

«GARANTIE DES DROITS»: EMPLAZAMIENTO HISTORICO DEL ENUNCIADO CONSTITUCIONAL

Por BARTOLOME CLAVERO

«Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution» (*Déclaration des Droits*, 1789, art. 16).

«Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione.» He aquí una definición de constitución que puede expresarse con facilidad en cualquier idioma nacional europeo no sólo porque en todos ellos se vertió desde que se produjera en francés en el verano de 1789, sino también porque en todo este ámbito existe o se ansía el sistema jurídico que así se enuncia. Al fin y al cabo ya se sabe que aquel arranque constituyente de la revolución, por excelencia, francesa comenzó a ser pronto, por alcance, europeo.

Aunque gramaticalmente no resulte una definición muy feliz, por cuanto que ni siquiera se formula de un modo directo, es la que todavía suele considerarse jurídicamente válida. Suele hoy repetirse cuando quiere justamente definirse del modo más sintético qué sea, qué deba ser, una constitución, un sistema constitucional. Debe componerse de dicho modo: garantía de derechos y separación de poderes; más desglosadamente, los derechos, su declaración, en primer lugar; las garantías, su establecimiento, en segundo; los poderes, su institución, lo tercero, con el requisito preciso finalmente de su constitución plural y separada. Es todo un programa constitucional que comienza por ser constituyente, por requerir el planteamiento de la constitución a partir de tales presupuestos.

En verdad se trata de una ecuación bien sencilla: garantía de derechos más separación de poderes, sin que la definición especifique siquiera la relación de estos factores, pero guardándose un orden en la posición de los

sumandos que interesa a la obtención del producto: en primer lugar, efectivamente, los derechos y su garantía; sólo a continuación los poderes y su separación, con una secuencia que es así consecuencia. Hay un factor fundamental que antecede a la misma definición: los derechos, su declaración; los poderes vendrían a prestar una primera y fundamental garantía con su misma separación, con esta adición de un valor todavía constitucional. Es una definición que puede ir a la raíz. No parece que se trate solamente de limitar adjetivamente poderes en garantía de derechos, sino de constituirlos sustantivamente, instituir los poderes, a partir de dicho mismo presupuesto de la declaración de derechos, en función y así en garantía suya.

Ya se sabe que la definición figurará en una declaración de derechos, la primera de la revolución francesa. Se concibió como su artículo final, viniendo así a servir la definición para anunciar la prosecución de la propia obra constituyente, el requerimiento de que, tras el reconocimiento de derechos, se siguiese con el establecimiento de sus garantías y la institución correspondiente, separación mediante, de poderes. En la redacción definitiva se añadió todavía un artículo dedicado a la propiedad, a su declaración de derecho sagrado e inviolable, que queda así un tanto extravagante. Pero la definición mantiene su valor. En realidad, fue aquél un documento de confección un tanto atropellada, pero esto no le quita significación. Pudo tenerla y pudo conservarla la definición (1).

* * *

No es una definición que proceda de los mismísimos inicios de la historia constitucional, pues ya se sabe que precedían a la revolución francesa, pudiendo ofrecerle una idea de constitución, tanto la experiencia insular inglesa como su versión transcontinental norteamericana, pero son aquellos franceses unos inicios constitucionales porque resultan precisamente los nuestros, los de una historia nuestra, la ciscontinental, la de nuestro continente, el europeo. Como tal pretendo situarlos sin perder tampoco de vista la existencia de precedentes.

Es el comienzo francés el que trae la definición. Con anterioridad existen, particularmente en América, documentos constitucionales que responden a dicha secuencia de reconocimiento y garantía de derechos más institución y

(1) STÉPHANE RIALS (ed.): *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988; para otras referencias, que aquí procuro ahorrar al máximo, B. CLAVERO: «De un derecho, la constitución, y de un revés, la historia», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1990, sección de «Historiografía». Se trata sustancialmente de editar la oración que pronuncié en la ocasión que al final encarezco y que tuvo lugar el día 16 de marzo de 1993.

separación de poderes, pero les falta la formulación del concepto con su alcance, no sólo constitucional, de este contenido, sino también constituyente, de este imperativo. Antes de la revolución francesa no hay un documento constitucional positivo que ofrezca una definición tan redonda de lo que sea, de lo que hubiera de ser, el sistema de constitución. Trataré, como digo, de situarla, de situar concretamente su primer término, el del presupuesto constitucional y requerimiento constituyente de los derechos.

No voy a tratar así de la fórmula entera, de los dos términos de la ecuación. Me ocuparé tan sólo del primero, precisamente por tal, el de los derechos y su garantía como premisa, sin extenderme a la consecuencia. Y para situarlo, para situarnos, pretendo aplicarle a este primer extremo un tratamiento histórico, pero no de ubicación circunstancial, de entendimiento entre los primeros avatares de la revolución francesa, sino de posición constitucional, de inteligencia dentro de la génesis y estructura de un sistema que, pues sirve aún la definición, pudiera ser todavía el nuestro, nuestro constitucionalismo. Como mi tratamiento no es teórico, no voy a interrogarme sobre la lógica intrínseca de la definición misma, sobre la razón sustantiva de que los derechos vayan por delante de los poderes y de que su garantía así, de esta forma, constituya el primer requisito, el primer imperativo, el primer problema. Me preguntaré sobre esto, sobre esta precedencia, pero a dichos otros efectos de razón histórica, que pudieran tal vez resultar especialmente explicativos.

He aquí entonces mi pregunta. ¿Por qué la garantía de los derechos vino a situarse en un término constituyente de la definición constitucional y por qué no ocurrió esto en un momento más primigenio? Una definición tal, con dichos y en dichos términos, sólo llega en Francia en 1789. ¿Es que antes no se había realmente concebido la constitución en dicha forma? ¿Es que con anterioridad no se habían propiamente considerado los derechos y su garantía como elemento primerísimo del sistema? ¿Es que anteriormente no existía este concepto constitucional de los derechos y esta necesidad constituyente de su garantía?

Se tienen a mano siempre respuestas tópicas, como, por ejemplo, que, dándose evidentemente dichas existencias anteriores, unas primeras experiencias habrían sido más empíricas, menos capaces de encerrar realidades en conceptos, de manejarlas con ellos. O también, por ejemplo, que, con el aliento político de una revolución verdadera, pudieron tomarse en Francia en serio unos derechos que en otras latitudes se estaban más bien tomando a beneficio de inventario. Son buenas ocurrencias, tan buenas como inciertas. Resultan reconfortantes para la parte europea, pero no son verificables. Experiencia y pensamiento se producen por unas y por otras partes. Derechos tomados en serio y a beneficio de inventario los hay igualmente en unas y

en otras latitudes, en uno y otro momento. No son tan claros unos comienzos constitucionales. Porque al menos esto creo, planteo los interrogantes.

* * *

Vayamos por partes. La historia constitucional europea, la continental, no es un comienzo neto; otra historia constitucional la precede. Pero esta misma historia, la historia constitucional sin más, tampoco es un comienzo absoluto. Hay un pasado anterior a todos los casos constitucionales en el que ya se concebían derechos y se daban además garantías, una cosa con la otra. Estas mismas existencias preconstitucionales pueden tener algo que ver con que la historia y la lógica constitucionales no coincidan, con que la primera no tuviera por qué empezar definiéndose por la segunda, por las razones sustantivas de la premisa de unos derechos y el requerimiento de su garantía. Puede que la misma definición históricamente viniera por una razón distinta a la fundación constitucional. Caben estas posibilidades. Pero vayamos por partes, como digo.

Que los derechos se concebían y las garantías se daban antes, mucho antes, de que adviniera el sistema de constitución es algo que requiere explicación y merece consideración. La historia constitucional, la correspondiente historiografía, suele presentar la deficiencia de abordar su objeto sin el fondo y sin el firme de la propia historia del derecho que viene de lejos, quedándose así, a mi juicio, sin perspectivas, perdiéndolas, desde un primer momento. Como punto de partida, intento exponer muy sintéticamente lo que fueran los derechos y sus garantías en la larga historia jurídica que precede a la constitucional. Prouro así situarla, situarnos.

Históricamente, preconstitucionalmente, derechos existían y estaban garantizados. Esto fue durante mucho tiempo una cosa natural, sin mayor problema, sin que se formalizara como tal la cuestión de la garantía. En época preconstitucional, lo natural no sólo era que los derechos existiesen, sino también que se viesen garantizados, que lo estuvieran naturalmente. El problema de la garantía de los derechos no se suscitaba, no porque no se concibiera, sino porque no se planteaba, porque no era precisamente problema. Puede perfectamente decirse que el sistema histórico, el sistema jurídico preconstitucional, era un sistema de derechos y de derechos garantizados.

Aclaremos los términos. Cuando decimos, cuando digo, derechos, así en plural, entendemos, entiendo, capacidades y facultades humanas reconocidas y operativas en la sociedad; cuando añado, cuando añadimos, garantía se entiende, entendemos, la posibilidad de hacerlos en caso necesario valer mediante instancias dotadas a su vez de la capacidad y facultad suficiente al

efecto de reposición, devolución o resarcimiento, por medio así de una justicia, de un sentido de la justicia y de una institución de la misma, de un aparato judicial. Todo esto es lo que existe desde antiguo, una constelación de derechos y un sistema de justicia. Pero, cuestión primera, ¿qué derechos?

Los derechos históricos, aquellos derechos que estamos diciendo, por contraposición, preconstitucionales, se concebían y operaban como capacidades y facultades exactamente sociales, esto es, por contraponer también, no individuales. Advirtamos la parte positiva, la existente, pues la privación no existía. El derecho en el sentido que suele entenderse en singular, el ordenamiento jurídico, no constituía un sistema enteramente impositivo, un conjunto de normas generales que prevenían y resolvían las situaciones particulares; no se concebía ni establecía de esta forma. Marcaba más bien unas reglas de juego para una serie muy amplia de capacidades de titularidad particular y facultades de determinación propia, es decir, para los derechos.

Aquellas capacidades y facultades constituían, como digo, una serie muy amplia. En el lenguaje latino, que fue el jurídico durante siglos, hasta las mismas vísperas constitucionales, eran los *iura*, las *libertates*, los *privilegia*, las *iurisdictiones*, las *potestates*, etc. Tan derecho como capacidad y facultad, tan derechos como facultades y capacidades, eran el *ius* de una familia, la *libertas* de una ciudad, el *privilegium* de un estamento, la *iurisdicctio* de una iglesia o la *potestas* de una dinastía. De todos estos términos, el más significativo a nuestros efectos actuales, el de alcance entonces más general y más preciso, era el de *iurisdicctio*. Cubría una generalidad de situaciones que constituían derechos, las más relevantes. *Iurisdicctio* tenía, por tener *ius*, el señorío o dominio directo de una tierra; *iurisdicctio* le correspondía, teniendo *libertas*, a la comunidad campesina; no otra cosa ocurría, en relación a su posición respectiva, con la nobleza, con la magistratura, con la iglesia o con la monarquía.

Y *iurisdicctio* significaba lo que la palabra significa: dicción de derecho, actuación bajo el mismo, determinación del derecho particular conforme a derecho general. No se pensaba que hicieran cosas distintas un señor que disponía, una ciudad que estatúa, un tribunal que juzgaba, una iglesia que hacía lo propio o incluso un rey que legislaba. Todos activaban su derecho particular, sus derechos, conforme al derecho general, el derecho (2).

Ya se ve que nos venimos refiriendo a los titulares históricos de derechos como entes sociales, aunque a veces personalizados. Era realmente entonces lo primero; eran los *status*, los estados genéricamente sociales. Cada derecho

(2) JESÚS VALLEJO: *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

particular respondía y se conformaba al propio estado o a la propia concurrencia de un conjunto de estados. El derecho general los componía; éste era su terreno de juego. Y *status*, estados, eran, podían ser, todas las situaciones sociales relevantes para el orden constituido: el estado de sexo, el estado de familia, el estado de religión, el estado de corporación, el estado de localidad, el estado de territorio, el estado de etnia... Todos eran estados que se consideraban por el derecho general para el establecimiento de las reglas de juego de capacidades y facultades particulares, para la misma concepción, concreción y atribución de las capacidades y las facultades. Los derechos eran conforme al derecho y el derecho conforme a los estados. El mismo derecho particular se concebía como cosa de estado, de la concurrencia de estados que se dieran en cada caso.

Un término como el de *persona* en su sentido de titularidad jurídica no se refería al individuo, sino a la capacidad, no a la unidad humana del ser con vida, sino a la pluralidad social de las facultades por estados. Podía predicarse perfectamente de un solo individuo físico varias personas jurídicas. Las mismas *personae* se pensaban mejor entonces como entes colectivos. Cuando llegue el momento de que algunos se atrevan a insinuar que el individuo humano puede ser de por sí persona, aquella cultura reaccionará con extrañeza, manifestando que esta ocurrencia es una vulgaridad sin sentido posible para el derecho (3).

Podemos entender por qué aquellos derechos estaban naturalmente garantizados, por qué las garantías se daban sin especial problema. La misma forma de concepción y establecimiento de los derechos lo suponía y lo producía. Los derechos se concebían y establecían conforme siempre a los estados sociales establecidos, dentro en todo caso del ordenamiento jurídico constituido. Su justicia naturalmente que los consideraba y amparaba; a ello respondía su sentido y a ello se destinaba su aparato. No había problema. No tenía por qué haberlo.

Existía una identidad entre derechos y derecho, derecho y derechos. La garantía estaba más que asegurada cuando todos los derechos, incluidas las *potestates*, se sometían así al derecho. Unos poderes, fueran ya monárquicos, ya corporativos de una u otra índole, ya sociales de uno u otro tipo, actuaban como *iurisdictiones*, conforme a derecho, no sólo cuando resolvían casos particulares mediante la justicia, sino también cuando establecían disposiciones propias por medio de leyes u otras normas. Esta misma actividad legislativa o en general normativa se concebía y operaba como función de justicia

(3) B. CLAVERO: «Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna», en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milán, 1990.

y por procedimientos de jurisdicción. Es un fenómeno que, antes de la revolución francesa, resiste incluso en unas primeras latitudes constitucionales (4).

Pero estamos todavía con la situación preconstitucional. No quedará su cuadro completo, para el mismo punto que nos interesa, si no hacemos referencia a la existencia de una *potestas* que no era estrictamente *ius*, que no constituía propiamente *iurisdictio*, que no era en rigor derecho, un derecho particular conforme a derecho general, derecho así reconocido y garantizado. Había un poder peculiar que escapaba así a ordenamiento jurídico y éste era el de la *patria potestas*, la potestad doméstica de gobierno y administración de la familia en sentido extenso. Pero esta exención del derecho tampoco significaba entonces capacidad omnímoda y facultad omnipotente. Era un poder que se consideraba ordenado por unas virtudes situadas por delante de la justicia, por una disciplina de religión más directamente. Como disciplina doméstica se llamaba *oeconomica*, una economía tratada por teólogos (5).

Y no era un asunto exclusivamente doméstico. Por esta vía, como padres de una familia constituida por su reino, por toda su república, también se facultaba ulteriormente a los reyes y otros soberanos. También se les aplicaba de esta forma la economía. Además y al margen de toda su *iurisdictio* o de todas sus *iurisdictions* conforme a sus múltiples *personae*, tenían una *potestas* dicha económica y de policía que les confería poderes políticos no sometidos a ordenamiento jurídico. Es algo de mayor alcance que el punto normalmente considerado del príncipe *absolutus* por situarse por encima de la ley; es más, mucho más, porque así podía colocársele sobre todo el derecho y sobre todo derecho. Existía así la posibilidad de poderes que no constituían jurisdicciones, que no eran así derechos ellos mismos. Ordenando entonces la religión, tampoco es que con esto quedasen puramente exentos, pero no resultaban justiciables. Había espacio así sin derecho ni, por tanto, derechos (6).

* * *

Imagínese lo que pudiera suponer para todo este contexto preconstitucional, para todo aquel mundo histórico, que algunos comenzasen a pensar al individuo como una entidad capaz de derecho propio, de constituirse en titular

(4) JOHN PHILLIP REID: *Constitutional History of the American Revolution, III: The Authority to Legislate*, Madison, 1991.

(5) B. CLAVERO: «"Beati dictum". Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1993.

(6) LUCA MANNORI: «Per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 1990.

en sí mismo y actor por sí mismo de derechos. Es algo que empieza, en efecto, a concebirse a lo largo del siglo XVII en Inglaterra, por el mismo tiempo y en los mismos medios donde se sitúan precisamente unos primeros comienzos de la historia constitucional en su vertiente institucional.

Puede pensarse que estas cosas están perfectamente interrelacionadas, que una se debe incluso a la otra, que dicha misma historia institucional de signo constitucional puede precisamente comenzar porque se ha establecido su premisa, la posibilidad de un derecho previo, de unos derechos precedentes, a la propia constitución social, al propio ordenamiento jurídico, a esta acción constituyente. En nuestro punto, puede imaginarse fácilmente lo que sigue.

Desde el momento en que los derechos se conciben en cabeza de individuos humanos y no en cuerpo de estados sociales, desde entonces, puede imaginarse que los mismos encerrarán un valor constitucional y, sobre todo, una capacidad constituyente. Es así de esperar que los derechos de dicha especie, los de titularidad individual, se afirmaran como postulados previos al establecimiento del ordenamiento jurídico, con lo que se plantearía como tal el problema de la garantía y de toda la consecuencia que decimos constituyente desde este mismo primer inicio de toda la historia constitucional. Si los derechos dejan de ser una resultante del derecho para constituirse así en premisa suya, ya entonces nos encontramos con el cuadro que dará lugar a nuestro enunciado constitucional. Todo esto es fácil de presumir, pero difícil de documentar. La historia no resulta tan lógica. Nuestra definición no es lo primero que se produjo.

Mírese el primer instrumento declarativo de derechos que ya puede y suele considerarse como un arranque constitucional, la declaración inglesa de 1688. Reléase, pues es bien conocido. Procédase ahora a su lectura no desde la perspectiva de la historia posterior, la constitucional, la nuestra, sino desde la suya propia, la de su presente, la de la historia entonces existente, la anterior. Compruébese que con dicha declaración se trataba de un asunto de demarcación de jurisdicciones para la determinación de derechos conforme siempre a estados. Jurisdicciones que se cancelan, como alguna monárquica, jurisdicción que se refuerza, como en dichos términos, los jurisdiccionales, la parlamentaria, y derechos que se afirman conforme a un estado político y conforme también a unos estados sociales; he aquí el contenido histórico, el de su momento, de esta declaración.

Se trataba ante todo de derechos de los súbditos, *rights of subjects* según se presentan, derechos de quienes participaban del estado político de pertenencia y subordinación a la monarquía y república británica, y se trataba sobre todo de derechos políticos, de quienes participaban de un estado social de iglesia, de nobleza o de localidad con la franquicia correspondiente. No hay

derechos propiamente de individuos. *Subject* significa aquí todavía, en este documento de 1688, súbdito, aunque fuera ya más de parlamento que de monarquía, sujeto en todo caso por la acepción adjetiva y no por la sustantiva. En el terreno jurisdiccional, algo que como la institución del jurado, juicio de pares, pudiera interesar a una garantía de derechos de individuos, no aparece tampoco bajo esta clave, sino también en función política.

No niego que nos encontremos en los inicios de la historia constitucional; no puedo hacerlo sobre todo por las implicaciones institucionales de aquella demarcación de jurisdicciones, lo cual tiene que ver con el segundo término de la definición, que no es ahora nuestro problema. Sólo digo que, con dichos comienzos y todo, seguimos sin contar con nuestra fórmula, sin la definición precisamente, sin su primer término sobre todo. La historia no era la lógica. Tenemos constitución, la tenía Inglaterra, como en seguida se reconocerá en la época, y no tenemos la definición. No tenemos particularmente todavía, en 1688, al individuo como titular del derecho, de unos primeros derechos.

Esto es lo que traerá acto seguido, proyectándose sobre la propia declaración de derechos, la misma historia inglesa. A lo largo del siglo XVIII se extiende aquella ocurrencia de la concepción del individuo como sujeto capaz de derechos generando una cultura que va cobrando arraigo. Se produce una confluencia con la práctica política desenvuelta a partir de la demarcación jurisdiccional de 1688. Un punto podrá ser especialmente relevante a nuestros concretos efectos. El individuo se concibe como sujeto de libertad y propiedad y el jurado, precisamente el jurado (7), ahora en general se entiende y en buena parte practica como la institución que sirve para garantizar estos concretos derechos. No se debe ser privado de ellos sin el juicio de conciudadanos, de vecinos propietarios varones libres entonces. Y todo esto se proyecta como digo sobre el mismo documento declarativo de 1688. *Subject*, el mismo súbdito beneficiario de la declaración de derechos, podrá entenderse individuo, así, en este sentido, sujeto (8).

Porque la realidad del ordenamiento no respondiera completamente a esto, no dejaba de fomentarse y propagarse este género de ideas. Iban abriéndose espacio. No sólo operaba el derecho; había más posibilidades. Estaba ahora también la economía como espacio siempre previo al ordenamiento establecido, pero espacio ya no de religión, sino precisamente ahora de derecho, de derechos de individuos, de una libertad que se identificaba con la propie-

(7) J. R. POLE: «Reflections on American Law and the American Revolution», en *The William and Mary Quarterly*, 50, 1993, 1, *Law and Society in Early America*.

(8) J. P. REID: *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1988.

dad (9). Así también evolucionaba. Tampoco se trataba entonces de hacer que la realidad respondiese por entero a tal género de novedades. Los derechos no se concebían, seguían sin concebirse, como premisas de un orden a constituir; se consideran, seguían considerándose, como resultantes del orden constituido, como tales entonces con sus garantías. Tras la demarcación jurisdiccional última, la de 1688, satisfacían unas instituciones. No había planteamientos constituyentes.

Todo lo cual también significaba que los estados en general persistían: estado de sexo, estado de familia, estado de religión, estado de corporación, estado de localidad, estado de territorio, estado de etnia... Con sus garantías naturales, sin mayor problema, los derechos seguían conformándose a los estados, resultando así conformes al ordenamiento establecido sin plantearse una viceversa. Algunos, como el varón propietario de nación inglesa, encontraban el espacio para tener derechos como individuos. La individualidad era entonces como un estado entre estados. No había posibilidad de que todos lo compartieran. Esto hubiera exigido la supresión completa de todo el resto de estados, el acto constituyente que no se planteaba.

Para nuestro concreto punto, América no añade mucho. El constitucionalismo norteamericano pudo ser desde un primer momento creativo en la vertiente institucional, en el diseño de los poderes, en el segundo término que aquí no tratamos, pero lo fue menos, no tuvo que serlo tanto, respecto a los derechos. Aun con formulaciones más categóricas, pudo en esto reducirse a mantener y reformar la misma concepción inglesa (10). Resultó continuista y así todavía no constituyente en lo referente tanto a un concepto de los derechos, ligados ante todo al propio estado político, como también a una práctica, conforme al mismo tracto de un ordenamiento que ofrecía sobre todo el amparo del jurado. Allí se afirmó especialmente la conexión constitucional de principio entre una cosa y la otra, el derecho del individuo y la garantía del jurado. Las garantías de una justicia seguían siendo sustancialmente las constituidas, de donde que no se plantease como tal y en general el problema de la constitución de garantías.

En América puede acentuarse la individualidad de los derechos, pero sin afectarse sustancialmente a su entidad jurídica. Un planteamiento constituyente, que ya existe para las instituciones o los poderes, no les alcanza. Siguen siendo resultantes de ordenamiento y dependientes así de estados; alguno

(9) LOUIS DUMONT: *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique*, París, 1977.

(10) J. P. REID: *Constitutional History of the American Revolution, I: The Authority of Rights*, Madison, 1986.

desaparece, como el de nobleza, mas otros cobran una inusitada fuerza, como el de etnia (11). La garantía la presta la justicia en una parte que tampoco se somete a acción constituyente. El jurado aparece entre los derechos, como uno de ellos, en cuanto que forma constitucional de amparo de la libertad personal y de la propiedad privada. Y se entiende no un jurado que responda a las exigencias de dicha función, a la garantía de la libertad y la propiedad de cada uno y de todos, sino la institución del jurado tal como existe, con exclusiones así de estados, comenzando por el sexo y por la etnia, por los no varones y los no blancos. Son cosas instituidas, que no tienen por qué decirse en los documentos constitucionales. No toda la constitución se encierra en unos textos.

* * *

Llegamos o volvemos a nuestra definición famosa. De cara a todo lo anterior, por puro contraste, parece que por fin encontramos un programa constituyente que no sólo se contenta con situar en primer lugar a los derechos, sino que extrae inmediatamente el corolario de que el ordenamiento debe garantizarlos, de que deben constituirse unas garantías que realmente los aseguren. La expresiva redundancia ya ha podido apreciarse que es de la misma definición.

El primer problema son, siguen siendo, los estados, su cuadro discriminatorio de capacidades y facultades que respondía a una tradición de ordenamiento sin noción de individuo y menos de sus derechos. Si tienen que garantizarse los derechos, deben suprimirse los estados. Así precisamente se entiende. No es sólo que las proclamaciones de derechos asuman un tono universalista, lo que también ya ocurría en el caso norteamericano; es que se intenta la supresión de los estados en el terreno más efectivo del derecho constituido, así entonces constituyente (12).

Salvo el estado político, los primeros años de la revolución francesa asisten a una supresión de estados jurídicos, comprendido el de sexo y familia, que no ha vuelto a conocer la humanidad hasta tiempos recentísimos, lo cual expresamente se planteó y efectivamente se hizo como cumplimiento de un programa constituyente de la libertad del individuo. Los derechos se tomaban en serio. Trataban así de convertirse en la verdadera premisa de todo el ordenamiento según postulaba la definición constitucional.

(11) JACK P. GREENE (ed.): *The American Revolution. Its Character and Limits*, Nueva York, 1987.

(12) MARCEL GARAUD: *Histoire générale du Droit privé français, 1789-1804*, I: *La Révolution et l'égalité civile*, París, 1953, y III: *La Révolution française et la famille*, ed. Romuald Szramkiewicz, París, 1978.

Digo que esto, una supresión tal de estados en consideración y provecho de los derechos, se conoció entonces y no ha vuelto a conocerse hasta tiempos bien recientes porque duró poco. Particularmente, los estados de sexo y familia se repusieron pronto, pudiendo seguir otros; se repuso en realidad todo un ordenamiento a cuyas resultas quedaban los mismos derechos individuales. Fue la obra de éxito de la codificación napoleónica (13), así facilitada (14). Aquí, en el modelo francés que se extendería de momento por el continente europeo, ni siquiera se mantuvo un grado de posición de derechos equivalente al del constitucionalismo anterior, el británico de una parte y otra del océano. La definición famosa de 1789 quedó como una fórmula afortunada sin fortuna propia.

¿Cómo pudo ocurrir en pocos años todo esto? ¿Cómo pudo pasarse de la exaltación a la degradación de los derechos? ¿Qué papel desempeña nuestra definición en ello? Bastante esto último, según creo. Aquí se sitúa nuestra definición. Las respuestas a tales interrogantes pienso que se encierran en la misma declaración de derechos de 1789, con su famosa definición incluida en una posición neurálgica. A él, a este documento, vuelvo y con ella, con nuestra definición, concluyo. Lo hago con su pronunciación de los derechos y su sentido de las garantías.

Los primeros, los derechos, siguen teniendo una fuerte carga de estado, de estado político, con una anteposición de la nación como sujeto constitucional que no se daba en los constitucionalismos precedentes. Los mismos derechos que se contemplan son esencialmente de carácter político, para la actuación de la nación por los ciudadanos; otros que pudieran ser más individuales, como los de unas garantías procesales, ya se conciben a continuación bajo la misma preeminencia de la nación, con sujeción a sus leyes. Los derechos quedan bajo un derecho que se identifica ahora completamente con la ley en el sentido de norma de determinación política. El único derecho inequívocamente individual que se concreta en esta declaración era el de propiedad, que venía extravagante tras la definición (15).

Dicho de otro modo, en un constitucionalismo primero, el anglonorteamericano, podían existir, con su propia dinámica, derechos, esto es, facultades individuales previas al ordenamiento y garantizadas por las instituciones, comenzando por las judiciales. En el constitucionalismo de segunda hornada, el francoeuropeo, el nuestro, ni siquiera tenía finalmente cabida tal posibili-

(13) ANDRÉ JEAN ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973.

(14) JEAN LOUIS HALPÉRIN: *L'impossible Code civil*, París, 1992.

(15) B. CLAVERO: *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991.

dad. Los derechos eran aquí una eventualidad que quedaba a disposición de la ley, a resultas de una determinación así política.

En todo caso, en todos los casos, existiendo estado, aun sólo uno, el político, hay posibilidad de reposición de estados. Y bien que se repuso en nuestro caso, como ya he recordado, un estado dicho civil, el de sexo y familia. La manera como la codificación sometió la posibilidad de unos derechos individuales a un orden familiar y en definitiva social, el modo como impidió que una parte de la sociedad no pudiera acceder sencillamente a un verdadero derecho y como indujo a que la otra parte, el varón nacional propietario mayor de edad, tuviera, más que derecho, poder, comenzando por la patria potestad, tampoco tiene precedentes en el constitucionalismo anterior. No es que no se diese entonces una misma situación en otras latitudes constitucionales; es que no se sometía de tal modo a la determinación y control de la ley de factura política, a la responsabilidad del propio ordenamiento.

Y es en todo ello fundamental el asunto de la garantía, la forma como se concibe y establece. Para la declaración francesa, para el planteamiento continental europeo, al contrario no sólo que todo el constitucionalismo precedente, sino también a la contra de toda la historia jurídica anterior, con una ruptura de este calado, la garantía de los derechos, de los derechos particulares, no es la justicia, esta forma de reposición, devolución o resarcimiento del derecho concreto, este modo de resolución jurídica que parece el apropiado a tales determinados efectos. Lo es, garantía, la ley, esta acción política. Como dirá paladinamente la segunda declaración de derechos de la revolución francesa, la de 1793, en su artículo 23: «La garantie sociale consiste dans la action de tous pour assurer à chacun la jouissance et la conservation de ses droits; cette garantie repose sur la souveraineté nationale.»

En la cuestión lógica o en la falta de ella ya he dicho que no entro. El caso es que para este tipo de declaraciones, como para las constituciones que le acompañan y dan cuerpo, la justicia en sí y por sí no existe. Es una función de la ley (16). Cuando en nuestra misma definición se habla de separación de poderes, no se menciona ninguno; en el resto de aquel documento, el de 1789, sólo figuran dos: el poder legislativo y el poder ejecutivo; unas prácticas judiciales aparecen como dependencias suyas, como funciones particularmente de la ley. Esta, la ley, ella sola, es la garantía del derecho, de los derechos, para este planteamiento constitucional más constituyente. El jurado ni asoma en esta declaración de derechos.

Y efectivamente la ley fue garantía de los derechos, del derecho. Toda

(16) J. L. HALPÉRIN: *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, París, 1987.

aquella supresión de estados pudo producirse por la acción legislativa, por esta posición superior del correspondiente poder. Había un contrasentido. Si los derechos se constituían efectivamente en premisa, no debía haber ningún poder exento de derecho. Resultaba, en cambio, que el propio derecho quedaba sujeto a poder, al poder legislativo, de un modo completo, sin medio de contraste, sin posibilidad de justicia a su nivel de poderes. De la misma forma que la ley, una ley de este poder, pudo suprimir estados, del mismo modo, pudo reponerlos. Los derechos quedaban, en efecto, a su entera disposición. En realidad, en este constitucionalismo, no los hubo en ningún momento porque siempre estuvieron, sin garantía propia, bajo el poder legislativo o incluso también del ejecutivo, de los verdaderos poderes, los que la declaración desde un primer momento identificara.

Al mismo tiempo que esto ocurría, que las leyes servían o sujetaban a los derechos haciéndolos así en todo caso dependencias suyas, aquellos poderes preconstitucionales que dije de economía y policía, en vez de desaparecer como requeriría la definición constitucional, se potencian y conforman como todo un derecho público, *droit public*, derecho propio de un poder teóricamente sólo ejecutivo que así mal merece entonces el nombre de derecho, y poder que así pudo también asumir unas facultades normativas de las que había quedado, en cambio, totalmente privada la justicia (17). Dichos únicos poderes identificados en la declaración de 1789, el legislativo y el ejecutivo, no se plantearán mínimamente en función de los derechos y su garantía. Podrán perfectamente no hacerlo. Es historia conocida.

Ahí entra la definición. Lo que me interesa señalar es que, con su silencio sobre la justicia y su clamor respecto a la ley, todo lo dicho se encerraba en la declaración de 1789, en ésta en particular, con su famoso concepto. Con esta situación me parece que la misma definición respondía a la parte menos constitucional del empeño, al planteamiento constituyente que dejaba las garantías y con ello los derechos a disposición del poder legislativo, de la decisión política. La propia separación de poderes podrá resultar para los mismos derechos, no una garantía, sino una entrega. Concentraba el poder en el legislativo con participación del ejecutivo y exclusión del judicial. Hubiera bastado una mención garantista, por sí misma, de la justicia, simplemente de ella sin necesidad de otra mención concreta, para evitarse el efecto. La misma institución del jurado, que de hecho se introdujo, no podía alcanzar en este contexto un valor constitucional como garantía propia de los derechos (18).

(17) MICHEL VERPEAUX: *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París, 1991.

(18) ROBERT BADINTER (ed.): *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París, 1989.

* * *

La revolución francesa había hecho tabla rasa de la justicia, suprimiendo de raíz una y creando de nuevo otra. Predicó unos derechos anteriores al derecho, por encima suya, pero al mismo tiempo produjo unas garantías ulteriores al derecho, por debajo suya. Y una cosa es la otra, los derechos las garantías; deben serlo para que no se reduzcan a mera proclamación inefectiva. Ciertamente es que la justicia preconstitucional no presentaba a estas alturas en el caso una pieza tan apropiada como la del jurado, pero existía con un sentido de la independencia frente a poderes, frente a la misma potestad legislativa, que la revolución francesa cercenó. Era una justicia con una experiencia de garantía que, aunque referida a otro concepto de los derechos, no resultaba despreciable. Se trataba de fundar precisamente otra justicia, una que se debiese a la ley, a su nuevo poder, y no a los derechos, ni antiguos ni nuevos.

Los derechos no podían constituirse por la ley. En este caso quedaban a disposición suya, sin defensa frente a ella. No es la norma, sino la cultura, la que podía traerlos. Tampoco es la constitución en su sentido normativo, sino la historia en su alcance constitucional, en aquel alcance que sólo puede conferirle la evolución de la cultura, la que podía traer las garantías, unas garantías de este valor constitutivo. La inspiración constituyente de nuestra definición, resultante de la ruptura revolucionaria con el jurisdiccionalismo histórico, arrasaba con las mismas posibilidades de establecimiento de un sistema en rigor constitucional, un sistema que comenzase por reconocer derechos ofreciéndoles garantías.

Con todo ello quedaron efectivamente los derechos como las garantías, las garantías como los derechos, a la disposición entera de una acción constituyente que caía en manos del poder legislativo y en el brazo ejecutivo. De todo esto procede el problema. Del cortocircuito de la justicia, del desarbolamiento de su función constitutiva, deriva la necesidad de una definición constitucional que situase en primer lugar el imperativo constituyente de una garantía de los derechos. Faltaba y se precisaba. Fue lo característico en el terreno jurídico no sólo de la revolución francesa, sino también del legado que dejara, el nuestro.

En fin y en suma, una buena definición respondía a una mala constitución. Un buen concepto podía ser un mal derecho. Podía así darse a un tiempo el grado mayor de presunción constitucional y el grado menor de garantía jurídica. Podía producirse un sistema expansivo que contaba con la coartada constitucional para predicar derechos sustrayéndolos y para legitimar poderes imponiéndolos. Son cosas que podían y que todavía pueden ocurrir. Somos

al fin y al cabo herederos de aquella presunción. La revolución francesa fue realmente a la postre como mínimo europea, como máximo universal. El espacio mínimo ya viene, aun a duras penas (19), corrigiéndose, pero obsérvese el espacio máximo, desde el continente iberoamericano a las penínsulas e islas asiáticas, desde las latitudes islámicas a las áreas ex soviéticas, para comprobarse el alcance y la persistencia de un éxito.

* * *

Concluyo, mas no sin permitirme unas expresiones finales que debieran haber sido iniciales. Ruego que me las permitan porque no quiero dejar de manifestar públicamente el honor y el privilegio, la satisfacción y la alegría que para mí personalmente representa la participación en este homenaje al profesor y magistrado Francisco Tomás y Valiente con ocasión de su investidura como doctor honorífico de la facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Messina. Por su calidad de magistrado, tengo como ciudadano una deuda contraída con él que quizás algún día pueda considerar pagada; por su calidad de profesor y mi condición de universitario, existe otra que creo estar diariamente satisfaciendo; pero por su calidad de persona y de persona íntegra, sin duplicidad de personalidades, hay una, personal, que sé que nunca podré saldar. Hay suertes en la vida que sólo cabe agradecer. Amigo y profesor, gracias. Profesores y profesoras, amigas y amigos, muchas gracias.

(19) B. CLAVERO: *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988.