. La CEDA, que en ese momento «se encontraba en el centro del universo de la derecha», ya planteaba sin rubor «sus ideas antiliberales, autoritarias, corporativas» (pp. 397-8), y la propia campaña electoral que protagonizó en aquella fecha puso de relieve que su intento de capitanear la contrarrevolución era con el coste de su propia fascistización, según evidenciaba «la facilidad con la que podía mantenerse una mística construida con mecanismos de lealtad al Jefe, de disciplina militarizada, de integrismo religioso, de conversión de la democracia parlamentaria en campo táctico, de aceptación de la violencia, de identificación del adversario con el enemigo de España y de progresiva adhesión a una camaradería de combate con los sectores de la derecha monárquica, tradicionalista e incluso falangista» (p. 404).

Esta importante puntualización desmiente así la habitual imagen que en la historiografía española ha tenido la CEDA como partido de centro-derecha, ajeno al fascismo y comprometido de algún modo con el sostenimiento de la República, algo que avalaría el posterior exilio de su máximo dirigente, José María Gil Robles. La confederación derechista, sin embargo, aspiraba también a derrocar y sustituir el régimen republicano, y si sus planes hegemónicos no triunfaron fue por la derrota electoral de 1936, justo el hito que

comenzó a crear las condiciones propicias para que fuese Falange la que se colocase en cabeza para el liderazgo de los contrarrevolucionarios. Y el medio que lo permitió, al igual que en la experiencia italiana, no fue otro que su vocación por la violencia y su entrega a la desestabilización de la democracia a través del terrorismo. En la primavera de 1936, cuando toda la derecha daba por descontado el golpe militar y los resultados electorales habían abierto, desde su perspectiva, un escenario de enfrentamiento letal «entre España y la Antiespaña» (p. 891), Falange comenzó a inclinar la balanza a su favor para convertirse en el partido civil del ejército a través de sus frecuentes atentados, también de sus contactos con militares y del ingreso de los mismos en la militancia del partido, y, sobre todo, gracias a contar con un discurso, unas intenciones y un proyecto capaz de convertir a la derecha contrarrevolucionaria en movimiento de masas dirigido a la sustitución de la República por un nuevo régimen. Sería, en fin, la guerra civil la que terminaría por ofrecer el contexto ideal para que este auge inesperado se convirtiese ya en predominio indiscutible y en absorción del resto de satélites derechistas. De hecho, como el propio autor insiste, este dato sería el que daría su timbre propio al fascismo español en comparación al resto de fascismos: el haber terminado su proceso de constitución en la «más envidiable» de las situaciones (p. 412), esto es, un escenario de conflagración civil, dentro de la cual comenzó a construirse el nuevo Estado que él mismo había diseñado.

He aquí, pues, una de las aportaciones principales del texto de Gallego, el llamar la atención, en términos comparativos, acerca del valor decisivo que tuvo el hecho de que «la conquista del poder» del fascismo en España se verificase «en el marco de una guerra civil». Y es que esta peculiaridad confirió al fascismo español su dureza y permanencia características. Le permitió alzarse sin complicaciones a la condición de representante único de la nación que él mismo había logrado rescatar, en una guerra que creó vínculos de identificación y solidaridad entre los combatientes sobre los que se asentaría el nuevo régimen político. Y le permitió asimismo presentarse, integrado con el ejército, como agente director, no ya de una guerra, sino de una «revolución nacional» que habría de engendrar un Estado renovado.

Tal es, en resumen, el núcleo de este primer bloque, repleto, como se ha visto, de metodología y conclusiones sugerentes. En el curso de su desarrollo se hallan, además, aspectos concretos dignos de estima, tanto instrumentales como sustantivos. En el primer aspecto, destaca el uso de revistas y medios de difusión hasta ahora poco frecuentados y el empleo de fuentes y testimo-

nios de la propia derecha golpista, despreciados normalmente como pura propaganda, pero repletos de noticias relevantes para reconstruir el imaginario interno a las derechas fascistizadas. Y en el segundo aspecto introduce interpretaciones novedosas, opuestas a las visiones habituales, como ocurre al examinar las relaciones entre José Antonio Primo de Rivera, líder de Falange, y Ramiro Ledesma Ramos, líder de las JONS, o al valorar la campaña electoral de las derechas en 1936 y su «efecto demoledor» para la futura convivencia (p. 400).

Hay también materia para la crítica. Ante todo, una evidente dificultad para la síntesis, sobre la que se abundará seguidamente. Al ser un libro con difusión para el gran público, se echa de menos una identificación previa de los actores, individuales y colectivos, del campo de las derechas antirrepúblicas, que permitiría una mejor orientación en toda la trama de partidos, plataformas, corrientes y grupos que lo constituían. E incluso se echa en falta una aproximación algo más materialista a los medios de comunicación que también conformaban ese campo, que no eran solo mero repositorio de ideas a exponer sino también empresas periodísticas con una circulación determinada, con tirada, distribución y anunciantes que no habría estado mal consignar para conocer su circulación real y su alcance integrador efectivo.

Cabe, por último, discutir la idoneidad del propio término ‘contrarrevolucionario’, ya adoptado casi con unanimidad por la historiografía del siglo xx español, y más concretamente para el análisis de las derechas opuestas a la República¹⁶. ¿Contra qué combatían estas derechas, contra una revolución social de corte comunista, o no solo contra esta, sino también, y muy destacadamente, contra reformas jurídicas e institucionales propias de un Estado social y democrático de derecho? Al igual que describir los años de entreguerras como un periodo de guerra civil europea tiene el defecto de postergar los intentos de estatalización democrática y constitucional propios de la época, designar a las derechas contrarias a la democracia como ‘contrarrevolucionarias’ tiene el efecto de presentarlas como opuestas fundamentalmente a la revolución comunista, y no tanto a la democracia parlamentaria, a la que también censurarían, pero por resultar inadecuada para gobernar en una sociedad de masas. Y esto, por más apariencia fidedigna que pueda tener en el caso español, por la concepción de República como «revolución política» y,

16 Valga el paradigmático ejemplo de la obra imprescindible de Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *Contrarrevolucionarios: radicalización de las derechas durante la Segunda República, 1931-1936*, Madrid, Alianza, 2011.

sobre todo, tras la radicalización derechista que siguió a la revolución de octubre de 1934, no se llega a corresponder del todo con un escenario en el que el principal enemigo a batir por esas derechas era la República de 1931 y sus reformas sobre la propiedad, la familia y la iglesia, y en el que ellas mismas acabaron siendo, paradójicamente, ‘revolucionarias’¹⁷.

III. PERMANENCIA DEL ‘18 DE JULIO’ Y ‘ESTADO CATÓLICO’

El segundo gran bloque, dividido, como se ha indicado, en dos partes diferenciadas, tiene ya contenido eminentemente doctrinal. Se estudia en él esa cultura de la que se revistió el campo de las derechas fascistizadas desde mediados de la guerra civil y que fue obra, ante todo, de una élite académica comprometida de forma directa con el régimen. La clave de lectura adoptada es la de entender esa cultura como una impugnación general al liberalismo, y, al revés de lo que suele hacerse, las eventuales discrepancias entre los diferentes tonos doctrinales, más falangistas o más tradicionales, no se interpretan como divisiones que escindían el bloque de poder en que se asentaba el régimen sino como pluralidad que muestra la capacidad integradora de la cultura política franquista, que podía incluir en su interior versiones discrepantes sin ver resentida, sino más bien reforzada, su unidad.

Los temas abordados en el estudio de la *plenitud doctrinal* del fascismo han sido ya enumerados. Es justo en ellos donde también aparece una de las principales aportaciones de la obra, a saber: la importancia que en toda la teorización de la nación, el imperio, el estado o la misma historia patria tuvo la religión católica no es lo que separa el fascismo español del resto de los fascismos europeos, sino lo que señala cuál fue la específica vía española hacia el totalitarismo. Como se dirá a continuación, la centralidad del catolicismo fue así, en la acertada exposición de Gallego, tanto el sello característico del totalitarismo español como la plataforma principal desde la cual pudo subsistir la cultura política franquista una vez derrotados en la guerra los totalitarismos europeos.

Pero antes de pasar a este nudo central del libro, el de la aparente defas-ticización de la cultura franquista, donde el autor introduce interpretaciones muy valiosas, conviene detenernos en la dimensión más propiamente de his-

¹⁷ En comunicación mantenida con el autor, me indicaba que, en su visión, el término contrarrevolucionario va declinado principalmente como enemigo de la democracia, no tanto de la revolución.

toria del pensamiento jurídico-político de su relato. Téngase presente desde ahora, por tanto, que las apreciaciones, tanto positivas como críticas, que van a sucederse cuentan con esta peculiaridad: venir formuladas por quien se ha dedicado casi en exclusiva hasta ahora a estudiar la cultura, debates y biografías de los juristas y quien, con un objeto de mayor enjundia y calado, y precedente de la historia política general, toma este asunto como parte central, pero instrumental de su investigación.

Esta sanísima intrusión del historiador en el terreno de la cultura de los juristas, que le lleva a indagar en obras centrales de Luis Legaz Lacambra, Francisco Javier Conde, Carlos Ruiz del Castillo, Ignacio M^a de Lojendio, Luis Sánchez Agesta, José Corts Grau, etc., lleva a conclusiones refrescantes, que significativamente no se han planteado nunca en la academia actual del derecho, señalando, con ello, un clamoroso vacío, científico, pero también ético, que solo los más jóvenes están tratando de colmar. No es otro que el silenciamiento general acerca del papel decisivo que la élite de los juristas españoles tuvo en la legitimación cultural y en la construcción teórica de la dictadura de Franco. Esta desmemoria deliberada se le hace palpable, por ejemplo, en el caso central de Legaz, destacadísimo y entregado teorizador del totalitarismo español, cuya obra del primer franquismo, signada por su vocación legitimadora, no mereció comentario alguno entre la abultada nómina de profesores que le rindió homenaje en un volumen colectivo publicado en 1993 (p. 600, n. 83). Y lo mismo podría encontrarse en otras disciplinas (Juan del Rosal en derecho penal, por ejemplo, o Federico de Castro en civil), cuyos catedráticos de los años 1980 o 1990 descendían académicamente de profesores que habían jugado un papel importante en la legitimación de la dictadura, sin que ello produjese embarazo, empujase a exorcizar demonios o a revisar con seriedad los posibles lastres culturales legados por la mentalidad autoritaria.

Ahora bien, abordar la historia de las construcciones de los juristas sin tomarla como objeto propio, sino como acervo de materiales que sirve para documentar otro objeto, el de la cultura política general, deja por necesidad de lado aspectos y cuestiones que resultan de relevancia y que, en algunos casos, hasta habrían contribuido a esclarecer mejor el asunto examinado.

Por ejemplo, se resalta «el grado de *continuidad de una élite académica*» (591) sin llegar a mencionar los procesos de depuración de la que traía consecuencia. De haberlos tenido presentes podría haberse moderado ese diagnóstico de continuidad, pues abundaron los profesores asesinados y los exiliados, y podría haberse referido esa cultura franquista, al menos cuando

venía producida por autores antes liberales, a unas condiciones de supervivencia académica marcadas por la colonización violenta de la esfera universitaria por parte del poder¹⁸. Por otro lado, se toman opiniones de uno u otro autor sin un conocimiento más o menos pleno de su obra y trayectoria, ni del debate en que se forjaron intelectualmente, datos que hubiesen explicado posiciones e interpretaciones: es el caso, por ejemplo, de la procedencia socialista de Francisco Javier Conde, o del historicismo que marcó tantas perspectivas analíticas, como la de Legaz, o de la primera versión, liberal y socialista, de la tesis sobre Heller de Enrique Gómez Arboleya, leída en 1935 ante Fernando de los Ríos y Francisco Ayala, y después alterada para su publicación en el boletín universitario granadino¹⁹, o de la primera versión también de *El Estado de derecho en la actualidad* de Legaz, cuyo cotejo con la actualización franquista habría mostrado mucho mejor el valor prototípico de su biografía intelectual²⁰, o del rechazo genuino, no devenido, de Posada, a través del organicismo krausista, a toda forma de democracia mecanicista basada en el principio de la mayoría²¹.

Todo ello explica asimismo que el hábito tan sano practicado en el primer bloque, el de entrar en el debate historiográfico e interpretativo, no se reproduzca con la misma frecuencia en el segundo, aunque literatura especializada la haya, y cada vez más abundante, como tampoco se suelen colocar, en las ocasiones que debiera, los productos de la cultura franquista en un debate de radio internacional y capitalidad alemana, como sucede en el caso de las doc-

18 Aparte de mis «Funciones del jurista (II)», que atienden a la reconstitución del derecho político tras la guerra, se encuentra un exhaustivo balance de conjunto en Luis Otero Carvajal (ed.), *La Universidad nacionalcatólica. La reacción antimoderna*, Madrid, Universidad Carlos III – Dykinson, 2014, con tres capítulos, suscritos por Javier San Andrés Corral y Gutmaro Gómez Bravo, que levantan todas las disciplinas jurídicas.

19 Véase sobre este caso particular Pedro J. MESAS DE ROMÁN, «La tesis doctoral de Enrique Gómez Arboleya sobre Hermann Heller», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37 (2003), 309-336.

20 La obra contenía una crítica liberal-conservadora a la democracia parlamentaria que, en su actualización franquista, y con las retractaciones debidas –presentadas como evolución y adecuación de su pensamiento a la coyuntura histórica entendida como necesidad providencial–, pasó elocuentemente a titularse *Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.

21 Su obra póstuma ya de tiempos dictatoriales, *La idea pura del Estado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, era, de hecho, actualización extendida de una contribución publicada en tiempos republicanos en la *Revista de Derecho público*, trasvasada a su *Tratado de Derecho político*, I: *Teoría del Estado*, Madrid, Victoriano Suárez, 1935.

trinas sobre la representación. Es más, su comprensible renuncia a entrar a valorar «el debate estrictamente jurídico», aun habiendo señalado, con todo el acierto, como un «campo imprescindible para el historiador» el de la crítica nacionalsindicalista al Estado liberal (p. 739), le conduce irremediablemente a no nombrar siquiera polémicas fundamentales que también fueron decisivas para la construcción del Estado franquista y su cultura legitimadora. No se trata ya de entrar con rigor conceptual a desentrañar las disputas doctrinales en materia administrativa, laboral, penal o jurídico-internacional, sino de considerar cuestiones de relevancia práctica capital, como, por ejemplo, la problemática del Fuero del Trabajo en tanto que fuente del derecho aplicable directamente por la magistratura.

Pero, según se ha dicho, no era este el propósito del autor, ceñido a la reconstrucción de la cultura política franquista, para lo que, en efecto, resulta paso ineludible analizar las construcciones teórico-jurídicas. Es aquí donde quizá se hace más evidente el desfase entre la economía expositiva (de este segundo bloque) del trabajo y su objeto particular de estudio, con el resultado ostensible de no alcanzar una asequible presentación sintética.

Me explico: si el objeto a desentrañar y exponer es el de un discurso, con sus enunciados más característicos, contruidos por una élite intelectual en torno a los principios capitales del nuevo régimen, si las trayectorias de los autores, los campos del saber en que se desenvuelven y los debates específicos que los constituyen no son el asunto relevante, sino solo el de esa cultura política franquista, no se comprende entonces por qué toda la exposición sigue prendida a las unidades convencionales del «autor» y la «obra» singulares, con la consecuencia de repetir una y otra vez, con diferentes modulaciones y en boca de diferentes personas y textos, exactamente las mismas ideas, haciendo empinada la lectura y alejando lamentablemente el texto de su lector. El objeto examinado, la cultura política franquista, visto además su carácter tautológico, habría permitido, por el contrario, adoptar una estrategia narrativa por completo diversa, donde los autores concretos y los textos particulares no habrían tenido más que un papel secundario y preliminar, de función ancilar de una estrecha ideología compacta y cerrada, desvinculada de la realidad.

Bien cierto es, sin embargo, que recorrer con exhaustividad las opiniones de todos los protagonistas de esa cultura política permite al autor realizar hallazgos interpretativos, profundizar con precisión en el sentido de sus ideas constitutivas y presentar con todos los matices los puntos abordados.

Esta lectura aguda e inteligente de los textos jurídico- políticos llega además a momentos de brillantez, como ocurre al exponer la revisión de sus planteamientos que a la altura de 1945 realizan Francisco Javier Conde y Luis Legaz, en su propósito compartido de fundar un Estado católico ajeno ya a las tentaciones del totalitarismo (p. 752 y ss.). De hecho, es esta segunda parte del segundo bloque, la dedicada al viraje relativo de la cultura legitimadora del franquismo para adecuarse al nuevo contexto internacional, pero garantizando su permanencia, la que, en el terreno de la historia cultural, cuenta con interpretaciones y conclusiones más originales y valiosas. Téngase presente que la historia convencional ha presentado este tránsito desde el momento de mayor retórica totalitaria al de mayor énfasis cristiano como una suerte de ruptura, o de demostración del escaso totalitarismo que en realidad anidaba en la cultura franquista, lo cual le permitió alumbrar, mal que bien, una especie de Estado de derecho. Muy diferente es la perspectiva de Gallego y su particular interpretación de esta transición doctrinal operada en el tramo de la «revolución constructiva», a partir de 1943, cuando comienzan a periclitarse los totalitarismos nazi y fascista. A su certero juicio, «no se produjo ruptura, sino un desplazamiento» interno al propio campo fascista, lo cual implicó que «la permanencia del régimen y la defensa de su singularidad» se propusiesen asimismo «como continuidad con el proceso de fascistización» (pp. 737-8)²².

Los elementos discursivos de esta transición doctrinal en el seno de la cultura política franquista son variados, y todos quedan cumplidamente examinados: la importancia capital del catolicismo, la confirmación correlativa y actualizada, en el terreno jurídico, del derecho natural de matriz escolástica, una relectura específica de la historia nacional, con una ponderación diferente del siglo XIX, un diálogo algo más abierto con la tradición liberal, el descarte de los factores (irracionalismo, colectivismo, romanticismo) más genuinamente totalitarios y la valorización de la dimensión anticomunista del régimen en un contexto internacional presentado como choque de civilizaciones. El propósito, como indica Gallego, era transitar desde una dictadura totalitaria hacia un Estado católico. La peculiaridad de esta presunta des-

²² En contraste con aquellos historiadores de la literatura que interpretan la reducción de la intensidad totalitaria con una apertura liberal, Gallego señala que «[e]l fascismo español no sobrevivió por el hecho de no haberlo sido nunca del todo, sino por haber logrado un nivel de inclusión y de sincretismo de los que otros fascismos europeos creyeron que podían prescindir» (*ibíd.*). El propio autor, en p. 748 y ss., contrasta los dos modos de explicar esta transición doctrinal, el de la historia centrista convencional y el que él propone en *El evangelio fascista*.

fascistización de la cultura franquista es que pudo realizarse sin apariencia descarada de rectificación, pues todos esos elementos se encontraban ya en las primeras teorizaciones, pero no a modo de rechazo del totalitarismo, sino como forma de señalar la aportación española a la constelación totalitaria. De ahí que no se operase en realidad ruptura alguna ni que los cínicos envaines de los intelectuales y del propio dictador apareciesen como dolorosa y arrependida autonegación. De hecho, y es aquí donde se aprecia con claridad la continuidad de fondo de la lógica fascista, «la justificación teórica de la singularidad, permanencia y continuidad del régimen» de Franco (p. 757), después de derrotados los fascismos, tuvo su epicentro en la revalidación ética del «18 de Julio», en la justificación moral del golpe perpetrado en ese día y en la idéntica comprensión del enfrentamiento bélico como rescate de la nación auténtica frente a la agresión de sus enemigos.

Así pues, si la dictadura franquista había de continuar después de eliminados los totalitarismos europeos, no solo era porque sus fundamentos culturales, por su cristianismo, su anticomunismo y su presunto humanismo, se habían diferenciado siempre de aquellas experiencias, sino también, y sobre todo, porque los motivos fundacionales de la dictadura, concentrados en la justificación del golpe y en la interpretación partidaria de la guerra, continuaban teniendo plena vigencia a la altura de 1945. Es más, la revisión doctrinal posterior a 1943 se autoconció precisamente como un rescate de la verdadera esencia del 18 de julio, descontaminándolo de las injerencias totalitarias extranjeras. Lo revelador es que la validez persistente del momento fundacional de la dictadura, justo el que había permitido condensar todo el campo reaccionario en torno a los principios del fascismo, continuaba viva en 1947-8, según muestra el autor en la utilísima y desmitificadora reconstrucción de la polémica entre el Pedro Laín Entralgo de *El problema de España* y el Rafael Calvo Serer de *España sin problema*, ninguno de los cuales se planteaba siquiera conceder «ciudadanía a los vencidos», porque compartían «la expropiación de la condición española del adversario» y coincidían en su ratificación de «la victoria de 1939 y de los motivos del 18 de julio» (pp. 882, 885). De este modo, aunque la retórica externa más totalitaria pudiera revocarse, el origen netamente fascista de la dictadura, presentado como restauración nacional, resultó ser el punto irrevocable, e innegociable por parte de los vencedores, que explica la notoria continuidad y la longevidad de la dictadura española y su cultura legitimadora.

IV. DEL LIBERALISMO AL FASCISMO

Solo me atrevería a interponer un pero a esta impecable interpretación. La objeción se refiere a la localización de la continuidad cultural de fondo entre los juristas en su antiliberalismo, ya presente en años republicanos como signo además de su progresiva fascistización. Sería este ataque doctrinal al Estado liberal en el momento de su crisis el que explicaría el paso indoloro desde el régimen republicano al primer franquismo, y el que constituiría el horizonte cultural «indispensable para construir espacios de complicidad intelectual, de hegemonía ideológica y de formación profesional de los cuadros políticos del régimen» (p. 739). El problema de raíz de esta interpretación procede de un concepto solo parcial de lo «liberal», entendido como sinónimo de lo democrático y del imperio constitucional de los derechos individuales y políticos.

Tal es, en efecto, el concepto de liberalismo tácitamente empleado por buena parte de la historiografía, sobre todo a la hora de calificar los autoritarismos como antiliberales. El problema es que ese concepto de liberalismo no es el que encontró plasmación histórica concreta en el Estado liberal del siglo XIX, algo especialmente notorio en el caso español. Ese Estado liberal decimonónico –y, así, lo que el «liberalismo» significó en su realidad institucional concreta– no se caracterizaba ni por el imperio de la Constitución y la ley parlamentaria, ni por el goce irrestricto de los derechos en ella consagrados, ni por la democracia, sino más bien por el imperio del ejecutivo, el ejercicio del poder a través de una administración discrecional y la restricción habitual, tanto legal como gubernativa, de los derechos individuales. El Estado liberal al que atacaban los franquistas era más bien una construcción doctrinal sin excesivo correlato en la realidad histórica; de hecho, se ha sostenido con razón que los objetivos perseguidos en la construcción autoritaria del Estado liberal en el siglo XIX fueron paradójicamente logrados en buena parte por el propio franquismo²³, algo que demuestra, no la disparidad de inspiración cultural, sino más bien lo contrario, la solidaridad de fondo con los planteamientos jurídicos del liberalismo conservador de la España isabelina (1833-1868) y la Restauración (1875-1923)²⁴.

²³ Vid. el clásico de Jordi SOLÉ TURA, Eliseo AJA, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, Siglo XXI, 1977.

²⁴ Por eso hubo continuidad legal e institucional con el sistema político de la Restauración no solo a partir de 1943, sino desde el primer momento: S. MARTÍN, «Génesis y

A lo que se oponían estos juristas, por tanto, no era al liberalismo sin más, sino a una variante del mismo muy específica, la laica, individualista, tolerante y solo relativamente democrática, que en la genealogía española era francamente minoritaria y que no había tenido más oportunidad de vigencia que durante el Sexenio. Su auténtico demonio, por tanto, no era el liberalismo efectivamente vigente y predominante en la historia estatal española, sino la democracia sin más, la republicana en particular y, sobre todo, la de signo social ensayada por la República. Por eso no debe sorprender que Luis Legaz o Carlos Ruiz del Castillo o Eduardo L. Llorens o Sabino Álvarez Gendín o incluso el propio Antonio Goicoechea, todos ellos juristas liberal-conservadores, se enfrentaran en un comienzo a la República, no en nombre del fascismo, sino enarbolando los principios capitales del Estado liberal tradicional –propiedad, contrato, matrimonio sacramental, familia– contra la democracia social. Frente a la socialización democratizada republicana, se trataba de engrosar la defensa cerrada de la propiedad privada y la libertad contractual; contra el pluralismo jurídico, visible ante todo en el mundo laboral, y la aceptación del carácter compuesto de la nación, perceptible en el régimen autonómico, se trataba de propugnar el regreso al monismo de la soberanía estatal; y, por supuesto, frente a la secularización y la afirmación de la supremacía del poder civil sobre el eclesiástico, se trataba de defender la autonomía de la iglesia católica y la prosecución de su tutela cultural sobre la sociedad. Así, todavía en 1934-35, lo que predominaba en la élite jurídica opuesta a la República no era un antiliberalismo que mantendrían durante y tras la guerra civil; profesaban, por el contrario, un liberalismo conservador incompatible con la democracia pluralista y transformadora del sistema republicano, pero desde el que se transitó apenas sin escollos, ante la presión socializadora y en el contexto de la guerra, hacia los principios más netamente fascistas.

En este sentido, el proceso de fascistización expuesto por Gallego permite apreciar hasta qué punto el núcleo doctrinal fascista llegó a absorber incluso al liberalismo conservador, pero esta absorción implicó una considerable rectificación, como demuestra, por ejemplo, el caso mencionado de Legaz y la reedición revisada de su *Estado de derecho* convertido ya en *Estado nacionalsindicalista*. Teniendo este dato presente, se torna además mucho más comprensible el rescate estratégico del liberalismo doctrinario, y el diálogo más fluido entablado con el siglo XIX, ya desde 1945, expuesto con detalle por

estructura del ‘nuevo’ Estado», en F. Fernández-Crehuet, D. García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, 79-135.

el autor, principalmente a través de las ideas de Luis Díez del Corral, pero no solo (p. 827 y ss.). Lo que ocurre es que en este punto la cultura franquista no experimentó una inflexión, más bien se producía en ella un reencuentro con sus raíces originarias, colocadas en la España isabelina y en la Restauración, regímenes fundamentados doctrinalmente en una aleación entre liberalismo capitalista, autoritarismo estatal, nacionalismo centralizado y catolicismo integral, todo ello expresado en la monarquía como valor prepolítico fundamental, algo –la naturaleza de «Reino» que caracterizaba a la nación española– que el propio régimen no tardaría en reconocer en la Ley de Sucesión de 1947. Y, claro, este dato no debe servir para sostener que el fascismo fue una especie de sarampión pasajero del liberalismo conservador español, sino justo lo contrario, esto es: que el modo en que se constituyó nuestro derecho, mediante abuso de autoridad, estados de excepción, leyes autoritarias y conceptos excluyentes de la comunidad, lo hacía –¿y lo hace?– por su propia naturaleza muy permeable a los atributos identificadores del fascismo en general.

LA CONTEMPORANEÍSTICA ANTE EL ESTADO FRANQUISTA¹

I. LEGITIMACIÓN CULTURAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS

En España, la historia del Estado se ha quedado prácticamente sin cultivar entre una historia constitucional interesada, ante todo, en los textos de las constituciones sucesivas, y una historia contemporánea centrada en la historia política². Entre la exégesis y los comentarios de las normas fundamentales históricas y la reconstrucción de trayectorias de partidos, ideologías y políticos, el objeto estatal ha permanecido casi sin identificar como asunto de entidad propia para la historia en general, y la del derecho en especial.

La carencia es notable porque la historia de las sociedades europeas desde el siglo xix es la historia de su paulatina estatalización, que culmina, con proyectos divergentes, democráticos unos, autoritarios otros, en la pasada centuria. A ella se añade otra particularidad, que ha conjurado contra la clara y abierta identificación del Estado en su conjunto como objeto esencial de la historiografía: la casi total incomunicación entre la historia general y la dedicada al derecho y las instituciones. Ni existe cátedra alguna de historia institucional o jurídica cubierta por los profesionales del ramo en las facultades de humanidades o de historia, ni tampoco existe la entrada indispensable de las referencias historiográficas generales, sociales y políticas, en las exposiciones escolares de historia jurídica; mucho menos asignatura de historia general que ilustre a los estudiantes de derecho en el comienzo de su andadura universitaria.

Con estos precedentes, en lo que concierne al siglo xx, el panorama en España ha sido, salvando aproximaciones particulares y valiosas, el de una historia del derecho hasta el momento casi ausente y el de una nutridísima y laboriosa historia contemporánea en la que lo institucional, por no decir lo

1 Recensión de Miguel Ángel GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, CEPC, 2014, publicada originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 44 (2015), 1019-1033.

2 [Esta consideración requiere ya a día de hoy una excepción de calidad sobresaliente, abordada en el capítulo tercero de la siguiente monografía: Juan PRO, *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo xix*, Madrid, Alianza, 2019.]

estatal, carecía de la autonomía y la entidad necesarias para concederles la atención de un estudio monográfico.

Por estos motivos es de celebrar la reciente monografía de Miguel Ángel Giménez, joven contemporaneísta extraordinariamente prolífico, que ya ha contribuido con otras monografías al estudio de instituciones capitales del Estado español de la pasada centuria³. No diremos que la cuestión del régimen político franquista sea terreno baldío. Aparte de haber sido examinada como asunto particular en exposiciones generales⁴, ha contado con aproximaciones monográficas de considerable utilidad⁵, y con estudios dedicados a instituciones o fuentes concretas⁶, utilizados en su mayor parte como base bibliográfica del libro aquí reseñado. De hecho, la existencia de este soporte anterior, y el propio tono expositivo, convierten este texto tanto en una investigación independiente como en una labor de síntesis de otras investigaciones, algo que faltaba en el ámbito historiográfico español para la época y el

3 Su tesis doctoral estuvo dedicada a un tema abordado en uno de los capítulos de la monografía reseñada: *Las Cortes españolas en el régimen de Franco: nacimiento, desarrollo y extinción de una Cámara orgánica*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012. En la misma línea, abordando un momento crucial de la historia política española, ha publicado *Un parlamento en transición: las Cortes Constituyentes (1977-1979)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2015. [Y ya después de la presente reseña dio a la imprenta la exposición general *Historia del parlamentarismo español*, Madrid, CEPC, 2017.]

4 Santos JULIÁ, Giuliana DI FEBO, *El franquismo*, Barcelona, Paidós, 2005. Aunque en otros casos es aspecto demasiado menor: Borja DE RIQUER, *La dictadura de Franco*, vol. 9 de la *Historia de España* dirigida por Josep Fontana y Ramón Villares, Barcelona-Madrid, Crítica-Marcial Pons, 2010.

5 Juan FERRANDO BADÍA, *El régimen de Franco. Un enfoque jurídico-político*, Madrid, Tecnos, 1984, pero también la útil presentación de Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, *España, 1939-1975. Régimen político e ideología*, Barcelona, Labor, 1978. Y últimamente José ZAFRA VALVERDE, *El sistema político en las décadas de Franco*, Basauri, Grafite, 2004, Álvaro SOTO CARMONA, *Institucionalización y crisis del franquismo*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, y Federico Fernández-Crehuet, António M. Hespanha (Hg.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2008.

6 Valgan, para las instituciones, dos ejemplos bien valiosos, aunque cronológicamente acotados: Mónica LANERO TÁBOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, CEC, 1996; Francisco BERNAL GARCÍA, *El sindicalismo vertical. Burocracia, control laboral y representación de intereses en la España franquista*, Madrid, CEPC, 2010. Y para las fuentes, la investigación de Enrique ÁLVAREZ CORA, *La constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

objeto en cuestión. La síntesis bibliográfica era, además, obligada, pues quizá no hubiera podido encerrarse de otro modo en un volumen el examen de todos los aspectos implicados en el objeto «Estado». El resultado, en suma, es que el público español interesado en el tema dispone desde ahora de un ensayo equiparable al que, para el caso de la dictadura de Mussolini, realizó hace ya décadas Alberto Aquarone⁷. Un ensayo impecablemente redactado, de sistemática irreprochable y fundado en buena medida sobre materiales jurídicos, de ahí su destacado interés para el jurista historiador.

Giménez divide su exposición en dos partes diferenciadas. En la primera trata de los fundamentos culturales y jurídicos del sistema político franquista, mientras en la segunda, más extensa, aborda cada una de las grandes instituciones del Estado: la jefatura del mismo, el gobierno, las Cortes, el Consejo Nacional, la justicia, el ejército, la administración y la organización sindical. El libro cuenta además con un amplio anexo prosopográfico, donde se hace inventario de los altos cargos de la administración franquista, y con un cuidado cuadernillo de ilustraciones fotográficas, situado entre las pp. 304 y 305, con certeros pies descriptivos.

El primer bloque arranca con un punto capital: el debate en torno a la «naturaleza» del régimen político franquista suscitado por la tipificación que del mismo hizo Juan José Linz calificándolo de «autoritario», no totalitario, intento que fue contestado por historiadores progresistas (y exiliados) como Manuel Tuñón de Lara. En lugar de una caracterización uniforme, el autor prefiere, «dada la larga duración del régimen», tratar de las «distintas naturalezas» que tuvo, a saber: una originaria militar (1936-1937), otra posterior, pero breve, de «seducción totalitaria» (1937-1942), una sucesiva, más extensa y central, de «afirmación autoritaria» y nacional-católica (1942-1953), y una última, todavía más larga, de «apertura limitada», que abarcaría desde los pactos con los Estados Unidos de 1953 hasta la autodisolución institucional de la dictadura.

Ya esta división de naturalezas, que se quiere clarificadora, llama la atención por diferentes razones, que más bien oscurecen la comprensión del objeto. Por el término empleado –también habla de la «fase más miméticamente fascista» (p. 55)–, parece que lo totalitario se reduce a un corto influjo exterior, que «sedujo» a los protagonistas del franquismo, obligándoles a renunciar a su propia esencia, que se supone sería la tradicional y católica. Para sustentar su calificación no se toma el trabajo metodológico de anunciar al lector

7 A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario* (1965), Torino, Einaudi, 2003.

cuál es el concepto de totalitarismo que emplea para su tipificación, aunque se deduce del epígrafe que la existencia de un partido único y del Fuero del Trabajo son los factores en que se cifraría su epidérmico totalitarismo por contagio externo, ante todo italiano⁸. No parece entonces que sean elementos inherentes al tipo totalitario el nacionalismo excluyente, la represión estructural, la dictadura unipersonal o los medios coactivos de generación de consensos, de la propaganda y la censura al adoctrinamiento oficial y la misma política social. Se da por entendido también que en España no llegó a existir, ni siquiera en este primer arranque, «un Estado fascista ‘stricto sensu’ como el hitleriano o el mussoliniano» (p. 39), porque el partido nunca se colocó por encima del Estado, como si eso hubiese llegado a ocurrir de forma permanente en Italia. Ahora bien, aun limitada la importada dimensión totalitaria a los dos elementos citados, el partido único y la carta de valores sociales y constitucionales, ¿por qué no sigue considerándose al menos un residuo de la misma su respectiva permanencia hasta el mismo final del régimen?

Ya veremos, de hecho, si efectivamente esa calificación plural del Estado franquista con varias naturalezas en función de la coyuntura, que supone su discontinuidad, se compadece bien con la propia reconstrucción del autor, o, sin embargo, entra en tensión con ella, al introducir variaciones superficiales que no afectaron a la esencial continuidad del régimen político –esto es, del Estado, hipotético asunto de estudio en la presente monografía– desde su propio nacimiento. Basta por ahora añadir, a este comentario preliminar, que también parece un punto exagerada esa última y extensa etapa de «apertura limitada». Claro es que lo pretendido es «solo indicar jalones definitorios de la naturaleza de la dictadura por su trascendencia política, social y económica» (p. 34), pero, ¿es ese el enfoque más adecuado para una historia que se dice, no política y socio-económica, sino del Estado? ¿Ha llegado el autor a adoptar por entero el enfoque metodológico que exige el objeto de que trata? ¿No hubiese sido más atinada a ese fin la división, descartada como «puramente constitucional», que distingue una última etapa, desde la segunda mitad de los 1960, cuando se aprueba la Ley Orgánica del Estado, y aun un epílogo final, con las transformaciones institucionales de los últimos compases? Queden estas dudas apuntadas para las consideraciones finales.

Giménez se inquiera asimismo sobre la fuente de legitimidad del régimen.

8 Téngase sin embargo presente que respecto de la organización laboral sobre la base de la reglamentación nacional de las condiciones de trabajo, el modelo del franquismo fue el III Reich alemán.

Hubo, a su juicio, dos, una «de origen» y otra «de ejercicio». La originaria no era otra que el golpe de Estado de 18 de julio contra un régimen «ilegítimo», la guerra civil subsiguiente, presentada como «Cruzada», y la victoria conseguida gracias a un caudillo designado por la providencia. Como indica el autor, el «régimen de Franco fue siempre expresamente el de los vencedores y nunca intentó, antes al contrario, apearse de semejante carácter»; tanto es así que «el recurso al recuerdo de la Guerra Civil como principal expediente legitimador del régimen [...] no se abandonará nunca hasta la reforma de Suárez», ya en 1977, muerto Franco (p. 55). Conviene retener estos pareceres porque interesarán también para la ponderación final. En cuanto a la legitimidad dimanada del desarrollo institucional, procedió de la modernización económica y la elevación relativa de la renta nacional, e intentó compensar desde muy pronto los déficits que la legitimidad originaria presentaba ante las nuevas generaciones que no vivieron la conflagración.

Entre los postulados ideológicos que dieron cimiento cultural al Estado de Franco se distinguen aquellos «fundacionales», localizados en la propia raíz del modelo, de los sobrevenidos que permitieron renovarlo internamente. Se alude así, entre los primeros, al nacionalismo imperialista, al catolicismo integral, al autoritarismo, al corporativismo y a la persistente oposición al comunismo y a la democracia parlamentaria⁹. Y como elementos renovadores se citan el «desarrollismo» económico y, con todo el acierto, el «apoliticismo y la desmovilización», aunque, bien visto, este factor era también fundacional, pues la asimilación forzosa a la comunidad nacional auténtica conllevaba, por fuerza, la eliminación de toda disputa entre programas o proyectos de país, es decir, la supresión de la política misma. Y es que, como el propio autor señala, la dictadura franquista «quiso ser siempre, por encima de sus azares y avatares, un régimen antipolítico, cuyo ideal era la despolitización de los españoles» (p. 94). De hecho, no es casual que la misma vigilancia policial

9 Con terminología corriente en la historiografía, el autor emplea el término «anti-liberalismo» (pp. 79-81), sin dejar hueco entonces al liberalismo de la iniciativa privada en economía, de la centralidad de la propiedad privada y de los valores conservadores, que no solo tenía acomodo en el régimen, sino que suministraba además base social y legitimación cultural al mismo. Al cifrar la alergia a lo «liberal» en la «reacción contra las instituciones republicanas», sobre todo el «sufragio universal y el parlamentarismo», se sobreentiende, sin embargo, que la referencia es, en realidad, a la democracia, y no al liberalismo, que se fundó y tanto tiempo vivió sin sufragio universal –negándolo con virulencia, de hecho– y sin parlamentarismo –con sistemas políticos basados en la prioridad del poder ejecutivo–.

de los derrotados, ya bien entrados los 1950, persiguiese en sus pesquisas corroborar, como muestra del éxito tanto de la guerra como de la dictadura, que los izquierdistas y los republicanos ya habían pasado a tener una existencia privatizada, despolitizada, con hábitos y costumbres (trabajo, hogar, iglesia, esparcimiento políticamente neutro) compatibles con las esencias del régimen¹⁰.

Por último, en este primer bloque se estudian dos puntos de importancia capital para la configuración del Estado franquista. Por un lado, el partido único, el llamado «Movimiento Nacional». Todas las fases de su trayectoria quedan puntualmente examinadas, así como su estructura orgánica, sus dependencias y funciones. Por otro lado, se analiza, junto a la forma de Estado, cada una de las llamadas «Leyes Fundamentales» que dieron osamenta axiológica e institucional a la dictadura. Su exposición es una brillante combinación de interpretaciones doctrinales, contenidos legales, juicios de situación y comentarios de ponderación conclusiva.

El segundo bloque, como se ha indicado, recorre cada una de las grandes instituciones. En casi todos los casos nos encontramos también una exposición que concilia las variadas facetas que convergen en ellas: su definición teórica, su legitimación cultural, su historia interna, con indicación de cada una de las fases que atravesó, y la descripción de su estatuto, órganos, funciones, competencias y, en su caso, titulares. Para ello se basa en un amplísimo repertorio documental compuesto de fuentes legales y doctrinales, biografías y memorias de los protagonistas y una exhaustiva, inagotable y actualizada bibliografía. Junto a motivos evidentes de cultura historiográfica general, si por algo ha de interesar al jurista historiador el volumen reseñado es precisamente por el papel central que en su desarrollo juegan todos los materiales jurídicos e institucionales, tanto legales como de teoría del derecho.

Tomemos un caso que ejemplifica esa confluencia temática que debería despertar el interés de los historiadores del derecho. En el capítulo sobre la «Jefatura del Estado» repasa las teorías del caudillaje que quisieron revestir el cargo de trascendencia y destino. Se detiene así en la famosa interpretación de Francisco J. Conde, que presenta con acierto y eficacia. Se aprecia en este

10 Llamo la atención sobre ello en «Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1874-1974)», *Quaderni fiorentini*, 38 (2009), 917-8. Miguel Ángel Giménez rescata declaraciones del dictador que permiten apreciar hasta qué punto «se sintió satisfecho con esta masiva despolitización, que había afectado, sobre todo, a la mentalidad de los trabajadores» (p. 95).

punto la distancia notoria entre el discurso analítico de los historiadores y el de los juristas cuando de examinar una teoría jurídica se trata. Así, invocando la autoridad de Ismael Saz, contemporaneísta experto en el periodo¹¹, se afirma que la «progresiva derrota del falangismo más radical y la reafirmación del carácter puramente tradicional y católico del Movimiento marcó una reformulación del concepto de caudillaje» (p. 192), y de ello sería expresión, por lo visto, la noción mantenida por Conde. Dejando a un lado la firme militancia falangista de este profesor de derecho político, por no hablar de la forzada disociación entre catolicismo y falangismo a la que después se aludirá, no se llega a entender lo que conduce a pensar que una fundamentación weberiana del caudillaje anclada en la idea joseantoniana de «destino» supone una alternativa católica a las ideas prácticamente simultáneas sobre el particular de Luis Legaz Lacambra y Juan Beneyto. Como tampoco se alcanza a comprender cómo vuelve a ser Conde quien, a través de su obra de 1945 *Representación política y régimen español*, termine por sustraer al «caudillaje español muchos de sus rasgos fascistas y populistas» hasta resolverlo «en contenidos tradicionales (monárquicos y cristianos) y racionales (las Leyes Fundamentales)» (p. 194), cuando su concepto de la «esencia de la representación política», virtualmente idéntico al expuesto por Carl Schmitt y Gerhard Leibholz en su combate contra la República de Weimar¹², continuaba haciendo del dictador la persona que «hacía presente» y «actualizaba» políticamente al «pueblo», entendido como comunidad unitaria «de valores»¹³.

Diríase que la estratégica reducción que Conde hizo en dicha obra del fascismo como puro irracionalismo –«acción, sin más objetivo que la acción misma»¹⁴– sigue sirviendo al historiador de hoy para creer que sus postulados se hallaban liberados de todo residuo genuinamente fascista. O podría

11 Son títulos de referencia de este autor *España contra España: los nacionalismos franquistas*, Madrid, Marcial Pons, 2003; *Fascismo y franquismo*, Universidad de Valencia, 2004; y *Las caras del franquismo*, Granada, Comares, 2013. Y, sobre este asunto particular, puede consultarse «Franco, ¿caudillo fascista?: sobre las sucesivas y contradictorias concepciones falangistas del caudillaje franquista», *Historia y política*, 27 (2012), 27-50.

12 No es casual además la coincidencia de título: Gerhard LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin, Gruyter, 1929.

13 FRANCISCO J. CONDE, *Representación política y régimen español*, Madrid, Subsecretaría de Educación Popular, 1945, 49 ss.

14 *Ibíd.*, 88 y 40 para su interpretación de la representación política bajo el fascismo.

llegar a argumentarse otra cosa, aún más grave: sostener que la idea de representación política esgrimida por Conde en 1945 estaba ya emancipada por completo de inclinaciones fascistas supone un ejercicio interpretativo muy concreto, que concede plena credibilidad a las fuentes doctrinales del fascismo español para hablar sobre la esencia del propio fascismo español. El criterio hermenéutico que se moviliza entonces es el ingenuo de la pura literalidad, de forma que las fuentes siempre dicen lo que dicen literalmente, y se esfuerzan por expresar sin intenciones la verdad, sin esconder estrategias prácticas detrás, que el intérprete, en un ejercicio de «desconfianza», estaría llamado a desvelar¹⁵.

Concretemos. Si Conde en su exposición del *régimen político español* dice que para su generación el fascismo fue solo «una idea muy seductora» (adjetivo que parece inspirar el diagnóstico de Giménez); que España mantuvo desde el comienzo una posición de escrupulosa neutralidad «frente a las ideas pugnantes» del fascismo, el comunismo y el liberalismo, pretendiendo con su gesta trascender la pugna misma; si afirma que para los combatientes nacionalistas españoles, a diferencia de los fascistas, la violencia no era un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio de la «verdad»; y, en fin, si sostiene que lo propio del liderazgo español era, no «abandonarse a merced de sus impulsos irracionales», al modo fascista, sino señalar un plan de acción «racional» inspirado en el amor al prójimo e inscrito, por tanto, «en

15 El tratamiento historiográfico de las fuentes producidas bajo una dictadura entraña un problema metodológico de primer orden. Lo habitual –como en el caso que nos ocupa– es no problematizar los modos de producción de dichas fuentes y obrar en consecuencia. El desafío suele quedar salvado, cuando se trata de fuentes de cultura, con resaltar su evidente función legitimadora, pero, a veces, como aquí ocurre, se predica de ellas una dudosa capacidad descriptiva del objeto legitimado. Obsérvese que no se alude a la vieja disyuntiva entre la «gran desconfianza alegórica» propia de la crítica tradicional de textos, que, en modo exegético-religioso, imponía a «los comentaristas la tarea de recuperar por doquier el verdadero pensamiento del autor», sus auténticas intenciones, y la «crítica contemporánea» que, atendida a lo que los textos dicen, logra descubrir «relaciones formales» entre sus enunciados que antes habían pasado desapercibidas (vid. Michel Foucault, «Sobre las maneras de escribir la historia» (1967), en Id., *¿Qué es usted, profesor Foucault? Sobre la arqueología y su método*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, 162). Aquí se lidia más bien con la falsedad exterior congénita a las fuentes producidas bajo un régimen de represión y censura generales con la finalidad preponderante de justificarlo. Por otra parte, no es en absoluto intención del autor de la monografía practicar análisis formal de los discursos; más bien incurre en una ingenuidad inversa, pero paralela, a la de la crítica tradicional, que es la de entender los textos como reflejo inmediato de la realidad.

el horizonte cristiano»¹⁶, entonces, si Conde afirma todo esto sobre la representación política, es que se ha abandonado ya todo fascismo y se ha pasado a una concepción racional y católica de la misma. Labor del intérprete, sin embargo, es interponer filtros críticos a los testimonios de los interlocutores históricos para no limitarse a resumir o parafrasear textos, sino para intentar desentrañarlos, detectando en ellos prácticas y estrategias.

Aplicando tales filtros, parece evidente, en primer lugar, que la representación que Conde hacía del fascismo se compadecía muy mal con la entera realidad del sistema italiano, que no era verborrea irracionalista sin más. Resulta también obvio, en segundo término, que Conde, como el resto de juristas del primer franquismo, había aplicado a sus teorías giros del vitalismo totalitario, que ahora convenía ocultar, del mismo modo que había concebido desde siempre la guerra y el nuevo Estado como experiencias encuadradas dentro la catolicidad esencial de España, lo que ocurre es que este catolicismo integral, que en el fragor de la guerra señalaba la aportación particular de España a la constelación totalitaria, resultaba ahora la plataforma desde la que sacudirse el parentesco totalitario. No es menos patente, en tercera instancia, que esa concepción de la comunidad nacional como entidad axiológica monolítica, verdadera, a la que había que «rescatar» por la violencia de la decadencia en la que la tenían sumida los enemigos republicanos, recuerda mucho a la nueva y verdadera Italia que los fascistas vinieron a salvar también por el terror de la corrosión a la que la habían sometido socialistas, comunistas, populistas y liberales. En cuarto lugar, tampoco presenta excesiva dificultad calificar como populista cualquier teoría que supusiese la identificación de todo el pueblo en su conjunto, considerado como unidad, con su dictador. Y, por último, parece igualmente claro que aludir a un «plan racional» como *telos* de la labor actualizadora e integradora del representante es dato del todo insuficiente para decretar su racionalidad efectiva, mucho más si viene rodeado de categorías místicas, emotivas e irracionales — «amor», «verdad», «idea», «destino», «*ethos* existencial»—, que se compadecen muy mal con un tipo de representación basada en un derecho racional. Por eso, la teoría de Conde, más que suponer una mutación de planteamiento, desde el fascismo irracionalista al cristianismo humanista y racional, implica un desplazamiento interno al propio campo de las doctrinas jurídico-políticas del fascismo español. Porque, ¿no fue acaso el fascismo español, desde su origen, un fascismo católico, es decir, que hacía del catolicismo el núcleo esencial de la na-

16 Francisco J. CONDE, *Representación política y régimen español*, 84, 91, 93 y 97.

ción a la que quería encarnar y salvar? ¿O es que lo fascista debe reducirse a lo irracional, y una vez jibarizado, separase de lo católico, como si lo católico lo negase por principio? La convicción de quien suscribe es clara: el sustrato y la esencia cultural del fascismo español no puede entenderse si se cree que el catolicismo implica la negación del fascismo.

Como se ha indicado, Giménez no solo se detiene en la legitimación cultural de las diversas instituciones. Recorre todos sus aspectos. En el caso de la Jefatura del Estado cuenta la concentración de todos los poderes en la persona de Franco, destaca la unión en él de la jefatura estatal con la presidencia del gobierno, narra la conversión de la dictadura en una monarquía a través de la futura sucesión del «Caudillo», algo que supuso una «instauración» en toda regla, no una mera «restauración» (p. 206), y expone, por último, los motivos y la suerte final de esta «Monarquía del 18 de julio».

Aborda después el caso del «Gobierno» considerado como «aparato» que hace posible «la dirección pública de la colectividad social» (p. 215). Aunque al final de la dictadura se disociaron la jefatura del Estado y la presidencia del Gobierno, prácticamente durante toda su existencia ambos cargos se concentraron en Franco, quien fue también jefe del ejército y del partido único. Este dato es el que señala la particularidad del instituto: «la autoridad suprema, incontestada, centrando todos los poderes, del ‘Caudillo’ impidió el desarrollo autónomo de un Gobierno, de un Consejo de Ministros claramente diferenciado jurídica y políticamente de la Jefatura del Estado» (p. 218). A lo que se añadía otra, de importancia central: visto que «la línea política autoritaria del régimen resultaba, por definición, inalterable», el cometido del gobierno solía ser técnico-administrativo. Examina así las funciones del «Consejo de Ministros» –«administrativa, consultiva y legitimadora»–, cuenta, sirviéndose de testimonios y memorias, el modo efectivo en que solían funcionar en sus reuniones, realiza atinadas observaciones sobre la presunta capacidad de mando del dictador y analiza las relaciones difíciles entre los ministerios, que también detalla en su aspecto orgánico y en el de sus respectivos titulares. El «Gobierno», en certera conclusión del autor, «fue el elemento perfecto para dar cobertura a las decisiones políticas del ‘Caudillo’ y para preservar a éste del desgaste de tantos años al mando del Estado» (p. 222), y los sucesivos que se dieron en tiempos franquistas tuvieron la «paradoja» de que, «por muy enérgicos que se mostraran en el ámbito represivo, muchas veces eran instrumentos ineficaces para proyectar y ejecutar programas políticos» (pp. 232-3).

Estudia después el caso de las Cortes, expresión institucional del «triunfo

de una parte fundamental del legado ideológico de la derecha antiliberal y contrarrevolucionaria española» (p. 256). De naturaleza jurídica compleja, entre parlamento representativo del organismo nacional y asamblea de carácter consultivo, las Cortes, en resumen de Giménez, tuvieron como «constante fundamental» la de no ser democráticas (p. 260) y no dar cabida bajo ningún concepto a partidos políticos. Hasta su componente de cierta potencialidad democrática, el de «la acción de los procuradores familiares», acabó neutralizado. Como estudio institucional bien ordenado recorre su «composición», sus «facultades», entre las que se incluyó la aprobación de las leyes desde 1967, aun reservándose el dictador un derecho de «veto resolutorio», su «organización y su funcionamiento», llegando al crucial episodio en que ellas, las Cortes franquistas, tuvieron que votar la ley que permitiría saltar del régimen dictatorial a la democracia política (pp. 280-7).

Sobre el origen y conveniencia de las propias Cortes el autor parece dar conclusiones en tensión: por un lado, sostiene que su instauración no debe entenderse «como una improvisación coyuntural derivada de la necesidad de la dictadura por mejorar su imagen» hacia el exterior (p. 256), pero, por otro, afirma que su adopción obedece a que, patentizado el avance de los aliados en la guerra, «Franco comprendió que su supervivencia y la de su régimen dependían de la creación de instituciones de carácter representativo que, al menos formalmente, alejaran al Estado de un contexto explícitamente fascista» (p. 259). Se pregunta entonces el lector si la misma dictadura fascista italiana no tuvo siempre órganos colegiados de carácter representativo, aun cuando su representación estuviese notoriamente viciada, y caso de ser así, cuál era la razón por la que instituir unas Cortes separaba del ejemplo fascista.

Aborda seguidamente el «Consejo Nacional», órgano «secundario» que «desarrollaría, fundamentalmente, labores deliberantes y de asistencia a los órganos ejecutivos estatales» (p. 289). Interesan su historia interna, muy ligada a la suerte del partido, su estatuto jurídico, inconfundible con el de un colegio pluralista, por más que en él se quisiese escenificar, desde 1967, «el contraste de pareceres sobre la acción política», sus competencias, su composición orgánica y su papel político.

Con posterioridad estudia, acaso con menos detalle del conveniente, la administración de justicia, correctamente entendida como «cuerpo burocrático que gravita[ba] forzosamente en la órbita del Gobierno, si bien adornado de constantes proclamas propagandísticas alusivas a su independencia» (p. 324). Acierta al señalar que los «jueces no quedaban sujetos sin más a la ley, sino,

sobre todo, a la aplicación de los principios medulares del régimen » (p. 328), aunque la aseveración encaje mal con otra posterior en la que sostiene que «el régimen del 18 de julio, a diferencia de otros como el nacionalsocialista alemán o el fascista italiano, conservó una mentalidad técnica sobre la función judicial y un cierto respeto a las formas procedimentales», como si tales formas no hubiesen tenido rigurosa vigencia sobre todo en Italia. Examina, en fin, la institución jurisdiccional con idéntica plantilla analítica, diferenciando su legitimación cultural, sus competencias, su estructura orgánica –haciendo aquí hincapié en la multitud de jurisdicciones especiales, que suponía «la pérdida de poder e influencia» de «los tribunales ordinarios» (p. 339)– y el estatuto de los jueces, afectado desde primera hora por los procesos de depuración.

Lo propio hace con el ejército, espina dorsal del régimen, o la administración, sobre la que indica, de nuevo con todo el acierto, que la «afirmación de un sistema político que predicaba de sí mismo el principio de la unidad de poder y la coordinación de funciones salvó de la obsolescencia los viejos tratados de derecho administrativo del siglo XIX» (p. 395), y es que, en lo que hace a la subordinación de la justicia al poder ejecutivo o en la propia construcción jerárquica de la administración, el Estado franquista cuenta con mayores semejanzas de las esperadas con el Estado liberal. En este último asunto, de todas formas, no deja de señalar el cambio sustantivo experimentado por la administración pública a impulsos de López Rodó.

Como capítulo postrero, y siguiendo la economía expositiva ya explicitada, dedica otras tantas páginas a otro pilar fundamental del entramado estatal franquista, la organización sindical.

II. EL 'RÉGIMEN' COMO EXPERIENCIA INSTITUCIONAL UNITARIA

Baste con este apretado resumen para dejar cumplida constancia de los contenidos consignados en este importante volumen. Dejemos los últimos párrafos para realizar una serie de consideraciones críticas finales, que en nada deben empañar la consecución de una obra de factura sobresaliente.

Hay veces en que el lector tropieza con afirmaciones que hacen dudar que se tenga del todo clara la arquitectura de principios que sostenían el Estado franquista, como cuando se sostiene que Franco «ostentaba un poder carismático y personificaba la soberanía nacional» (p. 216), categoría, esta última, rechazada de plano por liberal. Viendo lo exhaustivo del volumen, a buen seguro es demasiado pedir, pero se echan en falta algunos presupuestos me-

todológicos, ciertas referencias de derecho comparado, que ayudarían a ubicar mejor el régimen político español, del mismo tipo que las introducidas al tratar del Consejo Nacional del Partido Fascista (pp. 293 y ss.), y un mayor número de consideraciones sobre la vida efectiva del Estado, documentada a veces con memorias personales, pero relegada a un segundo plano en todo el relato en relación a los aspectos doctrinal, legal y orgánico. Se explica esta postergación por los materiales que sirven de soporte a la investigación: mientras que abundan los legales y bibliográficos, escasean los de archivo y los comúnmente llamados parlamentarios, justo los que conforman la fuente que sirve para documentar la marcha práctica del Estado.

Acerca de la solidísima base bibliográfica sobre la que se construye el libro cabría, de hecho, realizar algún comentario, porque su utilización revela un modo de trabajar al que acaso pueda interponérsele alguna objeción profesional. Tan notorio es el atributo, que su maestro, Juan Sisinio Pérez Garzón, afirma en el prólogo de la obra que «no exageraría si afirmara que ha manejado y contrastado con suma perspicacia todo lo escrito sobre el franquismo» (p. 18). Y eso parece, si se observa la relación final de títulos.

Como no podía ser de otra manera, máxime en un asunto de bibliografía inabarcable como es el franquismo en toda su trayectoria, se le pasan algunos textos centrales, tanto de la propia época¹⁷ como de actualidad¹⁸. Pero eso es pecado absolutamente menor. Lo que llama la atención más bien es el uso concreto que realiza de todo ese acervo bibliográfico. Se adivina por dicho empleo que el autor ha primado la cita de todos los textos consultados, siquiera de soslayo, para dejar constancia externa de dicha extensísima consulta, sobre la reflexión crítica y el estudio a fondo de, al menos, la bibliografía fundamental. El efecto de este *modus operandi* es la ausencia casi total de debate historiográfico, cuando bien podría haber existido, dado el carácter controvertido del asunto tratado. El resultado, con todo, es sorprendentemente armónico: se va articulando un cuerpo de texto trabado, coherente, ejemplarmente redactado, de lectura cómoda, sobre multitud de citas puntuales, la

17 No utiliza, por ejemplo, el *Régimen político del Estado español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1942, de Ignacio M^a de Lojendio, que suministra claves precisas sobre la narrativa que a aquellas alturas legitimaba el Estado franquista.

18 Por ejemplo, el volumen ya citado de *Franquismus und Salazarismus* coordinado por F. Fernández-Crehuet y A. M. Hespanha, y algunos otros realizados o promovidos por el propio Fernández-Crehuet, o el clásico título de José Antonio LÓPEZ GARCÍA, *Estado y Derecho en el franquismo. El nacionalsindicalismo: F. J. Conde y Luis Legaz Lacambra*, Madrid, CEC, 1996.

mayor parte de ellas pertinentes. Son, pues, escasas las ocasiones en las que esa pasarela cuidada y variada de notas que va sustentando la narración sufre un tropiezo, al apoyarse en prescindible material periodístico, en novelas de ficción –para apoyar juicios sobre la realidad (p. 233, n. 73)– o en bibliografía anecdótica o colateral, en vez de en los títulos capitales sobre el particular. Un ejemplo de ello lo da el tratamiento de la teorización del Estado totalitario en España, despachada en un párrafo, cuando recurre a un periférico Juan Beneyto en lugar de basarse, por ejemplo, en Luis Legaz. Son así estos pequeños tropiezos los que inclinan al lector a pensar que se encuentra a veces ante un alarde bibliográfico más que ante un manejo completo, contrastado e integral de todos los materiales empleados.

En temas sustantivos, visto el objeto tratado, extraña que el autor no haya entrado en la controversia, suscitada desde medios conservadores, acerca del franquismo como el régimen que logró por fin fundar un Estado en España. La hipótesis sostenida por el ala más derechista del derecho constitucional y la filosofía jurídico-política¹⁹, viene a decir que hasta la concentración de los poderes en el general Franco y la construcción ulterior de la dictadura no había existido en España un Estado propiamente dicho, por existir numerosas áreas sociales que ni se identificaban ni consentían las autoridades públicas establecidas. Falló el intento de la Restauración, con su giro autoritario de Primo de Rivera, y fracasó estrepitosamente la tentativa posterior republicana. Hicieron falta una guerra y una dictadura para preparar a España para instituirse en régimen de Estado, por eso el sistema franquista habría sido, con toda la razón, el origen del Estado de derecho español todavía en vigor. Se echa de menos que el mayor experto en estos momentos sobre la institución estatal de la dictadura no haya dejado constancia de su parecer al respecto, aunque de sus posiciones de fondo pueda inferirse cierta sintonía.

Por otra parte, se aprecian ciertas carencias técnico-jurídicas en algunos de los asuntos tratados. Por ejemplo, en el tratamiento de la justicia, acaso el más vulnerable junto al de la administración, faltan referencias sobre los modelos de procedimientos o acerca de la posición del juez en el proceso. Tampoco existen en este apartado alusiones a la olvidada Ley 42/1974, de bases sobre la administración de justicia, que, pese a fallar, quiso ser un intento de sustituir y superar la regulación de 1870.

¹⁹ Trato este asunto, y la obra de autores franquistas como Dalmacio Negro, en «Actualidad del derecho político», en epígrafe segregado en la presente monografía bajo el título «Crítica del neoconservadurismo jurídico».

Sin embargo, el reparo principal al volumen, de neta condición historiográfica, se ubica en otro lugar, justo el de la consideración global del Estado franquista. Y es, con todo, un reparo menor, visto el indudable mérito de la publicación. Mi hipótesis es que juega en él una suerte de pantalla epistemológica constituida por la imagen convencional que en la historiografía contemporánea ortodoxa, y por extensión en el debate público, se ha forjado de la dictadura de Franco. Como se dirá a continuación, esta imagen se basa en un equívoco primordial y muy habitual, cual es la confusión entre los planos del Estado y la sociedad.

En síntesis, según esta representación, la dictadura tuvo un arranque totalitario y represivo, causado en buena parte por la guerra, y seguido de su consolidación como «Estado católico», ya de índole autoritaria, tradicional y paternalista, que fue abriéndose al exterior y al interior tolerando cada vez mayores cotas de libertad, apertura que preparó el terreno para la conquista posterior del Estado de derecho. La división de «naturalezas» con que Giménez califica el sistema franquista parece confirmar esta visión. De hecho, el prologuista considera la obra de su discípulo como corroboración de una singularidad de la dictadura española, el que adaptase «sus instituciones y justificaciones ideológicas con el fin no sólo de la supervivencia sino también [...] de integrarse en la ‘normalidad europea’» (p. 18). ¿Demuestra esto, en cambio, la reconstrucción que reseñamos? ¿Estuvo el Estado franquista, en sus rasgos fundamentales, marcado así por la discontinuidad y las transformaciones profundas, por su adaptación cambiante a una normalidad europea caracterizada por la hegemonía de la democracia constitucional?

Lo primero que debe subrayarse es la valoración a la que sirve este tipo de representación discontinua. Con ella se suele realizar una comparación tácita entre Alemania e Italia, que en su periodo totalitario fueron funestas en su totalidad, y España, que solo tuvo unos orígenes innobles, pero que después se adaptó, mal que bien, a esa «normalidad» del mundo libre occidental. Argumentos contra esa visión estrecha del totalitarismo los encontramos en la propia época totalitaria. La intensa represión desplegada contra los enemigos de la comunidad se entendía ya entonces como un «momento» transitorio, pues llegaría el punto en que, excluidos, asimilados o aniquilados, se habría logrado por fin la plena integración nacional. Ya entonces se concebía, pues, una situación de disminución de la represión, no como el abandono de las prácticas totalitarias, sino como la muestra de su éxito y culminación²⁰. Este

20 G. D. DASKALAKIS, «Der totale Staat als Moment des Staates», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XXXI (1938), 176 ss.

dato tan elemental parece no tenerse presente a la hora de valorar el Estado franquista, cuya evolución interna siempre es interpretada como abandono progresivo de sus orígenes bárbaros en lugar de cómo consecución paulatina de sus objetivos asimilacionistas iniciales.

Pero vayamos al propio Estado franquista. ¿Conoció esas discontinuidades tan profundas? Ya hemos visto que Giménez indica que desde el principio hasta el final bebió de una misma legitimidad de origen, la sublevación militar del 18 de julio, la guerra civil y el triunfo franquista entendido como el rescate de la nación verdadera frente a sus enemigos. «La fuerza del miedo y el recuerdo de la Guerra Civil» constituyeron así «una fuente permanente de legitimidad» (p. 56). Incluso la despolitización se ha mostrado como propósito originario del régimen vigente a lo largo de toda su vigencia. Incluyamos algunas otras continuidades esenciales, expuestas por el propio autor. Los principios sobre los que se asentaba el régimen se consideraban «permanentes e inalterables», «inmutables» (p. 170, p. 299). Una de sus señas de identidad, el «anticomunismo», fue «una idea visceral predominante desde el principio y hasta el final del régimen » (p. 78), como también lo fue su oposición a la democracia. Hubo, de hecho, algún fundamento cultural que no solo permaneció, sino que se endureció, como el nacionalismo excluyente (p. 68). El Concordato de 1953 se presenta en el cuadernillo de ilustraciones como «punto culminante del ‘nacionalcatolicismo’», no como el inicio de su progresiva relajación. En el terreno institucional, Franco conservó sus amplias facultades normativas, establecidas en tiempos de la guerra civil. La prohibición de los partidos y la falta de elecciones libres fue una constante, por eso España siempre fue excluida del «Mercado Común» (p. 261). Y la instauración de la monarquía sobre principios incommovibles del régimen, derivados, como digo, de la lectura netamente fascista del 18 de julio, «se desvaneció» solo «poco después de la muerte de Franco» (p. 212).

Si a ello sumamos cierta continuidad en las instituciones y prácticas centrales, como la del militarismo, la conclusión que arroja la lectura es la de que el Estado franquista tuvo entidad unitaria y clara continuidad de fondo, tanto en fundamentos legitimadores como en sus organismos y hábitos capitales. La permanencia del mismo, por tanto, no puede limitarse a la figura del dictador, y el hecho de que la concurrencia de legitimidades culturales fuese amplia, pero también homogénea y sintética, no permite tampoco hablar de un fundamento doctrinal variante a lo largo de su existencia (p. 463).

Se dieron, sin duda, inflexiones sensibles, como la limitada introducción

del recurso contencioso-administrativo (mucho más importante que el impo-
tente del «contrafuero», bien expuesto por Giménez), la relativa protección
de los administrados o los cambios formales de la Ley Orgánica del Estado.
Pero, en materia estrictamente estatal, no nos encontramos entonces ante
dos o tres dictaduras diferentes, sino ante una arquitectura casi idéntica de
principio a fin, con remodelaciones y perfeccionamientos, y con variables de-
cantaciones prácticas, verificadas siempre con fines de adaptación.

A pesar de ello, es insistente el propósito de distinguir el Estado franquista
de las dictaduras alemana y italiana, para lo que juega una concepción tácita,
pocas veces explicitada, y me temo que poco contrastada, del contenido ins-
titucional de aquellas experiencias. Y, como consecuencia de esa intención
subterránea se hace necesario insistir en las transformaciones fundamen-
tales del régimen franquista, por eso se desliza a veces la convicción de que la
dictadura iba «mutando» ante las «profundas transformaciones sociales y
culturales» (p. 242). Sin embargo, ¿no era más bien la sociedad la que iba
transformándose como consecuencia de la limitada interacción internacio-
nal —a la que accedían, desde un punto de vista cultural, los descendientes
de la élite de régimen— y de la integración capitalista, desenvuelta bajo una
dictadura económicamente basada en la propiedad privada y en la iniciativa
empresarial? Y el cuadro resultante, ¿no se corresponde más bien al de un
entramado institucional anquilosado y estacionario, que a duras penas tra-
taba de abrirse controladamente a dichas transformaciones, pero quedando
siempre rezagado, como una suerte de prótesis desvencijada y condenada a
su superación por el propio desarrollo social?

De ser así, el enfoque cambiaría, pues nos encontraríamos con un Estado
franquista, no con varias naturalezas, sino con una más o menos incólume,
de esencia fascista por su lectura del 18 de julio, por su segregación primige-
nia y siempre presente entre vencedores y vencidos, y por su entendimiento
integrista de la nación, apoyado sobre una amplia base social que permaneció
íntegramente fascistizada incluso hasta después de aprobada la Constitución
de 1978, pero en contraste creciente con una sociedad cada vez menos in-
tegrable debido, sobre todo, a la socialización capitalista, pero también a la
movilización política de la oposición clandestina.

VII. METODOLOGÍA EN LA HISTORIOGRAFÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO

CARTOGRAFIANDO LA HISTORIA CONSTITUCIONAL¹

I. ABORDAJE INTERDISCIPLINAR

Me atrevería a decir que el pequeño volumen aquí comentado es uno de esos títulos que pasarán a convertirse en indispensable lectura para quienes comienzan a cultivar, o deciden adentrarse por vez primera en la historia constitucional. También gozará de él el experto en las materias –derecho constitucional, historia del derecho, ciencia política, historiografía política– en cuyo interior se han solido trabajar los objetos histórico-constitucionales. Y, naturalmente, compone un útil fresco de posiciones y sugerencias, tanto instrumentales como sustantivas, para quien se halla consagrado a este saber interdisciplinar.

En sus páginas se realizan múltiples referencias bibliográficas, quedan identificados numerosos dilemas metodológicos, se delimita desde varias perspectivas el perímetro de la disciplina analizada, se abocetan con eficacia diferentes tradiciones académicas nacionales, se dan a conocer trayectorias profesionales de primeros maestros, la experiencia intelectual española acerca de esta materia resulta desglosada con todo detalle, se realizan valiosas interpretaciones sobre aspectos centrales del objeto e incluso se localizan algunos de sus próximos desafíos. Con todo este inventario de contenidos no puede sino suministrar al lector una eficiente brújula para orientarse en ese campo de la historia y la historiografía constitucionales, como su mismo título sugiere.

Que esta visión panorámica rica en matices sea posible en un volumen relativamente breve (apenas 160 páginas) lo explica su peculiar composición interna y su autoría coral. Aunque se trata de una iniciativa de Joaquín Varela, su editor, con una pieza capital de su discípulo, Ignacio Fernández Sarasola, ambos constitucionalistas ovetenses y responsables de buena parte de las empresas que sobre la materia se desarrollan en España, comenzando por la revista *Historia constitucional*, el libro cuenta con más autores, que entran en él en calidad de entrevistados.

¹ Recensión de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (ed.), *Historia e historiografía constitucionales*, Madrid, Trotta, 2015, publicada originalmente en *Historia Constitucional*, 16 (2015), 419-436.

En efecto, parte central de este recorrido singular son las entrevistas que el profesor Varela ha venido realizando en los últimos años, para el citado medio, a algunos «maestros europeos» de la historiografía constitucional, como lo son Maurice J. C. Vile (Londres, 1927) Ernst-Wolfgang Böckenförde (Kassel, 1930), Michel Troper (París, 1938) y Maurizio Fioravanti (Prato, 1952), exponentes, respectivamente, de la academia británica y norteamericana, de la alemana, la francesa y la italiana, y representantes, también respectivamente, de las diferentes disciplinas desde las que la historia constitucional suele cultivarse, a saber, la ciencia política, el derecho público, la filosofía jurídica, el derecho constitucional y la historia del derecho.

Estas esclarecedoras conversaciones sobre el saber histórico-constitucional se ven flanqueadas, además, por un estudio metodológico suscrito por el propio editor, ya difundido en varias lenguas y debatido con anterioridad, pero actualizado para la ocasión, y por el citado ensayo conclusivo de Fernández Sarasola sobre la historiografía constitucional elaborada en España desde el arranque del constitucionalismo hasta nuestros días. Seis voces, cinco nacionalidades, cuatro disciplinas y el consiguiente entrecruce de una multiplicidad de perspectivas es, por tanto, lo mucho que este sucinto manual contiene.

La unidad de materia, la relativa homogeneidad de las cuestiones planteadas a los entrevistados y la clara visibilidad de ciertos hilos conductores confieren coherencia a un volumen marcado, en apariencia, por la heterogeneidad. Su organización interna, y la relativa autonomía de sus respectivas piezas, van a determinar la economía del presente comentario. Vamos, por tanto, a detenernos, en primer lugar, en las consideraciones metodológicas de Joaquín Varela, en segundo término, en el bloque de entrevistas, para seguidamente pasar a examinar cada una de ellas por separado, desembocando, en penúltimo lugar, en el examen del estudio de Ignacio Fernández Sarasola, terminando así con un balance conclusivo sobre esos hilos conductores recién citados, cuya reiterada aparición es la que logra ensamblar todos los componentes de esta exposición plural.

II. DIMENSIONES Y DILEMAS METODOLÓGICOS

Antes de comentar la contribución del editor, conviene facilitar una pista al lector. Algunas de sus intervenciones como entrevistador, junto al guión subyacente y a los puntos recurrentes, dan ocasión para profundizar, precisar

o confirmar sus posiciones metodológicas ya expuestas en el capítulo inicial, por lo que conviene a veces integrar ambos extremos. Tal cosa sucede en puntos capitales, como cuando se extiende sobre las ideas de J. J. Park (pp. 69-70) o de Mortati (p. 97), o cuando alude a la necesidad de partir de un «concepto axiológico» de constitución para elaborar la historia constitucional, algo que dejaría fuera de su campo de observación tanto a «los ordenamientos preliberales» como a los «antiliberales, ya sean de inspiración comunista o fascista», pues en ninguno de los casos existiría «división de poderes [...] con el objeto de asegurar las libertades individuales» (p. 53, y también pp. 99-102).

Uno de los méritos de la introducción metodológica del profesor Varela es que acompaña cada una de sus reflexiones teóricas de ejemplos, casos y referencias prácticas procedentes de su experiencia profesional. Leída en su dimensión aplicativa, emergen de ella corrientes de pensamiento, nombres de autores, sugerencias heurísticas y claves interpretativas, materiales que encierran, ya de por sí, una notoria utilidad. Nos interesa, de todos modos, abocetar la estructura de su ensayo, porque es ahí donde vamos a encontrar algunos de los hilos conductores que atraparán nuestra atención en la fase conclusiva. Podemos subdividir su ensayo preliminar en tres facetas: una, breve, dedicada a dar la definición y delimitación del campo disciplinar de la historia constitucional; otra, que sirve de nudo central, sobre las diferentes dimensiones que ha de abarcar la ciencia en cuestión; y una última, igualmente breve, pero también fundamental, que contiene algunos consejos metodológicos.

Para Joaquín Varela la historia constitucional «se ocupa de la génesis y desarrollo de la Constitución del Estado liberal y liberal-democrático», teniendo, pues, como referente semántico fundamental, un «concepto sustantivo y axiológico de Constitución», entendido como «fenómeno histórico destinado a limitar el Estado al servicio de las libertades individuales» (p. 13). Con esta definición, y con las posteriores precisiones que aparecen en las entrevistas, resulta evidente que, desde su comprensión de la disciplina, quedan fuera de la misma tanto el llamado «constitucionalismo antiguo», aquel entramado de instituciones y valores, prácticas de poder y mentalidades, que forjaban y equilibraban jurídicamente la sociedad política premoderna, como la experiencia de los totalitarismos de la Europa de entreguerras.

A pesar de estos descartes iniciales, para el arco cronológico que abarca, la propuesta disciplinar del editor podría calificarse de omnicompreensiva, por comprender todos los aspectos de relevancia histórico-constitucional, mas no

de forma inconexa, sino con una evidente aspiración por integrarlos. Estos aspectos podrían reducirse básicamente a dos: uno institucional y otro cultural. Por lo que hace a la faceta «normativo-institucional», Varela distingue una dimensión estrictamente jurídico-positiva, que atiende al contenido más puramente normativo, y otra, más relevante, de naturaleza institucional, entendiendo, pues, que lo institucional no puede reducirse en ningún caso al examen de las normas que ponen en planta la institución, sino que cumple más bien atender a su desenvolvimiento efectivo y a las transformaciones que vaya experimentando. En tal sentido, aclara con tino que es «perfectamente coherente aceptar la validez del positivismo jurídico, incluso del normativismo kelseniano, en el ámbito de la Teoría General del Derecho y del Derecho Constitucional y reconocer a la vez su escaso o nulo valor para la Historia Constitucional» (p. 25, n. 24).

La dimensión institucional de la historia constitucional atiende entonces al proceso mismo de construcción del Estado, con su examen de la dinámica y posición concretas de cada institución constitucional. Es aquí, en su propósito de esclarecer el despliegue real del Estado, donde se le hace evidente que el derecho positivo escrito no basta en absoluto, debiendo acudir igualmente al estudio de las «convenciones constitucionales o reglas no escritas», «esenciales para conocer el funcionamiento de [sus] instituciones básicas» (p. 15). Por otro lado, tales instituciones interesan por sí solas, pero también, de forma destacada, en función del grado de cumplimiento de los fines genuinos del constitucionalismo, por eso la historia constitucional ha de «interrogarse por su eficacia en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos» (p. 18). En su aspecto institucional, la historia constitucional resulta de este modo situada en el entrecruce de dos campos íntimamente vinculados, el de la fundación y la acción de los poderes públicos y el de la salvaguarda de los derechos.

Sin embargo, su objeto, en la propuesta de Varela, no se ciñe a lo institucional, alcanzando asimismo lo «doctrinal», aspecto que en sus planteamientos conoce asimismo una ulterior bifurcación, la que distingue entre la historia de las corrientes del pensamiento jurídico-político y la historia de los conceptos y categorías constitucionales. Así, la historia constitucional, en esta segunda dimensión, es tanto historia cultural como historia conceptual. En el primer caso, sobresalen a su vez dos enfoques decisivos, el que estudia las doctrinas políticas en busca de «modelos constitucionales en liza» o de «tendencias constitucionales» (p. 21) y el que indaga en los procesos de «juri-

dificación» que dichas doctrinas experimentaron a manos de los juristas sistemáticos y de la jurisprudencia, objetivación jurídica que también se puede observar en el caso de los conceptos político-constitucionales

Como se ha adelantado, la apuesta del constitucionalista ovetense es integradora, no solo por aspirar a ensamblar estas piezas de carácter institucional y cultural, sino por querer presentarlas a su vez inscritas en sus contextos de referencia: el suministrado por la historia social, imprescindible para relacionar instituciones, doctrinas y conceptos «con la sociedad» de la que brotan (p. 17), pero también los proporcionados por la historia política y por la historia científica e intelectual, útiles para situar, respectivamente, lo institucional y lo doctrinal (p. 21)².

A este completo perfil del saber histórico-constitucional, acompaña el editor una serie de advertencias metodológicas dignas de tener en cuenta. El historiador del constitucionalismo debe evitar las interpretaciones teleológicas, provocadas por tomar como principio de una experiencia constitucional «el resultado final al que ha llegado», en vez de interesarse, como debería, por «su génesis y desarrollo» (p. 17). En íntima relación con ello, uno de los principales riesgos epistemológicos que entraña su labor es el del «presentismo», es decir, la proyección de categorías actuales sobre una experiencia pretérita, lo cual le hace incurrir en «anacronismos» y «anticipaciones». Como afirma el autor, es algo que suele ocurrir en el cultivo del aspecto cultural, sobre todo cuando es realizado por expertos en materia jurídica vigente, que sucumben con facilidad a la naturalización de las categorías fundamentales de su respectivo campo disciplinar, estando «a veces más atentos al estudio de un repertorio de ideas invariable a lo largo del tiempo, que a ver el tiempo de tales ideas, es decir, su historicidad» (p. 26). Por último, que el historiador del constitucionalismo aspire a conocer una experiencia constitucional pasada, desentrañando su propia gramática, no implica que su tarea deba hallarse fuera de todo soporte hermenéutico y categorial. Una cosa es evitar proyecciones ilícitas desde la actualidad y otra muy distinta renunciar a las «categorías analíticas», por fuerza formales e instrumentales, que le permitirían desvelar mejor el sentido de la experiencia examinada, como acontece con los conceptos de «modelo constitucional» o de «principio estructural»

2 [Como ejemplar y coherente aplicación de esta visión abarcadora, entre jurídica, institucional, cultural y social, hoy resulta de imprescindible cita Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Historia constitucional de España: normas, instituciones, doctrinas*, Madrid, Marcial Pons, 2020.]

(p. 28, n. 30), ambos empleados por el autor en algunos de sus estudios de historia constitucional comparada y nacional.

Al ensayo introductorio y metodológico del editor siguen, como se ha indicado, cuatro entrevistas. Sin perjuicio de su adaptación a cada diálogo particular, en todas ellas se aprecia un guión que adelanta los propósitos del editor/entrevistador. Precedidos de una breve semblanza bio-profesional y bibliográfica, los cuestionarios tratan de indagar en cuatro aspectos: la trayectoria intelectual de los entrevistados, la situación de la disciplina en su campo académico nacional, los dilemas metodológicos más acuciantes que han enfrentado en su labor investigadora y una breve prospectiva de la historia constitucional, tanto la realizada en su taller personal como la derivada del proceso de integración europea y de globalización mundial. Con las respuestas a estas cuestiones, a veces en exceso lacónicas, el lector termina teniendo, junto a unas relevantes autobiografías intelectuales, un buen repertorio de referencias temáticas y bibliográficas y una útil muestra de las disyuntivas metodológicas que a día de hoy instituyen el saber histórico-constitucional.

III. HISTORIAR «EL FUNDAMENTO POLÍTICO-SOCIAL DE UNA ÉPOCA»

La entrevista a Ernst-Wolfgang Böckenförde, cofundador de la Asociación Alemana de Historia Constitucional, es ocasión para conocer su trayectoria profesional, algunas genealogías en el terreno académico alemán, y la modesta situación que ocupa en él la historia constitucional, escasamente cultivada por juristas y en manos, principalmente, de historiadores.

Concebida así como disciplina a caballo entre el derecho constitucional y la historiografía, el célebre profesor y magistrado alemán la entiende en referencia a un «concepto amplio de Constitución», donde quepa «la estructura y la evolución intelectual, política y social» y se toquen, por consiguiente, «cuestiones como las relativas a la forma en que está organizada la administración» o las atinentes a «las relaciones de la sociedad civil» (p. 36). Desde este punto de vista, la historia constitucional se dedicaría a reconstruir «el fundamento político-social de una época», resultando del todo insuficiente la versión que hace de ella un puro comentario de «los textos constitucionales» (p. 39).

Junto a esta noción de la materia, Böckenförde realiza también sugerencias metodológicas y prospectivas de relevancia. Matizando la útil advertencia del editor contra los ‘presentismos’, el lector verá en sus respuestas una paráfrasis de aquella sentencia de Croce a tenor de la cual la historia es siempre

historia contemporánea porque, invariablemente, las preferencias investigadoras, los filtros intelectivos y los cánones para la interpretación los suministra el presente –la situación espiritual, se diría hace décadas– del historiador. Se trata de un axioma metodológico que alcanzó elaborando su estudio doctoral sobre la historiografía constitucional alemana del siglo XIX³, pero que puede elevarse desde luego a categoría general. Y en lo que hace a los planes de futuro, urge a la elaboración de una «Historia Constitucional comparada o europea», entendiéndolo que esta última, al revelar «las raíces comunes» tanto como las dispares singladuras, serviría de «condición del desarrollo conjunto de Europa en y a partir de sus Estados miembros y sus Naciones», pues con ella se «construye una conciencia conjunta» y se cultiva el sentimiento de pertenencia a una verdadera comunidad (p. 41). Será precisamente esta opinión la que permitirá al lector contrastar las diferentes perspectivas planteadas por los maestros entrevistados.

IV. LA HISTORIA CONSTITUCIONAL COMO HISTORIA DEL DISCURSO JURÍDICO

De mayor envidia es la entrevista a Michel Troper. Entre las preguntas del profesor Varela y las respuestas del jurista parisino sale a flote un buen ramillete de títulos, autores y referencias con el que hacerse una composición de lugar bastante exacta de la historiografía constitucional en Francia⁴. Mérito de este segundo diálogo es además que aborde la cuestión de la historia reciente del derecho público en la academia francesa, marcado por la centralidad del derecho administrativo, por el relativo desinterés hacia el derecho constitucional y, hasta los años 70, por la colocación en su lugar de una suerte de sociología política, más preocupada por el estudio del ser de la política que de su deber ser. Al lector aficionado a la historia de los saberes jurídicos, como lo es quien suscribe, interesa el dato por el claro paralelismo que arroja con el decurso del derecho público español, pero, a los efectos del asunto tratado en nuestro volumen, su mención importa porque deja traslucir cuál es el concepto que Troper maneja de historia constitucional.

3 Se hace referencia a E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeichtliche Forschung im 19. Jahrhundert: zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder* (1961), Berlin, Duncker&Humblot, 1995, que cuenta con traducción italiana de Pierangelo Schiera en Giuffrè, 1970.

4 Destaca además la mención por Varela de una valiosa rareza de entreguerras, la *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnel* (1937-1940), merecedora, si no lo tiene ya, de un estudio particular.

En efecto, a su juicio, «si no había interés por el Derecho Constitucional [...] no había apenas razones para interesarse por la Historia Constitucional, que era lo mismo pero en el pasado» (p. 50). ¿Y de qué se conforma ese derecho constitucional objeto presente y a la vez materia de historia? De discursos, argumentos, cultura, lenguaje. Al historiar constituciones, su contexto político de formación o los saberes jurídico-públicos que daban las claves para su intelección y articulación, el historiador del fenómeno constitucional tiene siempre ante sí «un modo de argumentación» (p. 49), discursos con su propia gramática e historicidad, los cuales conforman, en rigor, su objeto de estudio. La creencia, arraigada desde Carré de Malberg, de que tales principios, tras su consagración revolucionaria en la Francia de 1789, resultaban invariables, y el afán materialista de «describir hechos sociales reales» (*ibíd.*), bloquearon así por largo tiempo la elaboración de una auténtica historia constitucional, remplazada en numerosas ocasiones por una historia política sin más. De hecho, según Troper, el «interés por la historia constitucional» se ha visto reavivado, entre otros motivos, por «la idea de una cultura jurídica formada históricamente, capaz de aclarar las estructuras del Derecho positivo contemporáneo» (p. 48), lo que, aplicado a nuestro caso, viene a significar que el auge de las investigaciones histórico-constitucionales, entre otras cosas, trae causa del estudio del constitucionalismo como cultura dotada de historicidad, atravesada por cesuras y mutaciones de sentido, cuyas categorías proporcionan y descifran los principios nucleares de los sistemas constitucionales.

Es aquí donde se aprecia una clave central de la propuesta disciplinar de Troper: la estrecha relación entablada entre la historia constitucional y el derecho constitucional, el especial servicio que aquella debe prestar a este. Si «la ciencia del Derecho Constitucional no tiene por objeto más que discursos», se impone entonces el conocimiento de «las condiciones de aparición de estos discursos» (p. 46), condiciones vinculadas, efectivamente, a la coyuntura histórica. Aplicando las sugerencias arqueológicas de Michel Foucault, la historia constitucional se centraría ante todo en las condiciones de emergencia de un discurso, en la disección del mismo en sus correspondientes enunciados y principios de distribución formal entre ellos, y en la detección de las sucesivas inflexiones históricas que estos, enunciados y principios distributivos, han ido experimentado. Así, lo fundamental es identificar el sentido que en cada experiencia han cobrado los postulados básicos del constitucionalismo, como la soberanía, la representación o la separación de los poderes, teniendo presente que no cuentan con un significado apriorístico, dado para siempre

de antemano, sino que es el «sistema constitucional» en que se integran, y las relaciones proporcionales establecidas entre sí, los que determinan su naturaleza. Esto explica que Troper, en sus clases de primer semestre de derecho constitucional, en lugar de impartir la entonces –también en España– habitual teoría general del Estado enseñase historia constitucional, como ilustración práctica de los principios estatales en su desenvolvimiento histórico, aunque también, a mi modo de entender, como una utilísima demostración de que las bases del Estado de derecho no tienen nada de naturales, pues dependen de la historia.

Empleando la exposición introductoria de Joaquín Varela, diríase, pues, que para Troper la historia constitucional es, fundamentalmente, historia doctrinal y conceptual, mas no por rechazo a la historia de las instituciones políticas, sino por el convencimiento de que, aun cuando se estudian estas, el historiador se las ve, en realidad, con los discursos y lenguajes que las representan, por lo que no deja de elaborar, en definitiva, historia cultural. Lo que sí parece excluido de su noción de la materia es aquella historia interesada en reconstruir «la realidad de los conflictos políticos del pasado», en describir las relaciones efectivas de poder, porque el objeto de la historia constitucional es otra realidad bien diversa y de carácter autónomo: la del discurso jurídico, realidad simbólica capaz, a su vez, de producir «efectos políticos y sociales» fundamentales (p. 49).

No se piense por ello que Troper aboga por una historia constitucional estrechamente jurídicista, con desprecio hacia lo político. De hecho, llama la atención sobre lo «mal fundada» que suele encontrarse «la oposición político/jurídico». Por ejemplo, cuando se desprecia, como asunto jurídico y nada político, es decir, por irrelevante constitucionalmente, la cuestión de la función jurisdiccional, «tan política como la función legislativa o la administrativa» (p. 47). Como hace saber el editor/entrevistador, Troper, entre otras cosas, se distingue precisamente por la especial atención que ha prestado a la labor judicial como aspecto central de la historia constitucional, dedicación que no ha estado presidida, según se ha anotado, por una noción estrictamente formalista de la función judicial, sino por el convencimiento, muy francés y acertado, de su intenso alcance político⁵.

5 Como el propio Troper indica, se trata, por fortuna, de un asunto sobre el que se multiplican los trabajos. He aquí uno de los últimos ejemplos: Antonella MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna, 2013. Y téngase en cuenta, claro, el estudio clásico del propio entrevistado: *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

Por tanto, la historia constitucional preconizada por el profesor parisino va más allá de una semántica histórica del discurso contenido en las normas constitucionales, en las doctrinas de los juristas y en los programas de los políticos. La exigencia de comprender el «entorno intelectual y social» y el «contexto argumentativo» (p. 53) en que se inscriben los conceptos constitucionales pasados amplía considerablemente su campo de observación. Un ejemplo claro de cómo sus investigaciones suponen un análisis refinado de la acción de los actores históricos lo proporciona, de hecho, su monografía sobre la Constitución francesa de 1795⁶. En ella, según expresa en una de sus respuestas, sale a la luz cómo los «enunciados constitucionales» no son pura trasposición de las ideologías de sus autores, sino que estos «producen y rehacen constantemente [sus] principios [...] a medida que argumentan e intentan mantener una coherencia entre lo que han hecho ya y lo que se disponen a hacer» (p. 47). Por tanto, el examen del discurso resulta en su caso indisoluble del análisis de las acciones y estrategias de quienes lo formulan.

Al ser el objeto un discurso, el propio del constitucionalismo, e interesar tanto su composición y sentido internos en cada momento como sus efectos sobre la realidad, la disciplina resultante no puede excluir la investigación de los «sistemas antiliberales», tal y como propone Varela, pues los hubo en los que existió discursividad constitucional y en los que esta encauzó algunos extremos de la vida política (p. 53). Si el asunto a tratar es principalmente discursivo, se entiende que las herramientas metodológicas que más aprecie Troper procedan ante todo de la filosofía del lenguaje y de la epistemología, campo, este último, donde, por cierto, las autoridades francesas (Gaston Bachelard, Georges Canguilhem, el propio Foucault), son de primer orden. Y si la ciencia del derecho constitucional es al fin y al cabo un discurso, en el fondo no podía ser otra cosa la propia historiografía constitucional, que nada tiene de reflejo especular de lo que realmente aconteció en el pasado por ser toda ella un conjunto de enunciados organizados según una cierta disciplina argumentativa. Esto explica, a mi entender, que ante las preguntas sobre la pertinencia política de una historia constitucional europea, Troper, después de dudar acerca de lo que «significa precisamente esa dimensión europea de la Historia Constitucional», responda que este tipo de historiografía, si se propone demostrar la existencia de «una cultura jurídica común», «sería entonces una ideología más que una empresa científica» (p. 56). Y es que el objetivo político de construir una comunidad terminaría en este caso orga-

6 M. TROPER, *Terminer la Révolution: la Constitution de 1795*, Fayard, Paris, 2006.

nizando el discurso histórico-constitucional, cuyas pautas de producción y distribución deberían responder, a juicio implícito de Troper, tan solo a intereses cognitivos.

V. HISTORIA CONSTITUCIONAL Y PRÁCTICAS DEL PODER

La entrevista a Maurice John Crawley Vile da también ocasión al lector para conocer, sobre todo por el juego de preguntas, un buen repertorio bibliográfico de la historiografía constitucional entre Gran Bretaña y los Estados Unidos. El maestro es en esta ocasión profesor de ciencia política, discípulo nada menos que de Harold Laski y Karl Popper, y experto en el federalismo estadounidense, en la articulación del principio de la separación de poderes y, en general, en el sistema político norteamericano⁷. Su singular trayectoria y sus intereses científicos explican que la conversación se detenga en algunos momentos en consideraciones sobre el funcionamiento del orden constitucional británico (p. 71) o de los Estados Unidos, e incluso en referencias de crítica política actual. A mi juicio, cuentan con especial valor estos últimos pasajes, no solo porque sean una excepción en el curso del libro, sino por el contenido mismo de las críticas, muy atinadas y previsoras, como lo es su censura al predominio del ejecutivo en Gran Bretaña consumado en la «era Blair» (p. 64) o su advertencia sobre las crecientes «divisiones étnicas en la política norteamericana» (p. 65).

Ya este buen olfato para las cuestiones de política práctica sugiere su concepto de la historia constitucional. Desde luego, no se trata del «mero hecho de contar una Constitución». Lo crucial es atender a la «distribución del poder político y [a] la forma en que éste se ejerce», algo en lo que entran en juego «las disposiciones constitucionales» (p. 60), pero también las instituciones y la cultura políticas que permiten que estas se apliquen, así como los grupos de presión y los partidos. El dato es que para esclarecer la distribución del poder y el modo en que se ejerce no basta con conocer la regulación constitucional o la cultura que le da sustento. Deben además por fuerza estudiarse las mismas luchas por el poder y por su conservación, y las prácticas que canalizan su desenvolvimiento efectivo.

⁷ M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon, 1969, con traducción española presentada por el propio Varela en el CEPC, 2007; Id., *El federalismo en Estados Unidos, Canadá y Australia*, London, Comision on the Constitution, 1973.

Del contenido que habría de tener una historia constitucional así concebida da un valiosísimo ejemplo, en uno de los fragmentos más decisivos de todo el libro, cuando explica su visión de la revolución norteamericana. En efecto, preguntado por el profesor Varela acerca de las interpretaciones que sobre la misma formularon Bernard Baylin, entendiéndola como «lucha ideológica», o Nicola Matteucci, concibiéndola como gesta constitucional, Vile da todo un quiebro de registro exponiendo las razones e intereses materiales de los colonos revolucionarios, aclarando que su propósito «no fue transformar la sociedad norteamericana, sino tomar el control del poder colonial mientras mantenían las relaciones de poder existentes dentro de las colonias», «desmontando con rapidez cualquier movimiento popular democrático que trató de emerger» (pp. 68-69). Conviene retener este contraste, el abierto entre las habituales lecturas intelectuales o apoloéticas y los acercamientos que se centran en el interés material de los actores y sus luchas por el poder, porque habrá de prestar base a algunas de las reflexiones finales. Por lo pronto, el lector puede apreciar la viva tensión abierta entre la noción pragmática sostenida por Vile y la discursiva y cultural de Troper, que renuncia de entrada a la posibilidad de conocer las motivaciones materiales de los agentes históricos.

Antes de continuar abundando en el particular, cumple concluir el comentario a esta tercera entrevista. Caracterizada la visión de Vile, en expresión del entrevistador, por la «mixtura de política y derecho» (p. 76), su concepción de la disciplina se halla vinculada al propósito más general de entender «la naturaleza de la política», para lo cual es indispensable, en su opinión, interconectar «comportamientos, instituciones e ideas» (p. 75). Y si el nudo de sus preocupaciones radica en la lucha por el poder, el modo de distribuirlo y la forma de ejercerlo, las inquietudes metodológicas no podían sino referirse a la complicada «asignación de motivos a los actores políticos» (p. 67), al esclarecimiento de los siempre complejos y contradictorios móviles de la acción social.

Por último, en el diálogo sobre la prospectiva de la disciplina, centrándose en esta ocasión en un ámbito no exclusivamente europeo, dada la relevancia americana, salta un tema capital a día de hoy, el del constitucionalismo en América Latina. En una significativa rectificación de su posición anterior, Vile lanza al respecto la acertada intuición de que dicho constitucionalismo conforma un modelo propio, distinguido del «estilo occidental», aunque su posible peculiaridad la sigue midiendo en negativo, utilizando como indicadores los proporcionados por el tipo de «democracia occidental» (pp. 81-82), en lugar de apuntar las peculiaridades inmanentes que lo diferencian, bien visibles

en el aspecto nacional o en el propio capítulo, fundamental, de la ciudadanía y los derechos⁸. Hubiera sido buena ocasión para que el entrevistador, interrogado por una vez por uno de sus entrevistados –«estaría muy interesado en conocer su propia perspectiva», le interpela Vile–, se hubiese explayado sobre asunto de tan primordial interés, aunque bien es verdad que el formato de cuestionario enviado por escrito para su respuesta lo dificultaba.

VI. EN BUSCA DE LOS MODELOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Para quien comparte numerosas directrices metodológicas y preferencias temáticas con la escuela florentina de historia del pensamiento jurídico, para quien además comenzó a formarse como historiador del derecho con la lectura y estudio de *Los derechos fundamentales: apuntes sobre historia de las constituciones*, la entrevista a su autor, el profesor Maurizio Fioravanti, es motivo de gratificante estímulo intelectual. Más aún vista la extensión que en ella ocupa la exposición de su semblanza académica y profesional, desde la asistencia a las clases límpidas de Paolo Grossi hasta las posteriores estancias alemanas o el contacto ulterior con el instituto trentino dirigido por Piarengeolo Schiera. El lector encontrará también en esta conversación, como siempre, útiles referencias bibliográficas, esta vez en menor cantidad, reflexiones e indicaciones acerca del estatuto, posición y cultivo de la historia constitucional en la investigación y la docencia italianas, y consideraciones reveladoras sobre la perspectiva del propio autor, como, por ejemplo, su actitud crítica con la obra de Matteuci y el propósito originario que sus *Appunti* tuvieron de sustituir para la formación del jurista el conocido libro de aquel, titulado *Organizzazione del potere e libertà*.

Interesa a nuestro comentario, a fin de comparar con los otros «maestros europeos», identificar cuál es la noción de historia constitucional mantenida por Fioravanti. Aclara, ante todo, lo que, a su juicio, no lo es en absoluto: una pura historia lineal de las constituciones y de «la legislación en materia constitucional», que prescinda de los «fundamentos histórico-constitucionales»

8 En este sentido apuntan algunas intervenciones de Bartolomé CLAVERO: «Estado plurinacional: aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano», en Adriana Luna-Fabritius, Pablo Mijangos González y Rafael Rojas Gutiérrez (coords.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica (1812-2012)*, Taurus, Madrid, 2012, o en general del Grupo HICOES: Marta Lorente, José María Portillo (eds.), *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Madrid, Cortes Generales, 2011.

(p. 100). Por tanto, pese a la complicada tarea de definir este saber, e insistiendo en que no puede reducirse en ningún caso a «simple historia de las constituciones en sentido formal» (p. 89), apuesta por concebirla como un «campo de acción» multidisciplinar, cultivado por la historia del derecho, el derecho constitucional y las ciencias políticas, y ocupado tanto de las doctrinas como de las constituciones. Llama, en efecto, la atención la coincidencia a este respecto con Varela. También por entender que no cabe disociar ambos polos, el cultural y el normativo-institucional. Así es: para Fioravanti, la historia constitucional, en tanto que «historia de la formación de la ley fundamental en una concreta colectividad», debe ser «historia de la cultura constitucional y al mismo tiempo historia de las prácticas, de las reglas, de las tutelas» (p. 97). Y aunque reconoce su abierta preferencia por el aspecto conceptual, señala expresamente que ambos extremos, el cultural y el que atiende a la experiencia, no deben ignorarse.

Volvemos, pues, a colocarnos ante un concepto amplio de la historia constitucional. En este caso lo inspira una noción «no dogmática» del constitucionalismo, entendido ante todo como «construcción del principio de unidad política», como existencia y vigencia socialmente consentida de una «*lex fundamentalis*» (p. 101), con una dimensión cultural esencial y un desenvolvimiento institucional no menos capital. Esta concepción extensiva es el motivo por el que Fioravanti se separa de la delimitación restrictiva planteada por Varela, sosteniendo que a la historia constitucional interesa tanto la experiencia del constitucionalismo antiguo como también la articulación política de los fascismos.

Mostrando una seña de identidad de la escuela de Paolo Grossi, para Fioravanti una de las misiones científicas de la historia constitucional es la de «realizar el llamado ‘coloquio’ entre historiadores del derecho y juristas del derecho positivo» (p. 96), en este caso, los dogmáticos del derecho constitucional. Cabe indicar que se trata de un diálogo en provecho mutuo: los juristas dedicados al derecho vigente suelen movilizar un arsenal de categorías, conceptos y preocupaciones que deben guiar las prospecciones del historiador, las cuales, a su vez, revelan al dogmático la historicidad esencial del discurso que él se encarga de formar y reproducir.

En cuanto a la docencia, para Fioravanti, la función de la historia constitucional ha variado considerablemente. Este punto es de relevancia capital. Si en un principio pudo concebir la materia como «exposición de los ‘precedentes’» del derecho constitucional en vigor, en la actualidad la entiende «como

parte integrante de la interpretación constitucional, esto es, del trabajo que los juristas realizan a través de la doctrina y la jurisprudencia para dotar de significado a las normas de la Constitución», pues en esa labor interpretativa suelen aplicarse criterios histórico-culturales (p. 99). Enseñar, pues, historia constitucional, se revela como un modo preliminar y esencial para impartir el propio derecho constitucional.

Esta importancia conferida a la interpretación nos pone ante una de las inquietudes más recientes del maestro florentino. Y también ante su forma inconfundible de trabajar, que recuerda a las sugerencias metodológicas de Max Weber, autor al que conoce a fondo. Elabora Fioravanti la historia constitucional como reconstrucción de los conceptos y fundamentos del constitucionalismo, agrupándolos en modelos o tipos coherentes, que sirven para comprender mejor una experiencia constitucional concreta. Ese es, efectivamente, el método expositivo empleado en sus *Appunti*, a cuyos tres grandes modelos (individualista, historicista, estatalista) continúa confiriéndole plena validez. Pero se hacía referencia a una de sus últimas preferencias investigadoras: la recomposición, justamente, de otro «tipo históricamente determinado de Constitución», que jalona la última «etapa» de «la historia del constitucionalismo», a saber, la «Constitución democrática del siglo xx», la democracia constitucional nacida en Weimar y todavía en pie hoy por Europa, aunque cada vez más periclitada (p. 96)⁹. Por eso, a su juicio, es tarea decisiva de la disciplina cultivar lo que Varela llama la «Historia constitucional del tiempo presente» (p. 102).

Siendo un rasgo distintivo de este último tipo histórico de constitucionalismo el contener «normas fundamentales de principio, en particular en el campo de los derechos fundamentales» (p. 98), que deben ser concretadas mediante la interpretación y ponderación jurisprudencial, su reconstrucción pone frente al investigador un campo de indagación historiográfica fundamental, el de la «jurisdicción»: «el tema que más apasiona» al entrevistado (p. 91) y que estima central para el propio futuro de la integración europea (p. 105). Y como al fin y al cabo la jurisprudencia, en su labor de «concreción de las normas constitucionales de principio», emplea en muchos casos criterios de carácter «histórico-cultural», esa es la razón, como antes se indicó, por la que la historia constitucional, tanto en la formación jurídica como en el diálogo con los juristas positivos, pasa a desempeñar un papel fundamental,

⁹ Se trata de un asunto abordado en su *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, 99-103 y 120-127.

no solo de ilustración externa, sino de suministro de criterios profesionales prácticos. Es más, la historia constitucional, en esta tarea central de mostrar el «tipo histórico común» de «la democracia constitucional europea» no solo estaría jugando un papel decisivo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el político, al prevenirnos contra los recientes «atajos de carácter neonacionalista» (p. 104).

Por lo que alcanzo a saber, sus últimas investigaciones continúan además en esta línea de reconstrucción de modelos del constitucionalismo, deteniéndose esta vez en las experiencias bajomedievales plasmadas en documentos como la Carta Magna, pero también el Privilegio de Aragón o las Bulas de Oro alemanas. Halla en ellos Fioravanti un particular modo de concebir y articular «el principio de unidad política», que titula como *government of the land*¹⁰.

Es aquí, en la labor de reconstrucción de los modelos del constitucionalismo, donde el propio Fioravanti reconoce una de sus carencias. No es, desde luego, la comparación, que realizó desde joven hallando la clave de diferenciación entre el modelo europeo y el norteamericano en los derechos sociales; tampoco la historia constitucional europea, que también él, como Böckenförde, considera una aportación valiosa, en sentido ciudadano, para el proyecto constituyente europeo. Es un vacío que le indica Varela: el de otro tipo histórico de constitucionalismo, precisamente el hispánico, decisivo entre Europa y América, y que no encaja bien, por su tradicionalismo y su catolicismo, en los modelos que ha ido acuñando. «Esta es laguna que debe ser absolutamente colmada» (p. 108), concluye con razón Fioravanti, aunque se encuentra ya bastante cubierta por alguna historiografía constitucional española, que basta con manejar y consultar.

VII. ESPAÑA, LA BIBLIOGRAFÍA HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL ANTE LAS ENCRUCIJADAS POLÍTICAS Y ESTADO ACTUAL DE LA DISCIPLINA

El volumen que estamos recorriendo concluye con un exhaustivo estudio, suscrito por Ignacio Fernández Sarasola, sobre la historiografía constitucio-

10 Extracto el planteamiento de una conversación personal que mantuve con el propio Fioravanti el 20 de mayo en Florencia, a cuenta de su intervención en este evento conmemorativo: <http://ukconstitutionallaw.org/2015/05/12/event-the-constitutional-heritage-of-magna-carta/>. [Casi de forma inmediata publicó, en versión castellana de quien suscribe, «La Carta Magna en la historia del constitucionalismo», *Crónica Jurídica Hispalense*, 13 (2015), 105-119.]

nal cultivada en España desde el arranque del siglo XIX. Comprende dos bloques, cuyo gozne es precisamente la Transición y el sistema constitucional de 1978. Y lo alienta una acertada conclusión: que «la historia constitucional nacional tiende a revitalizarse cuando un país se ve inmerso en procesos constituyentes o de reforma constitucional» (p. 133).

El primer bloque comienza con las reflexiones que leyeron el pasado medieval castellano en clave constitucional, repasa las principales obras sobre la historia política de la España liberal, comenta las investigaciones monográficas fundamentales, dedicadas principalmente a los orígenes del constitucionalismo, y acude a los tratados de derecho político como fuente destacada de la historia constitucional, afirmando, con razón, que Adolfo Posada, el maestro general de la materia, «convertiría la historia constitucional en un saber imprescindible para la formación» del constitucionalista (p. 121). Comienza después el análisis del largo periodo franquista, atravesado por un inicio antiliberal que hizo desprestigiar a los autores todo contenido histórico-constitucional. De este intervalo le interesan, ante todo, dos contrastes y varias fuentes: el primer contraste lo da la contraposición entre la feliz y decisiva obra (liberal) de Miguel Artola y la menos original y más reiterativa en sus fundamentos (conservadores) de Federico Suárez; el segundo, ya colocado en el marco de la «historia constitucional de conjunto», lo conforma la relación complementaria existente entre las dos exposiciones generales del régimen, la de Luis Sánchez Agesta (1955), marcada por su «claro juicio de valor negativo sobre la historia constitucional española» (p. 127), y la posterior de Joaquín Tomás Villarroya (1975), dedicada principalmente al «análisis normativo» (p. 132). Y las fuentes que exhuma van de recopilaciones documentales y normativas (Díaz Plaja, Diego Sevilla, Enrique Tierno) a monográficos y ensayos de la *Revista de Estudios Políticos*, buena parte de los cuales circuló cuando, por revisiones internas del franquismo, lo constitucional ya no era demonizado.

Mérito de esta reconstrucción es, desde luego, su formidable acopio documental, que apenas deja fleco por tocar. A quien suscribe estas líneas, le ha descubierto numerosos autores y textos de interés (el *Derecho parlamentario español* de Manuel Fernández Martín, el *Tratado de derecho político* de Ricardo Rovira, algún libro de Jerónimo Bécker, la *Pugna entre dos poderes* de Cánovas Cervantes o la tesis doctoral de Fernando Jiménez de Gregorio). A buen seguro le ocurrirá lo mismo al lector que la consulte. Por otra parte, la cumplida y sucinta exposición de contenidos, y la correcta colocación política, doctrinal e histórica de los autores y obras examinados, permite una eficaz

orientación en el terreno analizado. Quizá podría haberse dejado más espacio a la crítica (merecida) de las citadas exposiciones de conjunto de Sánchez Agesta y Tomás Villarroya, pero es en todo caso una opción personal del autor el no haberse centrado en ella.

Sí existe dicha ponderación crítica en una parte del segundo bloque, que abarca desde la Transición a la actualidad. La tesis de fondo del mismo es que, una vez estabilizado el sistema del 78, el propósito político habitual de la historia constitucional, siempre preponderante en los trances constituyentes, cedió su espacio a «un interés netamente científico» (p. 134). Con este fin cognitivo más que performativo se han aproximado a la historia constitucional ante todo tres disciplinas: la historia contemporánea, el derecho constitucional y la historia del derecho. Y es aquí donde se pueden apreciar las críticas.

Reducido el derecho constitucional tras la norma fundamental de 1978 a dogmática jurídico-positiva e interpretación jurisprudencial, cuando «vuelve la mirada al pasado» suele incurrir en «presentismos», conectando, «sin reflexión suficiente», instituciones pasadas con figuras vigentes elevándolas a la categoría de precedente (p. 137). Por su parte, la historia del derecho, muy «tardíamente» ocupada de la disciplina, y habitualmente afanada en el estudio de la sociedad premoderna, adolecería, a juicio de Fernández Sarasola, de un defecto inverso, el de proyectar «la historia constitucional hacia el Antiguo Régimen», algo que le permite «con mayor facilidad determinar los elementos de continuidad» (p. 135), pero también le hace no reparar a veces en las aportaciones novedosas y genuinas del constitucionalismo temprano.

Cabría añadir a todo ello que, aun habiéndose arrinconado la función política de la historia constitucional, la posición ideológica de los autores que la han cultivado ha continuado, de un modo u otro, y en todos los casos, siendo determinante. Puede, además, que la nueva coyuntura crítica que atravesamos, en la cual reverdece el reformismo y hasta el espíritu constituyente, esté ya invitando a mirar a nuestro pasado constitucional, sobre todo al más reciente, en busca de respuestas a nuestros padecimientos.

Su estudio prosigue con un estado de la situación actual de la materia, donde expone los proyectos y las iniciativas, las colecciones y empresas académicas que a día de hoy impulsan su elaboración. Aunque su trazado es completo, permítaseme en algunos puntos el mero complemento. Comienza justamente mencionando el proyecto HICOES, dirigido por Bartolomé Clavero y Marta Lorente, y del que destaca, con acierto, su especial dedicación al constitucio-

nalismo gaditano y a la historia de la justicia¹¹, aunque quizá convenga añadir también los estudios de la prematuramente difunta Carmen Muñoz de Bustillo sobre Bayona¹², las decisivas investigaciones de Marta Lorente sobre el periodo isabelino¹³, la tesis doctoral de Carmen Serván acerca del Sexenio¹⁴ y un reciente examen del propio Clavero sobre aspectos centrales de la Transición¹⁵. Prosigue con el decisivo proyecto de historia conceptual liderado por Javier Fernández Sebastián, inscrito en el importante grupo de investigación *Iberconceptos*, que con sus tres diccionarios ha dado todo un espaldarazo a la historia de los conceptos políticos en España¹⁶. Y menciona igualmente, por afectar al caso español, el ambicioso proyecto de historia constitucional comparada de Horst Dippel, apartado en el que quizá cabría incluir también el portentoso *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte* dirigido por Peter Brandt, Martin Kirsch y Arthur Schlegelmilch, del que ya han salido sus dos primeras entregas.

Se ocupa después de las ediciones de documentos constitucionales: de la recopilación de Raquel Rico o la colección de constituciones dirigida por

11 Las posiciones de este grupo de investigación en la materia, mejor que en la *Historia legal de la justicia en España (1810-1978)*, Iustel, Madrid, 2012, introducida y cuidada por Marta Lorente, Julia Solla y Fernando Martínez, quedan plasmadas en el volumen dirigido por la propia Lorente bajo el título *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, 2007.

12 Su tesis *Bayona en Andalucía. El Estado bonapartista en la prefectura de Xerez*, CEC, Madrid, 1991, aunque también ensayos posteriores, como «La fallida recepción en España de la justicia napoleónica (1808-1810)», contenido en el citado volumen *De justicia de jueces a justicia de leyes*, 135-168, que colman siquiera en parte la indiferencia que el autor atribuye al grupo –al que pertenezco– hacia el asunto de Bayona. Quizá la laguna proceda más bien de no haberse ocupado lo suficiente, no de los orígenes franceses, sino de los periodos posteriores al Sexenio, carencia de todos modos próxima a subsanarse a través de su último proyecto concedido, que ya llega a estos extremos.

13 Baste citar uno de los más decisivos: *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, CEC-BOE, Madrid, 2001.

14 C. SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento (1868-1873)*, CEPC, Madrid, 2005.

15 B. CLAVERO, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

16 J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Juan Francisco FUENTES (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza, 2002; J. FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (dir.), *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. La era de las revoluciones, 1750-1850*, Madrid, Fundación Carolina – CEPC, 2009; Id., *Diccionario político y social del mundo iberoamericano. Conceptos políticos fundamentales, 1770-1870*, Madrid, CEPC, 2014.

Miguel Artola a la reciente serie, publicada asimismo por la editorial Iustel, sobre *Leyes Políticas Españolas* concebida por Joaquín Varela. Menciona las numerosas ediciones de clásicos del pensamiento jurídico-político español, empresa en la que destaca ante todo la intervención del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales¹⁷. Por último, refiere iniciativas académicas, como el concurrido *Seminario de Historia Constitucional Martínez Marina* creado por Joaquín Varela, congresos, como los últimamente celebrados con motivo del bicentenario doceañista, y revistas, como la propia de *Historia constitucional*, la más importante en la materia en la academia española, con «más de mil doscientas visitas diarias» (p. 150).

De todo este recorrido, solo sabe demasiado a poco el espacio dejado al análisis de los manuales en circulación de historia constitucional, que habría estado bien describir, criticar, situar y comparar. De haber sido así, podrían haberse planteado interrogantes de interés para la propia historia constitucional española, como la función que desempeñó en nuestro último periodo constituyente el relato contenido en exposiciones generales como la de Jordi Solé Tura y Eliseo Aja, publicada en 1978, o la imagen resultante de la difundida presentación del constitucionalismo histórico español suscrita por Jorge de Esteban. Lo que sí es bien cierto es que la existencia de estos manuales, o la publicación reciente de aproximaciones fragmentarias más completas, no ha cubierto aún la «necesidad de que se elabore un estudio que aborde nuestra historia constitucional con rigor y en conjunto», incluyendo los aspectos normativo, doctrinal e institucional, y sin descuidar la perspectiva comparada. Desde luego, se ha acumulado en España ya suficiente acervo investigador, y se ha alcanzado tal riqueza, complejidad y variedad de perspectivas en materia histórico-constitucional, que, como Fernández Sarasola concluye, es momento para que «se transite ya» de «los incontables estudios parciales a una visión de conjunto» (p. 152)¹⁸.

17 Me tomo en este punto la licencia de referir la reciente aparición de otra colección, codirigida por el constitucionalista Víctor J. Vázquez y por quien suscribe, sobre *Clásicos e inéditos del derecho público español*, publicada por la editorial sevillana Athenaica y en la que ya han visto la luz el *Derecho político comparado* de Laureano Figuerola, el *Derecho internacional público* de Rafael Conde Luque y el *Derecho político* de Eduardo Soler, y en la que saldrán textos de Manuel Pedroso, Ignacio Lojendio o Francisco Ayala, entre otros.

18 Por las noticias que tengo, prepara precisamente el profesor Varela una *Historia constitucional de España*, aplicando sus reglas metodológicas y su concepto de la disciplina, que saldrá el próximo año en la casa Marcial Pons [obra finalmente póstuma a la que se ha hecho mención en n. 2].

VIII. HISTORIA DEL ESTADO, HISTORIA DEL PODER, HISTORIA JURÍDICA GLOBAL

Cumple, para finalizar esta revisión, realizar un somero balance conclusivo. El protagonista de estas líneas es, sin duda, el volumen comentado, y no las ideas que sobre la materia tiene su autor. Pero permítaseme lanzar algunas consideraciones al hilo del libro recensionado. De toda nuestra síntesis ha salido una idea clara: la historia constitucional no puede ser una exegética de las constituciones pretéritas. Es, debe ser, mucho más, y por desgracia, entre nosotros, no lo ha sido del todo todavía, al menos en lo que hace a las exposiciones generales[, salvando ahora la debida al propio profesor Varela]. Si su hilo conductor trasciende la sucesión de códigos fundamentales, no pueden ser estos los que sirvan para dosificarla en periodos delimitados. Algo hay, en efecto, que los trasciende.

Del repaso ha salido también una polémica, la referida a la delimitación de su objeto y cronología. Para Joaquín Varela deben excluirse el constitucionalismo antiguo y los fascismos, para Troper, en cambio, estos últimos, por contar algunos con dinámica constitucional, entran en el campo de observación, y para Fioravanti, atento al principio de unificación política, interesan tanto el constitucionalismo antiguo como el modelo totalitario. Si el objeto no es primordialmente la letra de la constitución, sino la organización del Estado, su dinámica institucional, y sus respectivos fundamentos culturales, acaso quepa considerar como un objeto más remoto la sociedad de órdenes, estamentos y corporaciones, aunque ya en ella existe un principio distributivo del poder y una concepción de los derechos y libertades, que aconseja incluirla. Algunas experiencias fascistas, como la del Estado Novo portugués, contaron con Constitución, la corporativa de 1933, que obligan, de hecho, a tomarlas en consideración. Partir de un concepto apriorístico de constitución, que sirva de referencia para distinguir lo que entra dentro y lo que debe excluirse de la observación, resta más que suma a la historia constitucional, aunque dicho concepto «axiológico» pueda servir, no tanto para descartar el análisis de ciertos sistemas cuanto para valorarlos desde el punto de vista político, como negación de ese espíritu constitucional que se tiene por primordial.

El problema de ese concepto adoptado de antemano, procedente de la Declaración francesa de 1789, es que ni siquiera se ve satisfactoriamente cumplido por un siglo XIX europeo donde con dificultad puede hablarse de separación de poderes y protección de los derechos, no solo por el doctrinarismo de muchas constituciones, sino incluso por su precaria vigencia en la prác-

tica. El posterior decurso histórico-constitucional, el de los Estados sociales y democráticos de entreguerras, aunque encaje en términos genéricos en el molde, también confrontaba abiertamente con el tipo originario. Y excluir, por último, a los fascismos, impide apreciar algo capital, y habitualmente desatendido, como son las continuidades inconfesables entre el Estado liberal oligárquico y los sistemas totalitarios. Lo evidente, desde luego, es que si entra el constitucionalismo antiguo y, sobre todo, si se atiende a las experiencias dictatoriales, es porque la historia constitucional ha dejado de considerarse una suerte de historia de la libertad en singular. Pero, en ese caso, ¿a qué es a lo que atiende en realidad?

Y, en primer término, ¿cómo se hace? De la exposición puede inferirse otro acuerdo: propio de la historia constitucional es tanto lo jurídico-positivo y lo institucional como lo cultural. El método para encarar todo ello no queda, sin embargo, consensuado. Salvo Troper, más preciso en este plano, el resto de intervenciones o han advertido riesgos y dificultades, o solo han mencionado de pasada algunos desafíos, o han dado la metodología por descontada o no han vislumbrado especial dificultad metodológica a la hora de historiar conjuntamente pensamiento, instituciones, normas y acción político-social. Quizá sea señal de que, en cuestión de método, no hay nada mejor que hacer camino al andar. La mirada investigadora carente de reflexión metodológica produce siempre parcos resultados, pero la que se halla saturada de ella a veces recrea más el método amado que el objeto analizado. De hecho, en las ciencias sociales, el método correcto lo dicta siempre el objeto. No existe, a priori, metodología universal fructífera. Es preferible el pragmatismo. Por eso atender a un objeto multidimensional como la historia constitucional exigiría la colocación en un ángulo metodológico o en otro según el aspecto tratado, aunque quede claro que cometido de toda ciencia social seria es la de reducir la complejidad estudiada, y no limitarse a parafrasearla, para lo cual se requieren principios de ordenación expositiva.

Por todo ello no puede dejar satisfecho el método pandiscursivo de Troper, procedente del *linguistic turn* de los años 60 y comprensible como un movimiento de rechazo al fatigado predominio del materialismo dialéctico en las ciencias sociales entonces vigente. Hoy bien se sabe que la historiografía es constructiva, por eso nunca puede reflejar las cosas tal y como acontecieron, pues median siempre las precomprensiones del historiador, que se interponen entre él y su objeto. Pero partir de esta premisa crítica no puede conducir al escepticismo radical de que el historiador, en el fondo, solo traba-

ja con representaciones, y nunca con la realidad. Esta apreciación, útil para la historia del pensamiento e incluso para la de las normas, lo es mucho menos para la institucional o para la que indaga en las luchas por el poder. Y una mera consulta documental sobre procesos judiciales o expedientes gubernativos basta para aclarar que, a veces, el historiador puede reconstruir con toda la exactitud que permite el deficiente análisis racional un episodio real, a no ser, claro, que se caiga en la frivolidad pequeñoburguesa de considerar que la realidad no existe, que es enteramente relativa, o que solo se conforma de representaciones. De hecho, si no se sucumbe a tal tentación, se podrá observar cómo, en muchas ocasiones, las representaciones doctrinales no son tanto ideas como ideologías, que, aun formando un universo autónomo, digno de estudio, desempeñan la función de prestar cobertura a la acción y a la lucha por el poder, mostrando con ello su posición secundaria en la reconstrucción global del constitucionalismo en la historia.

Qué es, en fin, lo que se debe identificar como objeto propio dicha reconstrucción. Como han afirmado algunos de los autores del volumen, importan las constituciones, la legislación, los poderes estatales, esto es, los cuerpos legislativos, las administraciones públicas, la función jurisdiccional, y también los fundamentos culturales de toda esta institucionalidad. ¿Qué diferencia hay, por tanto, entre este campo de observación y el propio de la historia del Estado, o, mejor, de los procesos de estatalización de las sociedades, coincidentes, de hecho, cronológicamente, en buena medida, con la propia historia del constitucionalismo? Podría decirse que mientras la historia constitucional pone el énfasis en los derechos y la libertad, la historia del Estado lo hace en el poder, aunque podría replicarse que el correcto estudio de este arroja precisamente el saldo de las libertades. Podría argumentarse también que el núcleo de la historia constitucional continúa siendo, de todos modos, la norma fundamental, pero así se vuelve a recaer en la narrativa unidimensional que se quiere conjurar, y no se tiene en cuenta que historiar el Estado también implica encarar el objeto jurídico-constitucional, pero situándolo en un universo mayor, en el que no siempre ha tenido ni tiene la posición de causa primigenia.

Tomar como objeto la historia del Estado tiene, a mi juicio, varias ventajas: supera el frecuente riesgo de recaer en la exegética constitucional, atiende al proceso de transformación social fundamental de la modernidad, que no es otro que la estatalización de la sociedad, y, aunque nos sitúa preferentemente en la contemporaneidad, nos permite integrar, incluso como negaciones del

Estado, a las decisivas experiencias dictatoriales, y como disolución global del mismo, los momentos de mayor actualidad. Por otro lado, siendo la forma-Estado la que terminó estructurando casi todo el espacio político mundial a lo largo del siglo XIX¹⁹, puede constituir una útil plataforma para colocarse en la última estación del comparatismo historiográfico: la historia global²⁰. Pero el Estado no es, desde luego, un dispositivo impersonal, neutro, ajeno a la distribución del poder social. Por eso su tratamiento histórico es inseparable del análisis de la lucha por el poder, siendo de hecho uno de los instrumentos más preciosos y potentes en dicha confrontación, toda vez que el sector parcial que se apodere de sus instituciones, o predomine en ellas, logrará hacer pasar, coacción mediante, como universal o general lo que, en realidad, solo tiene entidad particular²¹.

Si en el volumen que terminamos ahora de comentar se contiene un ejemplo práctico valioso de este punto de vista es, a mi juicio, el desmitificador relato de Vile sobre los motivos inspiradores de la revolución norteamericana. Bien cierto es, de todos modos, que objeto tan extenso como el Estado se hace difícilmente abarcable para un relato de conjunto, y no debe en absoluto confundirse con la historia normativa externa de las instituciones –administrativas, ante todo– que supuestamente conforman la estatalidad; es ahí, para evitar caer en semejante tentación ordenancista, que al fetichismo de la regulación constitucional sustituye el fetichismo de los organismos institucionales, donde han de entrar en juego los consejos tipológicos de Fioravanti o el concepto de «principio estructural» empleado por Varela entendido «como conjunto de preceptos que delimitan la forma de Estado» (p. 28, n. 30), pues se trata, no de realizar un mapa a escala 1:1, ni de limitarse a recomponer una corteza institucional, sino de hallar los principios sintéticos que han ido jalonando la construcción del Estado como forma de organización de la propia sociedad, y, por lo tanto, como modo de constitución de la subjetividad política de sus miembros.

19 Tal es la tesis de Christopher A. BAYLY, *El nacimiento del mundo moderno, 1780-1914*, Madrid, Siglo XXI, 2010.

20 Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, 2014 [volumen recensionado en el capítulo siguiente].

21 Son valiosas las reflexiones al respecto de Pierre BOURDIEU, *Sobre el Estado*, Anagrama, Barcelona, 2014.

DESAFÍOS DE LA HISTORIA JURÍDICA GLOBAL¹

De más está recordar el papel central que ha desempeñado y desempeña el Instituto Max Planck de historia del derecho en la formación de los juristas historiadores, en el tejido de redes académicas entre los profesionales del ramo y en marcar la agenda investigadora a la disciplina, por colocarse a la vanguardia de la misma, o por saber presentar sus incursiones como vanguardistas. Precisamente sobre esta última cuestión, la de señalar los derroteros futuros de nuestra materia, va a versar la presente recensión.

Entre los hitos científicos decisivos promovidos por el citado instituto, bajo los auspicios de su fundador y director Helmut Coing, destaca el de realizar una *europäische Privatrechtsgeschichte*, finalmente sustanciada en una amplia recopilación de fuentes² y en una difundida exposición general³, aparte de en multitud de estudios particulares realizados con su aliento. Podría afirmarse, de entrada, que el volumen que vamos a reseñar parte de una revisión crítica de este proyecto científico⁴, elaborada por el actual director de la institución, Thomas Duve, con la intención de trascenderlo, colocando el observatorio de la investigación histórico-jurídica en un marco metodológico y temático parejo al de la *global history*⁵, aunque con tonalidades propias.

1 Recensión de Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2014 (*Global Perspectives on Legal History*, 1), publicada originalmente en el *AHDE*, 85 (2015), 695-705.

2 Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Rechtsgeschichte*, München, C. H. Beck, 1973-1988, 6 vols.

3 Exposición traducida al castellano: *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, trad. Antonio Pérez Martín.

4 Se trata de una revisión crítica que cuenta entre nosotros con referencias de calado para el estudio y enseñanza del *ius commune* y los *iura propria*: Bartolomé CLAVERO, «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de *Las Visperas Constitucionales* de António Hespanha)», en *Quaderni Fiorentini*, XLI (2012), 675-763, especialmente 711 y ss.

5 Buena guía de entrada para profanos es Peter N. STEARNS, *Una nueva historia para un mundo global*, Barcelona, Crítica, 2012, y Pamela CROSSLEY, *What is Global History*, London, Polity, 2007; por nuestros lares interesa la consulta de Teresa M^a ORTEGA LÓPEZ (ed.), *Por una historia global: el debate historiográfico en los últimos tiempos*, Universidad de Granada, 2007.

El volumen trae causa de un *workshop* realizado en la propia sede el pasado agosto del año 2012⁶, y del encuentro bianual de historiadores del derecho alemanes celebrado, un mes después, en Lucerna, donde se debatieron las ponencias que, incluyendo sugerencias, han sido finalmente adaptadas al formato actual de capítulo de libro, proseguido de valiosos apartados bibliográficos, muy útiles para la actualización de su lector. Como informa el editor, el resultado es una muestra de contribuciones «centradas en la cuestión de cómo escribir historias jurídicas transnacionales» (p. 20), repertorio que inaugura una nueva serie de publicaciones del instituto, sobre *perspectivas globales en historia jurídica*, que cuenta con la ventaja de hallarse disponible en red⁷.

El libro organiza las diferentes aportaciones en tres grandes bloques: uno, de naturaleza eminentemente metodológica, se plantea interrogantes acerca de las diferentes tradiciones historiográficas y disciplinares (*Traditions of Transnational Legal History*); el siguiente ya comienza con investigaciones específicas, centradas en el estudio de la dinámica jurídico-institucional en el interior de diversos imperios a lo largo de la historia –uno de los terrenos de indagación, este de los imperios, fundamentales, de hecho, para la historia jurídica elaborada desde una perspectiva global– (*Empires and Law*); y el último, el más nutrido, atiende a experiencias particulares sobre circulación de instituciones, códigos, modelos políticos y corrientes doctrinales entre los siglos XIX y XX y en el interior de diversas ramas jurídicas, como el derecho privado, el constitucional y el penal (*Analyzing Transnational Law and Legal Scholarship in the 19th and early 20th Century*). En total, y aparte de la ya sustantiva introducción, conforman un muestrario de quince incursiones en este campo de investigación histórico-jurídica. Se comprende, pues, que no pueda plantearse un comentario pormenorizado de cada una de ellas. Aspire-

6 Encuentro al que tuve la oportunidad de asistir, por encontrarme entonces en el instituto. Su título completo (*Entanglements in Legal History. Conceptual Approaches to Global Legal History*) es revelador, pues muestra una proyección más ambiciosa, matizada después en el título de la colección, que pasa de la *historia jurídica global* a las *perspectivas globales en la historia jurídica*. Veremos la importancia de esto al comentar el ensayo metodológico de Thomas Duve.

7 Acaba de salir ya la segunda entrega: María Rosario Polotto, Thorstein Kaiser, Thomas Duve (eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, 2015, con idénticos datos editoriales al libro reseñado, y trayendo también causa de varios encuentros anteriores celebrados entre Frankfurt y Buenos Aires, a cuya primera vuelta también tuve oportunidad de asistir.

mos, por tanto, a identificar algunas líneas maestras del libro como invitación entusiasta a su lectura.

Podría afirmarse que la mayoría de los ensayos de contenido más metodológico comparten un punto de vista crítico acerca de las concepciones funcionalistas, progresivas, liberales y eurocéntricas, procedentes en buena parte de las ocasiones de la sociología de Max Weber, que han predominado hasta el momento a la hora de realizar historia del derecho europeo, historia de la codificación, historia colonial o comparación jurídica. En su lugar, adoptan una perspectiva crítica, ocupada en la deconstrucción de los discursos arquetípicos tradicionales, y más apegada al conocimiento local de experiencias transnacionales singulares, para lo cual son útiles las referencias metodológicas del análisis del discurso (Michel Foucault), de la antropología (Clifford Geertz) o de la historia conceptual (Reinhardt Koselleck).

Con la lectura de estas primeras contribuciones, se tienen claras, ya de entrada, dos cosas: una, realizar historia jurídica desde una perspectiva global es empresa multidisciplinar, que emparenta a la historia del derecho ante todo con el derecho comparado; otra, la exposición introductoria de Thomas Duve cuenta en este sentido con un rango especial, el de ser una suerte de estatuto fundacional de una proyectada inflexión de la disciplina. Detengámonos entonces especialmente en sus consideraciones.

Se trata del destilado conclusivo de un conjunto concatenado de trabajos sometidos a debate y discusión profesional⁸. Su propósito central es renovar la *European Legal History*, actualizarla, haciendo que responda a los desafíos planteados por los estudios poscoloniales, la crítica jurídica y la historia global. Y para ello es imprescindible, primero, problematizar el propio concepto de «Europa» y su extensión geográfica, que sirven de base implícita a la historiografía jurídica europea, y después, someter a revisión crítica la propia historia del derecho europeo cultivada desde tiempos de posguerra. En relación a lo primero, Duve concluye que «no puede haber duda de que un concepto cerrado de Europa como un espacio físico no puede mantenerse como categoría analítica fructífera. Si entendemos que ‘Europa’ ha de ser vista como un punto de referencia cultural, el uso de esta referencia no podrá restringirse a un área geográfica acotada, menos en la época de la expansión

8 Thomas DUVE, «Von der europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive», *Rechtsgeschichte - Legal History*, 20 (2012), pp. 18-71; Id., «European Legal History - Global Perspectives. Working Paper for the Colloquium *European Normativity - Global Historical Perspectives* (September, 2nd-4th, 2013)».

européa» (p. 36). Y sobre lo segundo, examina los presupuestos metodológicos (Weber, Toynbee) y los proyectos institucionales a los que respondió la historiografía jurídica de Franz Wiacker y Helmut Coing. Señala a este respecto algunas de sus características más salientes (marco territorial invariante, tendencia a la uniformidad del derecho europeo, concepto legalista del derecho, «concentración en la dogmática del derecho civil»), concluyendo que ya no podemos continuar construyendo historia jurídica sobre la base de esta tradición intelectual (p. 48). A su juicio, abundan los motivos que explican la necesidad de trascenderla: su «marco espacial de investigación es simplemente inadecuado», tanto para el estudio de los imperios como para el examen de la difusión del pensamiento jurídico; su concepto reduccionista del derecho también es insatisfactorio, dado que excluye formas decisivas de normatividad eficaz, como la «Teología Moral» en los tiempos premodernos (p. 51); y genera un cierto «aislacionismo intelectual» (p. 52), que sustrae a la historia del derecho de debates metodológicos capitales mantenidos en las ciencias sociales e historiográficas.

Todo ello compone, podría decirse, la dimensión crítica, de revisión escurpulosa de la tradición, de la propuesta de Thomas Duve. A ella acompaña otra faceta, la netamente propositiva, de su apuesta decidida por una «*Legal History in a Global Perspective*» (p. 55). Anticipa una pertinente aclaración, que evita comprensibles confusiones: su nuevo enfoque «no implica escribir una historia universal o mundial del derecho», cometido que sería «completamente diferente»; por el contrario, la alusión a las «perspectivas globales» quiere sugerir que la historia del derecho adopte nuevos puntos de vista, que le permitan trascender el corsé tradicional impuesto por la lógica cultural y fronteriza del Estado-nación, o por el canon normativo del positivismo formalista. Es en este sentido en el que deben comprenderse sus sugerencias metodológicas: tratar de «desarrollar una historia jurídica orientada hacia espacios transnacionales» (p. 55), integrar otros niveles relevantes de normatividad en su ángulo de observación, atender a los fenómenos de hibridación jurídica, volver la mirada a las experiencias locales o revalorizar el aspecto conflictivo del fenómeno jurídico, en lugar de su presunta tendencia a la síntesis y la uniformidad, serían, pues, propuestas dirigidas, no tanto a romper para siempre con la tradición de la historia jurídica europea, sino a trascenderla, superarla e incorporarla en una plataforma de análisis desde la que podría suministrar resultados metodológicamente más sofisticados y científicamente más depurados, menos deudores de las precomprensiones

–excluyentes y supremacistas, por colonialistas, cabría añadir– que todavía arrastraba aquella tradición.

Se decía que su contribución, inspirada en estudios de derecho comparado, crítica metodológica y legalidad transnacional⁹, juega un papel basilar en el conjunto del libro. Y así es, pues las sugerencias enunciadas en él encuentran oportuna concreción empírica en muchos de los capítulos que le prosiguen, todos ellos sensibles a los desafíos metodológicos planteados en la introducción.

En este sentido, especial interés encierra uno de los textos más valiosos del volumen, el que versa sobre historia de la codificación (*Coding the Nation. Codification History from a (Post-)Global Perspective*), suscrito por la catedrática de Gotinga, Inge Kroppenberg, y el doctor suizo Nikolaus Linder. Parten de una crítica al concepto weberiano de codificación sostenido por Franz Wiacker, concepto caracterizado por las trazas del racionalismo liberal, individualista, progresivo y funcionalista y especialmente disfuncional para la comprensión de las «experiencias poscoloniales» (p. 76). Proponen en su lugar una noción cultural que ligue la idea de código con «lo político» (p. 77), de modo que se haga visible la valencia social y políticamente constitutiva de los códigos, aclarando que no estamos tanto ante una ley moderna que presupone un orden político dado cuanto ante un fenómeno jurídico capaz de construir, o de contribuir destacadamente a formar, un nuevo orden político. La sugerencia concreta la toman de Damiano Canale¹⁰. La conclusión es rotunda: «el significado cultural de los códigos reposa mucho menos en su nor-

9 Baste citar algunos: Marc AMSTUTZ, «*Métissage: On the Form of Law in World Society*», *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 112 (2013), 336-360; Pietro COSTA, «Reading Postcolonial Studies: Some Tentative Suggestions for Legal Historians», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 35 (2013), 272-282; Dominic SACHSENMAIER, *Global Perspectives on Global History. Theories and Approaches in a Connected World*, Cambridge University Press, 2011; William B. TWINING, *General Jurisprudence. Understanding Law from Global Perspective*, Cambridge University Press, 2009.

10 D. CANALE, «The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe», en Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hoffmann (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, vol. 9 del *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Heidelberg-London-New York, Springer, 2009, 135-183. Junto a las referencias metodológicas de Clifford Geertz y Michel Foucault, y a la importancia capital de los trabajos de Pio Caroni, para esta contribución resulta asimismo inspirativa la obra de Paul W. KAHN, *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago University Press, 1999.

matividad que en su '[per]formatividad': ellos 'nos' cuentan quiénes somos nosotros» (p. 79). Su aplicación tiene especial trascendencia en los procesos de construcción nacional. Y el valor especial de la contribución reside en el exquisito estudio de caso que vendría a corroborar los planteamientos teóricos anticipados, un análisis de dos procesos de codificación cruzados en Suiza entre los siglos XIX y XX, el del código civil y el del penal, dependientes, en sus ritmos, alcance y consecuencias, de dos versiones bien diferentes de nación, puestas a la vista por decisiones, opiniones doctrinales y normas coetáneas.

El siguiente trabajo (*Rethinking 'Hindu Law' through Weber's Sociology of Religion*), de Geetanjali Srikantan, abunda en la caducidad del marco epistemológico 'occidentalista' proporcionado por la sociología comprensiva de Max Weber, una de las señas de identidad, como puede apreciarse, del giro disciplinar que impulsa el libro. La alternativa analítica la suministra en este caso el análisis de los discursos de Michel Foucault y su aplicación por parte de Edward Said al asunto de la comprensión, saturada de clichés, de las culturas orientales desde la perspectiva occidental¹¹. En tal sentido, se trata de una fina crítica al marco hermenéutico en el que implícitamente se desenvuelven muchas aproximaciones a la historia de la India, un marco que tiene su acta de nacimiento en las investigaciones de Max Weber, a través de las cuales quedó grabada «la idea de una religión hindú con un sistema cohesivo de castas y un sacerdocio de brahmanes», por más evidencias empíricas que la contradigan (p. 116). Lo peculiar es que esa idea ha servido de preconcepción típica de la historiografía convencional, por lo que merece crítica, pero también fue una noción orientadora de la propia administración colonial británica, por lo que debe estudiarse como objeto. Con ello se refuerza, en fin, la convicción de que para comenzar a realizar historiografía jurídica desde otras perspectivas debemos antes deconstruir el enfoque tradicional en el que nos hemos instruido, para someter después a depuración sus filtros distorsionantes.

El último de los estudios, de cariz más metodológico y contenido más ius-comparatista, obra de George Rodrigo Bandeira Galindo, se propone, Reinhard Koselleck mediante, una ampliación del concepto de los *Legal Transplants*, de modo que dejen de invocar tan solo procesos de intercambio producidos en el espacio para incluir también una dimensión temporal, que permita contemplar un trasplante legal como «una colección de *experiencias* que tienen lugar en un sistema legal, de las que se *prevé* su realización en el

11 No está de más traer al recuerdo, para los investigadores más neófitos, E. SAID, *Orientalism*, London, Penguin, 1995.

futuro en un sistema legal diferente» (p. 133). Quizá se trate de la contribución más apegada todavía al canon interpretativo ‘occidentalista’ tradicional, por asociar el proceso de expansión de ciertas instituciones jurídicas a las ideas de «modernización y desarrollo, pero también de buen gobierno» (p. 137), y por deducir precisamente de ahí que estos procesos expansivos cuentan con una dimensión temporal clave, al generar una expectativa razonable sobre cuál es el sentido en que va a transformarse en el futuro inminente un sistema jurídico concreto. Bajo tal consideración sigue latiendo, en efecto, la teleología progresiva y la tendencia inmanente a la uniformidad, y de ella queda eliminada toda referencia a la dominación y a la colonización que palpitan en este tipo de procesos, aunque se mencione alguna cosa sobre el influjo ideológico que suele preceder a las operaciones de trasplante jurídico. Buena prueba de todo ello es su discutible interpretación de los «programas de ajuste estructural» promovidos por las «instituciones financieras internacionales» y su «imposición de condiciones» como algo vinculado, aun con sus contradicciones, a la generalización de las prácticas de *good governance* (pp. 142-3). Con todo, pese a lo controvertido de estas asunciones, su propuesta, vista desde la lógica de la historia del poder y de la construcción de hegemonía cultural y de sistemas de dominación, puede resultar científicamente provechosa.

Como se ha indicado, a este bloque de referencias metodológicas sigue otro, ya de estudios sobre casos, dedicado a los imperios¹². La cronología que abarca, desde la Antigüedad clásica hasta la época imperial anterior a la I Guerra, demuestra que esas *global perspectives* a las que se aspira resultan practicables en todo tiempo. En ellos se aprecia también un signo característico del libro: la importancia central concedida a la cuestión metodológica. Así, se emplean en ellos categorías sociológicas, antropológicas e historiográficas como la de «transculturación», útil para dar cuenta de los fenómenos de hibridación, la de «transnacionalidad», aplicable también para el antiguo régimen, o la de «historias *enredadas*», como objeto que va más allá de las meras «historias *comparativas*». Como puede verse, en todos los casos se ven aplicadas las directrices metodológicas sentadas por el promotor de la obra y del giro en la disciplina.

El primero de ellos (*Ancient Entanglements: The Influence of Greek*

12 En la identificación de la problemática acaso tenga su importancia Lauren Benton, promotor del monográfico del *American Historical Review* de 2012 dedicado a *Law and Empire in Global Perspective*.

Treaties in Roman 'International Law' under the Framework of Narrative Transculturation), de Emiliano J. Buis, estudia la peculiar apropiación que, para articular su proceso expansionista, Roma hizo de determinadas prácticas de las ciudades griegas en sus relaciones respectivas y con otros pueblos extranjeros. Es en él donde se propone el uso de la categoría de «transcultura-ción», acuñada por el antropólogo cubano Fernando Ortiz en contraposición a la de «aculturación», que no servía para dar cuenta de la entremezcla e imbricación de identidades o tradiciones jurídicas diversas.

El segundo (*A Transnational Empire Built on Law: The Case of the Commercial Jurisprudence of the House of Trade of Seville, 1583-1598*), de Ana Belem Fernández Castro, examina la actividad jurisdiccional desarrollada por la Casa de la Contratación de las Indias desde una doble perspectiva: como entidad con potestad jurisdiccional en conflicto con otras jurisdicciones, tanto la de los tribunales de la ciudad hispalense en materia civil y criminal como la del consulado de mercaderes de la propia villa, y como institución que velaba por un monopolio comercial castellano en el que participaban, sin embargo, comerciantes de otros pueblos y países. Si para lo primero le resulta capital el empleo de la historiografía jurídica que mayor énfasis ha puesto en la importancia de la «cultura jurisdiccional» para entender las dinámicas institucionales premodernas (Bartolomé Clavero, Jesús Vallejo, Carlos Garriga, Carlos Petit...), para lo segundo es fundamental su concepto amplio de «transnacionalidad», no solo aplicable a «los fenómenos interconectados entre Estados-nación» (p. 192), entre otras cosas porque de las propias fuentes judiciales de la época dimana ya un empleo del término nación jurídicamente relevante. De cualquier modo, como la autora aclara, su «perspectiva transnacional» persigue ante todo poner de relieve «los efectos locales de las interconexiones transnacionales de la Casa de Contratación» (p. 193). Y, en definitiva, no se trata de dos enfoques o temas separados, sino que, por el contrario, se entrelazan, haciendo ver cómo la praxis jurisdiccional, de preeminencia práctica de la equidad, lidió con una interdicción, la de la intervención extranjera en la *Carrera de Indias*.

A este estudio sigue la exposición detallada de un enredado caso donde se convierte en hecho empírico indiscutible el entrecruce de tradiciones jurídicas y el mestizaje de instituciones. Su autor, Seán Patrick Donlan, se ocupa, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, de estos fenómenos de *Legal Hybridity*¹³, y su contribución al volumen se encarga de relatar uno, el

13 S. P. DONLAN, «Remembering. Legal Hybridity and Legal History», *Comparative Law Review*, 2 (2011), pp. 1-35.

de la *Spanish West Florida* y el *American Territory of Orleans* entre 1803 y 1810, justo el periodo que va desde el *Louisiana Purchase* y la anexión estadounidense de Florida. Se trata, pues, de un estudio de *mixed legal systems*, atravesados en este caso por las tradiciones, las culturas y las prácticas institucionales procedentes de Francia, de la Monarquía española, con su carga tradicional y colonial, y de los propios Estados Unidos, interactuando todo ello, a su vez, con órdenes normativos indígenas. El autor desvela así con tino una compleja madeja donde se entremezclan dispositivos legales, normativos e institucionales de variada procedencia, y con continuidades y persistencias que van más allá de las delimitaciones fronterizas y las anexiones estatales.

El último de los estudios de este bloque (*German Colonial Law and Comparative Law, 1884-1919*), realizado por Jakob Zollmann, aborda el discurso de la burocracia colonial alemana y el espacio que en él tuvo el análisis de otras experiencias imperiales con fines de importación o emulación. El caso es que, debido a su reticente y tardía incorporación a la carrera imperialista, se dio la convicción en la administración germana de que «la legislación colonial extranjera podía proporcionar una dirección relevante a la propia actividad reguladora» (p. 258), de ahí que, como afirma el autor, «el derecho comparado estuviese en el principio mismo del *Kolonialstaatsrecht* alemán» (p. 260). Mérito del estudio, aparte de trazar una cabal fisonomía de algunos aspectos del colonialismo alemán de preguerra, como el de la ciudadanía y el estatus de indígena, es alzarse sobre un considerable aparato de fuentes, que le confieren una clara consistencia empírica.

El tercer y último bloque del libro está dedicado a la circulación transnacional de modelos y doctrinas en época contemporánea, hasta la Gran Guerra. Como ocurriera en la segunda sección, aunque se trata de estudios de casos específicos, en casi todos ellos hay lugar para la reflexión metodológica y categorial, dato que confiere un perfil diferenciado y característico a la obra. En este bloque nos encontramos ante dos capítulos sobre historia de la codificación, otros dos sobre historia constitucional, otro par de derecho internacional y uno último sobre derecho penal. Repasémoslos.

El primero de los trabajos, suscrito por el profesor de derecho romano Francisco J. Andrés Santos, se interroga sobre el alcance de la importación del *Code Napoleon* en América Latina y sobre la pertinencia del concepto de «recepción» para dar cuenta de dicha transferencia. Para ello resume dos «oleadas» de codificación en la historia jurídica latinoamericana, de las independencias a los años 1852-1869, identificando casos y contrastando la dispar

importancia que el código civil francés tuvo en ambas, algo que se explica, entre otras cosas, por el diverso contexto político vigente en cada uno de esos momentos. En su trazado se advierte con claridad la orientación prestada por las exposiciones de historia de la codificación de Alejandro Guzmán Brito, con sus posibles gravámenes, y la conclusión apunta a la insuficiencia del término usual de recepción.

Por su parte, Agustín Parise aporta una documentada investigación acerca de la historia cruzada de dos juristas, uno de Quebec, otro argentino, de dos codificaciones, las de sus respectivos países, y de un género literario peculiar, el de las *bibliotecas*, concretamente las de ambos códigos civiles, consideradas por el autor como *Mirrors of Normative Transfers from Europe to the Americas*. Para disipar dudas acerca de la condición exacta de estas fuentes, el autor, con acierto, adjunta en apéndice imágenes de algunos fragmentos de dichas *bibliotecas* y *concordancias*, donde se aprecia cómo los sucesivos preceptos del código examinado van acompañados de sus antecedentes romanos y patrios, de sus homólogos extranjeros y de comentarios doctrinales, por eso Parise considera que en ellas «se refleja cómo, y en qué medida, las elaboraciones jurídicas europeas fueron transferidas a las jurisdicciones americanas» (p. 317). Su contribución, que indirectamente desmiente la imagen común del código moderno como novedad jurídica rupturista, se entretiene en la exposición de cuestiones generales de historia de la codificación entre Quebec y Argentina, para recalar después en las singladuras paralelas de ambos autores, Charles-Chamilly de Lorimier y Luis Vicente Varela, y centrarse por último en la descripción de sus respectivas obras, realizando lo que en ellas da testimonio acerca de las transferencias y préstamos tomados por los códigos americanos de los modelos europeos.

Se abre con posterioridad un eficaz y sugerente estudio, obra de Eduardo Zimmermann, sobre la traducción cultural del modelo constitucional estadounidense en los circuitos jurídicos argentinos durante el siglo XIX. El caso examinado, por tanto, es el de «la recepción y adaptación hecha por los juristas y abogados argentinos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional estadounidense en la segunda mitad del siglo XIX», como vía de contribución a una «una historia comparativa de la cultura jurídica en las Américas» (p. 387). Personajes esenciales son, en efecto, los juristas en cuanto expertos, profesores, consejeros y estadistas. El marco histórico viene dado por la promoción del panamericanismo sobre molde norteamericano y en el aspecto ideológico se aborda un proceso de expansión de los principios republicanos.

Saltan así a la vista algunas conclusiones, apuntadas por el autor: en la importación de un modelo, como en todo acto de comunicación, el medio, el transmisor y el destinatario alteran el mensaje; así, las interpretaciones argentinas del modelo jurídico-político norteamericano dependieron estrechamente del contexto local y de la inclinación política de cada jurista, aunque lo decisivo es que lograron en conjunto formar un novedoso lenguaje constitucional (liberal y republicano) en el interior del cual, sin posible marcha atrás, pasaron a desenvolverse casi todas las posiciones. De ahí que lo analizado sea más un proceso de «transición» y «traducción» (p. 391) que un limpio trasplante de una institucionalidad extranjera en el torso constitucional argentino. Y en tal proceso, los medios y redes que difundían a la vez que conformaban el modelo importado merecen, en atinada conclusión de Zimmermann, convertirse ellos mismos en objeto de atención para el historiador, pues no eran puros recipientes neutros de ideas, sino canales que determinaban el contenido del mensaje¹⁴.

Con tales presupuestos, y sin ninguna presunción teórica, el autor realiza un recorrido por las enseñanzas de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires, motor fundamental del «proceso de diseminación y debate de la doctrina constitucional americana» (p. 398), por los traductores, los textos y los circuitos que impulsaron la distribución de este «constitucionalismo impreso» (Michael Warner), para concluir señalando cómo en todo ese acervo documental puede rastrearse una «historia conceptual del “Modelo Americano”» (p. 403) en Argentina con sus decisivas consecuencias en la fijación del liberalismo del país y en la transformación de su sistema constitucional. Se advierte la simpatía implícita del autor por ese giro irreversible en Argentina desde lo que llama el «caudillismo» preliberal hacia el republicanismo centralista norteamericano al presentarse como fenómeno de estricta circulación y promoción intelectuales lo que probablemente también tuvo su dimensión colonial. El lector profano se pregunta además si detrás de esa abandonada «tradición *caudillista*» no existían prácticas tradicionales de relevancia constitucional, y si en su neta contraposición con el «republicanismo liberal» no juegan más comprensibles inclinaciones políticas que el afán del observador empírico.

14 La sensibilidad hacia «los mecanismos sociales de circulación de las ideas jurídicas», como forma además de acercar la historia del derecho a algunos métodos fructíferos de la historia social, atraviesa el texto y se puede apreciar en su apéndice final de traducciones argentinas del modelo norteamericano.

El siguiente estudio, escrito por Bram Delbecke, analiza también una transferencia jurídico-constitucional en un ámbito continental, esta vez el europeo, pero el objeto se delimita mucho más, circunscribiéndose al caso de la «ofensa política», y el ángulo de observación también se restringe, refiriéndose a la conexión entre la Carta francesa de 1830 y la Constitución belga del año siguiente. Los presupuestos metodológicos de partida son tres: el consejo de Horst Dippel de superar la comparación histórica de sistemas constitucionales ceñida a los Estados-nación, el llamamiento de Thomas Duve a priorizar el análisis de lo local, realzando lo propio, y no lo común, de cada modelo constitucional, y la prevención planteada por Bartolomé Clavero para descifrar correctamente los textos constitucionales de cotejar sus figuras con su contexto doctrinal y jurídico.

Con tales guías, Delbecke emprende el estudio de la constitucionalización de las garantías procesales (debido proceso, jurado) en los casos de delitos políticos en las experiencias francesa y belga posteriores a las revoluciones de 1830. Su corroborada hipótesis es que esta consagración constitucional conduce inevitablemente a inquirirse acerca de la extensión de la libertad de prensa y la función garantista de la *public opinion* en la sociedad liberal, en la cual, como medio de prevención del jacobinismo y la democracia popular, se había verificado la distinción entre la esfera política de las instituciones y la esfera, autónoma, de la sociedad civil. En su contribución se examinan además los itinerarios formativos y profesionales de aquellos jóvenes liberales que, educados en Francia, y ejerciendo después su labor de periodistas en Bélgica, conectaron ambas experiencias constitucionales no solo por amor a la libertad, sino también como medio de reclamar para su generación una posición política central.

Discovery Legal Silence: Global Histories and the Liquidation of State Bankruptcies (1854-1907) se titula el capítulo de Lea Heimbeck, cuyo asunto, como puede verse, resulta de rabiosa actualidad y podría poner sobre interesantes antecedentes los casos en que los Estados resultan incapaces de pagar a sus acreedores. Se trata de un objeto pluridisciplinar, situado entre el derecho y la economía y entre el derecho público y el privado, aunque el mejor ángulo para examinarlo es el derecho internacional. Su propia dinámica nos informa de la complejidad del orden interestatal decimonónico, pues no existía un régimen general sobre el particular, lo que obligaba a su resolución casuística, y en ella se veían involucrados actores no solamente estatales, lo cual hace problemática la cuestión, aparentemente pacífica en aquellos años, de

la subjetividad internacional. La autora, que señala, quizá prematuramente, una laguna en la recién nacida *global legal history*, quiere contribuir a colmarla con un estudio de tres casos, los de Egipto, el Imperio Otomano y Venezuela, para evidenciar cómo en cada uno de ellos se encaró, desde el plano doctrinal, institucional e interestatal, el problema de sus respectivos *defaults*. A pesar de que se esclarezcan muchos de los factores jurídicos, culturales e institucionales de estas quiebras de Estados, y aunque se mencionen, como no podía ser de otro modo, episodios como los bombardeos europeos en costas venezolanas, llama poderosamente la atención que no se explicita o tematice la faceta colonial de las prácticas de endeudamiento. ¿Cabe examinar, por ejemplo, la bancarrota egipcia sin ni siquiera identificar a las empresas beneficiarias de los millonarios contratos financiados con deuda pública? ¿No fueron estos episodios de endeudamiento excesivo un aspecto más dentro la imposición generalizada del occidental *standard of civilization*¹⁵?

Contrasta con esta posición el ensayo siguiente, de Clara Kemme, sobre la colonización británica en la India, que quizá habría tenido lugar más apropiado en el segundo bloque sobre imperios. Estamos probablemente ante uno de los mejores capítulos, por su detallada exposición de un tema tan extenso y complejo y por aplicar con diligencia los requerimientos de una historia global, no tan solo comparada ni exclusivamente occidental.

Entre otras cosas, esto se aprecia en la entrada en el análisis de los órdenes de dominación musulmán e hindú, ya existentes antes de la llegada de la Compañía inglesa para la India Oriental, y en la comprensión de la empresa colonizadora como un proceso de penetración paulatino, que, en tanto desembocó en la sustitución completa del sistema jurídico vernáculo, dio lugar a prácticas genuinas de dominación y a fórmulas institucionales híbridas, cuya identificación y exposición constituye todo un ejemplo de *entangled history*. El terreno de estudio lo dan las normas que regulaban «las relaciones entre los gobernantes indios y las autoridades coloniales británicas», normas peculiares, no inscritas en el *European Law of Nations*, y que sirvieron de instrumentos para «privar a los estados indios de su personalidad jurídica» (p. 491). Interesan a la autora, pues, los mecanismos diseñados para su legitimación y su articulación efectiva a través de una política de *treaty making* que permitió a Gran Bretaña intervenir en las relaciones entre las comunidades indias, adquirir territorios por cesión y terminar convirtiéndose en el

15 Se alude, claro, al pionero y aún imprescindible título de Gerrit W. GONG, *The standard of civilization in the international society*, Oxford, Clarendon, 1984.

paramount power de la India, con capacidad, ya sobre la base de su carácter «civilizado», para revisar tratados y someter a gobernantes locales. Una de sus conclusiones es que «el sistema normativo indio solo fue gradualmente suprimido tras un periodo de creciente entrelazamiento» entre prácticas vernáculas, dispositivos casuísticos británicos y categorías europeas, formando todo ello un «proceso pragmático que estuvo inherentemente vinculado a las realidades del equilibrio de poder en la India y que estuvo más determinado por la política que por la ideología» (p. 530).

El libro se cierra con un análisis, elaborado por Michele Pifferi, sobre los «procesos de criminalización» impulsados por el xx. Su objeto, como aclara con acierto el propio autor, es de naturaleza global, si nos restringimos al ámbito occidental, pues tal era el radio que había alcanzado la institucionalización y los circuitos de comunicación de la disciplina jurídico-penal y criminológica. Eso explica que las nuevas corrientes, alentadas por el positivismo y la antropología desde la década de los 1880, alcanzasen una expansión transnacional, que contrastaba, sin embargo, con el diverso grado de penetración que sus propuestas tuvieron en las diferentes legislaciones nacionales. Por eso se explicita una tensión, la existente entre una *Global Criminology* y las divergentes *National Traditions*, que dieron dispar cabida a sus sugerencias reformistas y acabaron también por suministrar diferentes fundamentos teóricos al derecho penal. Para documentar esas «marcadas peculiaridades» entre las experiencias europeas y las estadounidenses, surgidas sobre todo al comenzar el siglo, Pifferi escoge cuatro extremos relevantes, como lo son la separación de poderes, el principio de legalidad, el papel de la judicatura y la «administrativización» de la justicia penal (p. 548). Una de las conclusiones apunta a la mayor permeabilidad norteamericana, entre otras cosas debido a su peculiar división del proceso penal en dos fases, la destinada a determinar la culpabilidad y la dedicada a precisar la sentencia, teniendo mayor espacio en esta segunda la lógica de la individualización de la pena (p. 553).

Nos encontramos, pues, ante una primera entrega de una nueva colección que nos orienta sobre una de las direcciones, visiblemente atractiva, que la historia del derecho puede tomar para adaptarse a estos tiempos de globalización. En términos generales, se trata de un comienzo con notables resultados. Salvo excepciones, los autores que han contribuido al volumen son expertos en la materia de la que han tratado. Realizando también algunas salvedades, se trata de trabajos nutridos, elaborados sobre la base de una extensa recopilación documental y bibliográfica. Y también con ciertas exclusiones, en todos

los capítulos se reflexiona sobre los postulados metodológicos de esta historia jurídica realizada desde una perspectiva global sobre objetos transnacionales, lo cual no solo es de agradecer, sino que, en este caso, que se quiere revisar críticamente la tradición historiográfica predominante para elaborar un punto de vista más actualizado y depurado, resultaba indispensable.

Para terminar, pueden señalarse algunas cuestiones, metodológicas y sustantivas, con el mero propósito de contribuir a la fijación de este punto de vista. En realidad, los planteamientos metodológicos más rupturistas que aparecen en el volumen no son precisamente novedosos, ya que proceden de sugerencias y obras de los años sesenta, setenta y ochenta del pasado siglo, momento en que se sometió a crítica severa toda forma de teleología progresista, occidental, eurocéntrica o atlantista, en la historiografía. Esto no hace en absoluto inconveniente la invocación de tales postulados, mucho menos en un momento de rebrote de cierto occidentalismo imperialista que se siente incómodo ante un escenario mundial de carácter multipolar. Pero sí revela la resistencia de la historia del derecho a la novedad epistemológica, su habitual reluctancia ante las cuestiones metodológicas, que ya va siendo hora de liquidar.

Por otro lado, debe advertirse que en algunos casos se presentan con nuevas etiquetas objetos y maneras de proceder que ya se encuentran asentados en la historia jurídica comparativa. Es algo que suele suceder cuando se producen inflexiones paradigmáticas. Por ejemplo, cuando, con el *linguistic turn*, estuvieron en boga los estudios semánticos y los análisis del discurso, se presentaron bajo su ropaje numerosas investigaciones tradicionales de historia de las ideas. Sirve esta apreciación porque en el volumen que hemos comentado se introducen a veces, con léxico novedoso, contenidos tradicionales. En algunos de ellos, de hecho, se aprecia la tensión abierta entre las exigencias de una historia global no funcionalista y el relato progresivo y liberal todavía subyacente. En otros, simplemente se tocan materias de historia comparada sin que exista un desplazamiento sensible del enfoque habitual, y ello porque, en realidad, no hacía falta realizar giro alguno para esclarecer correctamente el objeto tratado. Solo en algunos casos se practica rigurosamente la historia transnacional, de fenómenos de hibridación jurídica, desembarazada de los gravámenes impuestos por el relato de la modernidad.

En lo que concierne todavía al método, y teniendo en cuenta el consejo del editor sobre la necesidad de subrayar el conflicto en vez de la tendencia a la uniformidad, se echa claramente en falta alguna mención a la metodología

historiográfica que precisamente tuvo en su centro la cuestión de la imbricación entre factores opuestos, o, por decirlo más llanamente, el conflicto como motor del proceso histórico, esto es, la dialéctica. Descargada de su tendencia hegeliana y marxista hacia la síntesis, es decir, hacia la identidad sintética final de los contrarios, el análisis dialéctico de los procesos sociales permite interrelacionar sus diversos factores y momentos, realzando la mutua implicación de todos ellos y permitiendo poner el acento, no ya en la identidad, sino en la diferencia. Demonizada por su ascendente político, por haberse convertido en dogma oficial de sistemas autoritarios, y despachada bien por su considerable complejidad o bien por su lamentable vulgarización en la ciencia social marxista de los años 60, no descartaría de antemano su utilidad para iluminar el estudio de estos fenómenos de aleación de tradiciones, ideas y modelos jurídicos.

Por último, conviene concluir con algún apunte sustantivo. Es fundamental, para colocarse en esa perspectiva global, identificar a los actores concretos de nuestra trama y la posición que cada uno de ellos ocupa. Cuando nos ubicamos en un espacio transnacional tendemos con frecuencia a atribuir ese papel de actores históricos a naciones, países u otras unidades colectivas, sobre las que proyectamos cualidades antropológicas como la voluntad y la planificación. En este terreno, como ocurre en la historia convencional del derecho internacional, la historiografía se desenvuelve en el plano de las ficciones antropomórficas, no de las realidades políticas. Pero hay más. Cuando se trata además de dar cuenta de la circulación de ideas, modelos e instituciones en este espacio compuesto de naciones subjetivizadas, tendemos a dos hábitos cognitivos no menos discutibles: a considerar el interior de las mismas como comunidades homogéneas, desconociendo su heterogeneidad cultural real, y a considerarlas en un plano virtual de igualdad, con lo que las operaciones de trasplante o las transferencias jurídicas suceden en un espacio horizontal y proporcional, donde interactúan sujetos equivalentes entre sí. En ambos hábitos sigue latiendo la epistemología funcionalista, progresiva y liberal que correctamente se señala como peldaño a superar.

Para trascenderla, como sugería Thomas Duve, debe darse entrada a otras normatividades diferentes a la legalidad positiva estatal, pero no solo a las suministradas por la teología moral o la religión, con su correspondiente carga de gobernación y disciplina de los hombres en beneficio de ciertas minorías, sino también a las propias de las comunidades no asimiladas por la legalidad estatal. Para remontarla, en fin, debe abandonarse el apriorismo liberal

de la igualdad entre los diferentes actores históricos. De no hacerse, se presentarán como intercambios e hibridaciones entre pares lo que en realidad eran estrategias de dominación, como muy bien pone de relieve el capítulo de Clara Kemme, o se representará como legalidad global lo que en realidad es hegemonía lograda por un sector sobre los demás, que ha sido capaz de presentar sus propios intereses como interés general de la humanidad. No se aboga por regresar a una maniquea historia del poder que distinguía netamente entre agentes poderosos y sujetos sometidos, borrando la identidad de estos y convirtiéndoles en una suerte de recipiente vacío donde los poderes sociales depositaban limpiamente sus preferencias y su cosmovisión. Pero, por huir de esta dicotomía, tampoco se puede incurrir en el polo antagónico, que borra todo rastro de dominación imperialista en los casos de circulación e implantación transnacional de modelos jurídicos y políticos de procedencia bien determinada.

Para conjurar toda percepción ingenua o todo falseamiento ideológico, hace falta acompañar las perspectivas globales de una identificación precisa de los actores sociales involucrados¹⁶ y de las relaciones de poder entabladas entre ellos, para de este modo entender sus respectivas interacciones no solo como transferencias, préstamos o entrelazamientos, sino también como estrategias de conservación y reproducción de sus respectivas posiciones en un contexto competitivo y naturalmente indeterminado. Hace falta, en fin, aderezar la historia jurídica global con una historia global de las relaciones de poder. Algo todavía más pertinente cuando, tanto ayer como hoy, los sectores socialmente dominantes en los ámbitos hegemónicos del planeta han funcionado como bloque solidario, bien entrelazado, y auténticamente global o transnacional, esto es, ajeno para el despliegue de su agenda a las eventuales fronteras geográficas y culturales.

16 Caso llamativo es el de los juristas, sector elitista, situado entre los campos científico, cultural y del poder, cuya producción doctrinal no puede estudiarse en el vacío racionalista de las ideas universales, desgajándola de las funciones sociales que desempeñó para el mantenimiento del *statu quo*.

VIII. POLÍTICA, DERECHO Y CONSTITUCIÓN EN LA ACTUALIDAD

CRÍTICA DEL NEOCONSERVADURISMO JURÍDICO¹

La colección *Prudentia iuris* es una serie financiada por la fundación Francisco Elías de Tejada presidida por «el príncipe de los juristas hispanos», Juan Vallet de Goytisolo², y con Miguel Ayuso, director de la propia colección, ejerciendo de secretario. Como ejercicio más de ciudadanía que de ciencia jurídica, vale la pena examinar los contenidos de esta serie de breves monografías para comprender el proyecto científico y político que encarnan. La aportación general de estos estudios, y más en general de la corriente de pensamiento político que reproducen, es verdaderamente exigua. Como el lector podrá comprobar, aparte de no actualizar planteamientos en vigor desde el siglo XIII, todo su discurso se basa en una argumentación binaria, expresión en última instancia de la dicotomía fundadora entre el bien y el mal, que opera mediante una sucesión de oposiciones caracterizadas por su falsedad, por su abstracción y por su arbitrariedad y subjetivismo radicales. Pese a la común matriz a la que todos estos títulos responden, su exposición conjunta se hace más comprensible si la dividimos en su dimensión jurídica, en la política, y en su pretensión programática, tanto a efectos normativos como científicos.

I. PERFIL JURÍDICO

En el primero de los aspectos, el teórico-jurídico, estamos ante una serie de ensayos situados bajo la estela del tomismo. No crea el lector que existen adiciones de interés a lo proclamado siglos atrás por «el Aquinatense». Desde la misma divisa que presenta la declaración de principios se adelanta ya una comprensión de la ciencia jurídica como «ciencia de lo justo y de lo injusto por medio del conocimiento de todas las cosas humanas y divinas». La sociedad aún se concibe como una multiplicidad de esferas ordenadas «en total armonía» por su respectiva disposición al cumplimiento del «fin común»³.

1 Epígrafe del artículo de revisión titulado «Actualidad del derecho político» dedicado al comentario de la colección *Prudentia iuris*.

2 Según se le describe en el sitio en internet: www.fundacioneliasdetejada.org/patronato.

3 Juan Bms. VALLET DE GOYTISOLO, ¿Fuentes formales del derecho o elementos

Como se indicará después, esta organización social armónica, pese a todas las apariencias pluralistas, resulta siempre reconducible a una rígida unidad y ha por tanto de asociarse, más que a cualquier tipo de convivencia abierta, a la jerarquización estricta de la colectividad, punto clave de conexión entre el discurso providencial y organicista premoderno y el ulterior discurso liberal con su estratificación económica ordenada según las aptitudes y los dones naturales –concedidos por la divinidad– de cada individuo.

Por su parte, el derecho continúa estudiándose según la abstracta partición que distingue «cuatro clases de leyes: eterna, natural, divina positiva y humana». Se deduce de ello que, pese a toda la contaminación lingüística causada por la democracia legalista, todavía continúa siendo declinable una acepción de ley a la vieja usanza, como dictado de la prudencia para resolver casos concretos «a partir de la ley natural»⁴. La prelación de fuentes derivada de estas premisas coloca coherentemente la «costumbre», en cuanto voz de la comunidad popular estilizada por la actuación de «consejeros» y «asesores jurídicos», por encima de la ley, heterónoma pauta de conducta previsiblemente ajena al devenir social, sospechosa, pues, de perversidad y autoritarismo⁵. La concepción resultante del «ordenamiento jurídico» no es sino aquella que lo define como conjunto de reglas y valores enderezado a «establecer un orden justo entre los sujetos que conviven en la comunidad política»⁶.

Con estas bases conceptuales, se ha diseñado ya la clase de contenidos que ha de corresponder al constitucionalismo, desde luego muy distintos, según comprobaremos, a los abordados por la actual dogmática jurídica. Interesa indicar ahora que en su parte afirmativa –después examinaremos la crítica– la piedra angular de toda esta doctrina radica en conceptos tales como «la naturaleza de las cosas», el «orden natural» o «los valores». La cuestión es que hoy día, cuando es universal «la real contradicción de opcio-

mediadores entre la *naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?* (*Prudentia iuris*, 7), Madrid, Marcial Pons, 2004, 26 ss.

4 Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad* (*Prudentia iuris*, 2), Madrid, Marcial Pons, 2001, 32-3.

5 J. B. VALLET DE GOYTISOLO, ¿Fuentes formales del derecho?, 81.

6 FRANCESCO GENTILE, *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad* (*Prudentia iuris*, 1), Madrid, Marcial Pons, 2001, 20. O, en términos más castizos, «el funcionamiento real, ordenado en instituciones de conformidad a la naturaleza de las cosas, de un conjunto de principios, leyes, reglas y pautas de valor, orientado a la realización y concreción, en los hechos, de lo que es justo y equitativo», J. B. VALLET DE GOYTISOLO, ¿Fuentes formales del derecho?, 34.

nes subjetivas»⁷, una invocación abstracta de los valores o la naturaleza carece de significado si no es concretada en un catálogo taxativo de principios éticos precisos. Llama la atención que estos defensores de un saber realista y prudencial, opuesto virulentamente a toda normatividad general y abstracta, no aporten sino vacuas generalidades y abstracciones como contenidos fundamentales y permanentes de su pensamiento. Ni siquiera cuando se emplean en la labor de detallar qué entienden por el bien pasan de formular vaguedades del tipo «trata a los demás como quisieras que ellos te traten a ti», «se debe obrar y perseguir el bien y evitar el mal» o «vive honestamente, no dañes a otros, da a cada uno lo suyo»⁸, mandatos clásicos que parecen no verse contradichos, como ahora veremos, con la práctica bárbara de aniquilar por la violencia al adversario político, seguramente porque con antelación se ha llevado a cabo un proceso de deshumanización de aquél mediante el expediente de la enemistad que ya permite su directa supresión sin mayor remilgo ni remordimiento.

No se trata de oponer en calidad de alternativa única a estas hueras y tramposas apelaciones a la moral una racionalidad instrumental, formal y relativista, sino de colocarse en su mismo terreno, aquí estimado el más feraz, para constatar que el resultado final no es sino la categorización, o santificación, de un código valorativo particular como «ley natural absolutamente inmutable»⁹. De hecho, el ostensible propósito exhibido por nuestros autores de monopolizar el discurso acerca de la ética en las normas jurídicas, situándose cómodamente frente a una demonizada mentalidad ilustrada, formalista, atea y neutral, se patentiza en cuanto nos ponemos a tratar de valores sociales considerados como bienes indispensables para el desarrollo de todas las dimensiones del ser humano y la protección de su integridad, tanto física como moral.

Un ejemplo terrible de ello, muy en sintonía con su ideario, es la concepción caritativa sostenida por Álvaro D'Ors de la «dignidad humana», entendida como «merecimiento de un favor personal, singular o colectivo», que gra-

7 Según se admite por el autor más intransigente de todos, Álvaro D'Ors, *Bien común y enemigo público* (*Prudentia iuris*, 3), Madrid, Marcial Pons, 2002, 34.

8 J. B. VALLET DE GOYTISOLO, ¿Fuentes formales del derecho?, 54.

9 Por parafrasear a Álvaro D'Ors, *Bien común y enemigo público*, 37, quien parecía no apercebirse de la aporía entre reconocer la contradicción subjetiva como principio constitutivo de la sociedad y la «absoluta inmutabilidad» de un derecho natural universal. También Vallet habla de «la inmutabilidad de los principios ético-naturales», ¿Fuentes formales del derecho?, 66.

ciosamente otorga el señor a sus subalternos, y no como «cualidad esencial y genérica del hombre», de la que se deriven determinados derechos universales intangibles¹⁰. Es más, cualquier intento de defender desde una perspectiva ética la conveniencia de que el derecho, para ser justo, se ocupe de promover y garantizar la instrucción, la protección sanitaria universal, los recursos materiales imprescindibles para vivir dignamente, la autonomía personal frente a toda clase de dominación, política o económica, o el respeto a la diferencia, será, desde este ángulo conservador, autodenominado hoy día liberal, rápidamente tachado como una intolerable expresión de estatalismo mecanicista y opresor, de jacobinismo tiránico y opuesto a los intereses populares o lisa y llanamente de preludeo de prácticas totalitarias contrarias, claro, al «bien común» y la «naturaleza humana», cuyo secreto ellos custodian.

Pero independientemente de las inclinaciones doctrinales de cada cual, lo que no se puede negar a estas alturas es que todas ellas son susceptibles de un análisis sociológico que las inscriba en las relaciones de poder desplegadas en la sociedad¹¹. Quizá el primero que sometió el neoescolasticismo a tal examen crítico fue Max Horkheimer cuando colocó en la historia de la cultura la siempre viva recomendación de «ontologías medievales para uso moderno». A su juicio, la «revitalización» de «las filosofías del absoluto» no puede de ningún modo escapar al proceso histórico, que ha cancelado ya la era «de la razón objetiva» dando paso, «Ilustración» mediante, al tiempo de «la razón subjetiva» en que vivimos. Por este motivo, pretender la restauración limpia del escolasticismo supone una inversión imposible del curso histórico, y continuar proclamando «ideas metafísicas» que para Tomás, debido a las condiciones objetivas y culturales en que produjo su pensamiento, «representaban el conocimiento científico en su más alto grado», no puede sino significar ahora, bajo la modernidad, el desarrollo de funciones políticas parciales. Así, lo que se formula como principio natural no deja de servir «a las necesidades de grupos» de intereses, los presuntos axiomas absolutos de la moral se han convertido en medios y «la razón objetiva» misma no es sino «un proyecto para fines subjetivos»¹².

10 A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 12. Sobre este particular asunto, que dejamos desde aquí a un lado, véanse también Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo (Prudentia iuris)*, 6, Madrid, Marcial Pons, 2004, y Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la antifilosofía político-jurídica de la 'modernidad'* (*Prudentia iuris*, 8), Madrid, Marcial Pons, 2004.

11 Zygmunt BAUMAN, Tim MAY, *Thinking sociologically*, Oxford, Blackwell, 2001².

12 MAX HORKHEIMER, *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2002 (trad. Jacobo Muñoz), 92-3.

Aplicando este fulminante criterio histórico y sociológico a las aseveraciones de nuestros iusnaturalistas escolásticos puede comprobarse cómo, en efecto, y según veremos explícitamente al tratar del «bien común», no hacen sino sostener como principios de rango universal convicciones particulares que conforman la estructura ideológica de una determinada institución terrenal, incluidos los grupos, sectas e instancias de poder integrados en ella. El problema no es la enésima reiteración de la falacia naturalista que con evidente arbitrariedad convierte lo presuntamente positivo en prescriptivo¹³, ni siquiera tampoco el indolente recurso a un inderogable e inamovible derecho natural como defensa retórica del propio credo, estrategia que al paralizar por decreto toda argumentación ulterior desacredita más bien a quien la emplea, sino el hecho de que el código moral preconizado –basado evidentemente en las instituciones supuestamente naturales de la familia patriarcal, la propiedad privada, la religión católica, la patria unidimensional y la monarquía– pretende ser protegido, y en su caso reimplantado, por la violencia caso de ser necesario.

De mayor interés que la contribución al saber jurídico actual del neotomismo resulta su vertiente crítica. Diríase de hecho que junto al sistema incólume de sus principios fundadores siempre se ha desarrollado una prolongación reactiva, cumulativa y cambiante según la tendencia intelectual que en cada momento se haya considerado más peligrosa para su integridad. Se ha pasado así de construir sucesivamente réplicas contra el protestantismo, el racionalismo, el liberalismo, el materialismo y el positivismo sociológico, para hacerlo ahora, y desde los años veinte del siglo pasado, al menos en el terreno de la ciencia del derecho, contra el formalismo jurídico. Es más, acaso por considerarlas fruto del demonio por igual, el discurso tomista tiende siempre a meter en un mismo saco toda esta variedad de corrientes ideológicas, no necesariamente afines. En rigor, con estas controversias que hienden casi desde siempre las fuentes escolásticas, debieran quedar demostrados la

13 Es comprensible que el autor más vilipendiado (y temido) por estos autores sea quien más eficaz y brillantemente puso de relieve estas falacias en el discurso jurídico: vid. Hans Kelsen, *Society and Nature: a sociological inquiry* (1946), NJ, Lawbook Exchange, 2000 y «¿Qué es justicia?» (1952) y «La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia» (1949), en Id. *¿Qué es justicia?*, Madrid, Ariel, 2006, (trad. Albert Calsamiglia), 35-63 y 65-112, respectivamente. Es además este salto ilegítimo «del plano del ser a aquel del deber ser» donde «se concentra la valencia más densamente ideológica del completo discurso» iusnaturalista y, en terminología teóricamente más aguda, biopolítico: cf. Roberto ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004, 15.

suma fragilidad de que adolece su arquitectura doctrinal, en absoluto universalizable sin recurrir a la argumentación subjetiva, y el hecho, a mi juicio incontestable, de que todo producto cultural o filosófico, en la medida en que es un producto social, refleja siempre, a decir de Theodor Adorno, «un campo de fuerzas»¹⁴. El caso es que, como se insistirá en unos instantes, cuando tratemos de la propuesta científica de esta doctrina, el ropaje con que en la actualidad se ha ataviado la maldad es el del normativismo jurídico, «geometría legal»¹⁵ que por lo visto ampara y sirve a la dominación mecánica que el Estado, con sus normas desvitalizadas, ejerce sobre la sociedad.

Apartemos por un instante el dato de que este Estado represor que nos subyuga permite la publicación y propagación de un discurso que, según apreciaremos, no solo se enfrenta cínicamente a la institución estatal sino que se opone con deletéreos argumentos a la misma libertad. Importa ahora mostrar la primera dicotomía que articula la dimensión jurídica de esta línea de pensamiento. En términos históricos y sociológicos nos coloca frente a la reacción de ciertos sectores sociales frente a la transformación social operada primero por los sectores burgueses, e intentada infructuosamente después por los movimientos democráticos y sociales. La oposición no es sino la que contrapone el ordenamiento jurídico-positivo al orden jurídico-natural, el «ordenamiento virtual», cáscara «puramente artificial» desligada de la moral y al servicio de cualquier tirano, al orden de «la comunidad política», sistema de principios éticos segregado espontáneamente por la «realidad social»¹⁶.

Es el citado dualismo el que sirve como réplica principal frente a la doctrina formalista, que con su presunto desapego a las circunstancias sociales, y con la consiguiente idea de la autolegitimación del ordenamiento jurídico, promueve la imposición de normas heterónomas a una sociedad espontáneamente autónoma. Pero esta contestación a la escuela austríaca y sus sucesores expresa en términos académicos un temor de raíz política, aquel que tiembla ante el intento de remover el *statu quo* y los privilegios adquiridos mediante la fuerza normativa del derecho, que no es sino la manifestación jurídica de la fuerza normativa de ciertos valores sociales plasmados en preceptos jurídicos. Es este el motivo fundamental que ordena todas las disquisiciones ulteriores. Tan insistente y evidente resulta, que cabe preguntarse si su reiterada

14 Vid., por ejemplo, *Introducción a la sociología* (1968), Barcelona, Gedisa, 1996, 20.

15 Por emplear el epíteto acuñado por F. GENTILE, *El ordenamiento jurídico*, *passim*.

16 F. GENTILE, *El ordenamiento jurídico*, 17, 20 y 22.

mención y el combate contra él librado no exteriorizan, más que la imposibilidad ontológica de esta inclinación transformadora del derecho, la conciencia oculta de su factibilidad.

La contemplación del derecho a través de este prisma dual cuenta siempre con dos salidas: o el enfrentamiento entre el orden natural y el jurídico-positivo, que desemboca siempre en una deslegitimación de las normas vigentes «que justifica la revuelta»¹⁷, o la conciliación entre ambos planos, de modo que el derecho positivo haga «de sostén, de incremento» a «la integración» libre y espontánea de «las relaciones interpersonales»¹⁸. En principio, y aunque los acontecimientos parecen contradecirla obstinadamente, nada opone el pensamiento hoy consensuado y oficial a esta teorización del Estado tutelar. Las tan extendidas ideas y técnicas de la *gobernanza* proceden precisamente del convencimiento de que la eficacia de las normas jurídicas depende en buena parte de su adecuación a determinados supuestos económicos y sociales, del consentimiento previo que a sus contenidos han prestado sus destinatarios, sobre todo cuando cuentan con la capacidad de resistirse eficazmente a su acatamiento¹⁹. No otra cosa han sostenido además corrientes –antipáticas

17 Porque la ley ajena «al bien de la comunidad política» deviene «inmoral» y se convierte en un mandato opresivo procedente en exclusiva «de la voluntad del legislador», como si el legislador no fuese estructuralmente una expresión a su vez de la sociedad: M. AYUSO, *De la ley a la ley*, 50.

18 F. GENTILE, *El ordenamiento jurídico*, 77.

19 Se traza con ello un acuerdo implícito entre nuestros autores ultraconservadores y los social-liberales y republicanistas, consecuencia directa del hecho de que es la doctrina liberal-conservadora la que, poder social mediante, ha logrado en la actualidad universalizar sus concepciones particulares acerca de la actividad política legítima. Vid., para comprobarlo, Joan PRATS I CATALÀ, *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 2005, y Fernando VALLESPÍN, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2003²: «Hoy parece que hemos llegado ya a ese estadio final de la historia del que habla Fukuyama [...] más vale conservar lo que tenemos, aunque no apasione, que embarcarnos en aventuras de ingeniería constitucional [...] Es preferible la ‘evolución’ hayekiana, siempre sabia, antes que la planificación y la ‘ingeniería’ política», p. 11; vivimos en «una sociedad en la que el capital ya ha dejado de ser el recurso fundamental, pasándole el testigo al conocimiento y la información», p. 36. Precisamente porque carecen de aliento propio, y sirven supuestamente de *médiums* de los hechos –y con ello del poder–, a algunos les cuesta poco retractarse para ir en la dirección en la que sopla el viento: «Frente a la prioridad que en la anterior fase posmoderna acabó teniendo lo cultural, se alza ahora lo económico como el factor central de la actividad humana»; «El gran gestor del orden,

por otra parte al escolasticismo más miope— como la krausista, volcada en la denuncia del desajuste entre la realidad social y un *Estado oficial* afín, no por azar, a los antepasados de nuestros autores. Pero el hecho de que la identificación de la justicia con el acoplamiento entre derecho y sociedad haya sido sostenido por las corrientes más dispares, y, en suma, el hecho de que la mayoría de los autores que integran nuestra colección piensen que la actualidad, lejos de caracterizarse por la sintonía entre las reglas jurídicas y los valores sociales, está signada por el «intervencionismo mecanicista del Estado y el despotismo administrativo»²⁰, quizá nos ponga ante la evidencia de que este planteamiento dual, por arbitrario y subjetivista, resulta estéril como clave de acceso a la comprensión objetiva de la fenomenología jurídica.

Afirmar, en efecto, que el derecho solo es justo cuando se corresponde con las inquietudes sociales equivale a no afirmar nada, pues previamente debe determinarse cuál es esa topografía moral y social a la que el derecho ha de plegarse. Y aquí comienzan los problemas, causados en última instancia tanto por un exceso de idealismo como por una concepción unidimensional de lo social, es decir, por el desconocimiento deliberado de que la sociedad es, al menos por ahora, estructuralmente contradictoria. La contribución de estos autores reaccionarios, hoy autocalificados liberales, nos conduce irremisiblemente a un callejón sin salida, a una disyuntiva entre optar «por la buena senda» que ellos nos plantean, o extraviarnos por «intoxicación ideológica»²¹. Su modelo jurídico tiene forma tautológica: el «derecho natural» es el que deriva de «la naturaleza humana»²², «el bien común es el que se conforma a la ley natural»²³, correspondiendo a la ley natural designar el bien común, la moral es la fuente del derecho y el derecho para ser legítimo ha de ajustarse a la moral, vienen sintéticamente a afirmar, dando implícitamente a entender

la seguridad y la estabilidad, pero también de la *protección* social más general, ha sido siempre el Estado, el héroe de la modernidad clásica. Parece obvio que volverá a gozar de una renovada legitimidad», F. VALLESPÍN, «¡Bienvenidos a la neomodernidad!», *El País* 23-XI-2008.

20 Dalmacio NEGRO PAVÓN, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons (*Prudentia iuris*, 11), 2007, 116.

21 Como le ocurre, por ejemplo, al conservador maldito Miguel Herrero de Miñón, al parecer de M. Ayuso, conocedor de esa «buena senda» y de la «recta filosofía jurídica», *De la ley a la ley*, 56-59 y 67.

22 Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons (*Prudentia iuris*, 10), 2005, 27.

23 A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 38.

que solo ellos, gracias a los arcanos que por revelación atesoran, conocen los contornos auténticos de la naturaleza, la bondad y el derecho natural. Ahora bien, los contenidos y significados específicos de tal moralidad rara vez son explicitados; antes al contrario, encontramos una doctrina que no cesa de reclamar la imprescindible cercanía de las reglas jurídicas abstractas respecto de las relaciones sociales concretas que a su vez se desenvuelve casi en exclusiva en el plano de las categorías abstractas, como las de «orden natural» o «bien común», con ostensible desprecio por la facticidad. Esta saturación de generalidades conduce siempre a una mistificación consistente en considerar como dado en la realidad lo que solo tiene, salvo prueba en contrario, una entidad teórica y doctrinal. Esto explica, por ejemplo, que se adjudique sin más a un sistema teórico, el normativismo, una tendencia inexorable a la arbitrariedad y el despotismo, o que se infiera de la tan denostada experiencia republicana una pulsión agresiva, sin tomarse la preocupación siquiera de documentar en la práctica el proceso de creación de leyes vigente en aquellos años²⁴.

Mas la deficiencia principal de este tipo de construcciones es, como digo, su concepción unidimensional y excluyente de la sociedad. Desde el momento en que se entiende partiendo de la unidad y la identidad, y no de la pluralidad y la diversidad, se abren las puertas a la exclusión más bárbara. Si, en sustitución de esta perspectiva unitaria, adoptamos un enfoque dialéctico podremos apreciar las buenas dosis de falsedad entrañadas en dicha oposición limpia entre el «ordenamiento virtual» y el «orden natural» de la sociedad. Nunca una norma jurídica expresa un valor ajeno por completo a la realidad social, como tampoco ésta viene constituida, tanto histórica como actualmente, con independencia completa respecto del derecho positivo y, por extensión, del poder político. Por lo tanto, un entendimiento «dialéctico» del ordenamiento no se corresponde con una beatificación del orden social vigente, tal y como Gentile pretende (*ob. cit.*, p. 77), sino con la idea de que los valores troquelados en la sociedad se contienen siempre en alguna medida en el derecho, así como las relaciones sociales se encuentran siempre en cierta proporción mediadas por los preceptos jurídicos. Desde esta perspectiva dialéctica queda además

24 Algo que, de haber sido siquiera intentado, hubiese enfrentado esas oposiciones ficticias y abstractas a la realidad material de cientos de documentos, depositados en el Archivo del Congreso, que conservan las consultas planteadas desde las Cortes con ocasión del estudio de algún proyecto de ley a los grupos, asociaciones y colectivos más representativos de la sociedad.

claro que estamos ante la tentativa realizada por parte de una concepción particular del bien común, escudada en una presunta virtud «sapiencial»²⁵, para erigirse en su único intérprete válido y, de este modo, excluir de la voluntaria disposición colectiva –el temido «constructivismo»– determinadas instituciones sociopolíticas. Extremo que se hace del todo transparente al analizar el núcleo político de la serie de escritos que nos ocupa.

II. PERFIL POLÍTICO

Si en cuanto doctrina jurídica, la corriente de pensamiento plasmada en la colección *Prudentia iuris* que examinamos contaba con una faceta afirmativa, prácticamente intocada desde la edad media, y con una cambiante dimensión crítica, enfrentada ahora al normativismo y estructurada en torno a la dualidad derecho natural/derecho positivo, en cuanto doctrina política se desdobra también, por un lado, en una vertiente teórica, donde desfilan los principios legitimadores, limitadores y configuradores de la decisión política, y por otro, en una vertiente práctica, en la que ya se hacen del todo evidentes las consecuencias de esta cosmovisión que analizamos.

Tal y como se ha insinuado, mientras en relación con el derecho los conceptos ordenadores eran los de «justicia» y «ley natural», en lo referido a la comprensión de la política las categorías que la estructuran son ahora la «naturaleza humana», el «bien común» y la «comunidad nacional» tradicionalmente concebida. Comprendidos todos estos principios como límites objetivos de la decisión política, la «naturaleza humana» se entiende en términos también providenciales y atemporales, a despecho de la empírica variedad histórica y geográfica de las culturas, considerada simplemente como una variación epidérmica. Incurriendo de nuevo en la clásica aporía de dar por verdadero lo que es ya generalmente considerado falso, nuestros autores se proponen además preservar con sus trabajos la «idea de una naturaleza humana fija y constante», cuya decadencia espolea el peligroso «relativismo» que nos invade corroyendo «las visiones del hombre, del mundo y de la divinidad»²⁶. De nada

25 Que permite el conocimiento, por iluminación teológica, de «los primeros principios», J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho?*, 53.

26 D. NEGRO PAVÓN, *De la naturaleza humana como concepto. Resumen*, Madrid, 2007, disponible on-line en www.racmvp.es. Indicaciones colindantes, que ligan dicha naturaleza a un hipotético «sentido común», las podemos encontrar en A. D'ORS, *Derecho y sentido común: siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 2001³. El interrogante salta a la vista: ¿por qué habría de defenderse acti-

sirve tampoco aquí repudiar el relativismo para plantearse la protección de una naturaleza humana universal contra los procesos políticos, culturales y económicos que la cosifican y degradan, porque otra vez lloverían las acusaciones de jacobinismo o totalitarismo. En cuanto al «bien común universal», a falta de mayor pormenorización, y dando por sentado que es «un axiológico principio de carácter apodíctico» que no tolera «perspectivismo» alguno, se nos identifica tal cual con «los datos antropológicos del *Génesis*», pues «por muy simbólica que queramos entender la narración del *Génesis* siempre resulta más cierta y elocuente que todas las hipótesis que puedan inventar los hombres de ciencia»²⁷. Y las señas históricas de la nación, recorte local y territorial de las anteriores categorías universales, significan, otra vez en términos abstractos, «la fidelidad a la identidad histórica del grupo humano al que se pertenece»²⁸ y la consecuente e indispensable adecuación del «orden institucional» a «las circunstancias geográficas, económico-políticas e históricas»²⁹.

De este modo, la acción política, para ser justa y legítima, ha de responder a la naturaleza humana, salvaguardar el bien común y ajustarse a las esencias nacionales. Pero, aun reconociendo tales presupuestos, su forma exterior principal, si quiere continuar siendo legítima, no puede ser eminentemente la de la ley abstracta y general, sino la del mandato concreto realizado personalmente por un líder carismático, encarnación suma de la comunidad popular. La alternativa aquí presente, en activo también desde hace siglos, es la que confronta el orden en su acepción igualitaria y republicana, basado en la obediencia a una «ley» general o a un «principio» racional, pero nunca a otra persona superior, y el orden en su acepción jerárquica y cristiana, fundado en la obediencia al «pastor», en la dependencia personal respecto del conductor de la colectividad³⁰. Este rechazo del racionalista imperio de la ley, y la consecuente preferencia por la legitimidad sentimental y carismática del poder, se despliega

vamente mediante la acción artificiosa aquello que se presenta como natural e indisponible? ¿no habría de germinar y expandirse de modo espontáneo, en lugar de con el impulso intelectual y material de hombres concretos con intereses también concretos?

27 A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 29-30.

28 *Ibíd.*, 42.

29 J. B. VALLET DE GOYTISOLO, ¿Fuentes formales del derecho?, 35.

30 Vid. la ejemplar caracterización de Michel Foucault en *Seguridad. Territorio. Población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Madrid, Akal, 2008, 174-5 y 225 ss. para «ese gran continuo» coronado en los pastores cristianos «que va de Dios al padre de familia pasando por la naturaleza», y terminando, habría que añadir para nuestros propósitos, en la unidad nacional.

teóricamente como una crítica a la creciente «despersonalización del mando político»³¹, reproche que pasa por alto la importancia medular que en las democracias mediáticas tienen los atributos subjetivos de los dirigentes políticos, pero que, sobre todo, opone arbitrariamente como entidades indisolubles la democracia y la dimensión personal y afectiva del poder. Porque, en efecto, por encima de estos nostálgicos lemas vacíos contra la despersonalización y a favor del «gobierno personal»³², reprimidos desde la época de entreguerras como sustento de los totalitarismos, lo que interesa en orden a redondear el perfil político de nuestra colección es subrayar su nítida militancia antidemocrática.

La asociación entre la democracia y el legalismo abstracto, desustanciado y represor cuenta con dos justificaciones, una histórica y otra teórica. La primera, desenvuelta como siempre en el plano de las generalidades sin ulterior documentación probatoria, se refiere sistemáticamente a la Revolución Francesa, en especial a su tracto jacobino, como muestra bien palpable de que el ánimo de modificar el orden vigente mediante normas abstractas conduce al terror. Desde esta perspectiva metafísica, queda así oscurecido, cuando no directa y deliberadamente ocultado, un proyecto que en su ámbito institucional distaba de erigir una administración pública heterónoma, centralizada e impersonal, dada su primera organización electiva, ciudadana y local³³, y también de someter por entero la justicia al dictado de la legislación, precisamente porque la conciliación autónoma entre privados era considerada asunto de rango constitucional³⁴. Tal imagen supondría más bien, según sugiere Bartolomé Clavero, una ilegítima proyección sobre el intervalo revolucionario del modelo institucional posteriormente implantado en el período napoleónico. Cabría además recordar que tal legislación, que no fue plenamente democrática, ni en la etapa revolucionaria ni menos aún en la napoleónica, fundó *ex novo* y a golpe de decreto instituciones tan centrales como la de la propiedad privada individual y desvinculada³⁵, hoy ya absorbida y naturalizada por esta

31 D. NEGRO PAVÓN, *Gobierno y Estado (Prudentia iuris, 4)*, Madrid, Marcial Pons, 2002, 79.

32 M. AYUSO, ¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización (*Prudentia iuris, 9*), Madrid, Marcial Pons, 2005, 38.

33 LUCA MANNORI, BERNARDO SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 225-6.

34 B. CLAVERO, «La Paix et la Loi. ¿Absolutismo constitucional?», *AHDE*, 69 (1999), 603-646 (620-5).

35 B. CLAVERO, «*Les domaines de la propriété, 1789-1914: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario*», *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), 269-378.

corriente que nos ocupa hasta el punto de poder considerarse el motivo velado pero central de toda su carga antijacobina. Y, en la medida en que tratamos de una corriente católica, podría incluso recordarse a este respecto aquel memorable y conmovedor capítulo de *Los Miserables*, titulado «El obispo en presencia de una luz desconocida», en el que el monseñor Charles Myriel acudió a dar la extremaunción a un diputado de la Convención, quien, ante el reproche del obispo por las decisiones del noventa y tres, le replicó: «¡También usted! ¡93! Esperaba esta palabra. Una nube se ha formado durante mil quinientos años. Al cabo de quince siglos, ha estallado la tormenta. Vos procesáis al rayo»³⁶.

Por su parte, la justificación teórica de tal inclinación antidemocrática es bien elemental: con un simplismo aberrante se identifica la democracia con el principio mecánico y opresor de las mayorías expresado en una legislación formal, excluyendo deliberada o inconscientemente de su análisis el derecho de participación y la necesaria protección constitucional de las minorías consustanciales al juego democrático, que, no sin ironía, amparan el derecho a difundir opiniones como las que nos entretienen. Se representa así el modelo democrático como «el desprecio de las opciones minoritarias», el dominio del número por «ser más fuertes los más que los menos, como ocurre entre los irracionales»³⁷, y la eliminación de la necesaria legitimidad del poder y su correlativa sustitución por un «puro legalismo» absolutista, independiente de los intereses sociales, ajeno al «derecho natural al que deben ajustarse las leyes humanas» e identificado en última instancia con un «sociologismo rastroso» o –aún más disparatado– con «el núcleo teórico del totalitarismo»³⁸. No se tienen arbitrariamente en cuenta, pues, ni las citadas garantías constitucionales dispensadas a todas las corrientes políticas, con el fin de que cualquiera de ellas pueda acceder al gobierno, ni el hecho de que la democracia

36 V. HUGO, *Los Miserables*, 51. La conclusión del acto, toda una lección de moral cristiana de útil recordación para los que se califican de tal, dice así: «Ahora tengo ochenta años; voy a morir. ¿Qué venís a pedirme? -Vuestra bendición -dijo el obispo. Y arrodillóse». Cabe por cierto comparar, *mutatis mutandi*, estos reproches al jacobinismo con las censuras a la II República, experiencia jurídico-política de apenas dos años a la que cínicamente se culpa de problemáticas –cuestiones religiosas, regional y social– que azotaban a España desde hacía bastantes décadas.

37 A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 34, quien llega incluso a afirmar que «es característico de las sociedades democráticas favorecer la impunidad de los delincuentes», p. 41.

38 M. AYUSO, *De la ley a la ley*, 22-3 y 63-4.

estatuye unas reglas que permiten la toma de decisiones por cauces pacíficos, en lugar de por el sometimiento y la eliminación bélica del oponente, ni tampoco la circunstancia, muy pocas veces citada, de que la democracia, desde sus mismos comienzos, lejos de promover el aplastamiento de un sector minoritario por parte de uno mayoritario, ha obedecido siempre a la lógica contraria de evitar el dominio por parte de la minoría poderosa sobre una mayoría inerme, porque, contrariamente a lo que se afirma, y como por otra parte sostiene y defiende además sin recato el conservadurismo, suele ser una minoría ¿excelente? la que detenta el poder y traza los designios de la colectividad.

Estas críticas a la democracia, que desconocen o reprueban además su propósito de fijar convencional y participativamente los contenidos del interés común³⁹, nos conducen a su vez a la oposición binaria que rige ahora nuestra doctrina en su aspecto político: la que confronta el «legislador ilustrado» y voluntarista con «los vínculos tradicionales y religiosos»⁴⁰, o, más específicamente, el Estado mecánico con la sociedad orgánica. Es en este punto donde, realizadas ciertas precisiones que a continuación indicaremos, el pensamiento reaccionario que diseccionamos encuentra la oportunidad de calificarse como liberal. Dicha reflexión dualista representa la dinámica social como la interacción libre entre los sujetos, de la cual se destilan espontáneamente valores, reglas y principios que conforman la matriz del derecho justo. El Estado, en cambio, constituye «un peligro constante», «tiende inexorablemente a crecer, vampirizando constantemente la sociedad», «es mecanicista, antihistórico»⁴¹, y «una construcción artificial»⁴²; en última instancia, a nivel conceptual, es «autónomo respecto de la sociedad»⁴³, y en cuanto «artificio se contrapone a lo natural o espontáneo y, en este sentido, va contra lo establecido, contra el orden natural de las cosas»⁴⁴.

Como puede apreciarse, la visión maniquea de la fenomenología sociopolítica vuelve a aparecer. En primer término, tal contraposición carece de correlato en los hechos, tanto históricos como conceptuales. Desde la moder-

39 Z. BAUMAN, *En busca de la política* (1999), México, FCE, 2003.

40 P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo*, 35.

41 Son citas extraídas del centón de Dalmacio Negro titulado *La tradición liberal y el Estado*, Madrid, Unión Editorial, 1995, 39.

42 «Calculada, abstracta, de la razón, preordenada conforme a un designio preciso», P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo*, 33.

43 D. NEGRO PAVÓN, *Sobre el Estado en España*, 34.

44 D. NEGRO PAVÓN, *Gobierno y Estado*, 42.

nidad, Estado y sociedad conviven imbricados y ni siquiera conceptualmente cabe desligarlos; antes al contrario, el reto intelectual consiste en entenderlos compenetrados, tal y como comparecen en la realidad. Ni la sociedad se ha configurado por cauces por completo extraños al poder político, ni las decisiones estatales brotan por generación espontánea de una instancia suprasocial, ajena por completo a los valores y las realidades sociales. La sociedad refleja en muchos aspectos las directrices estatales, y el Estado contiene a su vez las contradicciones y anhelos circulantes en la sociedad, pues se compone, sencillamente, de hombres de carne y hueso. Algo de interés por la empiria, y no tanto por las abstracciones y la filosofía de la historia, basta para constatar que la posición predominante conquistada por ciertos sectores resulta incomprendible sin la permanente acción defensora y represora del Estado. Que después recubran esta acción con el manto ideológico de la espontaneidad, los dones naturales o las jerarquías providenciales puede tener cierto éxito como legitimación de su poder, debido sobre todo al soporte material de propagación con el que cuentan, pero carece de todos modos de entidad científica alguna.

En segundo término, ¿cuándo el Estado se acopla a la sociedad?, o, por expresarlo con los conceptos de esta doctrina que seguidamente examinaremos, ¿cuándo se convierte el Estado en «Gobierno», o sea, en prolongación orgánica y natural de la comunidad? Las respuestas continúan llevando al mismo callejón sin salida: cuando se ajusten a los parámetros nacionalcatólicos absolutizados como naturales e indisponibles, pero que, en realidad, responden a una concepción moral particular y respetable, siempre que no suponga, como supone, la tentativa apenas simuladas de afirmarse con exclusión lapidaria de las concepciones morales discrepantes.

Y en tercer y último término, si la hipótesis de la autocomposición de la sociedad con independencia de la política fuese realmente cierta, ¿por qué ese orden espontáneo habría de reflejar un estado de armonía horizontal y de consentimiento universal y no una subordinación implacable o un dominio desbocado, solo exitoso en lo que respecta a la conservación exterior del orden público? ¿no significa una perversión del término espontaneidad entenderlo como el cumplimiento estricto de reglas inamovibles, o sea, justamente como su contrario?, o, en un sentido similar, ¿no es igualmente torcido concebir la naturaleza, energía más bien imprevisible, tal y como advirtiera Nietzsche, como la reproducción de leyes inalterables? En términos sociológicos, ¿no se corresponderá más bien ese pomposo término sociedad, fre-

cuentemente escrito con mayúsculas, simple y llanamente con el *statu quo*, con la organización creada a la medida de las aristocracias de cualquier tiempo, «lo que los antiguos denominaron la *melior pars*»⁴⁵ y lo que los modernos como Bluntschli denominaban el «tercer estado»⁴⁶? De hecho, según comprobaremos ahora, la débil frontera que separa ambas cosmovisiones –la de la armonía y la del dominio jerárquico–, aparentemente distanciadas y hasta opuestas, nos permite contemplar cómo, reduciendo las dos la justicia al mantenimiento de la paz social, no existe casi solución de continuidad entre la proclamación de ese orden espontáneo horizontal y la irrupción vertical de una autoridad omnipotente que lo asegure contra las tendencias que lo ponen en entredicho. Resulta entonces discutible colocar la autonomía en el seno de esa «sociedad», casi siempre concebida en términos elitistas y excluyentes, y el poder heterónimo y potencialmente tiránico en el Estado, cuando muy bien pueda suceder lo contrario, que la espontaneidad social produzca situaciones de sometimiento forzado y de brutal dependencia, mientras que la acción política estatal constituya una tentativa liberadora y emancipadora, como muy bien reconoce nuestra Constitución al proclamar como mandato a los poderes públicos la promoción «de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas» y la remoción de «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2).

La división neta entre Estado y sociedad carece, pues, de virtualidad heurística, y su reiterado empleo no es sino muestra de pereza mental y de arraigo de contraposiciones mitológicas con escasa capacidad explicativa de los fenómenos socio-políticos. En el caso específico que nos ocupa, pasando ya a la vertiente más práctica del perfil político de nuestra colección, esta imagen crítica de «las constituciones imponiendo sus reglas estatales a la Sociedad»⁴⁷ puede contar con efectos bien elocuentes. No se sostiene aquí que desde tales premisas conceptuales se llegue inexorablemente a dichas consecuencias, porque el primado de la práctica hace susceptible de usos variados, y hasta contrapuestos, a un mismo sistema teórico. Sí se cree, en cambio, que, junto al error de partida de estimar como exteriores y objetivos fenómenos de los

45 Miguel HERRERO DE MIÑÓN, *Tipología del pensamiento conservador*, Madrid, 2008, p. 18, disponible on-line en www.racmyp.es

46 Cit. por Adorno en el mismo comienzo de su voz «Sociedad» (1965), en Id. *Escritos sociológicos I*, Madrid, Akal, 2004, 9.

47 Sacrosanta sociedad, cabría decir: vid. D. NEGRO PAVÓN, *Sobre el Estado en España*, 33.

cuales participa el mismo sujeto que los conoce⁴⁸, estas apelaciones rotundas a la naturaleza y al bien común como límites objetivos de la acción política, revisten normalmente opciones morales absolutistas, excluyentes y antidemocráticas, mutándose con ello lo que primeramente se trazaba como límite ético en un pretexto ideológico para la dominación política más desenfrenada.

En efecto, en lo que hace a sus derivaciones terrenales, este modo de pensar constituye el caparazón retórico para defender la supuesta intangibilidad de ciertas instituciones tradicionales mediante la legislación democrática. Estos «cuerpos sociales básicos» que frenan «la omnipotencia del Estado» no son sino la familia patriarcal, «la primera y más natural de las sociedades»⁴⁹, la versión católica más integrista de la religión cristiana, lazo espiritual que cohesiona la «comunidad», la pétrea unidad nacional y la forma monárquica de Estado. El problema, como digo, no radica en defender esta corriente política legítima, sino en considerarla como la base unitaria y excluyente de toda la actividad política. Tanto es así que cuando el Estado deja de cimentarse en estos pilares morales «crea una presión que asfixia la libertad, adormece la libre iniciativa [...] y la espontaneidad social y destruye los vínculos sociales naturales». Entonces se presenta «un dilema fatal» que en resumen obliga al antes aborrecido Estado a «favorecer» «la reacción social» de los grupos que se declaran en rebeldía contra las medidas contrarias a dicho orden institucional natural⁵⁰. El Estado, así, puede intervenir con el uso de la violencia cuando se trate de salvaguardar la abstracta espontaneidad, convertida ahora en la «revuelta» de ciertos sectores sociales contra la legislación vigente. Con ello, en efecto, no se está contradiciendo ningún mandamiento de este «liberalismo tradicional», sino que se está llevando a término, pues la potencia invertida en garantizar el orden vigente no es muestra de heteronomía sino de la misma autonomía social antes hipostasiada.

Con todo, lo que interesa conocer son los supuestos que activan dicha posibilidad de drástica confrontación, los contenidos que rellenan aquellos principios éticos abstractos que el poder público, para ser legítimo, ha de res-

48 Quizá sea este el mayor descuido teórico, a la vez que el más sólido sustento para la degeneración autoritaria, de todo este discurso: la ausencia de reflexividad, la falta de conciencia de que el sujeto que estudia y describe realidades como la sociedad, el bien común o la naturaleza forma parte consustancial de ellas. Algo que habría de ser el primer paso elemental antes de ponerse a tratar sobre estas cuestiones socio-políticas: vid. Niklas LUHMANN, Raffaele DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1999.

49 M. AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, 47.

50 J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho?*, 27.

petar y desarrollar. Comencemos con la naturaleza humana y el bien común. Directamente se nos dice que hemos de acudir a «la autoridad de la Iglesia como fuente para la determinación del derecho natural y, en consecuencia, el *bien común*». Por este motivo, por ejemplo, el aborto es ya contrario al «bien común universal», lo que significa que «la mujer que quiere abortar niega con ello su personalidad de madre», actuando más bien como «soltera, mujer adúltera, asalariada o artista del espectáculo». El delincuente viene deshumanizado por su agresión al bien común, lo que permite defender la «exclusión de la comunidad» como respuesta conforme al «derecho natural» y la pena de muerte como «modalidad de legítima defensa de la comunidad agredida, como también lo es la guerra». Y siendo, en suma, el «bien común» o el «derecho natural», tanto da, aquel conceptuado por la Iglesia católica, puede darse el caso de que exista una colectividad completa que no se ajuste a sus «exigencias éticas», activándose así «el deber moral de conversión» de dichas comunidades a cumplir por la metrópolis colonial.

Algo parecido acontece en la práctica con la idea de la nación como límite del derecho estatal. El mismo Álvaro D'Ors, a quien pertenecen las opiniones precedentes, puede continuar ilustrándonos acerca del significado práctico de tales categorías abstractas. Cuenta además el iusromanista con la sinceridad de haber reconocido que su consagración a las «letras» proseguía en otro plano el «servicio a las armas» que prestó en la guerra civil en el bando sublevado⁵¹. En este punto, su idea de la comunidad nacional toca ya incluso el principio nazi de la homogeneidad racial. «La hostilidad bélica» y la «persecución» de los judíos, o sea, el genocidio nacionalsocialista, se entiende como la comprensible «respuesta» de Hitler a la previa «declaración de hostilidad» que «la comunidad judía universal» hizo contra «la persona del jefe nacional» y con ello contra «Alemania» misma. Además, en la medida que a la tradición hebrea es connatural establecer como regla de oposición política «la aniquilación de todo el pueblo enemigo», fue coherente que la reacción defensiva se desarrollase en ese mismo plano.

Colocados ya en asuntos de mayor actualidad, un problema como la inmigración viene también interpretado desde este ángulo, en concreto como «invasión» silenciosa y «paulatina» que concluye por provocar finalmente «una situación conflictiva» de «hostilidad recíproca», sucediendo al final acontecimientos desgraciados como las «matanzas de negros» del KuKlu-

⁵¹ A. D'Ors, *La violencia y el orden*, Madrid, Dyrsa, 1987, redactado para conmemorar sin arrepentimiento alguno el «medio siglo del inicio de aquella contienda española».

xKlan, importando poco, claro, que dichos afroamericanos, en lugar de invasores, procediesen de antecesores esclavos transportados por la fuerza y hacinados debido a la mano del hombre blanco⁵². Cuestiones para nosotros más acuciantes, como el problema del terrorismo o la distribución territorial del poder, son también abordados con esta actitud: para D'Ors, siendo sustancialmente delitos contra la patria, los crímenes terroristas habrían de ser conocidos por la jurisdicción militar, y para el problema del «separatismo regional», al no conocer «solución jurídica» posible, «no queda más que la decisión por la victoria militar» (p. 69).

Es este último asunto, el regional, el que mayor inquietud causa entre algunos de nuestros autores. Para Dalmacio Negro, por ejemplo, los «nacionalismos», lejos de expresar la pluralidad cultural propia de la colectividad hispana, representan el «negocio de oligarquías locales minoritarias» y forman una «excrecencia purulenta» causada por «la falta de centralización estatal» —sí, de ese Estado burocrático antes despreciado—. Al abordarlos siempre desde la unidad nacional, y no desde el marco constitucional de convivencia, los diferentes nacionalismos pasan de ser una cuestión jurídico-política a entrañar un peligro contra la patria, que, de un modo u otro, hay que solventar.

Y aquí viene en definitiva la manifestación práctica más transparente del contenido político de todas estas aseveraciones generales. Sabemos que estas afirmaciones forman parte de un discurso global realizado a la medida del consumo popular menos exigente, y desprovisto de todo análisis sobre las causas económicas del desarraigo social y de la descomposición personal⁵³. A nuestros efectos importa además apuntar que todo este recorrido por el bien común, la naturaleza humana, las instituciones tradicionales y la unidad patriótica se traduce en la práctica en una enmienda a la totalidad del régimen constitucional vigente, supuestamente fundado en la alianza entre «el nacionalismo separatista y el socialismo». Son ambas tendencias, «el nacionalismo antiespañol de las oligarquías regionales» y «la izquierda nostálgica, resentida y sin nivel intelectual», las que ponen en peligro las bases invariantes de la convivencia política. Y estas «irreversibles brechas revolucionarias» y

52 Para todas estas barbaridades, que generan de veras un estado de hondo descon-suelo, véase A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 15, 39, 43, 54, 67 y 71.

53 Vid. Amador FERNÁNDEZ SAVATER, «Contrarrevolución ultraconservadora. La nueva derecha en España», en *Le Monde diplomatique en español* XIII (num. 157, nov. 2008). Cf. asimismo el célebre ensayo de Richard SENNETT, *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo* (1998), Barcelona, Anagrama, 2006^o.

disolventes abiertas con la transición no han hecho sino agrandarse⁵⁴, con la mezcla en las elites nacionalistas de «elementos conservadores, marxistas, anarquistas, multiculturalistas, nihilistas y ya hasta islamistas», y con el reciente ascenso al poder de «la extrema izquierda» y su «simpatía oficial por la religión musulmana». Y ante una coyuntura como esta, de inminente «disolución de la unidad nacional», la dualidad entre ley y derecho natural, entre Estado y sociedad, vuelve a dar sus réditos al justificar la desobediencia frente al derecho e invitar sin más a otra guerra civil, porque, tal y como acontecía en el 36, hoy «no existe un régimen político, sino una típica situación política histórica cuyo desenlace es imprevisible»⁵⁵.

En verdad, no sabe uno qué podrían tener reservado estos autores para quienes, como yo, todavía creen que es de suma utilidad leer a Marx después de los marxismos dogmáticos, para quienes encuentran reflexiones inspiradoras en la Escuela de Frankfurt, hallan en pensadores como Foucault, Bourdieu o Castoriadis⁵⁶ todo un ejemplo de hacer historia institucional o de pensar sociológica y políticamente diferenciado con severidad de la criminal burocracia estalinista y todas sus derivaciones, para quienes cifran la espontaneidad en los movimientos sociales, no se identifican con el social-liberalismo, observan con interés y apoyan algunas experiencias constitucionales latinoamericanas y piensan que la pluralidad solo puede resolverse mediante la garantía universal de derechos, más personales que patrimoniales, y la consiguiente configuración de un marco formal de convivencia. Pero conviene advertir que muy distinto podría ser el trato que obtuviesen publicaciones como las que venimos repasando, ahora que preocupa contener actitudes violentas desde su misma incitación intelectual. No solo el «bien común universal» y la «naturaleza humana» por ellos proclamados cuentan con posibles enemigos; también los posee el orden constitucional en el que vivimos. Quien esto escribe participa en principio de aquel lema atribuido a Voltaire en defensa de la libertad de expresión de todos los idearios. Pero también cree que el sistema constitucional, democrático y social, lejos de caracterizarse por ser un mero envoltorio formal donde caben todas las opciones, se basa en valores sustantivos irrenunciables. Y por eso, en consonancia inversa con lo que piensan es-

54 En palabras de A. D'ORS, *La violencia y el orden*, 6.

55 Para estas opiniones, vid. D. NEGRO PAVÓN, *Sobre el Estado en España, passim*

56 Cf., en relación a este autor, las reflexiones y la breve historia de *Socialismo y Barbarie* contenidos en «Por qué ya no soy marxista» (1974), en C. CASTORIADIS, *Una sociedad a la deriva. Entrevistas y debates (1974-1997)*, Buenos Aires, Katz, 2006, 31-74.

tos autores, no creo que el Estado haya de caracterizarse por la «neutralidad», pues tiene como cometido la salvaguardia y protección de unos valores, que lejos de ser aquellos unilaterales de la familia patriarcal, la religión católica y la integridad patriótica, son los del «pluralismo político», «la libertad», «la justicia» y «la igualdad», justo aquellos contra los que esta doctrina no cesa de atentar con las palabras, prestando cobertura teórica a organizaciones incomprensiblemente legales y a las agresiones racistas y fascistas cometidas por sus miembros, que, descontando lesiones, llevan en su haber, desde el año 1991, más de treinta muertes⁵⁷.

III. PROPUESTA POLÍTICA

Todas las premisas anteriormente vistas se plasman finalmente en un determinado programa político autodenominado «liberal». En su apoyo teórico vuelven a acudir contraposiciones estereotipadas, como la que diferencia el modelo jurídico inglés del continental o la que distingue el «Estado» del «Gobierno», y una particular comprensión de la historia política española. Analicemos cada uno de estos aspectos.

Importa de modo preliminar ese calificativo de liberal, no compartido además por todos los autores. Se justifica por la distinción, que alude de nuevo con otras palabras a la falsa disyuntiva fundadora de toda esta reflexión, entre un liberalismo «moderado, histórico», «organicista, evolutivo, jurídico» y tradicional ligado «a la concepción clásica de la Política como arte prudencial del compromiso» –donde caben, como hemos visto, llamadas a la sublevación y eliminación del enemigo–, y una acepción de aquel «radical, abstracta, estatista, romántica (*sic*), prevaleciendo la jacobina», del que derivan toda una sarta de corrientes peligrosas desde la democrática hasta el «socialismo liberal»⁵⁸.

Contra esta neta oposición, cabría desde luego replicar esgrimiendo la escasa protección de las libertades que se infiere de doctrinas organicistas, nacionalistas y tradicionalistas, todas conformes en subordinar al individuo a una colectividad ontológica que lo trasciende, encarnada además en la per-

⁵⁷ Vid. el documento gráfico *Carlos, un año sin ti, un año contigo*, visible en <http://video.google.es>, y del que se infiere, no ya una reprochable impasibilidad gubernamental, sino una decepcionante e incomprensible protección institucional de los movimientos filofascistas.

⁵⁸ Véase D. NEGRO, *La tradición liberal y el Estado*, 33-39.

sona de un líder superior, que muy bien puede degenerar en un tirano. Pero interesa más indicar que esta dicotomía oscurece la comprensión histórica del mismo liberalismo, que incluso en su acepción moderada, cómodamente adaptada a ciertos hábitos premodernos, se apoyaba en el monopolio legislativo de la producción del derecho y encomendaba al poder gubernamental una transformación radical mediante leyes y decretos de las estructuras productivas tradicionales. Es más, la versión del liberalismo que aquí se nos presenta –caracterizada por la defensa de la autonomía de la sociedad como conjunto (que no como agregado de individuos libres) frente a la autoridad política que pretenda alterarla con su desenvolvimiento– resulta incomprensible, no ya si se borran sus vínculos con la tradición reaccionaria y contrarrevolucionaria, precisamente antiliberal, sino también y sobre todo si se oculta la mutación interna experimentada por el mismo discurso liberal, en especial económico, ante el advenimiento de los regímenes democráticos, que pasó de ser rotundamente legalista y estatalista a cubrirse de argumentos contrarios a la institución estatal.

No es, por tanto, un ideario liberal en su sentido estricto, amplio y originario el que anima estas ideas, y el programa político por ellas sostenido, sino más bien una mezcla de la doctrina reaccionaria con la forma adoptada por el liberalismo capitalista ante un escenario democrático, entremezcla que no hace sino expresar en el terreno espiritual un acuerdo estratégico sellado previamente en el terreno social. No se alarme el lector entonces cuando, con manifiesta incorrección terminológica e historiográfica, se identifica «el liberalismo político, tradicional o anglosajón» entre nosotros nada menos que con el carlismo⁵⁹.

Como soporte de esta doctrina se recurre repetidamente a la confrontación simbólica entre la cultura jurídica angloamericana y la continental de estirpe francesa y materialización alemana. Es, repito, otra manifestación más, la enésima, de un mismo e idéntico postulado, falso en sustancia por dualista y reducido en suma a la estéril proclamación de la intangibilidad del orden

59 Cf. D. NEGRO PAVÓN, *Sobre el Estado en España*, 31. Ayuso en esto es más coherente y fiel a su doctrina carlista de pertenencia, enfrentándose directamente al «liberalismo» en lugar de torcer el léxico político como Negro para afirmar que «el liberalismo auténtico es tradicional y antiestatal», p. 90 n. 1, cuando el Estado es invento precisamente del liberalismo. De hecho, el director de la colección reconoce la inexistencia de «diferencias teoréticas» sustantivas entre el «universo anglosajón» y el «continental», subrayando más bien «la pervivencia en su seno de tradiciones intelectuales y prácticas precedentes», en M. AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, 37-8.

establecido, cuando en realidad el orden siempre está en movimiento (o en desorden), tomando el impulso que le dicte la distribución de fuerzas sociales vigente en cada período. Del contraste entre Inglaterra y el continente, o, en términos jurídicos, entre la *rule of law* y el *Rechtsstaat*, se ocupa además *ex professo* una de las monografías de nuestra colección, cuyo resultado conclusivo a estas alturas es más que previsible: al principio inglés le es propio someter «el poder al Derecho, quedando éste fuera de la libre disposición del gobernante por su carácter histórico y natural», mientras que el Estado de derecho liberal implanta, entre otros lugares en la España «de los siglos XIX y XX», un modelo legalista, «esencialmente poderoso», potencialmente desbocado y solo aderezado con menciones decorativas al derecho natural⁶⁰.

En esta contraposición aparecen de nuevo las limitaciones casi insuperables del enfoque examinado: su notorio desfase doctrinal, el intelectualismo exacerbado y la consiguiente ceguera en relación a la historia y a la práctica institucional. Así es: cuando abordan el asunto del Estado y su ámbito legítimo de acción en la actualidad, y lo identifican tácitamente con una fórmula institucionalizada hace un siglo, emplean claves decimonónicas y preconstitucionales. Olvidan con ello que el Estado vigente en la actualidad no es equiparable al *Rechtsstaat*. Descuidan en suma la cesura, la discontinuidad sustancial, entre el «Estado constitucional y democrático» respecto de su antecesor, el oligárquico «Estado liberal», precisamente en lo que hace a la intangibilidad de los derechos y a la superioridad de la norma constitucional respecto de la ley estatal⁶¹.

60 Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Rule of law o Estado de derecho (Prudentia iuris*, 5), Madrid, Marcial Pons, 2003, 27-8, 31, 36 y 38-9. Para mayor abundamiento en esta misma materia, vid., del mismo autor, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1992. No es extraño así que nos tope-mos con Miguel Ayuso introduciendo *El espíritu del derecho inglés* de Radbruch (Madrid, Marcial Pons, 2002) con su irrelevante estudio «El sino de Gustav Radbruch», pp. 13-19, otra ocasión más para vincular «las demasías hitlerianas» con el positivismo jurídico relativista, cuando en realidad tales excesos se cometieron al amparo de indeterminadas categorías jurídico-naturales –como la del «sano sentimiento jurídico popular»– y cuando el relativismo que denostan parte precisamente de la imprescindible inclusión de todos los pareceres en el juego político, no de su exterminación.

61 Vid. la clarificadora tipificación de Maurizio FIORAVANTI, «Estado y Constitución», en Id. (ed.), *El Estado moderno en Europa* (2002), Madrid, Trotta, 2004, (trad. Manuel Martínez Neira) 13-43 (37 ss.), y la eficaz síntesis de Pietro COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Ed. Scientifica, 2006.

Aparte de objetar al actual modelo político vigente principios y caracteres de un sistema anterior y cualitativamente diverso, exhibiendo así una clara parálisis teórica, los argumentos empleados por nuestros autores suelen partir del discutible postulado de que lo pensado por los juristas existe sin más en la realidad. No espere el lector un examen minucioso de las experiencias jurídicas europea y angloamericana, pues se encontrará con el enésimo repaso histórico-intelectual de los tópicos que conformaron un debate doctrinal. Incluso colocados en este nivel de historia de las ideas los errores de bulto no cesan. No solo es que el *Rechtsstaat* se fundamentase en un «genérico iusnaturalismo», según sostiene Pereira (p. 36), es que partía por entero del dato «histórico-natural» de la organicidad nacional –cara a nuestros autores– a la que estaba llamado a personificar con sus leyes e instituciones y, además, gravitaba en torno a un concepto de soberanía «intrínsecamente limitada» por los principios no menos naturales de la libertad y la propiedad privadas, casualmente aquellos que también estructuraban el sistema jurídico anglosajón⁶², cuya comprensión teórica estuvo por otra parte lejos de ser impermeable a las construcciones continentales⁶³.

Y si descendemos a la praxis la insuficiencia de estas apreciaciones se hace aún más patente. Con su preferencia por las categorizaciones idealizadas desprecian la homogénea base económico-social de ambos modelos, que afecta tanto a la producción legislativa del derecho como a su concreción judicial⁶⁴, y

62 Cf., de nuevo, M. FIORAVANTI, «Lo ‘Stato moderno’ nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)», en VVAA, *Ordo Iuris. Storia e Forme dell’esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, 183-217, donde, en relación a la clara dimensión historicista del «Estado liberal de derecho», puede leerse, por ejemplo: «Se trata del *gran mito de la constitución inglesa*, relevantísima parte constitutiva de esta concepción del Estado», que busca la síntesis de «dos diversas *tradiciones constitucionales europeas*: aquella de la *soberanía* [...] y aquella, de origen medieval, del *poder limitado*», pp. 187 y 193. Otro acercamiento desmitificador de la mentada contraposición lo cita el mismo Pereira: Neil MacCORMICK, «Der Rechtsstaat und die *rule of law*», *Juristenzeitung* (2, 1984), 65-70.

63 Mathias REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, Berlin, Duncker&Humblot, 1993, especialmente la contribución de James E. Herget sobre la influencia del pensamiento jurídico alemán en el norteamericano, que pone desde luego en entredicho esa denominación de origen angloamericana de las doctrinas tradicionales, orgánicas y antilegalistas.

64 Pues no está eximida la magistratura en sus decisiones de los mismos condicionantes que también influyen en la legislación parlamentaria: cf. la recopilación compilada por Thilo Ramm de Ernst FRAENKEL, Hugo SINZHEIMER y Otto KIRCHHEIMER, *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Neuwied, Luchterland, 1968.

desconocen la historicidad del mismo modelo anglosajón y con ello la primigenia posibilidad histórica de una «*rule of law* parlamentaria», equiparada a la judicial, precisamente por su común propósito de garantizar los derechos⁶⁵, e incluso la creciente proximidad del sistema angloamericano respecto del continental causada por la similitud de retos a encarar, muy especialmente los planteados a la legislación y a la actividad administrativa por la cuestión social⁶⁶.

Así pues, estaríamos ante una propuesta del liberalismo en su acepción tradicional que pretendería importar entre nosotros el prudente modelo inglés, aunque en realidad para fundamentarla podrían encontrarse rastros de interés en la historia patria, signada como está por la perdurable vigencia de una monarquía «de mando personal, de tipo organicista y no neutral sino defensora de la ortodoxia». No se trataría entonces tanto de buscar guías más allá del canal de la Mancha como de ser fieles a nuestra propia tradición, una tradición que, evidentemente, no puede menos que ser una narración historiográfica sometida a debate científico y contraste documental.

Los jalones de esta lectura particular de nuestra historia vienen referidos además a tres categorías histórico-políticas bien diferenciadas: las de «régimen», «Gobierno» y «Estado». Siendo el *regime* el sistema político universalista y «eclesiástico» propio del Medioevo, su sucesor el «Gobierno», aun concediendo espacio al decisionismo político, se concibe de cualquier modo como prolongación orgánica y personalizada «del Pueblo para la custodia y defensa de su manera de vivir», «mientras que el Estado», la cima de toda esta evolución, ya pasa a ser una superposición protésica, impersonal y mecánica sufrida por la comunidad⁶⁷. Ciertamente es para estos autores que «en Inglaterra no se consolidó el salto del Gobierno al Estado», pero no lo es menos

65 Para un estudio histórico-conceptual del asunto vid. B. CLAVERO, «Imperio de la ley y *Rule of law*», en Id. *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, 181-236 (192-198). Encierra interés en este punto la reseña que dedica el mismo Fioravanti al citado texto en *Quaderni Fiorentini*, XXVII (1998), 403-408.

66 Vid. VERNON BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the twentieth century*, Oxford University Press, 2003, y LAWRENCE FRIEDMAN, *American Law in the 20th century*, New Haven, Yale University Press, 2002.

67 Cabe indicar, ya que algunos de estos autores se sienten herederos de la tradición «realista» del derecho político español, que esta distinción entre Estado y Gobierno estaba operativa en ella, pero con un sentido justamente inverso, identificándose la estatalidad con los lazos de la sociabilidad y el gobierno con la exteriorización institucional de los principios de la convivencia.

que España, debido fundamentalmente a su «*ethos* tradicional» y católico, ha sido prácticamente siempre «refractaria a la estatalidad». Por eso basta con anclar nuestro presente en esta tradición para evitar los extravíos de la constitucionalidad.

Tal historia –en opiniones de Dalmacio Negro seguidas casi con unanimidad por esta escuela– se caracteriza por la ausencia de Estado en España hasta su reciente implantación por el régimen de Franco⁶⁸. Lo cierto es que solo una lectura creativa, que añade interpretaciones propias a las exposiciones de Negro para hacerlas coherentes, puede sacar de la perplejidad al lector. La razón del desconcierto es que de esta particular genealogía política, basada siempre en contraposiciones absolutas y las consecuentes condena o santificación, no puede sacarse sin más en claro si es positiva la construcción de un Estado o más bien no.

Avalan, por ejemplo, la primera sensación las lamentaciones por «la debilidad congénita de la conciencia y el hábito de lo estatal», la consideración del «antiestatismo español como problema» o el desconsuelo ante nuestro «déficit de estatalidad», principal impedimento de «la formación de una tradición política y de una sólida clase política» en España. Refrendan, en cambio, la segunda y contraria sensación afirmaciones apodícticas como la que celebra el rechazo hispano «a la neutralidad y la soberanía político-jurídica» propias del Estado, la que identifica unilateralmente el «Gobierno» con «la forma de institucionalización de lo Político» o la que, en términos más generales, condena la aparición de la estatalidad porque «desvió y quebró la tradición política de ‘la naturaleza y la razón’, contraponiéndole la de la ‘voluntad y el artificio’». Sea como fuere, y pese a todos los «esfuerzos del siglo XIX» por «instituir la estatalidad según el modelo francés del Estado-Nación», nuestra historia se distingue al parecer por la prolongada existencia de un sistema gubernamental solo relevado en la centuria pasada, cuando, tras sucesivos intentos frustrados –los de Primo y la República–, el franquismo logró por fin dotar a «la sociedad de un Estado en forma».

Si la vigencia duradera del «Gobierno» era positiva, como también lo ha sido la instauración postrera del «Estado», debe entonces agregarse algún componente para que el relato resulte cabal. Y para lograr esta interpretación coherente hemos de recurrir a dos axiomas lanzados por Negro: el primero

68 A este autor venimos siguiendo y vamos a seguir haciéndolo a continuación, concretamente sus textos *Sobre el Estado en España*, 13-15, 17, 19, 25, 27, 34-5, 39, 80, 82, 87, 90, 102-106, 109 y 114-5, y *Gobierno y Estado*, 35 y 41-44.

sostiene que «puede haber Gobierno sin que haya Estado», mas no puede funcionar el Estado «sin Gobierno», y el segundo que «la estatalidad sólo tiene autoridad propia si está vinculada a la sociedad por parte de la Nación Histórica titular de la soberanía». Con estos añadidos, que hacen posible un Estado bueno siempre y cuando se construya sobre las bases anteriores del gobierno, quedan ya clarificados nuestros antecedentes políticos más inmediatos: Cánovas fue el titubeante inaugurador de la «forma estatal», sin lograr enclavarla «en el pueblo» y confiado aún en la capacidad cohesiva de una monarquía secular extraña a la «estatalidad»; Maura resultó ser el visionario que detectó el desafío de «vincular la Sociedad con el Estado por medio de la Nación Histórica» como expediente necesario para saltar desde el gobierno (monárquico) al Estado, reto que pasó por completo inadvertido para Primo de Rivera⁶⁹; los republicanos fueron sectarios dirigentes «incitados por ideologías foráneas» y despreocupados por «reorganizar un Estado coherente con la Sociedad» hasta el punto de, ya en la fase bélica final, aparecer volcados en «un intento sistemático de erradicar el *êthos* tradicional»; Franco ha sido el artífice por fin de una firme y estable «estatalidad», con el correlato necesario de una sociedad homogeneizada, unificada y reconciliada ya no alrededor de la Monarquía sino del Estado mismo; y la «III Restauración» resulta ser el sistema que, asentado en una alianza entre «el nacionalismo separatista y el socialismo», ha empleado desde sus comienzos y con intensidad creciente «el poder del Estado para destruir sistemáticamente el *êthos* prepolítico de la Nación», como acontecía en los territorios del bando republicano-soviético durante la guerra civil.

No es esta ocasión propicia para entrar a debatir este último parecer partidista o conclusiones historiográficas como la que atribuye al «Estado Nacional construido por Franco» el «decisivo impulso de la modernización de la sociedad y su asentamiento como sociedad de clases medias». Falla para el diálogo desde la misma y necesaria analogía de los parámetros para ponderar la modernización en general. Pero en orden a precisar ya la propuesta política de esta colección de textos, sí importa en cambio bosquejar las consecuencias de la concepción del Estado legítimo como prolongación de la lógica organicista y nacionalista del «Gobierno».

Nos permite ver, en primer lugar, la arbitrariedad de las categorías con-

69 Pese a las evidencias que muestran lo contrario: vid. Alejandro QUIROGA FERNÁNDEZ DE SOTO, *Haciendo españoles. La nacionalización de las masas en la dictadura de Primo de Rivera*, Madrid, CEPC, 2008.

ceptuales empleadas –¿por qué no seguir definiendo como gobierno el Estado que exterioriza y basa su autoridad en la nación tradicional?⁷⁰– y, en segundo lugar, nos muestra la doble misión encomendada al Estado: de una parte, la cohesión de la sociedad en torno a las señas de identidad nacionales, sin tener siquiera en cuenta que tal estrategia puede resultar imprudente y disgregadora en un contexto de marcada pluralidad; de otra, la garantía del orden público en su versión más exterior e identificado a efectos prácticos con la «unidad de la sociedad»⁷¹.

Con esto nos acercamos ya al sistema político que tras toda la hojarasca categorial se nos plantea: una forma de mando personal concretada en un representante preferentemente unipersonal de la nación, materializada en una intensa y centralizada propagación de valores patrióticos, como los católicos, blindada por un aparato represor lo suficientemente vigoroso como para poder «contener los extremismos y encauzar los conflictos», contenida por «numerosos límites religiosos, éticos, institucionales y jurídico»-naturales y, por último, impasible ante el libre juego de las corporaciones sociales y económicas. Es decir, un modelo semejante al de las monarquías administrativas, e incluso al antes despreciado *Rechtsstaat*, donde el ejecutivo regio, apoyado tanto en el ejército como en una formidable burocracia, contaba con gran margen de discrecionalidad, figurando precisamente entre sus objetivos principales la homogeneización nacional y la protección de la propiedad y del «interés general». Un modelo de «gobierno personal», «cristiano» y «suprafamiliar» que entre nosotros viene simplemente a significar la reimplantación de la dictadura apoyada en el ejército y la iglesia, la instauración de un sistema autoritario que lleve a término la realización de «la democracia orgánica»

70 El elenco de preguntas podría proseguir: ¿por qué una política fundamentada en los valores del nacionalismo español habría de ser más realista, prudente y acorde con nuestra fisonomía social y cultural que una basada en el reconocimiento del pluralismo de nacionalidades? ¿cómo, en suma, derivar la estabilidad y la convivencia pacífica de un sistema que tradujese una visión parcial, radical y minoritaria hasta el extremo de autocalificarse de extraconstitucional? ¿no implicaría ello necesariamente un uso extralimitado e intenso del poder político (y militar) en su vertiente represiva, aquello justamente proscrito por nuestra corriente liberal?

71 «Entendemos por ‘orden público’ el particular orden que un grupo social establece para procurar la paz en su convivencia social, y defenderla», siendo, obviamente, aquel que altera el orden automáticamente excluido del grupo y negados por consiguiente sus derechos. Vid. A. D’ORS, *Bien común y enemigo público*, 78, quien como veremos llega prácticamente a equiparar la constitución con el orden público.

y la «monarquía social y representativa» inacabadas por Franco y que resuelva el problema de «la contención del poder», no tanto con «mecanismos constitucionales», como mediante su sujeción a los pretendidos «estratos más hondos» del ser de la comunidad⁷².

IV. PROPUESTA CIENTÍFICA

Desembocamos así en la alternativa presentada frente al constitucionalismo actual, caracterizada como se puede sospechar por el desentrañamiento de ese núcleo ontológico de la sociedad que ha de fundamentar y limitar el poder, práctica intelectual opuesta al álgebra formalista que supuestamente tiene hoy entretenidos a nuestros constitucionalistas. El presupuesto teórico de este modo de elaborar derecho político, mejor que constitucional, no es sino el vetusto y decimonónico concepto de constitución interna en su acepción más integrista, como suma de principios «inviolables», «inalterables incluso por la voluntad del mismo pueblo en que rigen» y que componen el fundamento último del «orden público»⁷³. El presupuesto político lo facilita una visible oposición al régimen constitucional actual por no adecuarse a la sociedad, venir impuesto desde el Estado y llevar dentro de sí el germen de la futura desintegración de la unidad nacional⁷⁴.

Contrafaz de este modo de entender el saber constitucional es la disciplina presente, la llamada «ideología del constitucionalismo» (Ayuso), «geometría legal» (Gentile) o «derecho natural del mecanicista orden estatal» (Negro). Parte esta de la sumisión acrítica a los postulados constitucionales y se despreocupa de las profundas claves éticas que posibilitan el orden político⁷⁵. La principal acusación (schnittiana) formulada contra esta materia jurídica es que, a causa de su sometimiento a la constitución, termina encerrando la «politicidad humana» en un enjambre de «procedimientos», y debido a su neutralidad axiológica, concluye por prestar cobertura teórica al «construc-

72 M. AYUSO, *De la ley a la ley*, 37-8 y 64-5.

73 A. D'ORS, *Bien común y enemigo público*, 79 y 81.

74 Compendia esta visión anticonstitucional el director Ayuso en *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio Libros, 2000. Para Negro la Constitución del 78 es «formalmente una Carta otorgada», imaginamos que por Franco o su sucesor en la jefatura del Estado: *Sobre el Estado en España*, 115.

75 Salvo mención contraria, las notaciones realizadas a continuación han sido extraídas, principalmente, de P. G. GRASSO, *El problema del constitucionalismo*, 28, 39-40, 43 y 62.

tivismo jurídico», o sea, al dominio estatal sobre la sociedad. En última instancia, la ciencia constitucional comparte el destino de su objeto de estudio, las constituciones jurídico-positivas elaboradas a espaldas de las «condiciones histórico-espirituales de cada pueblo», a saber: fomentar la división y la «disolución» social. Pero para discurrir de este modo hace falta previamente haber desfigurado por completo todos los conceptos fundamentales: el de sociedad, el de política y el mismo de constitución. Efectivamente, en ningún punto parecen nuestros autores discutir con un concepto de constitución en cuanto norma que, en lugar de ser un instrumento neutro en manos del Estado, le excede, lo limita y hasta lo absorbe, como tampoco parecen contemplar siquiera la posibilidad de que, en vez de ser un cuerpo jurídico meramente adjetivo y procedimental y además opuesto a los valores sociales, sea una norma depositaria de realidades y anhelos vigentes en la población y recipiendaria por tanto de una serie de valores sustantivos indispensables precisamente para garantizar la seguridad y la unión entre los ciudadanos.

La alternativa disciplinar propuesta se deriva de las críticas enumeradas y de los rasgos básicos de nuestra doctrina. Su objeto de estudio en teoría lo ha de conformar esa «constitución en sentido material» equivalente, en términos espirituales, al «orden trascendente, original, heterónomo e irreductible» impuesto por Dios, y en términos sociales, a la estructura interna de instituciones como la familia, la iglesia o la propiedad. El propósito fundamental de la materia constitucional ha de ser, por un lado, la acuñación de reglas para el buen gobierno, concebido este como el poder respetuoso con dichas instituciones tradicionales y con los derechos adquiridos, y por otro la promoción de ideales y principios que mantengan e impulsen la unidad y la «cohesión social». Todo lo cual no viene sino a implicar la elaboración de una «ciencia de Estado», más que ‘sobre’ o ‘del’ Estado, plegada al proyecto político anteriormente visto: un saber encargado de transmitir valores patrióticos, capaz –y esto es lo crucial– de «conciliar las conquistas históricas del liberalismo con la doctrina de la Iglesia» y que tenga como objetivo principal, no la formación de ciudadanos conscientes de sus derechos, sino la instrucción en la obediencia al Estado siempre y cuando encarne la «Patria» y defienda la «sociedad».

POSMODERNIDAD Y GLOBALIZACIÓN
DESDE LA HISTORIA DEL DERECHO¹

Para el caso español, no conozco ningún jurista, y aún menos un jurista historiador, entregado con éxito a la tarea de la alta divulgación de las cuestiones fundamentales de la teoría y la historia del derecho. Desde los tiempos de una obra como la de Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, impresa en decenas de miles de ejemplares, difundida en varias, consecutivas ediciones, capaz de forjar un determinado sentido común acerca de los principios básicos sobre el Estado, las garantías de la libertad y las exigencias de la democratización, los juristas patrios han perdido un peso notable en la conformación de los imaginarios del gran público lector. Cuando se dan excepciones, resultan ser de autores no españoles, como es el caso de la famosa exposición histórico-constitucional del también jurista-historiador florentino Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, que sigue imprimiéndose para formar a los estudiantes en derecho y para ilustrar a constitucionalistas y administrativistas sobre el pasado de sus respectivas tradiciones². Por lo demás, no se encuentran en España casos de difusión cultural, periodística o literaria de obras jurídicas con radio de influencia comparable al que se da en Italia sobre las firmas de juristas como Stefano Rodotà, Luigi Ferrajoli, Guido Alpa, Natalino Irti, Gustavo Zagrebelsky o el propio Paolo Grossi.

He aquí, por tanto, un primer, relevante mérito de las dos obras que vamos a comentar³: el ocupar los anaqueles de las grandes librerías italianas para su distribución entre lectores cultos con el objetivo de divulgar cuestiones jurídicas complejas de notoria relevancia para comprender nuestro pasado inmediato y nuestra actualidad. No se estrena el maestro florentino en el género con estas dos últimas entregas. Siguen la estela del exitoso librito sobre

1 Recensión conjunta de Paolo Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015; *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, publicada originalmente en *Crónica Jurídica Hispalense*, 15 (2017), 319-331. En adelante, se hará referencia en el cuerpo del texto a ambos títulos con las abreviaturas *RD* e *ID*, respectivamente.

2 La casa editorial Trota imprimió la séptima edición el pasado febrero de 2016.

3 Otro fundamental, del segundo título reseñado, es el incorporar, de la p. 131 en adelante, una exhaustiva «Bibliografía degli scritti di Paolo Grossi (1956-2017)» elaborada al cuidado de Marco Paolo Geri.

las *Mitologías jurídicas de la modernidad* y de su reciente introducción al *Novecento giuridico* como *secolo posmoderno*⁴, y no solo por compartir género, sino por abundar en similares contenidos. En los dos libros que nos van a ocupar vuelve efectivamente sobre cuestiones ya tratadas en ambos títulos⁵, centrándolas ahora en el terreno preferente de la historia constitucional, sin dejar por ello de atender a algunos de sus asuntos predilectos, como las relaciones entre la validez del derecho y la facticidad social, las dimensiones reales del ordenamiento jurídico, la distribución de las fuentes del derecho o las funciones desempeñadas por los juristas y, muy en especial, por los jueces.

I. NUEVA CRONOLOGÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

Tratándose en estas breves líneas de entresacar las principales enseñanzas contenidas en ambos tomos, para realizar después alguna consideración puntual, diría que una aportación fundamental de los mismos consiste en postular una novedosa y contraintuitiva cronología del derecho contemporáneo. Frente a la más convencional exposición, que presenta los siglos XIX y XX como vinculados por una prolongada continuidad evolutiva, la propia de los sistemas parlamentarios, democráticos, liberales y constitucionales solo interrumpida por el paréntesis de los totalitarismos, y contra la difundida acotación de Hobsbawm (*ID*, 90 n. 2), que entendía el *Novecientos* como un siglo «breve» inaugurado en la primera posguerra y clausurado con la caída del Muro de Berlín, Grossi apuesta por la contraposición neta entre la que denomina «modernidad jurídica» y la «posmodernidad» del derecho.

Sin coincidir plenamente con ella, recuerda a la tripartición realizada por Michel Foucault para distinguir las épocas «clásica», «moderna» y «posmoderna»⁶, en referencia consecutiva a los tiempos de la Ilustración, del liberalismo y del derrumbe de los grandes relatos políticos. Grossi describe cronológicamente la «modernidad jurídica» como aquel intervalo cuyas raíces

4 Sus *Mitologie* publicadas por Giuffrè cuentan a día de hoy con tres ediciones (la última, revisada y acrecentada, de 2007), y ambos títulos tienen versiones en castellano: las *Mitologías*, traducidas por Manuel Martínez Neira (Trotta, 2003), y su *Novecentos giuridico* por Clara Álvarez Alonso (Marcial Pons, 2011).

5 Y no solo. Abundan las referencias concomitantes en su recopilación de estudios titulada *Società, diritto, Stato. Un ricupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, con traducción castellana anterior a cargo de José Ramón Narváez: *Derecho, sociedad, estado (una recuperación para el derecho)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004.

6 M. FOUCAULT, *Historia de la locura en la época clásica* (1964), México, FCE, 2011, 2 vols.

proceden del iusracionalismo, con las revoluciones liberales como su momento inaugural expreso y con todo el siglo XIX hasta la I Guerra Mundial como prolongado lapso de institucionalización. Ha de señalarse la plena sintonía de esta visión con la mejor historiografía global, que conviene en denominar como *Modern World* al comprendido justamente entre los ciclos revolucionarios de finales del siglo XVIII y 1914⁷. Por su parte, la posmodernidad del derecho tendría sus raíces en el cambio de siglo, cuando el Estado liberal decimonónico entró en profunda crisis debido a las presiones sufridas por la irrupción del pluralismo social, antes reprimido y muy ligado ahora a la cuestión obrera; arrancaría con plenitud jurídico-constitucional en la primera posguerra, siendo su emblema más reconocible la Constitución de Weimar de 1919; proseguiría tras la recuperación del tracto democrático-constitucional lograda gracias a la derrota de los fascismos y continuaría a día de hoy, ya bajo los nuevos impulsos de la formación de la Unión Europea y la «globalización económica». Uno y otro tiempo, el de la modernidad y el de la posmodernidad del derecho, no serían además sucesivos ni concordantes, pues el segundo vendría a rectificar e invertir las pretenciosas desviaciones del primero.

Detengámonos un instante en la caracterización jurídica que Grossi realiza de cada uno de estos periodos, pues será la base de los comentarios ulteriores.

La modernidad, época propia del «absolutismo jurídico»⁸, estuvo signada por la entronización del Estado como monopolista de la producción del derecho. Semejante pretensión trastocó profundamente el sistema pluralista de fuentes en vigor en tiempos premodernos, adjudicando la posición suprema a la ley estatal, con la consiguiente postergación de la costumbre y la jurisprudencia, entendida en su doble acepción, como doctrina de los jueces y también de los juristas. Su producto normativo por excelencia fue el *código*, sistema de normas generales y abstractas que presumía de la coherencia y completitud necesarias para regular toda situación de hecho, vincular por igual a jueces y juristas, reduciendo su labor respectiva a una exégesis pasiva de su articulado. Se quiso así reducir todo el derecho a la ley, principalmente a la ley codificada, entendida además como «mandato» heterónomo. El supuesto bien que esta concepción habría de producir, el de garantizar una presunta «certeza del derecho» (*RD*, 55 ss.), apenas podía compensar el empobrecimiento que introdujo en el terreno jurídico.

7 Christopher BAYLY, *El nacimiento del mundo moderno. 1780-1914*, Madrid, Siglo XXI, 2010.

8 P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

En lo que hace a la cuestión central del sujeto, desde las declaraciones revolucionarias hasta los propios códigos, la antropología de la modernidad tuvo al individuo abstracto, desligado de toda experiencia social, como su punto central de referencia para delimitar los derechos. Uno de sus principios basilares fue el de la igualdad, pero entendida solo en términos formales y bien compadecida, por tanto, con las más extremas y desgarradoras desigualdades económicas de hecho. En lo que hace a su concreta institucionalidad, estuvo aparentemente determinada por la aplicación de la doctrina de la separación de poderes, materializada, sin embargo, en una supremacía mecánica del legislativo sobre los otros dos, con la consecuente sumisión del poder judicial. Si a ello se sumaban las restricciones introducidas por el sufragio censitario, que asociaban la ciudadanía y el ejercicio de los derechos políticos a la tenencia de grandes volúmenes de propiedad, el producto político resultante de esta modernidad fue un Estado oligárquico, legicéntrico, «monoclase» y autoritario, separado en sus expresiones normativas principales de la trama social en que debían arraigar y que concebía la producción y aplicación del derecho como un proceso vertical de arriba abajo, en el que la sociedad estaba obligada a amoldarse a los mandatos imperativos de la legislación.

La posmodernidad del derecho la define Grossi en oposición frontal a estos caracteres. Su lema central sería el de «*cada vez más sociedad, cada vez menos Estado*» (RD, 11, 42; ID, 43, 93). Frente a la centralidad anterior de la «*validez*», rescataría ahora la «*efectividad*» del derecho (RD, 28). Comenzó cuando las contradicciones que atravesaban la arquitectura del Estado moderno empezaron a hacer saltar sus costuras. La impugnación procedía de los propios movimientos sociales, locales y sindicales, insistentes en su denuncia del carácter elitista, autoritario y abstraído del aparato estatal liberal. La propia doctrina jurídica, con autores como Santi Romano a la cabeza, señaló también la evidencia: el derecho no podía reducirse a la ley del Estado, so pena de terminar incurriendo en un censurable «*reduccionismo*». El derecho, por el contrario, germinaba en formaciones sociales dotadas de su propio ordenamiento, irreductible a la legislación estatal.

Fue el constitucionalismo republicano y democrático el primero en incorporar el pluralismo social real al orden jurídico. Constituciones como la de Weimar o la italiana de 1948 fueron el fruto de un proceso «cognitivo» de «*lectura*» de la topografía social realmente existente para la ulterior incorporación a la letra constitucional de todas las situaciones jurídicas relevantes en que podían encontrarse los ciudadanos. Su formación y aprobación fue debi-

da a asambleas plenamente democráticas y de composición inequívocamente plural. Principio capital de partida de las elaboradas en la segunda posguerra fue la convicción «antifascista» de que la persona humana se encontraba por encima del Estado (*ID*, 46, 68), lo que había de traducirse en una normatividad reforzada de los derechos fundamentales y en la afirmación de la «dignidad humana» como principio incommovible. Con no menos intensidad se contestaba la «visión individualista» de los derechos (*Ibíd.*). El sujeto de referencia no era ya el individuo abstracto procedente de la tradición ilustrada sino la «persona», esto es, el individuo socializado, considerado como «criatura relacional» en su dimensión concreta y en su inserción en la comunidad, concebido así como mujer, trabajador, consumidor, menor, etc. (*ID*, 34, 47).

A este pluralismo personalista, contrario al ilusorio y uniforme individualismo de la modernidad, acompaña otro rasgo fundamental de las constituciones democráticas: el hecho de conformarse no solo de preceptos escritos destinados a su interpretación literal, sino de numerosos principios que conectan la literalidad del derecho con el orden de los valores colectivos, permitiéndose con ello una actualización permanente del mensaje constitucional y, como ahora se dirá, una nueva concepción del sistema de fuentes de derecho, un reforzado papel de la hermenéutica jurídica y una función más decisiva de los juristas y los jueces.

Antes conviene detenerse en el lugar ocupado por las experiencias totalitarias en este tránsito posmoderno. Es asunto fundamental, este de las relaciones entre la modernidad y el totalitarismo⁹, en el que Grossi no se detiene en exceso. Sí deja claro que, en buena parte, las dictaduras de corte fascista confirmaron en líneas generales los atributos propios del legicentrismo burgués, mostrando con engendros como el de las «infames leyes raciales de 1938» cómo «el legislador no podía merecer una confianza incondicionada» (*RD*, 22-4, 54). No obstante, su reconocimiento del valor jurídico de lo colectivo frente a lo meramente individual, como muestra el «corporativismo» italiano, anticipó en cierto modo los contenidos pluralistas futuros (*ID*, 96).

II. ATRIBUTOS DE LA POSMODERNIDAD JURÍDICA

Pero regresemos a lo genuinamente posmoderno: el introducir en la propia cúspide del ordenamiento jurídico, no tanto una «norma suprema», «calificación culturalmente no persuasiva» (*RD*, 72), cuanto un texto compuesto de

9 Zygmunt BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Sequitur, 1998.

principios abiertos a la realidad social. Con ello no pudo sino trastocarse la propia noción de la producción del derecho, en muy primer término del constitucional. A juicio de Grossi, los constituyentes italianos, por ejemplo, no *crear*on un orden jurídico *ex novo*, algo por otro lado materialmente imposible (RD, 84); más bien lo *inventaron* en el sentido etimológico del término, es decir, *leyeron* la realidad social a la busca de sus valores esenciales, trasladándolos, una vez hallados mediante un proceso deliberativo e interpretativo, al lenguaje constitucional, que de este modo quedó prendido de forma permanente a la que Constantino Mortari llamase la «Constitución material»¹⁰. El gesto supuso toda una «revolución cultural» (ID, 117) en el ámbito del derecho, que dejó de concebirse a la manera «potestativa y elitista» (RD, 6) propia de la modernidad para entenderse ya como fenómeno indisoluble de la pluralidad social y de la interpretación jurisprudencial de los principios constitucionales.

De este giro copernicano da un primer testimonio evidente la fundación de la Corte Constitucional italiana y su posterior actividad de revisión de la constitucionalidad de las leyes, comenzada a partir de la década de los 1960. Constituyendo más «un órgano de la comunidad que del Estado» (RD, 32; ID, 58)¹¹, su misma función impide continuar otorgando la supremacía que antaño acaparaba el legislador. Y su jurisprudencia ha demostrado cómo la carta constitucional es mucho más que la suma de sus 139 artículos desnudos, pues ha prestado el soporte categorial necesario, sobre todo a través de la «noción de igualdad» (ID, 61), para proceder a su actualización permanente a través de las sentencias de la Corte. Con ellas, y especialmente con el principio de *ragionevolezza* que ha usado con frecuencia como fructífera «clave de lectura» (RD, 73), ha conseguido reconocer nuevos derechos, con sus correspondientes mecanismos de tutela y protección (ID, 120, con el ejemplo de la «tutela del medio ambiente»).

10 Debe apuntarse que si bien el profesor Grossi se reconoce en la descripción de la Constitución material que hiciese Mortari como entramado de valores definitorio de una colectividad, rechaza expresamente identificarla, como hacía el constitucionalista italiano, con lo que él llamaba «las clases dirigentes» (RD, 72), para hacerla expresiva, por el contrario, de toda la variedad inherente a la sociedad.

11 Tomando en ambos casos definición acuñada por quien fue también presidente de la Corte Constitucional, Cesare Ruperto. El segundo de los textos aludidos, «La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno» (2013), es, a mi juicio, una de las piezas más valiosas de estos estudios reunidos [traducido posteriormente por Jesús Vallejo para *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, 583-604].

La fisonomía de la normatividad axiológico-constitucional y su penetración en el orden jurídico general alteran también la propia misión de los juristas y los jueces. Pese a la «pereza cultural» de los primeros (*ID*, 103), que han mantenido hábitos legalistas estrechos heredados de la modernidad en tiempos constitucionales, el nuevo paradigma jurídico sitúa su actividad técnica e interpretativa en una posición de relevancia constructiva fundamental. Sin ella deviene imposible esa tarea insoslayable de *inventar* el derecho, esto es, de *hallar* en la propia trama social, a través de los principios plasmados en la Constitución, los códigos y las leyes, nuevas fórmulas jurídicas viables para ordenar una realidad en permanente y acelerado movimiento.

Se trata además de una tarea cada vez más ostensible en todas las vertientes del ámbito judicial: administrativo, civil e incluso penal. La constelación jurídica posmoderna ha trascendido del todo la vieja ilusión del juez al que solo le cabe pronunciar las palabras de la ley. La normatividad de los axiomas constitucionales, de los principios generales, de las cláusulas indeterminadas ha quebrado, incluso en el terreno punitivo, la deteriorada rigidez del principio de legalidad, dando lugar prioritario a lo que podría denominarse como «principio de juridicidad» (*RD*, 87). Los jueces están así llamados en muy primer lugar a esa *Rechtsfindung* que permite reconectar el derecho con la sociedad, liberándolo del asfixiante corsé estatalista y legicéntrico. La convicción al respecto del profesor Grossi es tan intensa que no duda en secundar las reivindicaciones de extender a toda la magistratura la facultad de realizar el juicio de constitucionalidad (*ID*, 129).

La posmodernidad del derecho podría entonces definirse por estas cuatro constantes: pluralismo social, importancia normativa central de los principios, necesidad consiguiente de su interpretación judicial y alteración consecuente del sistema de fuentes de la modernidad, no solo agudizando su pluralismo interno sino provocando incluso su respectiva «de-tipicizzazione» (*ID*, 122). Se da con ello entrada en la conformación *inventiva* de las normas a las propias fuerzas sociales autónomas a través de sus costumbres, a la actividad jurisprudencial y a la interpretación de los juristas. A las voces críticas que señalan la falta de legitimidad democrática de estas instancias técnicas y judiciales, Grossi señala el tipo de legitimidad cultural que las caracteriza, que garantiza las virtudes de la «imparcialidad» y la «prudencia» en sus actuaciones (*RD*, 85; *ID*, 128); también alude a la específica valencia democrática que define su posición, al encontrarse en conexión permanente con el flujo social al que auxilian para facilitar su auto-ordenación (*ID*, 86).

Más allá de esto, son las constantes señaladas las que permiten a Grossi describir la actualidad internacional y global como continuación del curso de la posmodernidad. En primer lugar, el proceso de integración europea, muy permeable a los parámetros del *common law* (RD, 75), se revela igualmente impulsado por dichas regularidades. La importancia que en su configuración jurídica tienen los principios, o «tradiciones constitucionales» de los países miembros (ID, 100), y la correspondiente actividad constructiva desenvuelta por el Tribunal de la Unión Europea con sede en Luxemburgo, hacen de la conformación de Europa un eslabón más del tiempo posmoderno.

Igual acontece con la llamada «globalización económica» y su correspondiente fisonomía jurídica. Son los propios actores económicos los que, sin mediación estatal, se dotan de sus propios órdenes normativos, compuestos en la mayor parte de las ocasiones de estándares flexibles requeridos de integración interpretativa (RD, 49). Llegan incluso a instituir sus propias cortes arbitrales, con jueces designados por consenso, para resolver sus propias controversias, de espaldas ya completamente a las jurisdicciones y leyes de los Estados. Inconfundible prueba, pues, de su genuina posmodernidad.

El marco interpretativo diseñado por Paolo Grossi resulta muy sugestivo y de gran utilidad para desprender una mentalidad corporativa, la de los juristas españoles, mayoritariamente atrapada todavía en los cánones del legalismo más simplificado¹². Con modestia, reconociendo de antemano la plena falibilidad de mis opiniones y con el solo afán de enriquecer el panorama, me atrevería, con todo, a realizar algunas consideraciones sobre su valiosa caracterización histórico-jurídica.

III. ADMINISTRACIÓN LIBERAL, DUALIDAD REPUBLICANA, REGRESIÓN POSMODERNA

Las aspiraciones monistas de la modernidad, completamente ciertas, se revelaron impracticables desde el primer momento. La persistencia de las inercias pluralistas premodernas impidió que el proceso de estatalización fuese completo prácticamente en toda Europa. Incluso en los momentos de mayor apogeo del Estado legicéntrico permanecieron grandes áreas, algo más que residuales, situadas en la periferia no solo rural, donde continuaron ri-

¹² Mentalidad corporativa que alcanza muy singularmente a los jueces y que cuenta con consecuencias contrarias a derechos susceptibles de superar con una muy sencilla fundamentación constitucional: *vid.* Bartolomé CLAVERO, *España, 1978: la amnesia constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

giendo dispositivos de justicia negociada y extraestatal basados en costumbres y equidad. Las propias deficiencias técnicas impedían, al menos en el caso español, que el contenido de la legislación fuese publicado de forma eficaz, de modo que permitiese su automática aplicación por unos jueces que, por el contrario, seguían rigiéndose por el derecho tradicional¹³. Incluso el timbre distintivo del Estado liberal –sobre el que ahora se volverá–, su intervencionismo jerárquico a través de la administración, nunca pudo ser, como se pretendía, esa ejecución inmediata por todo el territorio de las decisiones políticas adoptadas en el centro; los mandatos centrales siempre terminaban descafeinándose al llegar a la periferia, donde los burócratas se veían obligados, por la propia fuerza normativa de los hechos, a transigir, negociar y aligerar las exigencias reglamentarias para adaptarlas a una cartografía social donde seguían actuando los poderes privados particulares del régimen corporativo anterior¹⁴.

A todo ello habría que añadir un matiz: quizá lo que el profesor Grossi denomina como modelo «jacobino» se corresponda más bien con el sistema estatal de cuño napoleónico difundido por Europa, no existiendo en todos los aspectos continuidad entre ambos. Para Napoleón Bonaparte el legislador debía ser, en efecto, «el lugarteniente de Dios en la tierra»¹⁵; no así para los revolucionarios franceses, ni siquiera en su ala más exaltada. La organización judicial puesta en planta en los primeros compases de la revolución, a través de dispositivos como el arbitraje, la conciliación obligatoria o el jurado, conservó un gran espacio de equidad extraestatal y extralegal que no llegó a desvincular la justicia de la sociedad¹⁶. Igual ocurrió con el diseño administrativo inicial, cuyo carácter colegiado y electivo, derivado del principio de soberanía nacional, lo hace bien diferente del aparato vertical de prefecturas y subprefecturas organizado en 1800¹⁷. A ello se añade incluso el propio

13 Lo documenta Marta Lorente en su imprescindible estudio *La voz del Estado: la publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC – BOE, 2001.

14 LUTZ RAPHAEL, *Ley y orden. Dominación mediante la administración en el siglo XIX*, Madrid, Siglo XXI, 2008, 78.

15 SYLVAIN BLOQUET, *La loi et son interpretation à travers le code civil (1804-1880)*, Issy-les-Moulineaux Cedex, LGDJ, 2017, 1.

16 B. CLAVERO, «*La Paix et la Loi: ¿Absolutismo constitucional?*», *Anuario de Historia del Derecho español*, 69 (1999), 603-46 [recogido hoy en su *Historia jurídica europea*, EUS, 2019, 591-639].

17 LUCA MANNORI, BERNARDO SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 247.

procedimiento legislativo previsto en el Acta Constitucional de 1793, donde al legislador solo le cabía «proponer» al pueblo organizado en asambleas las leyes que habrían de regir en todo el territorio, pero en ningún caso decidir unilateralmente por él¹⁸.

Estos caracteres –revolucionarios y, en su caso, ya sí, jacobinos– no se compadecen del todo con la imagen de un Estado y un derecho que se forman de arriba abajo, secuencia que sí fue la seguida ya con posterioridad por el modelo estatal liberal. Y es que hay una ruptura fundamental entre el ciclo revolucionario inicial y la cultura política ulterior¹⁹, que quiso conservar del legado de la revolución los principios de la soberanía nacional y la voluntad general, pero ahuyentando ya los fantasmas del poder constituyente y del imperativo de las mayorías²⁰. Como el propio Grossi ha documentado además de manera excepcional²¹, característico de esta cultura liberal fue el intentar naturalizar determinadas instituciones, como la propiedad privada individualista, cuya generalización absolutista había sido consecuencia de una invención del legislador²², hasta convertirlas en una suerte de recinto natural prepolítico que las leyes no podían ya traspasar. Y es que quizá el principal atributo del Estado moderno no fue tanto el de un legislador absoluto, capaz de conformar a su antojo la sociedad, pues existieron categorías institucionales como la propiedad y la libertad contractual que debía considerarlas como expresiones de la naturaleza dadas de antemano y consagradas –y canalizadas formalmente– por el orden jurídico-privado codificado.

18 Vid. los artículos 11 ss. sobre las llamadas «Asambleas primarias», 21 y ss. sobre la «Representación nacional» y 53 y ss. sobre «las funciones del Cuerpo legislativo»: «53. El cuerpo legislativo propone leyes y da decretos».

19 Se debe precisamente a M. Fioravanti, en su obra, ya citada, sobre *Los derechos fundamentales*, el haber resaltado este carácter orgánico y autoritario, no asimilable a los modelos constitucionales revolucionarios, antes al contrario, opuesto frontalmente a toda sombra de jacobinismo, del Estado liberal.

20 P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 225 ss. en referencia a los idearios de Constant y Guizot. Vid. asimismo el valioso ensayo de Pierre ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.

21 P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

22 Valiosa investigación al respecto es la de B. CLAVERO, «Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario», *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), 269-378 [recogido en su *Historia jurídica europea*, EUS, 2019, 497-589].

La faceta constructivista del nuevo Estado, que la tuvo, mejor que en la ley general dada por el parlamento, se apreciaría una Administración pública omnipresente, encargada de modelar la nación que había de suplantarse a la trama corporativa anterior²³. Situado aquí su centro de gravedad, el peso del presunto legicentrismo disminuiría para dar paso a un Estado en el que preponderaría el poder ejecutivo sobre los demás, actuando a través de una burocracia técnica y profesional no limitada normalmente por la ley sino orientada la mayor parte de las ocasiones por la finalidad abstracta de cuidar del bien común o el interés general. El Estado moderno se caracterizaría entonces por la pretensión de crear la sociedad, pero tal misión resultaría desempeñada en mayor proporción por la administración y el ejecutivo, entendidos como aparatos extralegales con su propio poder normativo, que por el legislador con sus leyes generales. A todo lo cual habría que agregar la importancia materialmente constituyente de los frecuentes estados de excepción, utilizados desde un comienzo no solo como recurso en manos del gobierno para perseguir a la oposición sino como dispositivo de poder encaminado a moldear el propio relieve social²⁴.

El constitucionalismo republicano-democrático que comienza para Europa en Weimar introdujo, como muy bien sostiene Grossi (*ID*, 44), una ruptura fundamental en nuestra historia política. No se corresponde con su auténtica silueta el ser mera continuidad del Estado parlamentario-liberal, tal y como divulga el relato jurídico convencional. El ánimo de romper con el pasado fue explícito y se manifestó en primer término, como recuerda el maestro florentino, en el carácter ya indudablemente democrático de las asambleas constituyentes y de las constituciones resultantes²⁵. Fue además definitorio de su complejidad el intentar llevar al articulado el mínimo denominador común de todas las sensibilidades políticas, el adecuarse en sus previsiones a la compleja y plural topografía de la sociedad, atendiendo a las diferentes situaciones en que podía hallarse la «persona» en orden a garantizar mejor la tutela de sus derechos y de su dignidad. Contra la interpretación paleoconservadora o de estirpe schmittiana, que describe dicho constitucionalismo por

23 L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, 250.

24 S. MARTIN, «Legislación autoritaria, estados de sitio y enemigos políticos en la construcción del Estado liberal» [recogido en el presente volumen].

25 Debe mencionarse aquí la excepción de la Segunda República: la elección de las Cortes Constituyentes no comprendió el voto femenino, por más que después se consagrara en la Constitución que aprobaron.

su indecisión, o por su constructivismo irrealista y autoritario, o, peor, por su sectarismo y parcialidad, las constituciones republicanas y democráticas, en primer lugar las de entreguerras, fueron, efectivamente, expresión de un ejercicio de realismo y de sana transacción, como se deduce de la exposición de Paolo Grossi.

Pero estuvieron atravesadas por un dualismo esencial. Propio de su regulación fue reconocer el pluralismo de la sociedad y ceder en consecuencia grandes áreas a la autonomía de los actores sociales y políticos con el fin de que regulasen en libertad y paridad sus respectivas relaciones con sus propias normas, e incluso con sus propias instancias jurisdiccionales. El ejemplo más evidente de este ámbito de autonomía constitucionalmente consagrado fue el llamado «derecho social» o del trabajo, posibilitado a través del registro de la libertad sindical y del reconocimiento de fuerza legal a los pactos colectivos. Sin embargo, en este mismo laboratorio jurídico-laboral puede apreciarse la valencia legalista que también recorrió toda la filosofía fundante del constitucionalismo republicano.

El deber explícito del Estado de proteger a los trabajadores a través de sus leyes, o la nueva facultad que lo amparaba para intervenir en la economía con la finalidad de amortiguar las contradicciones del capitalismo desenfrenado, y poder garantizar así mayores cotas de justicia social, dan buena muestra de ello. Se entendió que la ley, expresión, ya sí, de unas elecciones y de un parlamento auténticamente democráticos, era un recurso fundamental para la protección de los derechos y para transformar y racionalizar una facticidad signada por prácticas y jerarquías inicuas, basadas en la fuerza y en la sinrazón del privilegio. Si, por un lado, el constitucionalismo republicano-democrático introdujo más sociedad en el Estado, por otro reforzó los poderes del legislador y del Estado para que contribuyese a conformar la sociedad con arreglo a valores de justicia e igualdad que ya se estaban haciendo preponderantes en ella.

Precisamente el principio de igualdad ante la ley y sus dimensiones axiológicas concretas dieron pie en aquel entonces a un decisivo debate doctrinal, de radio bicontinental, por afectar muy directamente a la experiencia estadounidense, con consecuencias institucionales muy pronunciadas. Hubo autores, como Gerhard Leibholz, Erich Kaufmann o Heinrich Triepel, que entendieron el principio de igualdad como un mandato al legislador consistente en el deber de aprobar un «derecho justo». La justicia de la ley venía dada por la necesidad de que las diferencias que se introdujesen en ella fuesen «pro-

porcionadas», es decir, necesarias, no discriminatorias y respetuosas con las desigualdades supuestamente naturales que diferencian a los individuos. La ley, en definitiva, no podía ser un instrumento artificial de igualación social, tal y como pretendían las fuerzas socialistas y republicanas con su *Klassen-gesetzgebung*²⁶.

La traducción institucional de esta lectura no era sino la atribución a los jueces del llamado *Prüfungsrecht*, un «derecho» de revisar la justicia material de las leyes, planteado retóricamente como interdicción de la «arbitrariedad» del legislador, que podía resolverse con la inaplicación de dichas leyes. No faltaron voces que subrayaron cómo este argumento implicaba otorgar a un cuerpo eminentemente conservador y antirrepublicano una facultad de veto sobre leyes democráticas. Se preguntaban estos autores por qué había de primar la interpretación sobre la justicia y constitucionalidad material de las leyes adoptada por un colegio de jueces sobre la preferida por un colegio de representantes elegidos mediante sufragio universal. Se documentaba además cómo en el país inspirador de esta supremacía judicial, Estados Unidos, el uso de categorías morales de muy dudosa conexión con la normatividad constitucional había cristalizado en un test jurisprudencial de *reasonableness* centrado principalmente en bloquear, neutralizar o inaplicar todos los avances legislativos en materia laboral y social²⁷. Semejante empoderamiento de la magistratura frente al legislador no se saldaba a la postre con una mejor garantía de la justicia de las leyes; solo venía a significar en la práctica una estrategia para dar continuidad a la dominación de la burguesía, para perpetuar las desigualdades económicas de hecho que los constituyentes republicanos quisieron mitigar y, en suma, para reproducir y consolidar la división de la sociedad en clases²⁸.

Si se trae este debate a colación no es solo por el hecho de que evidenciase ese alma dual del constitucionalismo posmoderno, axiológico, principialista

26 Trato del particular en *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 2017, «14.3. Die Gleichheit vor dem Gesetz», «14.5. Le gouvernement des juges».

27 Charles Groves HAINES, *The Revival of Natural Law Concepts*, Cambridge / Massachusetts, Harvard University Press, 1930. Es de cita obligada asimismo el exhaustivo recorrido anterior de Edouard LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

28 E. FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-32*, Darmstad, W. B., 1968.

y necesitado de integración judicial por un lado, pero igualitario, social, legalista y estatalista por otro. Se alude al mismo porque también revela aspectos vidriosos del ensalzamiento de la función judicial frente a las labores propias del legislador parlamentario. Como muy bien señala Grossi en los títulos que reseñamos, los momentos presentes se caracterizan por una crisis galopante del principio de representación política, por una incapacidad creciente del legislador estatal para hacer frente a nuevas situaciones que rebasan su margen de actuación y por la consiguiente recolocación de su papel, ahora más humilde e inseparable de una elevación del resto de funciones públicas, en primer término de la jurisdiccional. Pero, como también indica con acierto el jurista florentino²⁹, lo característico del constitucionalismo democrático, como bien expresan los arts. 3.2 y 9.2 de las cartas italiana y española respectivamente, es ordenar a *todos* los poderes públicos la orientación de su labor interpretativa, inventiva y aplicativa del derecho hacia la consecución de mayores cotas de igualdad *real* con el fin de permitir así un pleno desarrollo de la personalidad.

Por eso quizá convenga trazar una distinción entre la función *praeter legem* o incluso *contra legem* de jueces y juristas cuando ésta se vuelca en el reconocimiento y mejor tutela de derechos ciudadanos, aun los no previstos explícitamente en la Constitución, pero sí recogidos implícitamente en su dimensión axiológica, y cuando se centra, por el contrario, en la defensa de categorías imprecisas como la de los valores objetivos y materiales que presuntamente definen a una comunidad concreta. No solo es que su correcta identificación resulte problemática debido precisamente al pluralismo y complejidad que atraviesa la sociedad posmoderna, irreductible a la preferencia absoluta de unos valores sobre otros. Es que muchas veces tras ellos se ocultan posiciones de dominación social que no permiten actualizar y vitalizar el espíritu emancipador del constitucionalismo; antes bien, consiguen lastrarlo, impidiéndole toda evolución y cerrándole al final la posibilidad de que sintonice con las corrientes más avanzadas y justas de la sociedad. No es casual, de hecho, que el propio profesor Grossi ponga casi siempre como ejemplos de esa labor *inventiva* de la Corte Constitucional decisiones que han permitido una ampliada y más eficaz protección de los derechos.

Pero si se admite que el constitucionalismo republicano-democrático tiene también una dimensión estatalista y legalista, consistente en la legitima-

²⁹ Destaca el valor fundacional y el giro copernicano contenidos en tal precepto de la Constitución italiana de 1948 en *RD*, 16 y *ID*, 51-2, 69.

ción del intervencionismo del Estado en la economía con fines de igualación material y en la consideración de la ley como un instrumento de protección de los sectores vulnerables frente a una desnuda facticidad que puede entrañar muchas veces dominación y explotación, entonces la última evolución del derecho europeo o las características jurídicas básicas de la globalización económica no pueden relacionarse con él en términos de pura continuidad. Comportarían más bien ruptura y cancelación.

El contexto de la crisis financiera ha impulsado una reconfiguración de la Unión Europea en la que ha predominado su dimensión economicista sobre su costado social. La completa alteración del equilibrio precario en que se mantenían su definición como espacio regido por la libre competencia y también por altas cotas de protección social ha supuesto una profunda mutación de los Estados constitucionales. El campo del derecho económico y del trabajo, con la adopción de políticas liberalizadoras impuestas desde arriba a través de las llamadas cláusulas de condicionalidad, es un buen ejemplo no solo de cómo el derecho de la Unión entra en contradicción con un aspecto clave de la identidad jurídica de numerosos de sus Estados miembros, sino también de cómo se trata de un proceso de conformación del derecho que no va de abajo arriba sino al revés. Se trata además de algo connatural al propio sistema de gobernanza europeo³⁰. Y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con numerosas sentencias polémicas al respecto, ha jugado un papel central en la consecución de este desequilibrio creciente³¹.

Por otro lado, la globalización y la autorregulación de los actores económicos transnacionales no implica siempre una vitalización del derecho, y su óptima reconexión con la trama social, sino la desaparición de toda función garantista de derechos y limitadora del poder que ha de desempeñar el derecho en su acepción postliberal. Los estándares y las cortes arbitrales, el *soft law* y la nueva *lex mercatoria*, no suponen así en todas las ocasiones un traslado limpio del vivaz pluralismo transnacional al terreno del ordenamiento sino resortes de normatividad devaluada útiles para la concentración del poder socioeconómico y para engrasar sus mecanismos de dominación carentes ya de toda limitación jurídica capaz de traducirse en una exigencia eficaz de

30 Fritz W. SCHARPF, «Legitimacy of European Multilevel Policy», *European Political Science Review*, 1:2 (2009), 173-204.

31 Marie-Ange MOREAU, «Labour relations and the concept of social justice in the European Union», en Hans-W. Micklitz (ed.), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2011, 314 ss.

responsabilidad. Y esta tendencia no solo trabaja en contra del pluralismo social real, imponiendo modelos de convivencia y procesos de subjetivación cada vez más uniformes, regidos por el patrón deshumanizador y tan poco cristiano de la competitividad a toda costa. Es que también está en la base de un crecimiento exponencial de las desigualdades económicas³² y de una consideración abstracta del individuo sin atención alguna a su dimensión social, lo que le lleva en numerosas ocasiones a amparar prácticas directamente atentatorias de los derechos humanos³³. Si el Estado «monoclase» de la modernidad fue un aparato de dominación social puesto al servicio de la burguesía, es decir, de quienes detentaban el poder socioeconómico, con la finalidad de garantizar la conservación y reproducción de sus propias posiciones, ¿no puede percibirse entonces en este nuevo imperio autodefensivo de los poderes minoritarios económicos sobre la fisonomía y los contenidos del derecho una «regresión» a tiempos anteriores, más que una continuación mejorada de nuestra época posmoderna³⁴?

No puedo así compartir la celebración de la devaluación de la institucionalidad estatal acometida por el señorío incontrastado de los poderes financieros globales. Sí comparto, en cambio, el terreno en el que Paolo Grossi sitúa la cuestión: el de los principios constitucionales, la justicia, la igualdad material, la dignidad de la persona y, en fin, la obligación de considerar a las criaturas humanas como fines y no como medios y cosas a disposición de poderes y personas. Por eso uno de los grandes méritos de los dos títulos de Grossi es el mensaje implícito para lectores críticos de que esta lucha por la justicia, la igualdad y el pluralismo social no puede librarse ya con la nostalgia de regresar por entero a la vieja arquitectura de los Estados sociales y democráticos de la segunda posguerra. Globalización económica e internacionalización de las relaciones sociales deben considerarse fenómenos irrevocables. Así, los actores políticos, sociales, sindicales y culturales representativos de sectores vulnerables y de mayorías populares deben comenzar a jugar de forma cada vez más convencida en el marco institucional global si quieren que

32 François BOURGUIGNON, *La mondialisation de l'inégalité*, Paris, Seuil, 2012; Branko MILANOVIC, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Princeton, Harvard University Press, 2016.

33 B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

34 Resulta decisiva a este respecto la categoría de la «modernidad regresiva» acuñada por Oliver NACHTWEY, *Die Abstieggeseellschaft*, Berlin, Surkhamp, 2017.

sus demandas comiencen a tener mayor resonancia real³⁵. No creo que esta necesidad cancele la legítima aspiración de recobrar mecanismos de tutela y protección de radio estatal en vías de extinción; pero sí impone al jurista cuidadoso, como recordó no hace mucho Giovanni Cazzetta³⁶, el deber de volver de nuevo su mirada a las fórmulas protectoras ensayadas primero en sociedad para intentar dotarlas, a través de la capacidad *inventiva* que reivindica Grossi, del suficiente vigor jurídico en el terreno de la normatividad general.

35 Horatia Muir WATT, «Theorising transnacional authority: a private international law perspective», en Roger Cotterell, *Authority in transnacional legal theory: theorising amon disciplines*, Cheltenham (UK), Edward Elgar, 2016, subrayando el papel desempeñado ya en la esfera transnacional por organizaciones no gubernamentales y otros actores extraestatales vinculados a reivindicaciones populares.

36 G. CAZZETTA, «Realidades en movimiento: el derecho del trabajo italiano en el siglo XX», *Crónica Jurídica Hispalense*, 14 (2016), 51-68.

NUEVO MAPA CONCEPTUAL PARA EL CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO¹

I. MODELO

En una alocución dirigida a los asistentes a la Cumbre de los pueblos de Québec en abril de 2001, convocada en protesta contra la paralela Cumbre de las Américas y sus planes de liberalización del comercio internacional en el continente americano, Pierre Bourdieu alentaba la sublevación popular contra una «globalización que se nos presenta como *fatalidad*», pero que «es efectivamente una *política*»².

Se trataba de combatir una estrategia deliberada, técnicamente bien trabada y sólidamente fundada en su vertiente cultural debido al respaldo mediático oficial. La globalización a la que había que enfrentarse resultaba así, en primer término, una «política» dirigida a «imponer las condiciones más favorables a las fuerzas económicas» destruyendo nuestros «*sistemas de defensa inmunitaria*», es decir, transformando «en mercancías y en fuente de beneficio todas las actividades de servicio, incluidas las que responden a las necesidades fundamentales como la educación, la cultura y la sanidad». A su vez, y en consecuencia, la globalización aparecía a ojos de Bourdieu como «una *política de despolitización*», orientada a eliminar cualquier tipo de obstáculo normativo, fiscalizador o democrático al desenvolvimiento de «las fuerzas económicas y sociales así ‘liberadas’»³.

Si la globalización instituía un proceso planificado que combinaba, en una espiral de retroalimentación, la mercantilización progresiva de todas las esferas sociales y la desregulación paulatina –o la creciente privatización de las reglas y estándares– de los intercambios, el único modo eficaz de enfrentarse a ella era promoviendo una repolitización que combinase el pensamiento científico crítico y la acción coordinada de movimientos sociales y sindicatos.

1 Comentario de Albert NOGUERA FERNÁNDEZ, *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2019, publicado originalmente en *Eunomía*, 19 (2020), 552-578.

2 P. BOURDIEU, «Por una organización de resistencia al nuevo orden mundial» (2001), en Id., *Intervenciones 1961-2001. Ciencia social y acción política*, Hondarribia, Hiru, 2004, 566-570 (566).

3 *Ibid.*, 567 y 569.

La principal novedad de este deseable ascenso repolitizador, al menos respecto de las anteriores luchas por los derechos, era que debía colocarse «más allá de las fronteras del Estado nacional»⁴, planteando una contestación transnacional a un desafío precisamente global.

El reto abarcaba los tratados de libre comercio suscritos entre estados americanos, pero también la evolución economicista cada vez más notoria de la integración europea, donde la «social-democracia convertida al neoliberalismo» promovía sin pudor «la desregulación salvaje», el dogma de la libre competencia y la consiguiente frustración de «la Europa social»⁵. Solo cabía hacer frente a semejante desafío a través de un «movimiento social europeo» y también mundial.

Lo que distingue la reflexión práctica de Bourdieu es el modo en que se interrogó acerca del papel que debía desempeñar el intelectual –o, mejor dicho, el «investigador»– en la articulación e impulso de dicho movimiento social general. Preconizando el compromiso de los intelectuales con las luchas emancipadoras, desde bien pronto se mostró prevenido contra el «revolucionarismo verbal» –«ideología jacobina», lo llamaba– que, en secreta complicidad con el conservadurismo, tenía la habilidad de servir para que las cosas no se inmutasen y para «dispensar de examinar el funcionamiento» del sistema sometido a crítica radical⁶. Frente a dicha «crítica ‘decisionista’» o «voluntarista» regida por la inmediatez del encargo o por los apremios de la militancia, Bourdieu se adhirió a otra forma de crítica, ligada estrechamente a la investigación social, orientada al desenmascaramiento de las prácticas sigilosas de dominación e involucrada, por tanto, en «la construcción del objeto» que sometía a escrutinio⁷.

Practicando una sociología enderezada al desvelamiento de «los resortes» –a menudo encubiertos– «de la autoridad»⁸, nuestro autor abogaba por una implicación de los intelectuales en las luchas políticas marcada por su competencia para suministrar un refinado «conocimiento del mundo social», presupuesto de cualquier acción colectiva transformadora. Ciertamente es que, ante la «formidable crisis de la representación» que ya se atravesaba en la Francia

4 *Ibíd.*, 569.

5 P. BOURDIEU, «La Europa social se estanca» (2000), en *Id.*, *Intervenciones*, 559-560.

6 P. BOURDIEU, «La ideología jacobina» (1966), en *Id.*, *Intervenciones*, 70-78.

7 P. BOURDIEU, «Los intelectuales en las luchas sociales» (1975), en *Id.*, *Intervenciones*, 113-121 (121).

8 P. BOURDIEU, «Desvelar los resortes del poder» (1982), en *Id.*, *Intervenciones*, 209-214 (213).

de los 1990, su reivindicación consistía en «reafirmar el papel del Estado», exigiéndole «que ejer[ciese] la acción reguladora capaz de contrarrestar la ‘fatalidad’ de los mecanismos económicos», con sus disolventes consecuencias para el cuerpo social⁹. Sin embargo, no nos interesa tanto examinar los contornos de las alternativas que entonces postulaba cuanto el papel que asignaba a los intelectuales en su preparación.

Se puede inferir que si la respuesta que planteaba ante el deterioro de la representación era un reforzamiento del Estado regulador, capaz de restaurar las expectativas socioeconómicas legítimas de los ciudadanos, la misión que en ello habría de jugar el investigador era esencial: solo conociendo con cierta exactitud las regularidades sociales podrían modificarse para mejor a través del derecho y la intervención administrativa. Pero su visión del compromiso político de los intelectuales iba más allá, y se caracterizaba por la lucidísima superación de la «alternativa clásica» entre el investigador autónomo, consagrado a la ciencia pura y refractario a toda contaminación política, y el pensador militante, marcado por su compromiso partidario¹⁰. Mientras que la interpretación convencional veía ambas posibilidades como mutuamente excluyentes, Bourdieu las entendía profundamente co-implicadas.

En efecto, «la dicotomía entre *scholarship* y *commitment*», entre el trabajo intelectual elaborado con arreglo a pautas científicas rigurosas o el realizado en función del compromiso político, resultaba, a su juicio, una falsedad interesada. Su convicción era que había «que ser un sabio autónomo que trabaje según las reglas del *scholarship* para poder producir un saber comprometido» capaz de veras de transformar las cosas¹¹. Esto le colocaba frente a dos especímenes culturales nada infrecuentes, los de «la renuncia» y «la colaboración»¹²: representada la primera por aquellos que pretenden huir «hacia la pureza» en la vana pretensión de ser «doblemente sabios porque no hacen nada con su ciencia»¹³; y encarnada la segunda, en especial, por los «*doxósofos*, sabios aparentes y sabios de la apariencia», según Platón,

9 P. BOURDIEU, «Fundar la crítica sobre un conocimiento del mundo social» (1992), en Id., *Intervenciones*, 297-305 (299 y 302).

10 P. BOURDIEU, «Por una Internacional de los intelectuales» (1989), en Id., *Intervenciones*, 322-334.

11 P. BOURDIEU, «Los investigadores y el movimiento social» (2001), en Id., *Intervenciones*, 571-576.

12 P. BOURDIEU, «El neoliberalismo como revolución conservadora» (1997), en Id., *Intervenciones*, 434-442 (438).

13 P. BOURDIEU, «Los investigadores y el movimiento social», 572.

quienes, «fracasados» e incapaces «de tener éxito según las normas del campo», pontifican en público sirviéndose de su estatuto profesional y al servicio siempre de ciertos intereses corporativos o partidarios¹⁴. Si la pretensión de pureza de los primeros amputaba la indispensable función práctica de la ciencia social, la superficialidad complaciente con el poder de los segundos pretendía borrar la evidencia de que «la fuerza específica del intelectual, incluso en política, descansa sobre la autonomía que da la capacidad de responder a las exigencias internas del campo» –o «de la comunidad de sabios»– al que pertenece y donde trabaja¹⁵.

Cuando el investigador aspira a una obra políticamente eficaz en sentido crítico, y no a una impotente caja de resonancia de las posiciones del grupo en que milita, el primer requisito entonces a cumplir es el severo adiestramiento en la disciplina que se cultiva, el resuelto manejo de la arquitectura conceptual y de los nudos problemáticos que todo saber comporta. Una primera causa en la que ha de militar es, en consecuencia, la del combate por «la autonomía del propio campo» frente a las múltiples «formas de mecenazgo» que amenazan con subordinarlo a las directrices tecnocráticas o empresariales¹⁶. Y, en el terreno político, el modelo personal de referencia que estamos invocando no tuvo dudas de que su ciencia, la sociología, por exigencia humanista y racional, debía librar la batalla contra el imperialismo colonialista, contra «la dominación masculina», contra las múltiples formas de subyugación clasista y desde luego, a partir de los años 1980, contra el «neoliberalismo», entendido como una «revolución conservadora» cuyo destino fatal era el imperio de «la ley del más fuerte»¹⁷.

Este convencimiento le hizo colocarse desde bien pronto al lado de los movimientos estudiantiles que rechazaban que el «patrón vanguardista», el emprendedor versátil, fuese «el ideal humano propuesto a la juventud»¹⁸. Cuando era denuncia propia de minorías acusadas de aguafiestas, ya señalaba «el paro de masas», «la precariedad» rampante, «la inseguridad permanente» que azotaba también a «las capas medias», el «desmoronamiento de las solidaridades elementales, especialmente familiares», y, en fin, el «estado

14 P. BOURDIEU, «Por una Internacional de los intelectuales», 322-333.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*, 329.

17 P. BOURDIEU, «El neoliberalismo como revolución conservadora», 435.

18 P. BOURDIEU, «La negativa a ser carne de patrón» (1986), en Id., *Intervenciones*, 259-267 (261).

de anomia» a que el *laissez-faire* estaba condenando a las sociedades con su «guerra total contra toda la *civilización asociada al Estado social*»¹⁹. Y ya entonces, aspirando a esa síntesis de «*scholarship with commitment*», e inspirándose en Ernst Bloch, propuso a los intelectuales críticos «restaurar un pensamiento utopista», pero ajeno al «voluntarismo puro», entrañando más bien el deber de «trabajar *colectivamente* en análisis ajustados a los procesos objetivos del orden que aspiran a transformar»²⁰.

II. CONFESIÓN Y ESQUEMA

He querido comenzar glosando la figura de Pierre Bourdieu porque la considero un modelo normativo de valor excepcional cuando se trata de conciliar ciencia social y compromiso político transformador²¹. No puedo dejar de confesar, de entrada, en forma de franco autoanálisis, que la impronta que ha recorrido mi dedicación investigadora ha sido, principalmente, la vocación weberiana por el conocimiento puro. Aún recuerdo cuando un conocido constitucionalista, hoy diputado, me preguntó, en relación a mi libro sobre el campo de la ciencia jurídico-política en la II República²², «*qué finalidad perseguía con aquella investigación*», a lo que, algo perplejo, solo pude responder que «conocer con precisión las reglas de producción del saber jurídico-constitucional en la España republicana». Caí entonces en la cuenta de que, con tal investigación, no perseguía ulteriores funciones políticas de carácter práctico en el presente.

No obstante, ya entonces, ese afán de conocimiento sin mediación política actual partía de principios éticos, elevados a cánones epistemológicos, bien ostensibles, convenientemente explicitados y acaso identificables con los propios del constitucionalismo garantista, social y democrático²³. Con mayor madurez hoy, y por las razones aducidas, concibo la disciplinada sumisión a las

19 P. BOURDIEU, «El neoliberalismo como revolución conservadora», 437.

20 *Ibid.*, 439.

21 S. MARTÍN, «Sufragios, cooperación e inteligencia», *elDiario.es* (20-II-2014).

22 S. MARTÍN, *El derecho político de la Segunda República*, Madrid, Dykinson, 2011.

23 Regía el principio estricto de legalidad penal como canon del conocimiento histórico en S. MARTÍN, «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)», *Quaderni Fiorentini*, 36 (2007), 503-609; y el propio principio, mas también las garantías procesales y las libertades públicas en general, con ese mismo estatuto epistemológico, en «Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea», *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), 861-951.

reglas del arte histórico-jurídico como un gesto de defensa de la autonomía del saber que practico frente a toda forma de colonización, incluso la política de procedencia progresista²⁴. Sin embargo, el creciente peso determinante de las representaciones históricas en la orientación de las acciones colectivas, el difundido convencimiento de que los pasados de opresión sin reparar no dejan nunca de pasar²⁵, así como la constatación de que las mejores luchas emancipadoras han requerido siempre operar en determinadas constelaciones tradicionales²⁶, a cuya identificación y síntesis sirve la historiografía, me han llevado a reconocer la politicidad insorteable de la materia que investigo.

Pero en esta singladura personal, apretadamente expuesta, se ha seguido manteniendo incólume el ejemplo de referencia encarnado por Bourdieu, tan alérgico al «*activismo por el activismo*» como a la ciencia al servicio de la dominación. Si lo he traído a colación desde un comienzo –se habrá adivinado ya– es porque las páginas que siguen habrán de dedicarse a comentar un libro que desde su propio título confiesa que realiza ciencia jurídica para servir a propósitos emancipadores. Y no se me ocurre mejor parámetro de valoración que aquel que indica que, para servir a dicho fin liberador, debe comenzarse por practicar con maestría la propia disciplina. Anticipemos que, a mi juicio, no solo estamos ante un raro caso de capacidad constructiva y desenvolvimiento sintético en la complejidad, sino también ante un ejemplo de teorización omnicomprensiva francamente escaso, por lo que alcanzo a conocer, en la mayoritariamente formalista, exegética y sectorial ciencia española del derecho constitucional.

La satisfacción de entrada del modelo de referencia que sirve a este recensor no le exonera, en cambio, de la realización de algún comentario crítico. Para que el lector pueda ubicarlos correctamente se procederá a un resumen del trabajo en cuestión, distinguiendo, para evitar enojosas duplicaciones, los propósitos del autor y lo que considero sus aportaciones más señeras. Se continuará señalando lo que se ha entendido como flaquezas, ya sean de

24 Me remito a mi debate con las posiciones del populismo de izquierda en S. MARTÍN, «Historia y populismo», *elDiario.es* (4-V-2016).

25 S. MARTÍN, «Notas sobre el régimen jurídico de los crímenes del franquismo», en J. Vallejo, S. Martín (coords.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2019, 625-660.

26 S. MARTÍN, «Monarquía doctrinaria y republicanismo democrático en la crisis de la Restauración», en V. Vázquez, S. Martín (coords.), *El rey como problema constitucional: historia y actualidad de una controversia jurídica*, Navarra, Thomson-Reuters Aranzadi, 2021, 99-182.

pulsación de la realidad, de soporte metodológico, de trabazón argumental o de traslado a la práctica, que, sin menoscabar el valor del conjunto, acaso le resten algo de compacidad. Y, por último, pero ya más en el sector de mi especialidad que en el de la ciencia jurídico-constitucional, se detectarán algunas fallas en las representaciones sobre el pasado político que sirven al autor para sustentar su relato crítico de actualidad.

III. SÍNTESIS

1. *Propósitos*

Con su habitual capacidad de diagnóstico, contaba Pierre Rosanvallon que, comenzado el presente siglo, la democracia se veía atravesada por «una contradicción esencial»: la que contrapone la aspiración de los ciudadanos «a hacerse cargo cada vez más directamente de su existencia» y su «demanda incrementada de política» e intervencionismo justo para poder «dominar un destino compartido». Creo que el libro de Albert Noguera se sitúa de lleno en esta significativa disyuntiva entre la «aspiración a más pluralismo y descentralización», con el refuerzo consiguiente «de los contrapoderes», y la «búsqueda de un lugar central en el cual pueda expresarse y corporizarse una voluntad común eficaz»²⁷.

El autor reconoce implícitamente la posición sociológica desde la que escribe: la del «intelectual» justo en el momento histórico en el que la mayor parte de los intelectuales forma parte «de la masa precaria explotada» (p. 71). Deriva además de esta posición el imperativo ético y estratégico a tenor del cual no corresponde ya al trabajador de la cultura el adiestramiento de ningún sujeto histórico revolucionario, sino simplemente propiciar, con su acervo y proyección, la autonomía social, en un proceso donde «las experiencias de autoorganización popular» han de representar «la vanguardia», y «la teoría [...] la retaguardia».

El interlocutor preferente del estudio es el jurista o militante de izquierdas, o el lector centrista o conservador interesado en conocer los derroteros teóricos por los que hoy camina la reflexión jurídica crítica. Estamos ante un libro de izquierdas escrito para consumo y provecho de los movimientos sociales de izquierda. Es aquí –creo– donde deben encuadrarse sus propósitos principales.

²⁷ P. ROSANVALLON, *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 a nuestros días*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2007, 11.

El primero de ellos persigue que se anclen bien los pies en el suelo histórico para poder llegar a plantear alternativas de futuro viables. En este sentido, se revuelve ante todo contra los «proyectos estatólatras» (p. 10), caros todavía a buena parte del progresismo europeo, y lo hace atacando su condición cultural de posibilidad, la que denomina –dando título a la monografía– «ideología de la soberanía», caracterizada por considerar el Estado como el «único núcleo organizador» de la sociedad y el derecho estatal como el único dotado de juridicidad. Además, no califica tal condición como «ideología» arbitrariamente, sino por la convicción de que las premisas jurídico-políticas que comporta suponen una «falsa conciencia» (p. 11), que impide a quienes las movilizan el conocimiento cabal de la realidad sobre la que pretenden operar.

La reflexión del profesor Noguera aspira así a incidir «en la esfera mental de gran parte de las izquierdas» (p. 45) para que en ella se verifique un desplazamiento desde posiciones estatistas, verticales y monistas a postulados cooperativos, horizontales y pluralistas. Identifica la reluctancia monista ante todo en el garantismo, al que plantea una ambiciosa enmienda, como después se verá. Pero su programa no se identifica tampoco con el derrotismo catástrofista de quienes, desde la izquierda, anuncian un inevitable futuro apocalíptico de «sociedades posconstitucionales distópicas» marcadas por «formas de pluralismo Mad Max» (pp. 84, 89). Si al neoconstitucionalismo garantista (al que llama «hiperconstitucionalismo») le señala su desfase histórico, ante la tentación «posconstitucional» de sucumbir al temor generalizado al «colapso» (p. 93) se impone la obligación de «pensar nuevos paradigmas constitucionales capaces de generar dignidad» (p. 99)²⁸.

Con este objetivo como irreprochable divisa, el autor se sitúa en el dilema congénito de la izquierda histórica –que tuvo en el arranque de la República de Weimar uno de sus momentos más desgarradores– entre «autoorganización espontánea de las masas» o «extensión de la administración pública enderezada al bienestar colectivo»²⁹. Y se ubica en esta bipolaridad entre «Estado y autoorganización popular» (p. 130) dejando claro que el propósito práctico de su reflexión teórica es «el fortalecimiento de espacios de autoorganización y autorregulación en el seno de la sociedad» (p. 70) con el fin de

28 Con su alusión al «colapso», capta el autor un miedo bien difuso, auténtico rasgo de época, reflejado en series actuales como la homónima de *Les Parasites* o la muy celebrada de *Years & Years*.

29 Detlev J. K. PEUKERT, *La Repubblica di Weimar. Anni di crisi della modernità classica* (1985), Torino, Bollati Boringhieri, 2020, 43.

lograr formas sólidas de autotutela. En efecto, frente a la creencia usual de las izquierdas de que la sociedad es, de modo preferente, «espacio de mercado y desigualdad», aboga por pasar a concebirla como un posible espacio «de solidaridad-igualdad» (p. 44). Así, concluye su obra insistiendo en que la mueve el propósito de empoderar jurídica y políticamente a las colectividades autónomas, contribuyendo con ello a la revigorización de «una nueva racionalidad descentralizadora-comunal» que logre sustituir «parte de lo estatal por la autonomía social». De esta forma se propiciaría la consolidación de «espacios sociales que se autorregulen de manera democrática, igualitaria y con valores opuestos a los del mercado» (p. 146).

Su preferencia no es caprichosa. Obedece a un diagnóstico sobre la tendencia histórica objetiva según el cual el reforzamiento de la sociedad en detrimento de la institucionalidad estatal compone un vector evolutivo insoslayable, una suerte de fatalidad histórica, algo ya puesto de relieve por otros juristas notables que interesan a nuestro autor³⁰. Ante el convencimiento de que los supuestos sociales, económicos e históricos del constitucionalismo social garantista se encuentran agotados, se trataría entonces de intentar re-dirigir la tendencia mencionada en favor de las clases humildes y las mayorías sociales, rectificando su actual propensión oligárquica y corporativa. Y frente al sálvese quien pueda, o la «resiliencia social salvaje» (p. 96)³¹, como respuestas resignadas a la profunda crisis que atravesamos, invita a apostar por una «resiliencia social civil» (p. 97) que implique la organización y coordinación de las colectividades en aras del bien común y como «resistencia» frente al imperio de la competencia descarnada.

Semejante tentativa cuenta con requerimientos estratégicos, administrativos y jurídicos. No se trataría ya, al modo gramsciano, de coagular las «propias formas organizativas» de las «clases populares» para que formen una suerte de «Estado en potencia» (p. 115), presto a desbancar al Estado oficial en el momento del derrumbe causado por sus contradicciones internas. Más bien se aspira a estabilizar o cristalizar una federación de comunas solidarias

30 José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013, 24.

31 Debe mencionarse aquí, como antecedente inspirador, a Wolfgang Streek, quien, en su esclarecedora introducción a la versión castellana de *How will capitalism end?*, señala la «resiliencia» como uno de los principales mecanismos de estabilización individualista del régimen neoliberal en crisis: W. STREEK, «El capitalismo: su muerte y vida de ultratumba», introducción de Id., *¿Cómo terminará el capitalismo? Ensayos sobre un sistema en decadencia*, Madrid, Traficantes de Sueños 2017, 58.

eliminando del horizonte su conversión estatal. Pero, como se ha insinuado, no por ello se renuncia a todo momento de unidad o de «universalismo» (p. 130), confiando en una suerte de articulación espontánea entre comunidades igualitarias sin polo central alguno que las coordine y unifique; antes al contrario, se persigue alterar o invertir la interrelación ortodoxa entre ambos extremos, el local-popular y el general-estatal, colocando las instancias unificantes al servicio de las iniciativas locales cooperativas. Habría de promoverse así, por ejemplo, «la implementación desde la Administración estatal de políticas destinadas a favorecer, potenciar y proteger la economía social o cooperativa» (p. 70). En sentido paralelo, pero en el ámbito municipal o provincial, habría que incentivar «la activación desde administraciones locales o intermedias de un Derecho constitucional menor de anticipación de experiencias del procomún cooperativo» (p. 129). Y es que, en definitiva, habría que utilizar «el Derecho para facilitar la creación de espacios» de ese «procomún cooperativo», lo cual supone, en primer término, comenzar a reconocer «una nueva juridicidad» a las «experiencias cotidianas» de signo solidario y autonomista (*ibíd.*).

En coherencia con la convicción de que solo mediante la praxis colectiva podrá forjarse una nueva mentalidad jurídica, a cuya fijación debe acudir el intelectual a posteriori dotándola de forma conceptual, sería este reconocimiento de juridicidad a las formas cooperativas y autónomas de convivencia lo que permitiría «transitar hacia un nuevo paradigma constitucional» (p. 129). Y aquí radica, a mi entender, el tercero de los propósitos de nuestra obra. Persuadido de que las posiciones de izquierda necesitan «construir una teoría jurídico-constitucional propia» en lugar de seguir parasitando la teoría demoliberal (p. 99), esboza en su libro una propuesta de «alterconstitucionalismo» orientada precisamente por la doble necesidad de empoderar a las colectividades y de poner las instituciones y la propia constitución a su servicio.

En efecto, del libro de Albert Noguera se desprende un replanteamiento pleno del propio concepto de constitución, que pasa a concebirse como la arquitectura jurídica y procedimental de la autodeterminación colectiva. Sería el soporte jurídico-formal y sustantivo de una suerte de «federalismo horizontal de ciudadanías» (p. 137). Su presencia evitaría que tal consorcio de colectividades cayese en una competencia desordenada y autodestructiva por encargarse de comunicarle «principios de dignidad» universales (*ibíd.*); por eso su propuesta reconoce abiertamente «la necesidad de Constitución», pero «de otra Constitución superadora del paradigma liberal estatista» (pp.

130-1), paradigma al que al fin y al cabo sigue atado el garantismo (su «hiperconstitucionalismo») y la izquierda tradicional. Y para trascenderlo, su propuesta toma como premisa la indicación –mezcla de constatación y de señalamiento normativo– de que «la soberanía no radica en la Constitución, sino en las formas de organización de la sociedad» (p. 137).

Con esta apuesta por las colectividades locales autorreguladas en sentido horizontal, antijerárquico y cooperativo o anticompetitivo, el autor –no sé si en un desplazamiento interno– se aleja de las premisas nacional-populares y de los planteamientos constituyentes clásicos para colocarse en escenarios posthegemónicos. Existe ya, a su entender, una contradicción esencial entre la irreductible fisonomía pluralista y fragmentaria de la sociedad y los requerimientos de casi-unanimidad de los procesos constituyentes tradicionales, en los que un determinado grupo social logra con éxito hacer pasar su proyecto parcial de sociedad como anhelo mayoritario, como sentido común de época refrendado de forma amplia y transversal en el acto rupturista de discutir, aprobar y ratificar la constitución.

La multiplicidad reinante impide enunciar con la eficacia pasada un *We, the people* constructivo. La fragmentación imperante oblitera, su juicio, la «unificación del sujeto» en torno «a una síntesis de identidad única», lo cual, a su vez, bloquea «su configuración en un único centro de soberanía dominante» (p. 136). Indiquemos que en uno de los modelos teóricos que sirve de referencia al autor se encontraba ya la indicación de que, en las sociedades constitutiva y simbólicamente multipolares, «la semántica con la que la sociedad reproduce sentido susceptible de ser conservado» se torna «profundamente insegura», lo que condena a la esterilidad los intentos de resucitar la «confianza en las formas simbólicas estables»³². Añadamos que los momentos históricos de intensa catalización política suelen ser profundamente traumáticos, y por severa que sea la crisis que atravesamos no deja de constituir –al menos hasta el momento– una lenta y triste decadencia cumulativa que no propicia la sustitución general de la mentalidad jurídica predominante y de las formas ya forjadas de subjetivación política.

Pero lo que de cualquier modo nos interesa apuntar es que, frente a los actos constituyentes como ruptura neta con el pasado, el autor, en sintonía con su intención de trascender la extenuante dicotomía izquierdista entre «reforma» y «revolución», apuesta por un «proceso constituyente ampliado» que

32 Niklas LUHMANN, Raffaele DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1999, 104.

obliga a la reconsideración del propio concepto de constitución. Dejaría de ser el pronunciamiento soberano del poder constituyente del pueblo representado en una asamblea extraordinaria para pasar a concebirse como «institucionalización de una nueva matriz social diferente al Estado moderno» (p. 135). Encontrándose su propuesta de «alterconstitucionalismo» tan solo bosquejada (p. 115), entre otras razones por necesitar para su confección «acabada» de la cristalización de las experiencias cooperativas de que se nutre, no queda al lector meridianamente claro en qué habría de consistir dicha «institucionalización», que yo entiendo al menos en dos sentidos: primeramente, como consagración en el texto constitucional estatal de las conquistas de los movimientos anticapitalistas y, en segundo lugar, como reconocimiento del valor constitucional que tienen las plasmaciones normativas de carácter local (su «Derecho constitucional menor») de las formas organizativas solidarias. A su vez, el derecho constitucional podría asumir, en ambos registros (estatal y «menor»), un doble papel: de fomento o incentivo de tales formas de vida cuando resultan aún precarias (a lo que llama «Derecho constitucional de anticipación»), o de consagración de las mismas cuando se encuentran consolidadas (su «Derecho constitucional de consumación»).

2. *Aportaciones*

El libro que comentamos cuenta, por tanto, con tres propósitos centrales: operar un cambio en la mentalidad estatalista aún predominante en las izquierdas, promover formas cooperativas de vida y replantear el concepto convencional de constitución para hacerlo útil a tal objetivo solidario. Aparte de este valor, desenvuelto en el terreno propositivo, con lo adelantado hasta el momento puede además concluirse que uno de los principales méritos de la obra es su vocación teórica. En un tiempo en el que el constitucionalismo como doctrina se dedica principalmente a la exégesis normativa y jurisprudencial, envuelto por lo común en clichés claramente desfasados que lo inhabilitan para comprender el momento histórico presente, Albert Noguera se atreve a replantear las bases teóricas del propio constitucionalismo con el ánimo de inspirar la producción normativa y jurisprudencial, así como la interpretación doctrinal.

Se trata de un gesto, a mi entender, encomiable e intelectualmente estimulante. Como no podía ser de otro modo, pues la producción científica se caracteriza por la acumulación más que por los descubrimientos de nuevos

mediterráneos, el replanteamiento teórico-constitucional lanzado por el autor organiza y sistematiza cuestiones ya visitadas por el pensamiento jurídico crítico. Debe en este sentido entroncarse la obra que comentamos con la rica tradición pluralista y corporativista-democrática tanto española como europea. Durante la lectura, es inevitable no traer a las mentes la polémica sobre el pluralismo y la soberanía estatal en la Europa de entreguerras, con las potentes aportaciones de Harold J. Laski y, sobre todo, para los propósitos que nos ocupan, de Georges Gurvitch³³. Acude también al recuerdo del lector la dialéctica que se dio en aquel entonces, con la emergencia de las democracias republicanas, entre las formidables fuerzas acumuladas en sociedad y su reconocimiento jurídico con fines de impulso y hegemonización³⁴. No cabe tampoco dejar de vincular el tono y fines de la obra con algunas consideraciones de Simone Weil³⁵, con las alternativas cooperativas al «Estado providencia» señaladas desde hace tiempo por el propio Rosanvallon³⁶, con el pluralismo jurídico atento a las manifestaciones normativas de la vida cotidiana de Santos o con la filosofía crítica del derecho de Óscar Correas. La presente obra debe además enlazarse con aportaciones anteriores del autor en las que se interrogaba acerca de los modos de superar la crisis del Estado social sin incurrir en las trampas habituales del monismo³⁷.

33 Las abordé con cierto detalle en S. MARTÍN, *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 223-243 y 284-287.

34 Un ejemplo célebre que suelo citar, y que se halla en plena congruencia con los planteamientos de la obra, fue precisamente el decreto de 4 de julio de 1931 sobre «sociedades cooperativas», poco después convalidado como ley, en el que se trataba de dotar al movimiento cooperativo de los principios, las técnicas y las exenciones fiscales necesarias para que se consolidase y generalizase en sociedad. El legislador republicano era bien consciente tanto de la consistente acumulación de fuerzas que dicho movimiento había logrado durante las décadas pasadas «en ambiente poco favorable» como del hecho de que solo a través de sus cooperativas de producción, venta, mano de obra o crédito podían los trabajadores defenderse eficazmente frente a la competencia capitalista.

35 Entre las líneas definitorias de la reflexión de Weil, destacaba F. FERNÁNDEZ BUEY, «Prólogo» de S. Weil, *Escritos históricos y políticos*, Madrid, Trotta, 2007, 15, «la idea de que la emancipación de los trabajadores será cosa de los trabajadores mismos o no será».

36 P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Paris, Seuil, 1984.

37 A. NOGUERA, *Utopía y Poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado liberal*, Madrid, Sequitur, 2012; Id., *La igualdad ante el fin del Estado social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Madrid, Sequitur, 2014.

Aparte de su tonalidad propositiva, lo que da el timbre característico al libro que comentamos es, como se ha indicado, su capacidad de construcción conceptual. No solo es que se despliegue principalmente en el terreno de las categorías, lo que convierte la obra en especialmente provechosa desde el punto de vista heurístico; lo singular es su habilidad para pulsar nuestra realidad histórica en transición y traducirla a formas conceptuales útiles al lenguaje jurídico. Tanto sus variados ensayos de «modelización» o «tipificación» de realidades jurídico-políticas complejas como su exposición de las transformaciones económicas y laborales presentes –v. gr. lo referido a las formas de mercantilización del «espacio del procomún colaborativo» (pp. 49, 108)– dan buena muestra de esa facultad para acuñar conceptos que si a veces no son tan sintéticos como sería deseable siempre resultan esclarecedores.

También distingue la aportación del autor el hecho de que esa capacidad de construcción conceptual no obedezca tan solo a fines de conocimiento, sino que se ponga al servicio de la acción política transformadora. Como se ha sugerido, estamos ante un ejemplo transparente de ciencia jurídica partisana, que toma partido. Su objetivo es dotar a las izquierdas de una brújula conceptual más sofisticada y atendida a la realidad presente para que orienten de forma satisfactoria sus luchas emancipadoras. Descifrándola y desvelándola, aspira así a que «las izquierdas» acoplen su «esfera mental» a la particular complejidad de la «nueva y compleja realidad» (p. 61), pues solo de ese modo podrán formular «proyectos políticos garantistas» viables y capaces de «garantizar dignidad a las amplias mayorías sociales» (p. 59).

Si lo habitual de las izquierdas mayoritarias ha sido pensar el «campo de lucha por los derechos» de forma «binaria», esto es, como demandas de protección planteadas por los colectivos sociales a un Estado proveedor de prestaciones, la situación presente exigiría un cambio drástico de estrategia. Caracterizándose «la sociedad actual» por una suerte de «neomedievalismo», esto es, por hallarse dispersada «en múltiples formas fragmentadas de supervivencia y de interés privado» (p. 43), la vía consecuente de intervención en ella obliga a dirigir la mirada transformadora no tanto al Estado como a la propia sociedad. Es aquí, según sabemos, donde el autor encuentra una sólida «alternativa para construir nuevas formas de dignidad»; el requisito para conseguirlo sería generalizar en las izquierdas una nueva mentalidad que impulsase un «proceso de comunitarización generador de solidaridad e igualdad» (p. 45).

Un ejemplo evidente de este significativo desplazamiento lo suministraría precisamente el ámbito del trabajo. Frente a la habitual pretensión de lograr del legislador reformas tuitivas ampliadas para los centros de trabajo tradicionales, una izquierda eficiente debería tomar nota de que el partido se juega hoy en la «tensión entre lo procomún cooperativo y lo procomún corporativo o extractivo» (p. 46). Así, fenómenos como la *uberización* de la economía o la propagación de los *riders* se combatirían con mayores rendimientos si se invirtiesen los esfuerzos, no solo en conseguir nuevas y mejores leyes laborales, sino también en tratar de dirigir el «procomún colaborativo», pues en la disputa por su orientación –si extractivista o solidaria– tendremos «el gran campo de batalla entre capitalismo y sociedad a corto plazo» (p. 46).

A este afán de construcción conceptual con el objetivo de simplificar y hacer comprensible una realidad compleja con vistas a su transformación igualitaria acompaña otro ánimo loable de sentido, digamos, inverso: el que trata de restituir a la fenomenología estudiada toda su complejidad, todos sus ricos y contradictorios matices. Al trazar el escenario sociopolítico en que las izquierdas deben desenvolverse, Noguera rehúye así toda forma de pensamiento unidimensional para optar por representaciones densas, en las que tienen presencia simultánea todos los factores en juego: cítese, por ejemplo, la que caracteriza el espacio sociopolítico por la «simultaneidad» de «Estado, mundialización y fragmentación de tipos de ciudadanía» (pp. 23-4). Esa ampliación del ángulo de visión, con repudio de esquematismos unilaterales y de maniqueísmos al uso, también responde al propósito de describir el «campo de lucha de los derechos» (p. 33) con la máxima fidelidad posible a fin de optimizar las posibilidades de las izquierdas, inspirando con ello «una diversificación de las formas de organización de lo colectivo que, mediante estructuras de organización y prácticas de conflicto distintas, operen simultáneamente» en los diversos «ejes» en torno a los cuales se distribuye el campo citado (p. 113).

Como historiador del derecho, debo destacar el valor especial que tiene la definición del presente histórico como entremezcla saturada de diferentes épocas. Junto a la historia entendida al modo conservador como continuidad tradicional de hilos sustanciales o, al modo posmoderno, como estratificación de fases incommunicables entre sí, al menos desde Walter Benjamin comenzó a fraguarse otra concepción más refinada de la historia como acumulación marcada por la simultaneidad, en la que nada de lo acontecido con anterioridad tiene desperdicio para el presente. Es la que aquí se pone en práctica.

«Una época es siempre un emplaste confuso de varias edades –decía el médico y novelista Alfred Döblin–», una amalgama «repleta de residuos de viejos elementos y de fermentos de los nuevos»³⁸. Reproduciendo esta visión, para Albert Noguera el «modo de producción social» (p. 13) propio de la actualidad se encontraría signado por la convivencia simultánea de tres marcos espacio-temporales diversos, el «preliberal», el «liberal» y el «posliberal», cada uno de ellos con sus formas singulares de autoridad, juridicidad y legitimidad del poder, así como con su propio «sistema económico». Por eso la «narrativa histórica» también compone un instrumento valioso de lucha por los derechos para la izquierda, pues le permite identificar en el pasado las tradiciones a las que anclarse y las prácticas de acumulación a combatir.

Por último, creo que, en el plano crítico, debe destacarse, por contraintuitiva, su impugnación del garantismo encarnado en la obra de Luigi Ferrajoli. Lo toma el autor como ejemplo paradigmático de discurso jurídico progresista aún atado a «la ideología de la soberanía», en este caso de la «soberanía de la Constitución». Esta dependencia insuperada sería lo que hace que el único «proyecto político de futuro» capaz, en el fondo, de plantear, no signifique otra cosa que «una reconstrucción ampliada del Estado constitucional del siglo xx» (p. 63). Deudor entonces de inercias estatistas inservibles en un tiempo de prevalencia social, el «hiperconstitucionalismo» resultaría una doctrina mal adaptada a las exigencias de la globalización y del nuevo auge localista. Su necesidad implícita de que los derechos sean amparados por un Estado reforzado, sea nacional o mundial, lo inhabilita parcialmente en una época de crepúsculo estatal. Atrapado en consecuencia en un estrecho positivismo jurídico, para el que los derechos no cuentan con trascendencia normativa a no ser que se encuentren reconocidos expresamente por el ordenamiento, el garantismo se revelaría asimismo incapaz de reconocer la

38 Tomo la cita de Döblin de D. J. K. PEUKERT, *La Repubblica di Weimar*, 16. No está de más saber que Benjamin o Döblin llevaban a la filosofía de la historia y a la literatura la línea abierta por los «manifiestos futuristas», «cuyo tema debía ser la maquina vida moderna con su mezcla caótica de acontecimientos simultáneos» bajo la pretensión de que «nada debía presentarse aislado», poniendo énfasis en lo que «se llamaba ‘simultaneidad’»: vid. W. MUSCHG, «Epílogo del editor alemán» a A. Döblin, *Berlin Alexanderplatz*, Madrid, Cátedra, 2013, 51-70 (52-3). Para esta concreta filosofía de la historia, que conciliaba la idea de discontinuidad contraria a cualquier sustancialismo regresivo con la simultaneidad leída en términos de provecho universal para la humanidad, vid. Theodor W. ADORNO, *Sobre la teoría de la historia y de la libertad (1964-1965)*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2019.

existencia socializada de tales derechos tanto en las formas de vida cooperativa enderezadas a su autotutela como en las formas de lucha por su reconocimiento libradas contra los poderes oficiales.

IV. FLAQUEZAS

Dejaríamos incompleto este comentario extendido si no reparásemos en las flaquezas que hemos creído detectar en el desarrollo de la argumentación. Téngase de todas formas en cuenta que no alcanzan tales debilidades la condición de aporías, inconsecuencias o errores a rectificar. Puede, de hecho, que no pasen de ser reacciones de perplejidad provocadas por la particular formación del recensor que suscribe estas líneas. Es decir, puede que no pongamos de relieve otra cosa que flaquezas de la lectura más que del texto leído. A efectos de exposición, organizaremos el presente apartado distinguiendo los aspectos metodológicos, de diagnóstico, argumentativos y de aplicación práctica.

1. Metodológicas

He apreciado al menos dos: una referida a la forma en que se cultiva la historia de las ideas y otra al modo en que se considera empleada la «teoría de los sistemas».

Uno de los flancos del trabajo se desarrolla en el ámbito de la historia del pensamiento jurídico-político. Se reproduce en él la forma de proceder convencional, un tanto apollada, característica de lo que Adorno censuraba como subjetividad creadora³⁹, es decir, del enfoque individualista que considera la historia de las ideas compuesta por tradiciones, forjadas a su vez por autores singulares que, influidos por antecedentes y precursores, crean sistemas nuevos y originales plasmados en obras concretas en forma, habitualmente, de grandes y célebres libros. Se trata, desde luego, de una opción metodológica respetable, aunque pueda afinarse mejor la reconstrucción de ciertas tradiciones⁴⁰. Pero es una opción precrítica, y no deja de ser motivo

39 Th. W. ADORNO, *Teoría estética*, Madrid, Akal, 2007, 35 y 63.

40 Es dudoso, por ejemplo, que el «fundamento» del «cristianismo social» se encuentre «en el *Codice sociale* de Malines de 1937», como dice (p. 38), y no, por ejemplo, en la encíclica *Rerum novarum* de Leon XIII. También es dudoso, como después se indicará, que la idea de atribución indirecta de la soberanía desde el pueblo al monarca, en lugar de entenderla concedida directamente por Dios, sea patrimonio de la modernidad.

de perplejidad el que a estas alturas, y en un libro presuntamente crítico, no se practique teniendo presente la impugnación que la historia ideológica distribuida en torno a las unidades de «autor» y «obra» obtuvo, tiempo ha, del análisis genealógico de los discursos⁴¹. Además, en el caso concreto que nos ocupa, la opción puntual por esta narrativa historiográfica resulta inesperada por poner énfasis el autor, para cuestiones de presente, en el plano más acertado de la «mentalidad» y los «paradigmas».

Pero resulta aún más llamativa esa elección ocasional por tratarse de un autor abiertamente materialista. En efecto, no solo se opta por contar las ideas como excogitación de autores singulares, sino que a veces se atribuyen a tales ideas facultades taumatúrgicas de transfiguración de la realidad social que, en mi opinión, escapan a su alcance. Así, por ejemplo, se afirma que «la separación entre sociedad y Estado empieza a diseñarse» con una obra célebre de Adam Ferguson (p. 34), o que fue Adam Smith «quien lleva a cabo» la «sustitución de lo político por lo económico en la explicación de la institución de lo social» (p. 35). En sentido similar, se sostiene que la generalización de unas ideas (las de «la soberanía natural directa» y la de «los individuos como entes autónomos titulares de derechos individuales absolutos») permite que se produzca el formidable efecto material de la «descomunalización de la sociedad» y la «aniquilación de los viejos actores sociales» (p. 17).

A mi juicio, no hay proceso de transformación operada en la estructura de las relaciones sociales que no coimplique, en diversa proporción y de forma inextricable, factores culturales y materiales. En los intervalos de cambio suele presenciarse la generalización ascendente de una cosmovisión cultural que logra ir desplazando de la escena a la concepción anteriormente predominante, pero también una concatenación de factores en el plano de las relaciones socioeconómicas que propicia –que convierte en plausible y aceptable– dicha hegemonización cultural paulatina. Se podría objetar que se trata de una simple forma de hablar o de narrar la materia expuesta, recurriendo a la metáfora o ficción de que los autores crean ideas que a su vez generan una nueva sociedad –o una nueva concepción acerca de la misma– para aludir a procesos complejos de cambio en los que se interrelacionan concepciones filosóficas novedosas y alteraciones en la estructura social. Pero se aceptará que justo esa narrativa entra en tensión con los postulados de una obra que, para el tiempo presente, considera la teoría y al intelectual como retaguardia

41 Michel FOUCAULT, *Arqueología del saber*, Madrid, Siglo XXI, 1997; Id., *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 2002.

al servicio de la praxis emancipatoria. Y se consentirá también concluir que con esos recursos metafóricos –propios de la filosofía del *como si*– nos exoneramos de la enojosa tarea de esclarecer fenómenos alambicados, como el de que el capitalismo se caracterice en esencia por la disolución de las formas tradicionales de vida⁴².

Por último, no parece del todo acertado recurrir a una teoría de tan formidable densidad como la sistémica para fundamentar la mera sugerencia de la «superposición de sistemas de organización social de distintas épocas históricas» (p. 25). No solo hay cierta incongruencia entre la exposición de la modernidad como diferenciación funcional de esferas realizada por la teoría de los sistemas y la simultaneidad de escenarios históricos fundados en las divisiones de clase apuntada por Noguera. Es que tampoco sirve la opción teórica de Luhmann para avalar una concepción de «sistema» social en la que se desagregan, al esquemático modo marxista, las estructuras económicas y las «superestructuras jurídico-políticas» (p. 25). Estaríamos aquí ante el enésimo ejemplo de utilización banal, por coincidencia semántica superficial, de una de las sistemáticas teóricas más fecundas, pero más herméticas e impenetrables, del último tercio del siglo xx.

2. De diagnóstico

Nada cabe objetar a la crítica del Estado como forma suprema de organización del poder y la sociedad, ni a la censura teórica al monismo jurídico. Y poco puede reprocharse a la doble y simultánea tendencia que el autor señala hacia la «homogeneización global» y la «fragmentación» local (p. 22), que erosiona el estatismo y que está incorporada como constatación a la cultura del jurista al menos desde los años 1990⁴³. De hecho, diríase que el nudo problemático teóricamente relevante a estas alturas ha de residir en la cronicidad de esta crisis del Estado, hecho jirones desde arriba y por abajo desde hace treinta años pero misteriosamente en pie.

Más reticencias provoca que de tales comprobaciones se derive una suerte de filosofía de la historia. Cuando se afirma «la inevitabilidad de un cada vez mayor repliegue garantista neoliberal» (p. 47), ¿no se entienden en cierto

42 Gilles DELEUZE, *Derrames. Entre el capitalismo y la esquizofrenia*, Buenos Aires, Cactus, 2017, 21-22.

43 Manuel CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura, II: El poder de la identidad*, Madrid, Alianza, 2000.

modo los procesos históricos como marcados por la fatalidad? Podemos estar conformes en que, con los elementos en juego, la distribución de fuerzas en presencia y las potencialidades y regularidades a la vista, se formulen pronósticos de futuro, pero ¿no suelen responder también los acontecimientos históricos a factores sorpresivos, azares disruptivos o emergencias inesperadas? ¿No está marcado el decurso histórico por cierta aleatoriedad impredecible que imposibilita la atribución de «inevitabilidad» a ninguna desembocadura?

De hecho, el comentario presente cuenta con la ventaja relativa de haberse escrito durante la rotunda emergencia sanitaria que supone la pandemia que padecemos. Y parece que la respuesta institucional a la misma en Europa ha vuelto a colocar sobre el tapete una centralidad estatal –centralidad, además, de carácter «centralista», valga la redundancia– que al menos erosiona la solidez de ciertos pronósticos de disolución de la estatalidad en lo social. Es más, cuando el Estado ha jugado a la abstención para afrontar el problema, los resultados han empeorado considerablemente. No quiere esto decir que en un futuro inmediato no pueda revelarse que el mejor modo de responder a la crisis sanitaria sea la autoorganización de las fuerzas sociales, pues bien cabe que ante el injustificable inmovilismo de las administraciones –en materia educativa, por ejemplo– sean los propios núcleos sociales –o familiares– los que se coordinen para satisfacer los fines desatendidos. Solo se quiere apuntar la dimensión de impredecibilidad de los procesos históricos, que torna problemáticos algunos diagnósticos del autor. Es una evidencia que se incorpora al apuntarse con prudencia que «la transición hacia nuevas formas de alterconstitucionalismo puede durar todo el siglo XXI» (p. 115), pero no por ello se renuncia a considerar tácitamente la historia como sobredeterminada por vectores de fuerza marcados por la fatalidad.

Su intención, desde luego, es encomiable. Convencido de que la inercia de los acontecimientos nos conduce al imperio de la sociedad en el ámbito tanto global como local, es consecuente al señalarnos que el mejor modo de intervenir en la realidad en términos de igualdad y emancipación consiste en sumarse a ese proceso de socialización para reorientarlo hacia coordenadas de dignidad. Pero téngase en cuenta que validando como ineluctable esa dirección de la historia, hasta el momento sumamente provechosa para las posiciones neoliberales, se corre el riesgo de reforzar tales posiciones y de desactivar o neutralizar ciertos contrapoderes tradicionales. Así, por ejemplo, si entendemos que en el futuro se van a generalizar las fórmulas de «au-

torregulación declarativa»⁴⁴, lo cual nos obliga a servirnos de ellas también desde posiciones progresistas, procedemos a una validación de resortes y mecanismos de dominación privados, dándolos por inexorables, en lugar de centrarnos en revelar todo lo que contienen de heteronomía disfrazada de autonomía⁴⁵. De hecho, si tenemos presente las advertencias de Karl Polanyi sobre los límites objetivos intraspasables por la pan-mercantilización de la sociedad, podríamos deducir, en sentido justamente inverso, que dichos mecanismos autorregulatorios de apariencia flexible constituyen fenómenos disfuncionales condenados al fracaso (o a la compensación institucional) por generar demasiadas dosis de desorden, inequidad y sometimiento.

Dar por buena la tendencia a la socialización infrainstitucionalizada con el fin de liderarla y redirigirla puede representar una forma de reforzarla en beneficio de las fuerzas que, por su mayor capacidad técnica y organizativa, la han impulsado y se han aprovechado preferentemente de ella. Algo similar acontece cuando se considera sin más extinguido el mundo que daba soporte a la razonable garantía de los derechos sociales. Diríase que el autor considera un ejercicio de realismo pensar que los supuestos económicos e institucionales para la garantía universal de derechos como la sanidad, la educación, el desempleo o las pensiones se encuentran ya históricamente agotados. Por eso la izquierda debería cambiar de fase y pasar a una posición en que se abogue de forma prevalente por fórmulas cooperativas y horizontales de autotutela. ¿No implica este salto ningún riesgo de vaciar el agua sucia con el niño dentro, con un niño además bastante crecido? ¿No refuerza las posiciones neoliberales que pretenden liquidar los sistemas públicos de educación, sanidad y pensiones aún en pie? ¿O es que en un país como España no tienen aún las mayorías sociales la educación primaria y secundaria garantizada, o la asistencia sanitaria asegurada? ¿No tienen las capas trabajadoras asegurada todavía también la integridad de su renta mientras se padece enfermedad, o garantizado el ingreso a un modesto pero existente sistema público de pensiones? ¿Puede tomarse como constatación de la realidad un probable escenario futuro mejor que un modelo estatal vigente en el que aún se cuenta con un acceso general a dichos servicios y prestaciones? ¿La mejor forma de frenar su deterioro y revigorizarlos es darlos ya por finiquitados, defendiendo

44 El término es del ya citado J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad*.

45 W. RÜGEMER, *Las agencias de calificación. Una introducción al actual poder del capital*, Barcelona, Virus, 2013.

su trasvase pleno a una organización comunal sin empaque alguno a día de hoy? ¿Resultará aceptable para las mayorías sociales a las que se quiere interpelar la invitación a que procedan estratégicamente según la ficción de que, a la vuelta de la esquina, ninguna de las garantías presentes va a existir, por lo que es mejor autoorganizarse en comunas en lugar de defender las conquistas institucionales pasadas por reposar en el Estado? ¿No se aprecian ciertos peligros tácticos en fundamentar la acción colectiva en la predicción de que la tutela estatal de los derechos está, por necesidad, liquidada, con independencia de los cambios que puedan darse en la correlación de fuerzas y en las estructuras burocráticas?

3. *Argumentativas*

Si sus diagnósticos parten de una filosofía implícita de la historia que puede resultar discutible, algunos de sus argumentos se apoyan en ciertas presunciones tácitas (o en determinadas ambigüedades) de las que también puede disentirse.

Vémoslo en su crítica al garantismo. Para fundamentarla, el autor se ve obligado a recurrir a la filosofía de la historia mencionada. Piensa que una de sus tachas principales es el conformar una «propuesta teórica construida en sentido inverso al que va la realidad práctica», pues, requiriendo para su realización «un fortalecimiento del Estado» contradice «la tendencia abierta e irreversible de nuestras sociedades» al debilitamiento del mismo (p. 68). Seguidamente valoraremos cuánto de estatista puede tener una doctrina cosmopolita⁴⁶; interesa ahora insistir en la imprecisión analítica de toda forma de determinismo, en la citada impugnación que al ocaso del Estado han hecho los actuales momentos de emergencia y en la tensión interna que para la obra supone una refutación de este género.

En efecto, por más metáforas filosófico-históricas que recubran nuestro entendimiento, no existen tendencias unilaterales irreversibles en los procesos sociales. Claro es que la historia no se puede desandar para regresar de forma limpia a momentos prístinos idealizados. Todo escenario futuro es, por esencia, nuevo y desconocido, aunque en él puedan hallar mayor o menor realce aspectos pasados ya cancelados, pero significativamente recobrados, como la propia idea de simultaneidad de marcos espacio-temporales aplicada por el autor sugiere. Pongamos un ejemplo sencillo: la «gran regresión»

46 L. FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018.

desencadenada en 2008-2010 no nos devolvió al siglo XIX, claro, pero factores como la individualización de las relaciones laborales rimaban intensamente con rasgos salientes del sistema decimonónico. Trasladados a nuestro terreno, diríase que abundan los indicios (económicos, productivos, comunicativos) que señalan un recrudescimiento de la globalización economicista, con las consiguientes contestaciones locales o nacionales. Ahora bien, no puede olvidarse que cada peldaño del proceso globalizador en el terreno institucional ha sido colocado por los Estados, y nada impide que, ante la presión de las circunstancias, ese camino pueda desandarse, no para regresar a los Treinta Gloriosos, sino para abrir un nuevo escenario de predominio estatal. De hecho, las últimas contiendas electorales en Europa y América tienen como eje divisor el de la soberanía estatal-nacional frente a las formas de socialización mundializadas; está así por ver que el futuro inmediato no halle en el refuerzo del Estado una contestación compensatoria a las contradicciones de la globalización capitalista. ¿No habría que aprestarse también a saber liderar esta posible reversión? Y con ello no quiere desmentirse el pronóstico de otoño estatal sino recordar simplemente que, encontrándose abierto el desenlace, no sirven del todo las previsiones de futuro para desechar doctrinas bien trabadas.

Si la excepción demuestra lo decisivo, diríase además que las actuales circunstancias, con su respuesta preferentemente cristalizada en los Estados, nos persuaden para poner en cuarentena el anuncio de su retirada.

Por último, conviene resaltar hasta qué punto puede que el autor, con su inclinación determinista, esté faltando a sus propias consideraciones estratégicas. Buena parte de su obra se encarga de trazar el complejo y polifacético marco en el que se luchará por los derechos. Ese escenario se caracteriza –ya se ha dicho– por la simultaneidad de rasgos contradictorios entre sí, lo cual impone la obligación de operar en cada uno de sus puntos cardinales, sin descuidar ninguno, si se pretende desplegar una acción colectiva eficaz. Pues bien, de tales premisas podría deducirse una crítica al garantismo que le señale que, atendiendo a los polos de la mundialización y del Estado, descuida el de las formas autónomas de vida social, pero no una pretendida impugnación que le acuse de un *décalage* insubsanable por atender a extremos que el propio autor considera marcos insorteables de la acción política actual. Si la saturación histórica presente nos impele a actuar también en un universo estatista de signo liberal, si el espacio político se define asimismo por sus polos estatal-mundial, no cabe desperdiciar sin más una doctrina progresista

y emancipadora sumamente elaborada justo en esos registros por no poner sus pies en la realidad.

Pero es que puede que tampoco sea del todo acertada la reprobación que ve en ella una teoría demasiado deudora de «la lógica de la ideología de la soberanía» –aquella, como sabemos, «en la que el Estado se conforma como único centro de poder organizador de la sociedad, y el Derecho conectado en exclusiva a él (la Constitución) se convierte en forma de regulación omniabarcante» (p. 68)–. No puedo dejar de manifestar la extrañeza ante semejante caracterización del garantismo, pues, a mi entender, un poder funcionalizado enteramente por los derechos, con las limitaciones y los imperativos que ello supone, es decir, con la exclusión casi completa de la potestad autónoma de decisión política que esto implica, no instituye nada parecido a un Estado «soberano». De hecho, resulta revelador que su principal exponente se ocupase monográficamente de dar por liquidada la doctrina de la soberanía estatal como forma correcta de comprensión del derecho en las democracias constitucionales y en la actual sociedad internacional⁴⁷. Y tampoco creo que resuelva mucho el contestar que la soberanía radica entonces, según el garantismo, en la constitución, pues nos estaríamos refiriendo a una simple metáfora que designa precisamente lo contrario, su ausencia. Es decir, con semejante expresión no se querría significar sino que son los individuos y colectivos los que, en el ejercicio o disfrute imperturbado y garantizado de sus derechos constitucionales, acometen la producción y reproducción de la sociedad. En tal sentido, el garantismo compone, en mi opinión, más una doctrina «sociocéntrica» que «estatólatra», pues en ella los poderes públicos, en su función de garantía e igualación, se hallan al servicio del ejercicio individual y colectivo de los derechos operado en sociedad como forma principal de su actualización. No existe en ella, por tanto, «subsunción de la sociedad en el Estado» (p. 69) sino más bien disolución de la institucionalidad estatal o internacional en la trama social, a cuya reproducción autónoma sirve.

Otra cosa es que lo que el autor denomina «hiperconstitucionalismo» considere que los derechos solo se pueden encontrar razonablemente garantizados si se da «la intermediación ‘racional’ del Estado», a la que habría que añadir ahora también la intermediación igualmente racional de las instituciones internacionales, debidamente constitucionalizadas, si queremos ser fieles a las sugerencias propositivas de Ferrajoli. Puede pensarse, desde lue-

47 L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995.

go, que los derechos resultan más eficazmente protegidos mediante fórmulas cooperativas de autotutela que a través de la intervención estatal (o público-internacional). No es el caso de quien suscribe, como seguidamente se dirá. Pero lo que a mi juicio supone un salto argumental discutible es deducir de esa atribución preferente de funciones de garantía al Estado una suerte de inclinación monista, a tenor de la cual sería la instancia estatal «el único poder organizador de la sociedad», pues más bien la ordenación social procedería de la autodeterminación individual y colectiva institucionalmente asegurada.

Por eso, en este punto, la principal debilidad argumental del libro acaso resida en la propia descripción de la «ideología de la soberanía». Es posible que sean muy pocos los que la secunden en los tonos severos con que el autor la caracteriza. Y es que puede creerse –incluso desde una perspectiva crítica⁴⁸– que el Estado continúa siendo a día de hoy una instancia formidable de universalización o generalización, pues los particularismos que quedan sancionados en sus leyes y aparatos administrativos alcanzan un grado incomparable de obligatoriedad para el conjunto de la población, sin que ello suponga desconocer dos evidencias elementales, señaladas para la ciencia jurídica desde los tiempos de Georg Jellinek o Hermann Heller: la existencia de múltiples núcleos de poder social y económico, que pugnan por la ratificación de sus pretensiones por la ley estatal, y la fuerza aglutinante y normativa de los hechos alentados o secundados por tales núcleos. Así, puede sostenerse que el Estado sigue constituyendo hoy el principal foco generalizador de normas y conductas sin por eso creer en absoluto que constituye el «único núcleo organizador de la sociedad desde el que irradia el poder» (p. 21). Es más, cabe seguir adjudicándole esa virtualidad generalizadora y pensar al mismo tiempo que se encuentra más debilitado que en el último siglo, por estar a merced como nunca de centros decisorios extraestatales con la pérdida consiguiente de su autonomía como actor político.

Creo que la inercia mental a combatir por el pensamiento crítico habría quedado mejor caracterizada como monismo que como soberanismo. Al fin y al cabo, el entero mapa conceptual que el autor delinea para uso y provecho de los movimientos sociales de izquierda previene, ante todo, frente a toda forma de raciocinio o análisis unidimensional. Obliga a tener presente todos los ángulos y estratos del espacio político para optimizar su lucha. Eso le lleva, como sabemos, no solo a no renunciar, sino a incorporar a su propuesta un necesario polo generalizador y universalizador. Y reconoce, en un gesto

48 P. BOURDIEU, *Sobre el Estado*, Barcelona, Anagrama, 2014.

sincero que le aproxima al garantismo, que a día de hoy no es sino «la Constitución» el «principal instrumento democrático de universalismo» (p. 130). La «Biblia de los ateos», como la llamase el periodista Jesús Quintero, sigue siendo para el autor un punto de referencia inexcluyente del «alterconstitucionalismo» que promueve. Por eso, si cabe plantear alguna objeción fundada a la obra que comentamos, es que, faltando a la obligación de la interrelación o dialéctica permanente que su aportación conceptual impone, incurra ella misma en una forma relativa de monismo o unidimensionalidad. Debiendo la teoría y la praxis de izquierda atenerse a un trilátero complejo, donde comparecen por igual la institucionalidad internacional, la estatal-constitucional y la fragmentaria de los núcleos sociales privados, diríase que buena parte de su aportación, incluida su visión de la constitución⁴⁹, acusa un sesgo bien ostensible en favor de las formas cooperativas de vida y en detrimento de la estatalidad. Es más: como el propio autor indica, él mismo terminaría por recaer en el resabio soberanista, al localizar preferentemente la «soberanía» (recuérdese, como instancia de producción de lo social y de aprobación del derecho válido) en las comunidades solidarias (p. 137), cuando habría sido mucho más correcto hablar, en este caso particular –como él mismo hace en otras ocasiones–, al modo de Castoriadis o Rancière, de «autonomía social».

Ya sabemos –y cerramos así, circularmente, el apartado– que este sesgo procede de un diagnóstico sobre el curso histórico que consideramos problemático. Añádase ahora que a ese diagnóstico se le suma también un plusvalor no menos discutible concedido a todo lo que proceda de «los sectores populares y los movimientos sociales» (p. 11). Señal de identidad de la izquierda intelectual, la ecuación de lo «popular» y lo emancipador juega en el terreno del lenguaje la función emocional de identificar la fuente del bien, el sujeto colectivo del que por necesidad habrá de proceder una racionalización democrática e igualadora –esto es, justa– de las relaciones sociales. Pero obsérvese que esa apelación emotiva a lo «popular», o a los «movimientos sociales», pocas veces suele venir acompañada de los estudios sociológicos empíricos que permitan localizar en las capas populares tales bondades. Tampoco de los análisis conceptuales que delimiten a qué nos referimos cuando hablamos de «pueblo». Y resulta que los análisis disponibles, o nos hablan de su precaria existencia actual, en tensión permanente con las pretensiones oficiales

49 Aprovechese para apuntar las interferencias que genera en un discurso jurídico progresista utilizar una fuente netamente franquista como Luis Sánchez Agesta para sustentar de algún modo su visión universalista de Constitución (p. 131).

de fundar «una sociedad exclusivamente de clase media», o bien nos revelan una poderosa funcionalización objetiva de tales estratos por parte de los poderes socio-económicos, muy visible en la abstención generalizada de las capas más desfavorecidas en los comicios sucesivos, o en sus mismos hábitos televisivos y alimenticios.

Por eso la apelación confiada a lo popular puede desempeñar una función en los discursos de izquierda similar a la que desempeña la fe en una propuesta católica. Solo este plusvalor tácito, con los deseos voluntaristas que alimenta, puede dotar de base argumental implícita a pronósticos como el que se lanza sobre los sectores excluidos y vulnerables: «Para muchos de estos grupos sociales, la autogestión comunitaria empieza a operar y operará cada vez más como una vía alternativa de acceso a la ciudadanía por canales distintos a los estatales, de los que están excluidos, y por tanto como vía de inclusión en la sociedad» (p. 23). Una somera ojeada a la situación circundante sugiere que otros escenarios mucho peores son también posibles. No resulta así disparatado pensar que tales sectores, en su pugna por un reconocimiento estatal tradicional, puedan ser fuente de refortalecimiento del Estado, y no por necesidad de signo democratizador, sino autoritario. La historia nos suministra además ejemplos de revigorización dictatorial del Estado alimentada por las capas populares, de «amplias masas [volviéndose] nacionalistas en medio de la depauperación»⁵⁰.

4. *Aplicativas*

Situar una de las flaquezas de la argumentación del libro en su sesgo favorable a las formas comunitarias de vida nos conduce, por último, a las dificultades de aplicación de su propuesta. Compartimos su inclinación por subrayar la «importancia del procomún colaborativo» para «las clases populares» a fin de guarecerse frente al «desmantelamiento de lo público y la mercantilización de la sociedad», pero diríase que iniciativas y fenómenos como los «grupos de comaternidad y crianza», las «cooperativas de vivienda» y «consumo» o los «bancos de tiempo» (p. 46) carecen a día de hoy de incidencia estructurante alguna. El propio autor lo reconoce al afirmar que «no existe en nuestras sociedades, fuertemente individualizadas y contractualizadas, esta red articulada y consolidada de formas organizativas de lo colectivo» (p. 116).

⁵⁰ Wilhelm REICH, *Psicología de masas del fascismo*, Madrid, Enclave de Libros, 2020, 78.

«Ello nos obliga a construirlas», deduce de tal carencia. ¿No supone esto otra forma de situar a las izquierdas en contra de la tendencia histórica predominante, con las consecuencias de irrealismo que ello comporta? En cualquier caso resulta un convencimiento que confiere un tono propositivo predominante a una obra que en principio parecía distinguirse por no despegar los pies en ningún momento del suelo.

En efecto, el propósito que gobierna el trabajo, como ya se sabe, es reorientar la acción institucional y las políticas públicas hacia el empoderamiento de las comunidades. Pero con ello se produce una confirmación indirecta de lo que al parecer era objeto de desmentido general, esto es, que el Estado sea el organizador social por excelencia, dato reflejado aquí en el hecho reconocido de que sin el auxilio institucional de las administraciones públicas (del Estado) poco recorrido independiente puede tener el tejido cooperativo. A esta relativa incongruencia debe añadirse que, probablemente, ni siquiera de ese modo se lograría una eficaz protección de los derechos individuales y sociales. Las comunidades locales solidarias, aun dotados de juridicidad sus cánones de conducta y amparados por un derecho constitucional de nuevo cuño, carecerían de los medios técnicos, financieros, institucionales y personales necesarios para satisfacer fines vitales generales. Que se constate que a día de hoy buena parte de tales recursos están en manos de la «sociedad», y no del Estado, no debe engañarnos acerca de la evidencia de que aquí, con sociedad, se quiere decir «capital», y que solo el Estado y los organismos internacionales componen a día de hoy, al menos en potencia, un contrapeso proporcional a esa acaparación privada de recursos. Como se ha apuntado, vaciarlos aún más en nombre del empoderamiento de un tejido cooperativo por construir puede constituir una estrategia contraproducente condenada a reforzar al adversario.

Bien está recordar, a la manera de Poulantzas, que conquistar ciertas posiciones en el gobierno no implica en absoluto controlar el Estado para poder llevar a cabo su reorientación en favor de los derechos sociales. Demasiadas inercias autoritarias y regresivas están incrustadas en sus aparatos como para creer que la transformación de la sociedad es mera cuestión de victorias electorales relativas y legislación formal progresista. Estamos de acuerdo en eso. Pero con idénticas dificultades nos tropezaremos si la alternativa consiste en que «la izquierda transformadora» conquiste el gobierno, o la mayoría parlamentaria, a fin de redirigir el esfuerzo de las administraciones a favor de las formas cooperativas de vida (p. 127). Es más, acaso las dificultades se

redoblen aquí, toda vez que la trama colectiva solidaria a la que se confía la emancipación está por construir, mientras que la trama estatal garantista está deteriorada pero en pie. Y la ocupación de determinados vértices del Estado resultaría en todo caso obligatoria, pues desde los tiempos de la «Comuna de París» conocemos el «poder creador de las masas obreras en movimiento», pero también «la incapacidad radical de un movimiento espontáneo cuando se trata de luchar contra una fuerza de represión organizada»⁵¹.

Incluso aceptando que la acción institucional del Estado se dirija con preferencia a tales fines de refuerzo cooperativo, puede que al final volvamos a encontrarnos con la necesidad de que dicha intervención sea la generalizadora y universalizadora que parece desprenderse como «soberana». Me explico. Por aquella fe en lo popular recién aludida, es usual en las izquierdas pensar las colectividades locales infraestatales al modo romántico como comunas igualitarias en las que se vive por necesidad en libertad, ausentes todas las inercias regresivas o los hábitos despóticos. Se piensa en este sentido, de forma automatizada, que lo que proceda de las «consultas populares vinculantes», de los «vetos populares» o de los «consejos de participación» será, por necesidad, fuente de bondad y emancipación, base para la autodeterminación colectiva (p. 139). No se discute que el hábito participativo que estos dispositivos ayudan a sembrar sea, en sí mismo, positivo, sino la presunción de que las manifestaciones de voluntad popular no puedan estar poderosamente mediadas por las pulsiones del poder social.

La experiencia práctica nos revela, por el contrario, que la reducción de la escala del espacio político, donde los elementos de la racionalidad abstracta burocrática ceden en favor de criterios individualizados de equidad, es directamente proporcional al blindaje de cacicazgos y a la institución de redes clientelares. Por eso la afirmación de la soberanía de las comunidades, si no se quiere traducir en el imperio incontrastado de las jerarquías privadas internas a cada comuna, debe verse acompañada por un momento igualador y universalista tangible, que, como el autor reconoce, sigue siendo la constitución, pero aparejada al Estado que la despliega y realiza y entendida como instancia de reconocimiento de una ciudadanía republicana igualitaria (y no de múltiples ciudadanías heterogéneas).

⁵¹ S. WEIL, «Perspectivas. ¿Vamos hacia la revolución proletaria?» (1933), en Id., *Escritos históricos y políticos*, 81.

V. HISTORIA SOBRANTE

Una parte no menor de los diagnósticos y pareceres del autor se fundamenta en representaciones historiográficas. Estamos ante una obra de derecho constitucional atenta asimismo a la historia constitucional. Y conviene al respecto reconocer de entrada que esa atención por el pasado se plasma en consideraciones mucho más atinadas que la doxa de uso corriente entre constitucionalistas. Sin embargo, la narración historiográfica que el autor despliega no responde a fines de investigación sino de fundamentación argumental, lo que invita a preguntarse si este modo de razonar jurídicamente es imprescindible, sobre todo cuando se ve obligado a operar ciertas distorsiones en la reconstrucción del pasado a fin de depurar las funciones actuales de lo que llama «narrativa histórica».

1. *Época clásica*

Que el pluralismo jurídico y político es el signo que distingue la civilización anterior al ciclo revolucionario del siglo XVIII es aserto todavía pendiente de generalizarse en la historiografía española. Mucho más en las representaciones historiográficas movilizadas por la ciencia del derecho, aún prendida –cuando trata de explicar el periodo que va del Renacimiento a la Ilustración– a categorías confusas como las de «Estado-nación» o «absolutismo». No es en principio lastre que ralentice a nuestro autor. Antes al contrario: una doctrina como la de Bodin, invocada por la perspectiva convencional como génesis del absolutismo monárquico, resulta aquí empleada con la correcta precaución de señalar que se desarrolló «sin modificar la estructura de la sociedad medieval» (p. 13). La soberanía moderna no canceló el pluralismo jurídico; más bien lo tomó como base social sobre la cual actuar. Se tiene entonces claro que, a través del «contractualismo» y la «secularización», solo «a finales del siglo XVIII la soberanía se constituirá en modo de organización social» (p. 14).

Y, sin embargo, el paradigma opuesto, e incompatible, no deja de aparecer, haciéndonos incurrir en una aporía sobrante. No solo se trata de que se sigan empleando referentes bibliográficos bien desfasados al respecto (p. 21, con alusión a J. A. Maravall)⁵², ni de que se verbalicen categorías incongruen-

52 [Permítaseme hoy la cita de S. MARTÍN, «Bartolomé Clavero y la deconstrucción del Estado nacional como categoría historiográfica», en B. Clavero, *Obra dispersa*, I: *Historia de las instituciones*, Sevilla, Athenaica, 2022, XXVI-XXXI, sobre la conocida obra de Maravall, *Estado moderno y mentalidad social*, y su impacto epistemológico en las ciencias

tes cuando se habla del «orden de Estados-nación westfalianos», como si de la paz de Westfalia saliese otra cosa diferente que las monarquías pluralistas, compuestas, patrimoniales y dinasticistas tradicionales, organizado su poder institucional sobre el persistente acceso a la renta feudal⁵³. La cuestión es que no cabe constatar un pluralismo político irreductible para la que Foucault llamaba «época clásica» y al mismo tiempo sostener que «la aparición, a partir del siglo XVI, del Estado-nación moderno implicó el paso de un modelo descentralizado a un modelo centralizado de poder y Derecho», con «un territorio claramente delimitado», «las instituciones comunitarias y corporativas intermedias de la sociedad medieval» prácticamente liquidadas y con «un nuevo sujeto de referencia: el individuo» (p. 34). Como el propio autor sugiere en otros pasajes, nada de eso acontece y empieza a generalizarse en la Europa continental al menos hasta finales del siglo XVIII.

Semejante aporía nos coloca en el umbral del desacierto historiográfico, en el que ya nos adentramos cuando se afirma que entre los siglos XVII y XVIII se dio un cambio en la «forma de acceso de la autoridad a la soberanía», pasándose de una concepción «directa», como asignación divina, a otra «indirecta», como suerte de delegación popular. Se desconoce con ello que un rasgo saliente del pensamiento escolástico medieval, también visible en su reformulación altomoderna, fue el discutir que «la vía de acceso del monarca a la soberanía» fuese «por atribución directa de Dios» (p. 15). En efecto, la idea de que «la soberanía no es algo entregado directamente por Dios al monarca» (*ibíd.*) no es indicio de modernidad, pues ya está muy presente en los discursos jurídicos medievales de base romanista, siempre atentos a la limitación objetiva de las potestades del monarca en beneficio del resto de actores políticos y sociales⁵⁴. De hecho, en el antiguo régimen no nos encontremos con una atenuación, sino con un recrudecimiento de la doctrina del «derecho divino» de los reyes: así, mientras la expresión *Dei gratia* referida al poder regio podía designar en el universo medieval la sujeción del monarca a límites trascendentes, ya en edad moderna comienza a significar que responde solo ante la divinidad. Podría objetarse, con todo, que las con-

sociales en la España tardofranquista.]

53 A este respecto resulta imprescindible la reconstrucción –precisamente materialista– de Benno TESHCKE, *The myth of 1648: class, geopolitics, and the making of modern international relations*, London, Verso, 2011.

54 António M. HESPANHA, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982, 302.

cepciones medievales «indirectas» elevaban a la condición de titular directo del poder a un *populus* jerárquicamente integrado –distinguido por oposición radical a la *plebs*–, y no tanto a los «individuos» como «titulares de derechos naturales absolutos» (p. 16), radicando en este individualismo el timbre de la modernidad; y, sin embargo, resulta que tampoco era extraña al pensamiento jurídico medieval y teocéntrico, no solo la concepción de unos derechos colectivos positivados en cartas y fueros concretos⁵⁵, sino también la idea de unos *iura naturalia* de raíz divina y atribución personal que el monarca no podía arbitrariamente atropellar⁵⁶.

Pero, por lo general, aparece correctamente representada a nuestro juicio la época «preliberal» como marcada por el comunitarismo y los criterios materiales de equidad. Otra cosa, en línea paralela a lo ya sostenido, es que, como se dirá al final, esa representación deba ser hasta cierto punto manipulada para que responda a la función política de avalar, en la historia, el corporativismo democrático que se anhela.

2. *Época moderna*

Más certera me resulta la representación que el autor, en apoyo de sus argumentaciones, realiza sobre la época liberal desde el punto de vista del derecho y el ejercicio del poder. Introduce algunas referencias constructivas sobre la revolución inglesa que considero de valor (p. 121). Conuerdo con su visión de cómo una arquitectura institucional orientada, en principio, a la liberación de los individuos respecto de las ataduras tradicionales, constituyó, al final, un dispositivo bien trabado de dominación clasista a través de la abstracción. Sin embargo, por la utilidad que pudieran encerrar, no me resisto a lanzar algunas consideraciones críticas. Quizá todas ellas se reconduzcan a la insuficiencia derivada del exceso de tipificación –o «modelización»– al caracterizar la época liberal, sin distinguir en ella dimensiones internas cualitativamente diversas.

Así, en la fase de antecedentes, resulta discutible el hecho de que, con antelación a la revolución, no existiese «en Francia un movimiento progresivo relevante que permitiera el tránsito del feudalismo al capitalismo» (p. 117). Los fisiócratas y sus proyectos utilitaristas desempeñaron, por el contrario,

⁵⁵ *Ibíd.*, 315.

⁵⁶ Richard TUCK, *Natural rights theories: their origin and development*, Cambridge University Press, 1981.

una función económica de signo liberal-individualista muy presente en las primeras reformas revolucionarias⁵⁷.

Además, buena parte de las aseveraciones realizadas por el profesor Noguera sobre la fisonomía jurídica del marco histórico «liberal» se adecuan, en realidad, al acto de ruptura revolucionaria o, en otras ocasiones, a las transformaciones napoleónicas, pero no pueden predicarse, sin más, de la época liberal, ni como conjunto, ni como suele convencionalmente entenderse, esto es, comprendida entre 1830 y 1880. Así, si bien es cierto que con la revolución se instituye «una noción abstracta y universal de ciudadanía», desvinculando al individuo de los núcleos corporativos tradicionales que lo constituían jurídicamente, menos claro resulta que «el Derecho estatal se convierta en la principal forma de mediación social general de todas las relaciones» ya desde ese momento (p. 18). El espacio dejado por la revolución a la autocomposición de los conflictos, a la conciliación y el arbitraje⁵⁸, en el ámbito judicial, o a la autoadministración de las municipalidades en el administrativo⁵⁹, no permite sin más deducir esa «pan-juridificación» estatalista de la realidad social.

Puede por eso que, en una falta historiográfica habitual, se esté atribuyendo a la Revolución lo que corresponde, en realidad, a Napoleón. Este salto, de hecho, parece evidente en lo que hace a la creación de «la forma de colectividad adecuada para el desarrollo del capitalismo», con el predominio de la lógica contractualista en el ámbito privado (p. 18). A pesar de los cualificados antecedentes propositivos que se encuentran en Sieyes, y que a la postre resultaron triunfantes⁶⁰, poca duda cabe aquí de que no se debió a la Declaración de los derechos, sino al código, más concretamente al *Code*, la generalización en sociedad de los patrones de intercambio patrimonial funcionales a la reproducción de la burguesía⁶¹. Y es que incluso la generalización del de-

57 Luca MANNORI, Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 217 ss., concretamente sobre la planeada reforma de las municipalidades y el papel central que en ella jugaban las asambleas locales de propietarios, retomadas por las célebres «asambleas primarias» revolucionarias, instancia administrativa al tiempo que primer nivel para la configuración de la representación política nacional.

58 B. CLAVERO, «*La Pax et la Loi: ¿Absolutismo constitucional?*», *AHDE*, 69 (1998), 603-646, ahora en su *Historia jurídica europea*, EUS, 2019, 591-639.

59 Luca MANNORI, Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, 217 ss.

60 [Al respecto, permítaseme ahora también la colación de S. MARTÍN, «Ambigüedades y logros de la mitología representativa liberal», *Revista general de derecho público comparado*, 31 (2022).]

61 André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civile français: la règle*

recho de acesión sobre los frutos del trabajo por parte del propietario, en la que el autor halla la clave «de la alienación», fue aportación napoleónica⁶². Tal constatación habría ahorrado además al autor secundar el superficial razonamiento reaccionario según el cual el terror jacobino pondría en evidencia que la declaración de derechos de 1789, en realidad, «no tenía una función jurídica ni una preocupación protectora de derechos individuales», sino la económica de fundar el capitalismo (p. 19).

No distinguiendo lo introducido por la Revolución y por Napoleón, tampoco puede el lector discernir cuándo, con su idea del «Derecho moderno» (p. 68) o del «Espacio-tiempo histórico liberal» (p. 25), se refiere a la cesura revolucionaria o al orden jurídico decimonónico. Y no es una diferenciación secundaria, pues el segundo se irguió dando la espalda a una parte importante de la experiencia de 1789-1795. De hecho, su identidad característica procede de su antidemocratismo, de su rechazo visceral a la intervención del poder constituyente del pueblo y de su acerado elitismo, es decir, a todo el impacto que produjo la penetración de las mayorías sociales en el recinto de la determinación política.

Con esto quiere señalarse que, para caracterizar desde el derecho el marco histórico liberal, si por tal se considera el decimonónico y no el revolucionario inicial, no podemos entenderlo bajo ningún concepto como marcado, en el ámbito público, por concepciones contractualistas, por más estructurantes que estas fuesen para regir los intercambios privados. Por el contrario, la iuspublicística europea dominante representó la base social del Estado en términos anticontractualistas y antiindividualistas⁶³, justo como dispositivo de prevención frente a cualquier desborde democrático. Es más, la idea prevalente de legitimidad del poder en época liberal no fue tanto «de origen», como el autor sostiene (p. 25), cuanto de fin o utilidad, en el entendido de que las leyes del Estado debían adecuarse para ser legítimas a una magnitud tan –engañosamente– objetiva como la del «interés general»⁶⁴. Se rehuía cual-

du jeu dans la paix bourgeoise, Paris, LGDJ, 1973; Albert SOBLOU, *La Francia de Napoleón*, Barcelona, Crítica, 1993, 9 ss.

62 B. CLAVERO, «*Les domaines de la propriété, 1789-1814: propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario*», *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), 269-378, ahora también en su *Historia jurídica europea*, EUS, 2019, 497-589.

63 Pietro COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 12 ss.

64 Florence PERRIN, *L'intérêt général et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (XVIII-XIX siècles)*, Paris, F. Varenne, 2012.

quier fundamentación voluntarista, que ligase la legitimidad de las decisiones públicas a la libre voluntad colectiva, por eso los representantes debieran elegirse por y entre los «capaces», por encarnar otro factor objetivo como era la «soberanía de la razón»⁶⁵.

De ahí que para el «liberalismo centrista» como forma cultural predominante en el siglo XIX⁶⁶, el «fundamento de legitimación» del derecho en ningún caso residiese «en el hecho de emanar de instancias de representación democrática» (p. 27). Y acaso tampoco pueda aseverarse que expropió sin más a los individuos de «su capacidad para la autoejecución comunitaria de derechos» (p. 68). Esto es rigurosamente cierto en referencia a la liquidación de la sociedad corporativa del antiguo régimen, base de la que indudablemente partirá el Estado liberal. Ahora bien, el espacio dejado a la autonomía por el derecho burgués decimonónico, en cuanto se ensanchó dejando atrás las prohibiciones, exclusiones y discriminaciones clasistas, empezó a dejar espacio a la sindicación obrera, los socorros mutuos y otras iniciativas solidarias que, por uso de la tolerancia, comenzaron a proliferar en su interior. Y en cuanto la cuestión social comenzó a alborear, las respuestas cooperativas espontáneas hasta encontraron respaldo institucional como vía de solución preferente al intervencionismo⁶⁷.

3. *¿Narración o invención?*

El profesor Noguera sostiene que la «narrativa histórica» es una de las vertientes teóricas que nos permitiría superar «la ideología de la soberanía» (p. 24). Por eso cuentan con un peso específico notable las representaciones historiográficas en el curso de su argumentación, pero, como se ha indicado, esa

65 P. ROSANVALLON, *Le momento Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.

66 Immanuel WALLERSTEIN, *El moderno sistema mundial. IV: El liberalismo centrista triunfante 1789-1914*, Madrid, Siglo XXI, 2006.

67 Las respuestas cooperativas para atajar la cuestión social eran, de hecho, las preferidas por los autores liberales de la *belle époque*, justo porque les permitía eludir el intervencionismo con técnicas de fomento indirecto (S. MARTÍN, *Entre Weimar y Franco*, 26 ss.). Se conoce también la inclinación conservadora por estatalizar las iniciativas obreras solidarias para hacerlas generalmente obligatorias (de ahí procede el origen de los famosos seguros sociales de Bismarck) o incluso por implantar sistemas de asistencia social, como ejemplifica el caso de la «socialización de las panaderías» citado en *Los Buddenbrook* (Thomas MANN, *Los Buddenbrook. Decadencia de una familia*, Barcelona, Edhasa, 2019, 429).

presencia obedece a motivaciones instrumentales más que cognitivas o investigadoras. Y la mirada del historiador no puede sino quedar insatisfecha ante el intento –quizá sobran– de legitimar las propias posiciones en la historia.

Tal tentativa se hace especialmente visible al representar el «espacio comunitario preliberal» como un «derecho nacido del pueblo» donde se distingue «entre Derecho y Justicia», precisamente por atribuir preferencia a criterios materiales de equidad sobre los formales de la normatividad general (p. 28). Esta forma de caracterizar «las múltiples formas preliberales de comunitarismo» obedece al propósito de presentar los «recientes y nuevos espacios de autogestión comunitaria» como sus «herederos» (p. 27). Estamos ante un claro y comprensible intento de inscribir los movimientos de emancipación colectiva en una tradición más o menos consistente, pero su ejecución requiere demasiada imprecisión historiográfica.

El propio autor demuestra que lo sabe cuando afirma que «la comunidad servil medieval no debe ser idealizada como ejemplo de comunalismo» (p. 133). Lo sorprendente es que, anotando la advertencia, incurra igual en la citada idealización. Con ella la «narrativa histórica» tiene mucho más de «narrativa» que de «histórica». Si no cabe proponerla es por una doble razón.

En primer lugar, las costumbres comunitarias protectoras de las capas humildes, la que Thompson llamase «economía moral» –en contraste con la «economía política» de signo liberal–, contaban con una cobertura cultural y religiosa, todavía hegemónica en el siglo XVIII, que comunicaba a sus requerimientos y limitaciones para con la libre competencia un grado razonable de obligatoriedad⁶⁸. No existen hoy ni siquiera residuos de ese marco cultural precapitalista y cristiano a los que apelar para fundamentar el comunitarismo democrático presente. Ocurre, de hecho, justo lo contrario: el discurso religioso que aún circula en la esfera pública con potenciales prestaciones legitimadoras se halla casi por entero instrumentalizado por la propiedad y los intercambios privados.

Por otro lado, los usos cooperativos y las prácticas comunales desplegados en torno a instituciones medievales como los bienes de propios o los mercados libres reflejan «la jerarquía de la sociedad estamental»⁶⁹, y no tanto, como

68 Edward P. THOMPSON, *Costumbres en común*, Madrid, Capitán Swing, 2019.

69 Thorsten KEISER, «El derecho de propiedad en la República de Weimar y en el fascismo», en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, 2021, 301-323 (320).

el autor sugiere, prácticas en las que «el excedente» resulta «gestionado en común con vista a la reproducción de la comunidad» (p. 27). En efecto, los «señores feudales decidían cómo era el reparto del uso de los derechos, cómo se organizaba, incluso, a veces, en su propio provecho»⁷⁰, funcionalizando de ese modo los artefactos comunitarios.

Malamente podemos fundar pretensiones de autonomía en experiencias marcadas por la jerarquía. Cabalgar la tendencia histórica hacia el «neomedievalismo» siempre tiene el riesgo de que nos aboque al «neofeudalismo». Secundamos, desde luego, la idea de que los derechos humanos existen como «idea-fuerza» que, sin estar «positivizada en el ordenamiento jurídico estatal, puede ser usada como herramienta discursiva y política sobre la que fundamentar determinadas acciones de contrapoder o autoejecución popular de derechos al margen del Derecho oficial» (p. 67). De hecho, no cabe una historia de los derechos creíble sin una historia social de la lucha por los derechos que antecedió siempre a su consagración constitucional⁷¹. Sin embargo, resulta dudoso que esa lucha pueda encontrar hoy en el pasado «preliberal» antecedentes en los cuales reconocerse e inspirarse. Como se observa, solo puede hacerlo a costa de mutilarlo. Mucho mejor buscar esos antecedentes en las luchas emancipatorias de los pasados siglos XIX y XX, cuando el oponente a combatir era ya el capitalismo hoy desbordado.

Pero para volver la mirada a ese pasado liberal hay que problematizar el convencimiento de que, «en las Constituciones actuales, 1789 es el único punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales universalistas» (p. 132). No considero acertada tal aseveración, que juega en nuestro texto de condición de posibilidad para preferir la época medieval como el marco histórico en el que encontrar las «otras tradiciones» con las que «complementar el paradigma político y jurídico-cultural de 1789», instituyendo «un universalismo pluralista adecuado a la complejidad del nuevo tiempo» (*ibíd.*).

Y no la considero certera porque el individualismo abstracto de los primeros tiempos revolucionarios, no ciertamente sin inspiración e impulso de tiempos comunitaristas precedentes, se halla más que rectificado por la posterior historia constitucional. Encontramos en ella varios hitos constitutivos

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ S. MARTÍN, «Barcaldo, 1905: nuestra primera gran protesta antidesahucios», *el-Diario.es*, 28-I-2014.

de un «constitucionalismo de los humildes»⁷², que tuvo en el reconocimiento de la pluralidad de los sujetos de derechos uno de sus aspectos más relevantes. 1793 y 1848 son fechas representativas de logros inolvidables en el reconocimiento de los derechos sociales y la democratización. 1919, 1931 y 1948 son a su vez años que encarnan conquistas inmarcesibles en la lucha por los derechos y la autonomía de los colectivos, al menos en lo que se refiere al territorio metropolitano. La presencia de estas efemérides convierte en más que problemático el hecho de que 1789 siga siendo, a día de hoy, no ya el único, sino el punto de referencia prevalente a la hora de sustentar culturalmente un universalismo emancipador. Es cierto que tampoco conviene contemplar estos hitos como puntos de llegada idealizados; conviene someterlos por igual a la crítica histórica, pero conforman, a mi entender, puntos de partida mucho más sugerentes y fructíferos para enriquecer o rectificar el constitucionalismo liberal desde posiciones que aspiren a la universalización de la dignidad que lo que pueda aportar cualquier intento de reconectar con el pasado preliberal. Además, tal reconexión impone una malformación del objeto representado que flaco favor hace a la historia constitucional. Y no olvidemos –Bourdieu mediante– que no hay mejor forma de inspirar la acción política que haciendo ciencia –en este caso histórico-jurídica– rigurosa.

72 S. MARTÍN, «El constitucionalismo de los humildes frente al constitucionalismo de los poderosos», *Galde*, núm. 16 (2016), 45-47.

PROGRAMA HISTORIA DEL DERECHO
PUBLICACIONES
ISSN: 2255-5137

1. Luis Grau, *Orígenes del constitucionalismo americano. Corpus documental bilingüe / Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism. Bilingual edition*, 3 vols., Madrid 2009, 653+671+607 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/5669>
2. Luis Grau, *Nosotros el pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992. Edición bilingüe / We the People of the United States. The U.S. Constitution and its Amendments. 1787-1992. Bilingual edition*, Madrid 2010, 338 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8517>
3. Carlos Petit, *Fiesta y contrato. Negocios taurinos en protocolos sevillanos (1777-1847)*, Madrid 2011, 182 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10145>
4. Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid 2011, 110 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10488>
5. Luis Grau, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Madrid 2011, xxii+282 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11865>
6. Víctor Tau Anzoátegui, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, oidor, regente y consejero de Indias*, Madrid 2011, 175 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12735>
7. Ramon Llull, *Arte de Derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción y notas de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2011, 178 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12762>
8. Consuelo Carrasco García, *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*, Madrid 2011, 158 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12823>
9. Pio Caroni, *Escritos sobre la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2012, xxvi + 374 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13028>
10. Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid 2012, 569 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13565>
11. Pierangelo Schiera, *El constitucionalismo como discurso político*, Madrid 2012, 144 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13962>

12. Rafael Ramis Barceló, *Derecho natural, historia y razones para actuar. La contribución de Alasdair MacIntyre al pensamiento jurídico*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/13983>
13. Paola Miceli, *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León (siglos XI-XIV)*, Madrid 2012, 298 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14294>
14. Ricardo Marcelo Fonseca, *Introducción teórica a la historia del derecho*, prefacio de Paolo Cappellini, Madrid 2012, 168 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14913>
15. Alessandra Giuliani, *Derecho dominical y tanteo comunal en la Castilla moderna*, Madrid 2012, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15436>
16. Luis Grau, *An American Constitutional History Course for Non-American Students*, Madrid 2012, xx + 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16023>
17. Antonio Ruiz Ballón, *Pedro Gómez de la Serna (1806-1871). Apuntes para una biografía jurídica*, Madrid 2013, 353 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16392>
18. Tamara El Khoury, *Constitución mixta y modernización en Libano*, prólogo de Maurizio Fioravanti, Madrid 2013, 377 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16543>
19. María Paz Alonso Romero/Carlos Garriga Acosta, *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Madrid 2013, 337 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/16884>
20. Pio Caroni, *Lecciones de historia de la codificación*, traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira, Madrid 2013, 213 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17310>
21. Julián Gómez de Maya, *Culebras de cascabel. Restricciones penales de la libertad ambulatoria en el derecho codificado español*, Madrid 2013, 821 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17322>
22. François Hotman, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes*, estudio preliminar de Manuel Martínez Neira, traducción de Adela Mora Cañada, Madrid 2013, 211 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17855>
23. Jesús Vallejo, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid 2014, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18090>
24. María José María e Izquierdo, *Los proyectos recopiladores castellanos del siglo XVI en los códigos del Monasterio de El Escorial*, Madrid 2014, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18295>

25. Regina Polo Martín, *Centralización, descentralización y autonomía en la España constitucional. Su gestación y evolución conceptual entre 1808 y 1936*, Madrid 2014, 393 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18340>
26. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti/Carlo Sotis (eds.), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, 390 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18380>
27. María López de Ramón, *La construcción histórica de la libertad de prensa: Ley de policía de imprenta de 1883*, Madrid 2014, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19296>
28. José María Coma Fort, *Codex Theodosianus: historia de un texto*, Madrid 2014, 536 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19297>
29. Jorge Alberto Núñez, *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria en España (1883-1939)*, Madrid 2014, 487 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19662>
30. Carlos Petit, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Madrid 2014, 185 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19670>
31. Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*, Madrid 2014, 53 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/19797>
32. Cesare Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid 2015, 87 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20199>
33. Massimo Meccarelli/Paolo Palchetti (eds.), *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid 2015, 256 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20251>
34. Alessandro Somma, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Madrid 2015, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/20259>
35. A. F. J. Thibaut, *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, Madrid 2015, 42 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21166>
36. J.-J.-R. de Cambacérès, *Discursos sobre el Código civil*, Madrid 2015, 61 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21254>
37. Ramon Llull, *Arte breve de la invención del derecho*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2015, 233 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21406>

38. F. C. von Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*, Madrid 2015, 130 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/21520>
39. Joaquín Marín y Mendoza, *Historia del derecho natural y de gentes*, Madrid 2015, 40 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22079>
40. Rafael Ramis Barceló, *Petrus Ramus y el Derecho. Los juristas ramistas del siglo XVI*, Madrid 2016, 250 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22197>
41. Emanuele Conte, *La fuerza del texto. Casuística y categorías del derecho medieval*, edición de Marta Madero, Madrid 2016, 194 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22261>
42. *Constituciones españolas: 1808-1978*, edición de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2016, 259 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22905>
43. Giacomo Demarchi, *Provincia y Territorio en la Constituyente española de 1931. Las raíces europeas del Estado integral*, Madrid 2016, 362 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/22906>
44. Miguel Ángel Ladero Quesada/César Olivera Serrano (dirs.), *Documentos sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, Madrid 2016, xx + 1446 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23015>
45. Gustavo César Machado Cabral/Francesco Di Chiara/Óscar Hernández Santiago/Belinda Rodríguez Arrocha, *El derecho penal en la edad moderna: Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*, Madrid 2016, 217 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23021>
46. Lope de Deza, *Juicio de las leyes civiles*, estudio preliminar de Víctor Tau Anzoátegui, edición de María José María e Izquierdo, Madrid 2016, 136 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23228>
47. Henrik Brenkman, *Historia de las Pandectas*, estudio preliminar, traducción y notas de Juan Lorenzo, Madrid 2016, 426 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23317>
48. Massimo Meccarelli (a cura di), *Diversità e discorso giuridico. Temi per un dialogo interdisciplinare su diritti e giustizia in tempo di transizione*, Madrid 2016, 287 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/23792>
49. Beatrice Pasciuta, *El diablo en el Paraíso. Derecho, teología y literatura en el Processus Satane (s. XIV)*, Madrid 2017, 264 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24439>
50. Maximiliano Hernández Marcos, *Tras la luz de la ley: legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de Ilustración jurídica*, Madrid 2017, 184 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24488>

51. Eleonora Dell'Elicine/Paola Miceli/Alejandro Morin (comps.), *Artificios pasados. Nociones del derecho medieval*, Madrid 2017, 307 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24514>
52. Eva Elizabeth Martínez Chavéz, *Redes en el exilio. Francisco Ayala y el Fondo de Cultura Económica*, Madrid 2017, 145 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/24715>
53. Pierre de Jean Olivi, *Tratado de los contratos*, estudio preliminar de Rafael Ramis Barceló, traducción de Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid 2017, 171 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25200>
54. Daniel Panateri, *El discurso del rey. El discurso jurídico alfonsí y sus implicaciones políticas*, Madrid 2017, 284 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25377>
55. Joaquín Costa, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid 2017, 85 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25578>
56. Massimo Meccarelli (ed.), *Reading the Crisis: Legal, Philosophical and Literary Perspectives*, Madrid 2017, 224 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25705>
57. Pablo Ramírez Jerez/Manuel Martínez Neira, *La historia del derecho en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Los concursos de derecho consuetudinario*, Madrid 2017, 322 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25809>
58. Thomas Duve (coord.), *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 2 vols., Madrid 2017, 1681 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/25729>
59. Víctor Saucedo, *Conspiracy. A Conceptual Genealogy (Thirteenth to Early Eighteenth Century)*, Madrid 2017, 350 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/26095>
60. Aurora Miguel Alonso (dir.), *Doctores en derecho por la Universidad Central. Catálogo de tesis doctorales 1847-1914*, Madrid 2017, 571 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/26198>
61. François Hotman, *Francogallia, o la Galia francesa*, estudio preliminar y traducción de Tamara El Khoury, Madrid 2017.
<http://hdl.handle.net/10016/26321>
62. Rafael Altamira, *Spain. Sources and Development of Law*, estudio preliminar y edición de Carlos Petit, Madrid 2018, lxxxvi + 126 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/26322>

63. Jesús Delgado Echeverría, *Joaquín Costa, jurista y sociólogo. Derecho consuetudinario e ignorancia de la ley*, Madrid 2018, 174 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/26335>
64. Rubén Pérez Trujillano, *Creación de constitución, destrucción de Estado: la defensa extraordinaria de la II República española (1931-1936)*, Madrid 2018, 367 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27108>
65. Eugenia Torijano Pérez, *Los estudios jurídicos en la universidad salmantina del siglo XIX*, Madrid 2018, 625 pp. + apéndices complementarios.
<http://hdl.handle.net/10016/27392>
66. Laura Beck Varela/María Julia Solla Sastre (coordinadoras), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho. Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, Madrid 2018, 543 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27751>
67. Manuel Martínez Neira/Pablo Ramírez Jerez, *Hinojosa en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid 2018, 279 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27810>
68. Rudolf von Jhering, *La lucha por el derecho*, estudio preliminar y edición de Luis Llorredo Alix, Madrid 2018, 137 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/27845>
69. Enrique Roldán Cañizares, *Luis Jiménez de Asúa: Derecho penal, República, Exilio*, Madrid 2019, 406 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28236>
70. José María Puyol Montero, *Enseñar derecho en la República. La Facultad de Madrid (1931-1939)*, Madrid 2019, 486 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28286>
71. Pedro L. López Herraiz, *Formar al hombre de Estado. Génesis y desarrollo de la École libre des sciences politiques (1871-1900)*, Madrid 2019, 333 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28313>
72. Emiliano J. Buis, *El juego de la ley. La poética cómica del derecho en las obras tempranas de Aristófanes (427-414 a.C.)*, Madrid 2019, 442 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28358>
73. Virginia Amorosi/Valerio Massimo Minale (ed.), *History of Law and Other Humanities: Views of the Legal World Across the Time*, Madrid 2019, 588 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28459>
74. Carlos Petit, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Madrid 2019, 409 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28678>

75. Eduardo de Hinojosa, *El elemento germánico en el derecho español*, Madrid 2019, 82 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28877>
76. Carlos Petit (ed.), *Derecho ex cathedra. 1847-1936. Diccionario de catedráticos*, Madrid 2019, 491 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/28916>
77. Manuel Ángel Bermejo Castrillo (ed.), *La memoria del jurista español. Estudios*, Madrid 2019, 416 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29108>
78. Elisabetta Fiocchi Malaspina/Simona Tarozzi (ed.), *Historical Perspectives on Property and Land Law. An Interdisciplinary Dialogue on Methods and Research Approaches*, Madrid 2019, 236 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29290>
79. Daniel J. García López, *La máquina teo-antropo-legal. La persona en la teoría jurídica franquista*, Madrid 2020, 121 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29463>
80. Concepción Arenal, *Las colonias penales de la Australia y la pena de deportación*, Madrid 2020, 99 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29667>
81. Cristina Morales Segura, *Galeotes de mercurio. El caso de Mateo Alemán: la interacción entre el derecho y la literatura en el informe de la mina de mercurio de Almadén y El Guzmán de Alfarache*, Madrid 2020, 276 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/29888>
82. Eduardo de Hinojosa, *La condición civil de la mujer en el derecho español antiguo y moderno*, Madrid 2020, 50 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30043>
83. Eduardo de Hinojosa, *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid 2020, 146 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30052>
84. Eva Elizabeth Martínez Chávez, *España en el recuerdo, México en la esperanza. Juristas republicanos del exilio*, Madrid 2020, 343 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30520>
85. Rafael de Ureña y Smenjaud, *Una tradición jurídica española: La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, estudio preliminar y edición de Carlos Petit, Madrid 2020, 174 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30550>
86. Carlos Petit, *Derecho por entregas. Estudios sobre prensa y revistas en la España liberal*, Madrid 2020, 311 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/30841>

87. Massimo Meccarelli/Cristiano Paixão/Claudia Roesler (ed.), *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, Madrid 2020, 352 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31394>
88. Fernando Martínez-Pérez, *Posesión, dominio y Registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*, Madrid 2020, 286 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31430>
89. Fernando Liendo Tagle, *Prensa jurídica española. Avance de un repertorio (1834-1936)*, Madrid 2020, 235 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31583>
90. Rafael Ramis Barceló, *El nacimiento de la Filosofía del derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*, Madrid 2021, 248 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31704>
91. Eugenia Torijano Pérez, *Ser (de nuevo) doctor por Salamanca. Las tesis doctorales de la Facultad de Derecho en el Sexenio Revolucionario (1868-1874)*, Madrid 2021, 441 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31694>
92. Víctor Saucedo, *The Poulterers' Case (1611): A Landmark in the History of Criminal Conspiracy*, Madrid 2021, 302 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31790>
93. Albert Venn Dicey, *¿Puede enseñarse el derecho inglés en las universidades?*, estudio preliminar y traducción de Javier Carlos Díaz Rico, Madrid 2021, 134 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/31912>
94. Cristina Nogueira da Silva/Margarida Seixas (coordinadoras), *Estudos Luso-Hispanos de História do Direito. Estudos Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, vol. II, Madrid 2021, 648 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32002>
95. Giacomo Demarchi, Francesco Di Chiara, Elisabetta Fiocchi Malaspina, Belinda Rodríguez Arrocha (eds.), *Las fronteras de la Ilustración. Itinerarios entre historia y derecho*, Madrid 2021, 313 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32201>
96. Manuel Ángel Bermejo Castrillo (ed.), *Temporalidades inter/disciplinares (Derecho, Filosofía, Política)*, Madrid 2021, 246 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32263>
97. Julius Hermann von Kirchmann, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Madrid 2021, 43 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32336>
98. Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Madrid 2021, xi + 617 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32572>

99. Vicente Ángel Álvarez Palenzuela, *Documentos de Benedicto XIII referentes a la Corona de Castilla*, Madrid 2021, 3673 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/32581>
100. Jesús Bogarín Díaz, *Formación léxica y conceptualización jurídica: el vocablo «excepción»*, Madrid 2021, 193 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/33149>
101. Eduardo Esteban Magoja, *La obediencia a la ley como coraza del pueblo: la defensa de las instituciones jurídicas en el texto del Anónimo de Jámblico*, Madrid 2021, 141 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/33227>
102. Javier Carlos Díaz Rico, *El acceso a la cátedra. Inventario de oposiciones a cátedras jurídicas 1859-1983*, Madrid 2021, 1119 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/33711>
103. Clara Álvarez Alonso, *Rafael del Riego. Una vida por la Constitución*, Madrid 2021, 232 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/33721>
104. Rafael Jesús Vera Torrecillas, *Del escribano al secretario municipal. Antecedentes, origen y evolución de los cuerpos nacionales hasta la Ley de bases del régimen local*, Madrid 2021, 320 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/33764>
105. José Luis Egío, *El siglo de la experiencia: estrategias de traducción de conocimiento normativo en los albores de la Nueva España*, Madrid 2022, 239 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/34669>
106. César Olivera Serrano, *Las Cortes castellano-leonesas del siglo XV en sus documentos. El Registro o Libro de Cortes (1425-1502)*, Madrid 2022, 499 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/34998>
107. Manuel Cachón Cadenas, *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Madrid 2022, 542 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35074>
108. Luis González Alvo, *Faros y pantanos. Una historia de las prisiones provinciales argentinas (Córdoba, Santa Fe y Tucumán, 1853-1946)*, Madrid 2022, 384 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35837>
109. Manuel Martínez Neira, *Revolución y fiscalidad municipal. La hacienda de la Villa de Madrid en el reinado de Fernando VII*, Madrid 2022, 296 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35877>
110. Víctor Saucedo (ed.), *Memoria del derecho y disciplinas jurídicas. Estudios*, Madrid 2022, 426 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35879>
111. Carlos Petit, *El Trienio y sus códigos. Estudios*, Madrid 2022, 199 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35953>

112. Matías Rosso, *Codificando el derecho desde la base. El Código Penal de la provincia de Córdoba en la génesis de la Codificación Nacional (1867-1887)*, Madrid 2022, 241 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/35977>
113. Elisa Speckman Guerra, *Penalistas españoles y ciencias penales en el México de mediados del siglo XX*, México/Madrid 2022, 363 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/36165>
114. Fernando Martínez-Pérez, “Gubernativas e insuplicables”. *Competencias de jurisdicción entre Monarquía judicial y Estado administrativo*, Madrid 2022, 347 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/36217>
115. Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Derecho procesal: una disciplina en construcción (1800-1940)*, Madrid 2022, 963 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/36275>
116. Fernando Liendo Tagle, *Disciplinas jurídicas en revistas españolas: un repertorio bibliográfico (1836-1935)*, Madrid 2023, 214 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/36663>
117. Carlos Petit, *Otros códigos. Por una historia de la codificación civil desde España*, Madrid 2023, 641 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/36878>
118. *La Historia del Derecho en la Universidad del siglo XIX. I Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho*, Madrid 2023, 294 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/37215>
119. Javier Carlos Díaz Rico, *El cuerpo de profesores agregados de universidad: inventario de los concursos-oposición de Derecho (1967-1983)*, Madrid 2023, 448 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/38033>
120. María López de Ramón, *La libertad distorsionada. La injerencia del poder en la libertad de prensa durante la Restauración borbónica (1883-1923)*, Madrid 2023, 448 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/38615>
121. Gregorio López de Tovar, *Vida y memorias*, edición de Julián Gómez de Maya, Madrid 2023, 220 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/38639>
122. Aurora María López Medina, *Nolo episcopari. Las batallas jurídicas de Valentín Ortigosa (1784-1856)*, Madrid 2023, 357 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/38719>
123. Sebastián Martín, *Los libros de los otros. Debates metodológicos sobre historia del Estado y del pensamiento jurídico*, Madrid 2023, 620 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/37026>