

Sebastián Martín

*Los juristas en la gènesis del franquismo  
¿Un contraste posible?*

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Ruptura del saber jurídico – 3. Legitimación del 18 de Julio – 4. Teorías del caudillaje – 5. Espejos de legislación – 6. Emulación totalitaria – 7. El marco ideológico de la legitimación cultural

*1. Introducción*

El asunto que abordan estas páginas es la intervención de los juristas españoles en el establecimiento de la dictadura franquista. Abarca el periodo que va desde 1937, cuando comienzan a colocarse los primeros puntales del «nuevo Estado», hasta 1943, cuando el declive de los totalitarismos europeos en la II Guerra Mundial obligó a un proceso de revisión de las categorías jurídicas y políticas que habían sido utilizadas hasta el momento. Se estudia, por tanto, la etapa que ha sido denominada, desde el punto de vista de la fundamentación cultural del Estado de Franco, como de «seducción totalitaria»<sup>1</sup>. Y se hará tratando de tener presente, como punto de comparación cualificado, el de la Italia fascista.

En este sentido, lo primero que llama la atención, como peculiaridad de la experiencia española, es la existencia de una cesura violenta en el campo académico. La causa, bien conocida, no es otra que la guerra civil, rasgo que singulariza a las doctrinas fascistas españolas y las distancia del resto de narrativas totalitarias. Así pues, el primer dato que distingue la obra de los juristas en el arranque de la dictadura franquista es que, de una parte, se encuentra determinada por el intenso e implacable proceso de depuración que sufrió el mundo universitario, y de otra, se halla volcada, al menos en una de sus dimensiones capitales, en la legitimación, con los argumentos del derecho, de los motivos fundacionales de la dictadura: el golpe de Estado del 18 de julio y el sentido providencial de la guerra civil.

Los dos primeros puntos de este trabajo tratarán así de ese doble

---

<sup>1</sup> M.Á. GIMÉNEZ MARTÍNEZ, *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid, CEPC, 2014, p. 37.

aspecto: la ruptura del saber jurídico y la legitimación de la sublevación militar con los principios del derecho. Otra de las dedicaciones predilectas de los juristas del momento era elogiar en sus publicaciones doctrinales las grandes obras legislativas de la dictadura, entendidas como los pilares sobre los que se iba alzando el nuevo Estado. Esta disposición sumisa del discurso jurídico respecto de la obra del legislador, que contrasta considerablemente con la inclinación crítica que había solido exteriorizar antes de la guerra, presuponía una determinada noción de la soberanía y de su concentración, en forma de facultad normativa ilimitada, en la persona del dictador. Esta noción se concretó en el caso español con una famosa teoría del caudillaje, que habrá de interesarnos como presupuesto lógico de la dedicación profesional apuntada: la paráfrasis reverencial y admirada, ajena a la construcción dogmática, de las leyes constitucionales del régimen dictatorial, o, por expresarlo en otros términos, la dedicación frecuente al género de los *espejos de legislación*. Los puntos tercero y cuarto encararán este par de asuntos, el de la teoría del caudillaje y el de la acrítica exposición legislativa.

Con posterioridad, en el quinto apartado, nos detendremos en otra de las dimensiones características del discurso de los juristas de comienzos de la dictadura, que tiene íntima conexión con el caso italiano. Se trata de la atención cualificada que prestaron a las experiencias políticas de corte totalitario de Alemania e Italia, en busca de claves de reforma útiles para la construcción del propio Estado. Por último, los juristas construyeron un discurso muy determinado, que abarcaba principalmente los terrenos de la filosofía social, la historia jurídica y la teoría del Estado, con el fin preponderante de legitimar la instauración de la dictadura. Se trató de una retórica ambivalente, que combinaba una faceta conservadora, en la cual la dictadura se presentaba como la restauración dolorosa del orden tradicional español, con otra faceta revolucionaria, que subrayaba los puntos de ruptura y superación respecto del Estado liberal y, sobre todo, de la democracia política. En ambos casos se estaba suministrando el marco ideológico sobre el que debían apuntalarse las grandes reformas institucionales. A ello dedicaremos el último de los epígrafes temáticos de este trabajo.

## *2. La ruptura del saber jurídico*

Estudiar el pensamiento jurídico en la génesis del franquismo obliga, por necesidad, a referirse a las condiciones específicas en que se produjo dicho alumbramiento. Se trató, como es bien conocido, de una cruenta

guerra civil que comenzó por parte de los golpistas con un meditado plan de exterminio del enemigo político<sup>2</sup>. En este aspecto, tomó la forma de una suerte de «solución final» contra los que, desde la fundación del Estado liberal a mediados del siglo XIX, habían sido siempre considerados los heterodoxos, desviados o contrarios, por su identidad política o moral, a la comunidad nacional, es decir, los republicanos, los demócratas, los ateos, los socialistas, los anarquistas, los sindicalistas y, por último, los comunistas<sup>3</sup>. Si durante la Restauración o la dictadura de Primo de Rivera se habían empleado contra ellos leyes penales especiales, estados de excepción localizados o directamente represión extralegal, desde el 18 de julio de 1936 tendría lugar su aniquilación final, ya fuese a través de su supresión física, cosa que sucedió con frecuencia, o por su obligatoria asimilación cultural a la nación verdadera, estrategia que comenzó a desplegarse una vez derrotada la República.

Estas circunstancias fundacionales de la dictadura se trasladaron al campo de las administraciones, entre ellas la universitaria, en forma de extendidos y meticulosos procedimientos de depuración. También en la universidad se reprodujo esa persecución y eliminación, física o cultural, del enemigo político<sup>4</sup>. Las nóminas de catedráticos sufrieron numerosas bajas, unas veces por su asesinato y otras, no menos numerosas, por el exilio forzoso. Los que permanecieron fueron sometidos a los procesos de depuración citados. El más mínimo signo de militancia progresista o liberal durante los años republicanos fueron causa suficiente para la punición, desde la expulsión del cuerpo al cambio de asignatura o a la marginación académica. Muchos catedráticos, aun siendo depurados sin sanción, pasaron a vivir un doloroso exilio interior, colocándose en la irrelevante periferia del debate académico. Con esta merma de personal, el Estado se vio obligado, en casi todas las ramas del saber, a activar mecanismos de reconstitución de las diversas disciplinas. Fueron numerosos los concursos y oposiciones convocados en los primeros años de la década de los cuarenta. En esta cooptación más o menos masiva del personal académico se prolongó el filtro ideológico

<sup>2</sup> F. ESPINOSA MAESTRE, *Julio del 36. Golpe militar y plan de exterminio*, en *Morir, matar, sobrevivir: la violencia en la dictadura de Franco*, J. Casanova (ed.), Crítica, Barcelona 2002, pp. 53-119.

<sup>3</sup> Repaso todas las estrategias punitivas desplegadas contra estos colectivos políticos en mi «Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea (1870-1970)», en «Quaderni Fiorentini», 38 (2009), pp. 861-951.

<sup>4</sup> J. CLARET MIRANDA, *El atroz desmoche: la destrucción de la universidad española por el franquismo, 1936-1945*, Barcelona, Crítica, p. 206; *La destrucción de la ciencia en España: depuración universitaria en el franquismo*, coord. L.E. Otero Carvajal, Universidad Complutense, Madrid 2006.

excluyente ya empleado en los procesos de depuración, con el fin de continuar asegurando, así, la condición ideológica derechista y nacionalcatólica del nuevo profesorado<sup>5</sup>.

Los profesores que fueron ejecutados o marcharon hacia el exilio se encontraban en muchos casos entre los más valiosos. No se trata de un dato menor. La cuestión tiene relevancia porque los sectores académicos que trajeron y apoyaron el sistema republicano, bien nutridos de juristas, fueron en buena medida los responsables del auge de las ciencias y las artes en España, los autores de la llamada en la historia cultural *Edad de Plata*<sup>6</sup>, con instituciones célebres como la Residencia de Estudiantes o la Junta para la Ampliación de Estudios, y con un programa, elaborado y resuelto, para la elevación de la cultura del país: la llamada «europeización»<sup>7</sup>, que consistía en la colocación de España, en el terreno científico e intelectual, a la altura de Europa, como condición para superar la crisis y los problemas atávicos de la nación. Por este motivo, entre los numerosos juristas que perdió la academia española a causa de la guerra civil, sobresalían algunos que habían logrado, con sus trabajos y la orientación de sus discípulos, fundar escuelas solventes e inscribir la producción doctrinal española en el debate jurídico europeo. Seguidamente se darán cumplidos ejemplos de ello, pero antes deben indicarse algunas otras consecuencias de este proceso de depuración general vivido por la universidad de posguerra.

La principal de ellas es la ruptura que supuso. No es casual que una obra clásica y pionera dedicada a exponer los rasgos del *pensamiento español en la era de Franco* comience anotando este dato de la ruptura<sup>8</sup>. Esta interrupción de la corriente científica en España tuvo dos aspectos. Si, estructuralmente, la producción del saber es cumulativa, y su evolución consiste en la asimilación crítica del patrimonio elaborado y conservado por un determinado cuerpo profesional para producir obras y practicar enfoques a partir de él, la guerra, las sucesivas depuraciones y sus consecuencias apuntadas cortaron bruscamente este proceso de acumulación progresiva necesaria para el desarrollo de los saberes. Por otro lado, este corte tomó la forma de exclusión

<sup>5</sup> Para un balance reciente de todo este panorama, incluidas las diferentes ramas de la enciclopedia jurídica, vid. L.E. OTERO CARVAJAL (dir.), *La Universidad nacionalcatólica. La reacción antimoderna*, Universidad Carlos III – Dykinson, Madrid, 2014.

<sup>6</sup> J.C. MAINER, *La Edad de Plata (1902-1939): ensayo de interpretación de un proceso cultural*, Cátedra, Madrid 2009<sup>6</sup>; Á. RIBAGORDA, *Caminos de la modernidad: espacios e instituciones culturales de la Edad de Plata (1898-1936)*, Fundación Ortega y Gasset, Madrid 2009.

<sup>7</sup> A. NIÑO RODRÍGUEZ, «La europeización a través de la política científica y cultural en el primer tercio del siglo XX», en «Arbor», CLXX, n° 669 (sept. 2001), pp. 95-126.

<sup>8</sup> E. DÍAZ, *Pensamiento español en la era de Franco (1939-1975)*, Tecnos, Madrid 1983, p. 21.

de algunos autores, los cuales, como se ha indicado, eran precisamente los que, en buena parte, habían sido responsables del despertar de las ciencias en España, y de la europeización de nuestro saber jurídico. Por eso la ruptura, en muchos casos, cobró la forma de una devaluación regresiva de la ciencia.

Por último, esta alteración notoria del ámbito académico, que afectó naturalmente al terreno del derecho, supuso asimismo una descomposición de la ciencia, ante todo la social, en un sentido muy concreto: el de la colonización del campo científico por parte del poder. Las propias depuraciones o los ejercicios de oposición son una clara muestra de ello. Entendidos como práctica social, eran el momento en el que los catedráticos o los aspirantes a serlo debían desnudarse ideológicamente, hacer profesión expresa de adhesiones políticas y manifestar su subyugación al discurso oficial ante los colegas que ejercían de depuradores o de jueces de oposición, obrando de representantes directos del poder con el fin de garantizar la pureza ideológica de quienes profesaban o ingresaban en una cátedra. Esta sumisión, bien visible a nivel de las prácticas académicas del primer franquismo, no podía sino transferirse al terreno discursivo, donde también se apreciaba la completa subordinación de las ciencias sociales a los requerimientos del nuevo Estado. En este aspecto se había producido asimismo una ruptura considerable, pues el saber jurídico se había distinguido, tanto en los tiempos de la Restauración como durante la República, por gozar de considerable autonomía respecto del campo del poder político, autonomía que le permitía ponderar críticamente las leyes y las actuaciones del poder establecido. Nada de eso continuó tras la guerra<sup>9</sup>.

La ruptura del saber jurídico en España contó así con causas y consecuencias muy determinadas. Se debió a la guerra civil y a los consiguientes procesos de depuración. Implicó la sumisión del discurso de los juristas a los designios directos del poder dictatorial. Interrumpió la sedimentación progresiva del saber, expulsó del horizonte todo un patrimonio intelectual acumulado durante décadas y puso en su lugar las referencias doctrinales a las que aludiremos en el último epígrafe del trabajo. Supuso, en fin, la proscripción, expresa o tácita, del profesorado desafecto a los principios del fascismo español, con la peculiaridad de que entre esos catedráticos figuraban los que más habían trabajado por la europeización de sus respectivas disciplinas. Este fenómeno puede apreciarse, de hecho, en numerosas materias jurídicas.

<sup>9</sup> Sobre los paradigmas jurídicos vigentes en la España de la Restauración (1875-1930) y la República (1931-1936) me ocupo en *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español, 1870-1945 (I)*, en «Historia Constitucional», 11 (2010), pp. 89-125.

Uno de los casos más llamativos es el del derecho penal<sup>10</sup>. Desde los años veinte, la penalística española había venido instituyéndose bajo la dirección de Luis Jiménez de Asúa, catedrático de la Universidad Central de Madrid y maestro de José Antón Oneca, José Arturo Rodríguez Muñoz, Emilio González López y Manuel López Rey. Se trataba de un autor afín a la escuela correccionalista de Pedro Dorado Montero, próximo a Enrico Ferri y a las teorías positivistas<sup>11</sup>, pero que, al comprobar los efectos perniciosos que para las libertades tenían dichas teorías en manos de una dictadura, como la que hubo en España entre 1923 y 1930, realizó un tránsito hacia lo que él llamaba la «teoría jurídica del delito», forma española de denominar a la dogmática penal<sup>12</sup>. Desde ese momento, e incluso desde algunos años antes, él y los penalistas de su escuela se dedicaron de forma sistemática a cultivar el derecho penal desde esta perspectiva. Redactaron importantes monografías, tradujeron el decisivo tratado de Edmund Mezger, participaron en las grandes revistas del momento y fueron miembros del principal órgano asesor de los gobiernos de la República, la Comisión Jurídica Asesora.

La cuestión es que Jiménez de Asúa no era solo profesor. También fue destacado militante del Partido Socialista. Actuó como presidente de la comisión parlamentaria que elaboró el proyecto de Constitución de 1931, fue autor de la reforma del código penal de 1932 y presidió el citado consejo consultivo. Su compromiso con el régimen democrático y social era, por tanto, pleno. Y continuó siéndolo durante la guerra, cuando estuvo al frente de la Legación republicana en Praga. La derrota de la República supuso en su caso el exilio forzoso a Buenos Aires, donde continuó dedicándose al derecho penal. Algunos de sus discípulos, pertenecientes a la izquierda liberal, también se exiliaron, como González López y López Rey. Y los que se quedaron pasaron a sufrir la situación del exilio interior, como ocurrió con José Antón Oneca, quien había sido nombrado magistrado del Supremo durante la República y se recluyó bajo la dictadura en su cátedra de Salamanca, hasta que la relativa apertura cultural le permitió ir formando una escuela con profesores que terminaron siendo activos

<sup>10</sup> Trato de forma extendida el asunto en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad*, en «Quaderni fiorentini», 36 (2007), pp. 503-609.

<sup>11</sup> Buena prueba de ello es su tesis doctoral: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada: el sistema de penas determinadas a posteriori*, Reus, Madrid 1913.

<sup>12</sup> L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito: discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932 en la Universidad de Madrid*, Imp. Colonial, Madrid 1931.

defensores del derecho penal democrático antes de la caída del régimen<sup>13</sup>.

El derecho penal español quedó de este modo descabezado. De su reconstitución se ocuparon un autor laborioso, muy informado y prolífico, aunque de nula audacia constructiva e interpretativa, como Eugenio Cuello Calón, y un cacique local, hombre de negocios y dueño de periódicos, que también ejercía de catedrático de penal en Zaragoza, Inocencio Jiménez. En los primeros años ingresaron en la disciplina profesores auxiliares que no habían conseguido hacerlo con anterioridad, por su escasa valía, como José Guallart, o autores doctrinal e intelectualmente desfasados, como Manuel Serrano. El más brillante de todos, Juan del Rosal, provenía de la escuela de Jiménez de Asúa, había sido su auxiliar en Madrid, pero se había adherido desde la guerra a las doctrinas del derecho penal nacionalsocialista<sup>14</sup>. Curiosamente, terminó siendo el maestro de la mayor parte de los penalistas españoles desde la década de los sesenta, dato que quizá explique el silencio habitual que en la disciplina se ha guardado acerca de su pasado nazi<sup>15</sup>.

En el derecho político, nombre que se daba al derecho constitucional, también se observa cierta reconstitución de la disciplina tras la guerra civil. Hubo un propósito de remodelación anterior, durante la II República, políticamente liberal y que confería gran importancia a la dimensión comparada y a la construcción dogmática y técnica<sup>16</sup>. Este primer intento de actualización doctrinal del derecho constitucional estuvo protagonizado, de nuevo, por un descendiente de los autores krausistas y positivistas del cambio de siglo: Nicolás Pérez Serrano, discípulo de Adolfo Posada, director de la *Revista de Derecho público*, fundada precisamente en 1932, y autor de la monografía más célebre sobre la Constitución de 1931<sup>17</sup>. El proyecto de transformación de la disciplina jurídico-política duró igual de poco que la República. Solo ingresaron dos nuevos catedráticos durante su

<sup>13</sup> Como fue el caso de Marino Barbero Santos: vid. A. CUERDA RIEZU, *Tabla genealógico-científica de los profesores españoles de derecho penal en el siglo XX*, en «Anuario de derecho penal y ciencias penales», 43 (1990), pp. 99-115.

<sup>14</sup> J. DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, en «Boletín de la Universidad de Granada», XIV (1942), pp. 303-338; XV (1943), pp. 87-134 y 355-389. Y también sus *Notas para un concepto ontológico del delito*, en: «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 172 (1942), pp. 131-148, redactadas durante la contienda.

<sup>15</sup> Aunque hay excepciones: J.C. FERRÉ OLIVÉ, *Universidad y Guerra Civil*, Universidad de Huelva, 2009, pp. 35-38.

<sup>16</sup> Abordo monográficamente este asunto en *El derecho político de la Segunda República*, Universidad Carlos III – Dykinson, Madrid 2011.

<sup>17</sup> N. PÉREZ SERRANO, *La Constitución española: 9 diciembre 1931. Antecedentes, texto, comentarios*, en «Revista de Derecho Privado», Madrid 1932.

vigencia: Eduardo L. Llorens y un jovencísimo Francisco Ayala. Como en otras materias, la guerra interrumpió este proceso de cambio, separando del servicio, eliminando o llevando al exilio a algunos de sus integrantes. En este caso la conflagración implicó el asesinato de algunos profesores, como Joaquín Labella. También el exilio de jóvenes catedráticos prometedores, como el citado Francisco Ayala, discípulo de Hermann Heller y amigo de Renato Treves, o de otros de gran influjo y relevancia, como Manuel Pedroso, cuyo magisterio en México dejó huella en los escritores Carlos Fuentes y Sergio Pitol. E igualmente supuso el exilio interior de los autores liberales, como Teodoro González, Carlos Sanz Cid y, solo de modo relativo, Nicolás Pérez Serrano, desplazado este último forzosamente a materias de derecho privado, aunque próximo, quizá por conveniencia, a los postulados jurídicos de los fascismos europeos, al menos hasta 1943.

Con estas bajas, fue de nuevo indispensable la reconstitución de la asignatura<sup>18</sup>, dirigida esta vez por un autor conservador de sobresaliente competencia, Carlos Ruiz del Castillo, con el auxilio de algunas autoridades académicas vinculadas al régimen. Los otros dos catedráticos del ala conservadora, Gonzalo del Castillo y Luis del Valle Pascual, aparte de no alcanzar altas cotas intelectuales, eran ya demasiado longevos al concluir la guerra como para sumarse con todas sus energías a esta empresa<sup>19</sup>. Se trataba, de hecho, de la asignatura más importante, junto a filosofía del derecho, para la construcción jurídica del nuevo Estado y su legitimación cultural. Por eso prácticamente todos los que profesores de nuevo ingreso se distinguieron por su temprana obra dedicada a suministrar claves legitimadoras de la dictadura. Fue el caso de Luis Sánchez Agesta, Ignacio M<sup>a</sup> de Lojendio o de Torcuato Fernández Miranda, pero también de otros autores, discípulos igualmente de maestros republicanos socialistas – de Manuel Pedroso, concretamente –, que desde la guerra comenzaron a engrosar las filas del falangismo: me refiero a Carlos Ollero y, sobre todo, a Francisco Javier Conde, uno de los más decisivos teóricos de la nueva política franquista.

Hubo disciplinas muy mermadas a causa del enfrentamiento, como el derecho procesal, que perdió a profesores de la talla de Nicolás Alcalá-

<sup>18</sup> Doy cuenta al detalle de esta reconstitución en *Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español, 1874-1945 (II)*, en «Historia constitucional», 12 (2011), pp. 161-201.

<sup>19</sup> Aunque las que les restaban las dedicaron a ensalzar doctrinalmente la dictadura G. DEL CASTILLO, *Derecho político: el nuevo Estado*, Barcelona, Bosch, 1940; L. DEL VALLE, *El Estado nacionalista totalitario-autoritario*, Zaragoza, Atheneum, 1940, y *Democracia y jerarquía*, Atheneum, Zaragoza 1942.



Zamora Castillo, exiliado en México, o José Ramón Xirau Palau, exiliado en Francia. También el derecho civil sufrió la pérdida de un brillante profesor, el civilista Leopoldo Alas, ejecutado en Oviedo, o de autores de notable prestigio, como Demófilo de Buen, exiliado en México<sup>20</sup>. La refundación de la disciplina quedó en manos de un prolífico civilista de bajo vuelo, José Castán<sup>21</sup>, de Felipe Clemente de Diego, recién nombrado presidente del Tribunal Supremo, y de Blas Pérez González, nombrado director de la *Revista de Derecho privado*. También a México marcharon los filósofos del derecho Luis Recaséns Siches y el más joven, pero de notoria solvencia, José Medina Echavarría<sup>22</sup>. La asignatura más teórica se concentró en manos de quien, durante la República, fue católico liberal, pero tras la sublevación un ferviente falangista, Luis Legaz Lacambra, y del neoescolástico José Corts Grau.

Es evidente que ni todos los que quedaron ni todos los que ingresaron en los primeros años de la dictadura fueron malos juristas. Ahora bien, prácticamente todos los que tuvieron que marchar a causa de las circunstancias sobresalían por su especial competencia doctrinal, su apertura al debate jurídico europeo y su dedicación investigadora. También es evidente que las circunstancias excepcionales de posguerra, el sesgo político de los tribunales de oposición y el propósito de reconstituir rápidamente todas las disciplinas jurídicas propició que ingresasen en numerosas ocasiones aspirantes muy adheridos al «Movimiento Nacional», pero de escasas credenciales científicas. Y los autores eminentes que, pese a su anterior inclinación liberal, se quedaron en España y no pasaron a un segundo plano en los primeros momentos de posguerra, como Joaquín Garrigues – en derecho mercantil – o Camilo Barcia Trelles – en derecho internacional – lo hicieron a costa de poner su extraordinaria capacidad al servicio de la legitimación de la dictadura.

<sup>20</sup> Para seguir el rastro bio-profesional de los catedráticos españoles de derecho, ningún instrumento mejor que el diccionario on-line coordinado por el profesor C. PETIT y disponible en este sitio: <[http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos)>.

<sup>21</sup> Sobre el que es indispensable leer la biografía de A. SERRANO, *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

<sup>22</sup> Como ha podido observar el lector, el exilio jurídico en México fue caso frecuente. Lo está investigando E.E. MARTÍNEZ CHÁVEZ, *Rutas científicas y académicas. Juristas republicanos españoles exiliados en México durante el régimen de Franco*, en *Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global*, eds. M. Meccarelli, P. Palchetti, Universidad Carlos III – Dykinson, Madrid 2015, pp. 231-249.

### 3. Legitimación del 18 de julio

Precisamente la justificación del golpe de Estado del 18 de julio de 1936, con su consecuencia de derrocamiento de una democracia legítima y de cruenta guerra civil de casi tres años, fue una de las tareas que distinguió la labor de los juristas del primer franquismo<sup>23</sup>. No es casual la importancia de la contribución de los juristas a este objetivo legitimador directo. Se pretendía con ello comunicar a las posiciones políticas de los triunfadores la neutralidad y la objetividad que se atribuían, interesadamente, al discurso jurídico. En este sentido, pueden detectarse al menos cinco flancos desde los cuales se intentó justificar, con argumentos propios del derecho, el golpe y sus resultados. Se trataba, en primer lugar, de demostrar, con todos los oropeles de la verdad oficial, la ilegitimidad originaria y de ejercicio del gobierno del Frente Popular formado tras las elecciones de febrero de 1936. En segundo término, desde el ámbito de la historia de las ideas jurídicas, se quería tipificar la sublevación como un acto lícito de resistencia frente a un poder tiránico. Con parecido tenor, pero acudiendo a principios propios del derecho administrativo y militar, se trató de fundamentar el ineludible deber del ejército de proteger a una nación presuntamente agredida por su gobierno. Se recurrió asimismo a las categorías del derecho penal para calificar el propio «Alzamiento militar» como un caso típico de legítima defensa, eximido de toda responsabilidad criminal. Por último, también se pretendió, esta vez desde la disciplina del derecho internacional, negar la condición de rebeldía e ilegalidad a los sublevados y atribuirles justos títulos de gobierno de hecho sobre territorio español.

*La ilegitimidad del gobierno republicano.* En 1938, el entonces ministro del interior, el falangista Ramón Serrano Suñer, creó una «Comisión sobre la ilegitimidad de los poderes actuantes en la República española en 18 de Julio de 1936». De reconocido carácter propagandístico y con esperada proyección internacional, su labor consistiría, según la propia expresión ministerial, en contrarrestar «la imputación de facciosa, rebelde y antijurídica» que la «España marxista» realizaba sobre la «España nacional»<sup>24</sup>. Y para ello, los miembros de la comisión, sirviéndose de «las pruebas más rigurosas», debían

---

<sup>23</sup> Este epígrafe es exposición resumida de otro, sobre el mismo asunto, incluido en mi estudio «Los juristas en los orígenes de la dictadura (1937-1943)», en F. FERNÁNDEZ-CREHUET y S. MARTÍN, *Los juristas y el 'régimen'. Revistas jurídicas bajo el franquismo*, Comares, Granada 2014.

<sup>24</sup> Orden del 21-XII-1938, publicada en el BOE del día siguiente. Extraigo de ella las indicaciones consignadas seguidamente.

«demostrar al mundo» una tesis muy determinada: que el gobierno republicano era ilegítimo, por lo que el ejército, al alzarse contra él, no realizó «ningún acto de rebelión contra la Autoridad ni contra la Ley».

Para la instrucción de este «sumario político-penal» se nombró un nutrido grupo de políticos y juristas. Entre los que se dedicaban al estudio y enseñanza del derecho, encontramos numerosos nombres: Joaquín Fernández Prida, catedrático de derecho internacional, Antonio Goicoechea y Coscuyuela, presidente de la Real Academia de Ciencias Morales, Federico Castejón, penalista y magistrado del Tribunal Supremo, José María Trías de Bes, también profesor de derecho internacional, Manuel Torres López, historiador del derecho, Wenceslao González Oliveros, filósofo del derecho, o el administrativista José Gascón y Marín. Con facultad para servirse de «funcionarios judiciales o administrativos» a fin de practicar «las diligencias pertinentes», la comisión había de remitir sus conclusiones antes del 30 de enero de 1939.

Y así lo hizo. El ya denominado «Ministerio de Gobernación» publicó su *Dictamen*, seguido de un apéndice donde se incluían las pruebas presuntamente incontestables en que se había basado<sup>25</sup>. El texto resultante fue calificado por la *Revista de Trabajo* de «Libro Blanco de la revolución nacional española», dedicado a «los mal informados de sana intención», principalmente de nacionalidad extranjera<sup>26</sup>. El documento mostraba una enmienda a la totalidad de todo el régimen republicano contra el que los militares se habían sublevado. Según los miembros de la comisión, el propio origen de la República fue jurídicamente ilegítimo porque se basó en unos resultados electorales que arrojaron una amplia victoria para los partidos monárquicos. Su proclamación supuso además un cambio de régimen «fuera de todo cauce constitucional». La propia Constitución resultante de aquellas discutibles Cortes Constituyentes carecía de los atributos esenciales de un «Estatuto fundamental del Estado», al estar desprovista del «asentimiento generalizado de los españoles».

Reprochaban a la República democrática que no hubiese sido ni se hubiese comportado como un Estado liberal de derecho, esto es, como un «verdadero Estado de derecho, capaz de ser intérprete y servidor de la Ley y eficaz garantía de la libertad, propiedad y los más esenciales derechos del ciudadano». Cometió, además, hechos ignominiosos, como la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, «negación de toda la historia

<sup>25</sup> *Dictamen de la Comisión sobre Ilegitimidad de los Poderes Actuantes en 18 de Julio de 1936*, Ministerio de Gobernación – Editora Nacional, Madrid 1939. En adelante van a emplearse citas que se hallan recogidas en pp. 17-19, 21, 23-26, 29, 31, 54, 59, 65-7, 69 y 74.

<sup>26</sup> *El Dictamen sobre la ilegitimidad del Gobierno republicano*, en RT, 1 (1940), p. 3.

nacional», consumada, no por anhelo popular, sino por despreciables móviles políticos. Pero el suceso que mostraba ya el carácter indispensable del futuro «Alzamiento Nacional», no fue otro que el de la revolución «social y disgregadora» de octubre de 1934, social por prefigurar el colectivismo comunista que supuestamente ampararía el gobierno del Frente Popular, y disgregadora por aspirar a romper, por la parte catalana, la unidad nacional. Aquellos episodios, a juicio de la comisión, demostraron a las claras la falta de vigor real de la Constitución, los planes subversivos de ciertos sectores de la sociedad y el papel del ejército como garante único de la incolumidad de la patria.

Fue en la primavera de 1936 cuando se encadenaron atropelladamente los sucesos que desembocarían sin remedio en el levantamiento militar, siempre según la versión del *Dictamen*. Las elecciones de febrero fueron celebradas bajo una atmósfera de coacción alentada por los radicales de izquierda, y, desde el escrutinio hasta la aprobación parlamentaria de las actas de diputados, fueron objeto de un extensísimo fraude. El nuevo Gobierno pronto adoptó medidas reprobables: la amnistía concedida a los que habían cometido «delitos políticos y sociales» – es decir, a los involucrados en la revolución de octubre – aprobada por decreto gubernamental, cuando la Constitución, art. 102, solo consentía amnistías «acordadas por el Parlamento»; o también la readmisión de los obreros despedidos por causas políticas, aprobada asimismo por decreto y que, según los miembros de la comisión, supuso la obligatoria aceptación por parte de algunos empresarios de quienes habían estado condenados por asesinar a sus familiares.

Entre los actos supuestamente ilegítimos del gobierno del Frente Popular se enumeraban sus medidas legislativas más destacadas, que trataban de dar continuidad a las reformas del primer bienio, interrumpidas por el ascenso de las derechas a fines de 1933. Se consideraban así inaceptables, e indicios evidentes de ilegitimidad, la restitución de la autonomía de Cataluña, la restauración de la vigencia de la primera ley de reforma agraria y el regreso a la regulación originaria de los jurados mixtos. Si la primera ya sabemos que se reputaba un quebranto inadmisibles de «la unidad de la Patria», la vuelta a la reforma originaria de la propiedad rústica, con otras disposiciones complementarias sobre restricción de desahucios, se estimaban ilegales – por admitirse «expropiación sin indemnización» y por anular «sentencias firmes» – y antieconómicas, por su cariz colectivista. Y la vuelta a la resolución de los conflictos laborales por jurisdicciones paritarias les parecía intolerable por eliminar la presencia de jueces y magistrados de carrera, impuesta en el segundo bienio, y dejar la institución a

expensas de efectivos nombrados «al libre arbitrio ministerial». En definitiva, quienes durante el segundo bienio habían aplaudido la obra de desmantelamiento sistemático de todas las reformas de espíritu republicano reprochaban ahora al gobierno del Frente Popular, como dato que, junto a otros, autorizaba su derrocamiento por medio de la violencia, el que hubiese querido «borrar del derecho en vigor toda obra de los poderes públicos [realizada] en 1934 y 1935».

El corolario de esta acusación general venía dado por la cuestión de la violencia política exacerbada que se desencadenó a partir de la victoria del Frente Popular. Reducida en exclusiva a los desafueros de una parte, pues «los elementos contrarrevolucionarios españoles acudían con insistencia agotadora a los procedimientos legales», se acusaba al gobierno de tolerarla con su pasividad – «desde febrero de 1936 se vivía en un estado de sedición gubernativa» –, o incluso de instigarla, lo que le convertía en responsable directo de la misma. El caso más tristemente emblemático de esta denuncia era la ejecución de José Calvo Sotelo, insinuada en las Cortes por dirigentes republicanos, planificada por las autoridades y consentida por el gobierno. Y lo que es todavía más decisivo: la violencia política desatada iba más allá del puro caos, pues constituía un proceso preparatorio de una «revolución social», que habría supuesto la rendición del Estado ante una «potencia extranjera» y el pronto desencadenamiento en el país de «una verdadera y sangrienta revolución social». Los crímenes cometidos (por una sola de las partes) no eran así accidentes aislados, sino «el ensayo de un sistema». Y el llamado a combatirlos, el gobierno, era manifiestamente incapaz, porque era pieza esencial plan subversivo, tolerándolos, auspiciándolos o ejecutándolos por persona interpuesta. De ahí que, ante un gobierno de delincuentes, solo cupiese la actuación del ejército.

Interesa insistir en la oficialidad de este relato porque su ordenada exposición en el *Dictamen*, obra por entero de juristas constituiría, aparte de un acto de propaganda, el marco narrativo en el que se colocarían todas las publicaciones jurídicas de posguerra, que, de manera central o colateral, atendiesen a los sucesos de la primavera y el verano de 1936. No es objeto de estas páginas someter a crítica este relato, traído aquí como una de las aportaciones clave de la élite de los juristas a la legitimación de la dictadura. Conviene, sin embargo, dejar apuntadas algunas de sus falsedades.

Resulta en primer término revelador que considerasen las reformas democráticas del Frente Popular, que conectaban con las del primer bienio, como fuente de ilegitimidad, o reputar el régimen autonómico como un artefacto llamado inexorablemente a disolver la nación, algo desmentido por la historia posterior. Es además muy evidente la omisión de los crímenes

cometidos por los «contrarrevolucionarios»<sup>27</sup> y del plan desestabilizador al que respondían, encaminado, tanto en su «trama civil» como «militar», a preparar el golpe. Se silencian por completo los estados de excepción que, en sus diversos grados, reinaron en la España del «bienio negro», poniendo en suspenso la Constitución<sup>28</sup>. Las cifras que proporciona del «terror rojo» – 500.000 víctimas en toda España – son disparatadas. Y abundan asimismo las incorrecciones jurídicas, como indicar que la Constitución no permitía expropiar sin indemnizar, algo autorizado por el art. 44, o reputar ilegal el decreto de amnistía, que se acogía al art. 80.

De cualquier modo, ningún argumento de los empleados en el dictamen, ninguno de los hechos en él relatados, podía, bajo ningún aspecto, justificar la atrocidad que acontecería después. Conscientes acaso de ello, y en un lapsus revelador, los autores del informe distinguieron netamente desde un comienzo dos tareas diversas: la supuesta demostración de la ilegitimidad del gobierno republicano a través de la interpretación jurídica de hechos históricos, por un lado, y por otro, la justificación de la propia rebelión militar, labor que no consideraban que les estuviese «encomendada primordial y directamente». Así, aun estando convencidos los miembros de la comisión de la ilegitimidad del gobierno del Frente Popular, admitían explícitamente la posibilidad de «la hipótesis contraria», es decir, de su plena legalidad, pero incluso en este caso – afirmaban – esa «legalidad constitucional externa» debía ceder «ante Dios y ante la Historia», ante los «títulos indestructibles» y «cien veces más fuertes» que llevan a «un país» «a liberarse para permanecer fiel a sí mismo» y a «salvar a la Humanidad» de «un peligro temible y cierto», algo que habían aprendido los firmantes, según su propia expresión, «de los teólogos que, desde Santo Tomás a Mariana, con Vitoria y Suárez, proclaman como santo el derecho a oponerse por la fuerza al tirano que usurpó su poder».

*Resistencia legítima.* Tal fue, precisamente, uno de los tópicos más recurrentes para la justificación del golpe. Se recurrió a la idea de un acto de resistencia contra el despotismo invocando a los escolásticos, pero también utilizando doctrinas revolucionarias. Ejemplo del primer caso es un difundido folleto

<sup>27</sup> Un exacto relato de los mismos, con indicación de «la actitud benevolente de la mayoría de los magistrados» para con el terrorismo de signo fascista, en E. GONZÁLEZ CALLEJA, *Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República, 1931-1936*, Alianza, Madrid 2011, pp. 310 ss.

<sup>28</sup> Un detenido estudio de la cuestión en E. GONZÁLEZ CALLEJA, *En nombre de la autoridad. la defensa del orden público durante la Segunda República española (1931-1936)*, Comares, Granada 2014, pp. 223-257.

del administrativista de la Universidad de Oviedo Sabino Álvarez Gendín<sup>29</sup>. El derecho de resistencia como argumento para legitimar el golpe jugaba un papel muy concreto: el de justificar el apoyo y la adhesión a la rebelión militar con un principio jurídico y tradicional al mismo tiempo. Es decir, el derecho de resistencia a la opresión, una vez mostrado el supuesto carácter tiránico del gobierno republicano y de las «hordas» a las que amparaba, era, además de un derecho universal, una suerte de facultad inscrita en la propia condición católica de los auténticos españoles.

La exposición de las diversas doctrinas teológicas y jurídicas no jugaba así un papel de justificación externa, fundada en el argumento de autoridad, ni siquiera de justificación trascendental, que tomase la resistencia a la opresión como derecho natural, universalizable a todos por igual. Desempeñaba más bien una función de justificación interna, basada en la propia identidad de la comunidad política que se pretendía preservar. Recurrir a Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Francisco Suárez o Vázquez de Menchaca, como hacía Álvarez Gendín, no suponía entonces un ejercicio de mera legitimación doctrinal o moral, sino el uso de unos autores valorados tanto por el presunto acierto de sus ideas como, sobre todo, por expresar con ellas los atributos de la inmarcesible identidad católica española.

Las doctrinas jurídico-políticas medievales y altomodernas acerca del origen divino del poder, la *traslatio imperii* y la finalidad sustancial a cumplir por los gobernantes, la de salvaguardar el bien común, servían en 1939 para afirmar que «el pueblo esclavizado, tiranizado, por unos gobernantes [tenía] abierto el campo de legitimidad para rebelarse contra ellos, máxime si persiguen la sacrosanta religión». Debían concurrir varias condiciones: primera, que se hubiesen agotado «todos los medios pacíficos y legales para derrocarlos», o que, aun quedando algunos expeditos, existiese «peligro grave para el país en demorar la rebelión»; segunda, que hubiese probabilidad cierta de éxito; y tercera, que el medio de la sedición fuese proporcional a la catástrofe tiránica que se pretendía erradicar, «de suerte que no sea peor el mal de la rebelión que el de soportar al opresor». Resulta obvio que para Álvarez Gendín los dos primeros requisitos se cumplían a la altura del 18 de julio; es más, tan evidente era entonces la «probabilidad de éxito», que la rebelión, más que un derecho, constituía, a su juicio, un «deber» colectivo. Ante las consecuencias vistas, menos evidente resultaba su proporcionalidad, sobre todo dada la explícita advertencia tomista del

<sup>29</sup> Para todo lo expuesto, véase S. ÁLVAREZ GENDÍN, *Teoría sobre la resistencia al poder público. El caso español*, Imp. Viuda de Flórez, Oviedo 1939.

riesgo de que «el pueblo sometido al tirano sufra más daño con la perturbación subsiguiente a la rebelión que con la propia tiranía». Esta objeción, aplicable sin forzaduras a lo acontecido, quedaba, sin embargo, salvada con la indicación genérica de que la sola «perspectiva de caer en el comunismo» ya presagiaba un terror mucho peor que el padecido por la guerra. El sacrificio, pues, mereció la pena.

Dentro del marco del derecho de resistencia legítima, otros autores acudieron a la teoría de la revolución, como Ignacio M<sup>a</sup> de Lojendio<sup>30</sup>, flamante catedrático de derecho político de la Universidad de Sevilla. En uno y otro caso, se coincidía en lo fundamental: atribuir al «pueblo» en su conjunto un «derecho» a derrocar el gobierno devenido ilegítimo. Pero las diferencias saltan también a la vista: la inspiración no procedía ya del escolasticismo, sino de la revolución nacional conservadora, muy poderosa en Alemania; el asunto pasaba a colocarse en el plano de la filosofía de la historia, desplazando la cuestión de la legitimidad del poder; el derecho de rebelión no era ya concebido como deber ético o moral, sino como «hecho de naturaleza» marcado por la necesidad; y, por último, se prefería ahora atacar al principal adversario, el socialista, disputándole su propio léxico fundamental en vez de contestarlo desde una tradición, la escolástica, que le resultaba extraña y que, en contraste, podía resultar a todas luces desfasada.

La exposición de Lojendio contaba además con algunos grados más de teorización. El problema de la República, a la que no consideraba siquiera necesario mencionar, era de carácter estructural. Su lastre y caducidad eran los mismos que los de cualquier régimen democrático y liberal, los derivados del que llamaba «absolutismo dogmático», es decir, del «dogmatismo político» o «constitucional», que deseaba dotar de valor eterno a unos principios terrenales por el mero hecho de proclamarlos en unos solemnes documentos escritos. Como buen conservador, a Lojendio tamaño pretensión le resultaba, en el fondo, herética, por querer sentar dogmas «en materia no dogmática». La cuestión es que esa hipóstasis voluntarista de ciertos principios, por una parte, había negado la realidad esencial y natural de la política, y por otra, había amparado unas prácticas que condujeron de forma inexorable a la decadencia. En efecto, esos «evangelios políticos» que habían pretendido ser las constituciones habían terminado por realizar una inesperada «misión terrenal»: proteger la «intangibilidad» de ciertos poderes sectarios, que se encontraron reforzados con la capacidad de la coerción estatal. Esto produjo de forma invariable en la

---

<sup>30</sup> Véase I. M<sup>a</sup> DE LOJENDIO, *El derecho de revolución*, en «Revista de Derecho privado», Madrid 1941, pp. 19-21, 24, 35, 112 y 115-7.



Europa constitucional dos consecuencias, la «rigidez ambiciosa y egoísta del presente», exhibido como concreción inmejorable de la eternidad, y la consiguiente «desgana y negligencia nacionales». Como reacción a ambos trataba Lojendio el «derecho de revolución».

Ésta no se produjo exactamente para contestar a un poder ilegítimo, sino más bien para dar cauce a un torrente histórico-natural que se encontraba obstruido por la ya anquilosada «dogmática constitucional». Por eso el «fenómeno de la revolución» había de concebirse como «un hecho de naturaleza», marcado por la necesidad, y como una pieza del engranaje de la historia, pues constituía un componente ineludible de la evolución y continuidad históricas. «Virtudes patrióticas marchitas», el «honor» dormido y un país «a merced de cualquier energía forastera», tal era la situación legada por el absolutismo de los principios constitucionales, solo rectificable a través de una revolución. De una revolución «nacional», en la que el «pueblo» fuese su agente, distinguiéndose con ello de cualquier revolución de clase. Pero la comunidad política solo actuaría si una minoría selecta la despertaba, y para ello era fundamental la idea de tradición. Efectivamente, la corriente revolucionaria, al parecer de Lojendio, tan solo podía prender si un distinguido «sector nacional» invocaba «una realidad olvidada y maltratada» y enlazaba en un «mismo ideal los prestigios del pasado y las necesidades o inquietudes venideras». Cuando esto ocurría «entonces el pueblo entero resucita[ba]», se activaba una «pletórica energía nacional» y se reanudaba la «marcha histórica errada o detenida».

*Legítima defensa.* Desde el campo de la penalística, la sublevación y sus crímenes se justificaron recurriendo a las típicas eximentes de la responsabilidad. El autor que mayores esfuerzos invirtió en ello fue el ultraderechista beligerante, activo colaborador de los sublevados durante la guerra, Isaías Sánchez Tejerina, titular de la cátedra de derecho penal de Salamanca desde 1936<sup>31</sup>. Dedicó su discurso inaugural del curso académico 1940-41 a un supuesto ejercicio riguroso de análisis jurídico-penal: demostrar que el «Alzamiento Nacional» había sido un claro ejemplo de ejercicio colectivo del derecho de legítima defensa<sup>32</sup>. Sostenía que en el verano de 1936 se

<sup>31</sup> Para su colaboración desde la facultad de derecho con los sublevados en Salamanca, véase el útil recorrido de J. INFANTE MIGUEL-MOTTA, *Por el imperio hacia Dios bajo el mando del Caudillo: profesores de la Facultad de Derecho de Salamanca durante el primer franquismo*, en *Cultura, política y práctica del Derecho. Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, coords. S. de Dios, E. Torijano, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, pp. 545 ss.

<sup>32</sup> I. SÁNCHEZ TEJERINA, *El Alzamiento Nacional comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa. Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1940 a 1941*, Imp. Hijos de Francisco Núñez, Salamanca 1940, pp. 8-9, 13-14, 18 y 24.

daban todos los requisitos que hacían lícito recurrir a ella, presentándola como la respuesta más adecuada para repeler la «agresión ilegítima» que sufría el país. Resultaba un medio «proporcional», pues, pese a la virulencia del levantamiento militar, abundaban antes del mismo «las agresiones contra la vida y la integridad corporal de muchos españoles». Es más, lo que entonces era objeto de agresiones no eran solo la vida y la hacienda de los particulares, sino algo más grave y profundo, «el honor, los sentimientos religiosos, patrióticos, todo lo que constituye lo más espiritual y hermoso de la personalidad humana». Por eso el «Alzamiento», además de proporcional, fue «necesario», porque solo a su través podía atajarse aquella situación.

Sánchez Tejerina encontraba claras similitudes entre un ejercicio común de legítima defensa y lo acontecido a partir del 18 de julio. También entonces se dio lo que era habitual cuando se rechazaba con medios proporcionales y necesarios una agresión inesperada, a saber: que «el agresor sea un sér peligroso», por lo que la legítima defensa, al tiempo que preserva la propia vida, «realiza un deber defendiendo el orden social y eliminando a un delincuente» en potencia. La legítima defensa ordinaria y la aplicada en 1936 compartían, pues, su finalidad conservadora del orden social a través de la liquidación de las personas que lo ponían en peligro. Pero contaban, a su vez, con una diferencia de calado: la peculiaridad del acto de defensa encabezado por el ejército radicaba en su carácter colectivo. Mientras que en el derecho penal común la legítima defensa constituía una acción individual, en lo sucedido con el golpe militar podía apreciarse un ejercicio «colectivo» del citado derecho. Y no era de extrañar, pues de ese carácter mancomunado de la acción defensiva dependía precisamente su eficacia como medio protector.

*El ejército, salvador de la nación.* Precisamente otro de los modos de justificar el golpe atendía a los deberes inherentes al estatuto jurídico del ejército. Su autor, Jaime Masaveu, inscribía la organización militar en una posición dual, ligada tanto a la nación como al Estado, si bien la misión que lo dotaba de sentido era la «Defensa Nacional»<sup>33</sup>. Esta ambivalencia se veía reflejada en el propio soldado particular, unido al Estado por un vínculo de «*tipo jurídico*», pero inserto en la nación por un vínculo aún más poderoso, de «*índole morab*». En épocas de normalidad, de correspondencia entre la fisonomía nacional y su institucionalización estatal, esta dualidad pasaba desapercibida, pero era perfectamente factible que se produjese una disociación radical entre ambos polos, colocándose entonces el ejército en el grave dilema de

<sup>33</sup> J. MASAVEU, *La defensa nacional militar frente a un Estado anárquicamente revolucionario. (Enfoque jurídico)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 172 (1942), pp. 35-38.

si «servir al *Estado* o la *Nación*». A juicio de Masaveu, «semejante conflicto moral militar» era el que se había «producido recientemente en España».

Ante esta disyuntiva, las preferencias debían estar claras. Para determinarlas, bastaba con jerarquizar entre el Estado y la nación. Ésta conformaba el «*ser social natural* por excelencia», mientras el Estado componía «una superfetación política». La prelación era evidente: una era natural, el otro artificio; una era fisiología social, el otro podía llegar a degenerar incluso en «deformación teratológica», si no personificaba, si se atrevía a contradecir, la fisonomía nacional. Por eso, no le cabía duda de que, llegado el caso del dilema aludido, el soldado que «*prometió defender a la Nación ha de hacerlo – si necesario fuere – aun contra el mismo Estado*», y solo enfrentándose a él se convertirá en «*el verdadero salvador de su Patria*».

Estos postulados conducían así, de nuevo, al argumento de la ilegitimidad del gobierno republicano de 1936. Tal era la condición que hacía posible sostener el choque frontal del Estado constituido entonces contra la nación esencial. Dos eran los modos en que Masaveu explicaba aquella hipotética perversión estatal, ambos incluidos en el relato del *Dictamen*: primero, por la persona misma de los «gobernantes», quienes, a su parecer, redujeron el poder público a fuerza desnuda y su ejercicio a puro crimen, siendo algunos de ellos «delincuentes ciertos», al haber sido condenados y encarcelados por los sucesos de 1934; y segundo, por la tolerancia que supuestamente se practicó ante la «revolución social anárquica» que se estaba preparando, una revolución de carácter «regresivo» por basarse en «los instintos primarios». Esta desviación de los gobernantes y su pasividad ante la inminente revolución comunista hicieron, en realidad, que «el Estado deja[se] de serlo para metamorfosearse en *Anti-Estado*». Ante esta circunstancia, pues, se disolvía, en rigor, todo dilema, quedando solo «la obligación ineludible» de «salvar el alma nacional» frente a sus enemigos declarados.

*Legalidad internacional de la sublevación.* Otra de las perspectiva jurídicas utilizadas para legitimar el curso de la guerra y el sentido de su desenlace fue la del derecho internacional<sup>34</sup>. El propósito aquí era reivindicar primeramente el reconocimiento de la beligerancia entre dos gobiernos legales, para rechazar así la intervención extranjera en apoyo de la República, al tiempo que se silenciaba el auxilio italiano y alemán a los rebeldes. Y después, ya a punto de concluir la conflagración, se perseguía el reconocimiento de la administración sublevada como único gobierno legítimo en todo el territorio, sustituto pleno del antiguo gobierno derrotado,

<sup>34</sup> Examina colateralmente el asunto C.R. FERNÁNDEZ LIESA, *La Guerra Civil española y el orden jurídico internacional*, Civitas – Thomson Reuters, Navarra 2014, pp. 38-45.

pero no sucesor de sus responsabilidades internacionales. Hubo exposiciones sistemáticas de estos postulados, que muestran, de nuevo, el apoyo directo por parte de algunos juristas a los sublevados: el ciclo de conferencias de José de Yanguas Messía, impreso en 1938<sup>35</sup>, y con posterioridad, la tesis doctoral de Pedro Cortina Mauri, que sería el último ministro de exteriores de la dictadura.

Buena parte del escrito de Yanguas gravitaba en torno a la beligerancia, los requisitos para obtener sus derechos y las obligaciones que comportaba en el resto de Estados. Para el autor, el «título fundamental», «primario» y «más puro» de los derechos de beligerancia que correspondían al «Gobierno de Franco» radicaba en la «legitimidad del Alzamiento» frente al fraude electoral de 1936, el amparo gubernamental de crímenes como el de Calvo Sotelo y la revolución comunista que a su entender se estaba fraguando entonces. Por eso atacaba con dureza la imagen, propagada por «los rojos» en «el Extranjero», de un «Alzamiento puramente militar» efectuado contra «un Gobierno democrático, parlamentario, constitucional».

La legitimidad del golpe constituía tan solo el título originario. Lo que hacía a los militares verdaderamente acreedores del reconocimiento de la beligerancia era el escrupuloso cumplimiento de los requisitos que la doctrina internacionalista había dictado para su obtención. En efecto, la beligerancia reclamaba el «ejercicio efectivo de la soberanía sobre una zona territorial» y una determinada población, la «existencia de un ejército organizado» y la sujeción al derecho de la guerra. El principal reparo que podía oponerse a los sublevados, el de no constituir todavía un Estado, podía además removerse con facilidad, pues la beligerancia no solo cabía atribuirle a entidades estatales, sino también a «una organización nacional que se alza en armas». Por tanto, el «lado de Franco», al contar con «una población, un territorio, una autoridad organizada, un Ejército responsable» y al respetar «las leyes y usos de la guerra», era claramente merecedor del reconocimiento de los derechos de beligerancia.

Por su parte, la tesis de Cortina abordaba el tema de la guerra civil desde el derecho internacional con indicaciones de pretendida validez general, pero de transparente aplicación directa a la experiencia española<sup>36</sup>. Para Cortina, la guerra civil no podía resultar indiferente al derecho internacio-

<sup>35</sup> J. YANGUAS MESSÍA, *Beligerancia, no intervención y reconocimiento*, Universidad de Salamanca, 1938. Las conferencias fueron pronunciadas en los meses de noviembre y diciembre de 1937. Para lo que se va a exponer a continuación, acúdase a las pp. 8-9, 20-23, 25, 30-31 y 64.

<sup>36</sup> P. CORTINA MAURI, *La guerra civil sin reconocimiento de la beligerancia*, Instituto Francisco de Vitoria – CSIC, Madrid 1940, pp. 11-12, 14-15, 19, 22 y 36-40.

nal porque de éste dimanaban «obligaciones» para las partes enfrentadas. Tales «exigencias mínimas del derecho de gentes» hacían referencia, no a la protección de los derechos individuales, sino a los requisitos de la subjetividad internacional, es decir, de la estatalidad, y a las obligaciones que su cumplimiento imponía a todos los miembros de la comunidad internacional. Cumplir el derecho de gentes significaba entonces preservar, no la subjetividad individual, sino la estatal. Es decir, en el momento en el que un Estado emergía a la sociedad internacional, sus respectivos componentes se veían limitados en sus actuaciones por una serie de principios normativos, derivados fundamentalmente del de igualdad entre Estados y plasmados de modo especial en el «deber internacional de no intervenir en los asuntos internos». Así pues, dado que los atributos de la estatalidad resultaban sobradamente cumplidos por el gobierno franquista en el territorio militarmente controlado por su ejército desde poco después del golpe, de este hecho no podían sino derivarse «límites» y «obligaciones» para el resto de los Estados.

Cortina no excluía del todo la cuestión del «derecho de la guerra», que no estimaba extraño a las contiendas civiles. A su juicio, debían evitarse medios y resultados que «repugnasen a la conciencia de las naciones civilizadas». Ahora bien, si ese derecho resultaba aplicable en las relaciones bélicas entre Estados, su invocación devenía ilegítima cuando lo que existía era un Estado soberano en relación con sus «súbditos», y si esto acontecía sin duda en el caso de un Estado reconocido internacionalmente, también ocurría cuando se trataba de un gobierno *de facto*, aun sin reconocimiento internacional, pero provisto de un orden jurídico y un aparato administrativo y judicial estable y consolidado. En este caso, como en el del Estado reconocido, lo que regía no era el derecho de la guerra, sino el «derecho de castigar», atributo de la soberanía estatal, concebido como «derecho absoluto y sin límites», que podía «usarse hasta el abuso».

En síntesis, la tesis de Cortina era la siguiente: cuando la «Comunidad alzada en armas» logra asentarse de manera estable en un territorio, sometiendo de forma inequívoca a sus habitantes, y funda un nuevo orden institucional capaz de actuar y, ante todo, de ser obedecido, estamos entonces ante un «sujeto de derecho internacional», esto es, frente a un Estado o gobierno de hecho. De esta premisa se inferían consecuencias jurídicas decisivas. Lo que podía contemplarse en una guerra civil como la española no era entonces un Estado combatiendo a un grupo de rebeldes atrincherados en partes de su territorio, sino dos Estados en plenitud de facultades luchando entre sí. La contienda había dado así lugar a «un reparto en el ejercicio efectivo del poder estatal», a una distribución «territorial de la soberanía del Estado». Al existir entonces dos Estados sobre el territorio del antiguo Estado, decaía de inmediato el reproche

de ilegalidad que solía realizarse contra los actos de la «Comunidad» sublevada por ser contrarios a las leyes del «Gobierno» originario.

El dato es que el origen del Estado podía perfectamente consistir, para el derecho internacional, en la conquista violenta del poder a través de la guerra. Lo decisivo era confirmar que los gobiernos que inicialmente habían contado con una mera existencia fáctica, una vez estabilizados y colocado bajo su control un determinado territorio, se tornaban en gobiernos legales. Inicialmente, este tipo de génesis estatales solían ser respondidas con rechazo y falta de reconocimiento por la comunidad internacional. Sin embargo, la misma existencia de hecho de un gobierno imponía ya una obligación inexcusable a todos sus miembros: abstenerse de toda injerencia en los asuntos internos, lo cual, en el caso de la guerra civil, implicaba reconocer la beligerancia entre dos Estados, evitar todo tipo de intervención, aun invocando «consideraciones de legalidad o ilegalidad», y aguardar al resultado de la contienda. Tal era, en definitiva, la visión legitimadora de la sublevación, la guerra y sus resultados desde la perspectiva de un derecho internacional estatista ajeno casi por entero a los derechos humanos.

#### *4. Teorías del caudillaje*

Otra de las aportaciones decisivas de la doctrina jurídica de posguerra fue la teorización del tipo político al que pertenecía la dictadura de Franco. También este punto singulariza el caso español respecto del caso italiano, donde la interpretación doctrinal de la posición del *Duce*, aunque lo convirtiese en representante cualificado de la nación auténtica, no lo revestía de los atributos de un caudillo militar designado por la providencia. Había, además, otro factor que distinguía por completo el estatuto jurídico del dictador español respecto de su homólogo italiano: mientras Mussolini compartía el vértice de la administración con el monarca, aún titular de la jefatura del Estado, en Franco se reunieron desde el comienzo la condición de jefe del Estado y de presidente del Gobierno.

Desde los primeros pasos de la institucionalización de la dictadura, el general Franco concentró «todos los poderes del nuevo Estado» (decreto de 29 septiembre 1936) y fue titular de «la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general» (art. 17, ley de 30 enero 1938, confirmado por el art. 7, ley de 8 agosto 1939). Los autores comenzaron bien pronto a teorizar sobre los títulos que elevaban al dictador hasta esa posición de indiscutible prominencia. La forma más exitosa de descifrar su estatuto

político y la fuente de legitimidad de su poder fue la de concebirlo como un caudillo designado por la divinidad. El jurista que elaboró la interpretación al respecto más difundida y celebrada fue Francisco J. Conde, joven catedrático de derecho político de militancia falangista<sup>37</sup>. Propósito fundamental de su aportación era distinguir la figura del caudillo de la de un simple dictador. La dictadura se encontraba determinada por el estado de excepción que la había traído y por su misión de restablecer el orden constitucional. Su duración, por tanto, era transitoria, y la legitimidad que la amparaba continuaba siendo de carácter racional-normativo, e incluso democrático. Nada de eso distinguía al caudillaje.

Examinar los atributos de esta nueva forma de poder era un ejercicio de realismo. Bastaba con registrar lo acontecido durante la guerra. El caudillaje no era sino la forma en que se había instituido el mando político bajo una circunstancia muy específica, la guerra civil, y en oposición violenta a la del «Estado demoliberal socializante español de signo pluralista», fruto del proceso de despersonalización del poder característico del liberalismo. El caudillaje constituía así, en primer término, una relación jerárquica de mando dirigida hacia una meta, inicialmente militar. Lo peculiar es que la relación que se había forjado durante la guerra vinculaba al caudillo con la nación armada, con la totalidad de España. Y lo que la distinguía es que se trataba de un modo *legítimo* de mandar, es decir, una forma de ordenar conforme al derecho material y con el consentimiento voluntario de los súbditos. Cifrando entonces su esencia en la legitimidad, Conde, empleando los conocidos tipos de Max Weber, identificó cuál de ellos era el predominante en el caso del caudillo.

Concurrían todos, aun en diversa proporción. El caudillaje se anclaba en la legitimidad racional-normativa en cuanto administración adaptada a la sociedad de masas, es decir, unitaria, centralizada y de índole militar. Y también, naturalmente, bebía de la legitimidad tradicional, siendo el caudillo la encarnación misma, y el intérprete más reputado, de la tradición nacional que se quiso rescatar con el golpe militar. Ahora bien, la legitimidad preponderante en el caudillismo era la carismática. Acaudillar, afirmaba Conde, era «*mandar carismáticamente*». Suponía así un vínculo de obediencia de naturaleza personal que descansaba en la «devoción

<sup>37</sup> Se empleará a continuación F.J. CONDE, *Espejo de caudillaje* (1941), en ID., *Escritos y fragmentos políticos*, vol. 1, IEP, Madrid 1974, pp. 369, 373-5, 377-9, 380, 385 y 387-90. Para una exposición pormenorizada del particular, vid. J.A. LÓPEZ GARCÍA, *Estado y derecho en el franquismo. El Nacionalindustrialismo: F. J. Conde y Luis Legaz Lacambra*, CEC, Madrid 1996, pp. 94-122, y F. GALLEGU, *El evangelio fascista. La formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Crítica, Barcelona 2014, pp. 617-620.

extraordinaria» hacia el jefe. Sus elementos cohesivos eran, pues, de índole irracional, como la «fe en el héroe», la «convicción emocional», la «fe revolucionaria» o en sentirse atravesado por la «energía, potencia creadora de historia». En el caso español, revestía enorme importancia la dimensión religiosa de esta forma de poder. Se adivinaban «en la guerra los designios de Dios». La elección del caudillo había sido de naturaleza providencial, y el destino al que había de guiar a la nación le había sido revelado por la divinidad. El propio pueblo que acaudillaba había sido elevado a la condición de «pueblo elegido», «llamado a salvar al hombre moderno del abismo en que se halla[ba] caído». Por último, y en oposición a la despersonalización racionalista y liberal del poder, el caudillaje era una forma de mando personal que se asemejaba a la potestad paternal y tutelar que ejercían los viejos reyes sobre sus súbditos. Todo ello garantizaba, en definitiva, no solo la adhesión al caudillo, sino también a todo el nuevo entramado institucional que procedía de su voluntad.

El modelo caudillista se distinguía netamente, a juicio de Conde, de la figura y posición del *Duce* italiano. Para la legitimación de éste, continuaba siendo decisiva la institución de la monarquía. A diferencia de un caudillo surgido de una «Cruzada», el dictador italiano continuaba siendo a sus ojos el jefe de Gobierno de un Estado de esencia liberal, aunque de expresión cada vez más autoritaria, que había concentrado todos los poderes públicos. Y mientras el caudillo español se vinculaba fundamentalmente a la idea de tradición católica, el dirigente italiano, como su homólogo alemán, lo hacía a la idea romántica del *Volksggeist*.

Esta teoría del caudillaje fue contestada desde las filas del tradicionalismo por el filósofo del derecho Francisco Elías de Tejada<sup>38</sup>, como Conde, otro de los juristas que ingresaron en la cátedra en los primeros años de posguerra tras haber combatido en el frente. En realidad, sus teorías coincidían en aspectos fundamentales. Para Elías de Tejada el caudillaje era asimismo una «relación mando-obediencia» de origen militar y el caudillo se distinguía igualmente del dictador, cuya legitimidad se hallaba unida a la coyuntura excepcional que tenía como misión superar. Su cargo era temporal y si se le obedecía no era por adhesión integral a su persona, y a lo que ella encarnaba, sino «en razón del peligro» que estaba llamado a solventar. El caudillaje, por el contrario, implicaba «un sistema completo de fervientes fidelidades hacia un hombre cuyo hacer es paradigma y cuya voz es orden». Constituía, pues, una relación de poder personalizada, en la que el caudillo aparecía también

<sup>38</sup> Para lo que sigue, véase F. ELÍAS DE TEJADA, *Monarquía y Caudillaje. En torno a dos textos olvidados*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», nums. 6-7 (julio-diciembre, 1941), pp. 69-88.



como un «padre de familia» que «decide por sí, arrastrando permanentemente consigo las decisiones enteras de la comunidad». ¿Qué diferenciaba, por tanto, su teoría de la expuesta por Conde?

Era, ante todo, una cuestión de tonos y matices, desenvueltos en un cuadro de referencias compartido por completo. Elías de Tejada subrayaba el «sentido intencional de la unidad política» que dirigía las relaciones de acaudillamiento. Realzaba asimismo la dimensión mística y milagrosa del fenómeno, que permitía explicar cómo «la vida de la comunidad política» se encarnaba «en un hombre concreto». Con ello, el iusfilósofo parecía radicar el principio de legitimidad del caudillo en el «espíritu del pueblo», algo rechazado por Conde, que lo ligaba a «la idea de destino»<sup>39</sup>. Sin embargo, el motivo principal de la discordia venía dado por la cuestión del carisma, que Elías de Tejada consideraba, sí, esencial al caudillaje, «raíz de aquella posición de obediencia reverenciadora y admirativa» en que consistía, pero en absoluto la fuente de todo su valor político. Para él existía algo más, y ese excedente era, ni más ni menos, aquello que permitiría identificar, en última instancia, el caudillaje y la monarquía, anudados por el «mismo origen conceptual» y expresivos del mismo «lázó místico» que une al «hombre magno» con la comunidad. Ni siquiera el carácter sucesorio de la Corona era un hecho diferencial de envergadura, pues no solo existían monarquías dinásticas. Por eso, Elías de Tejada, integrante del tradicionalismo, concluía que el caudillaje era, «pura y simplemente, la monarquía electiva».

### 5. Espejos de legislación

Otra de las actividades típicas de los juristas del primer franquismo fue la exégesis. Se trataba, claro, de una labor ya cultivada décadas atrás, pero la posición que ocupaba el campo de la ciencia del derecho en relación al campo del poder institucional y material se había trastocado por completo, algo que afectaba de lleno al propio discurso jurídico. Así, el comentario legal no consistía ya en una consideración crítica, que concluyese con la propuesta de reformas legislativas. En la posguerra no cabían ese tipo de enmiendas directas al legislador y las objeciones se limitaban a cuestiones superficiales de carácter lingüístico o sistemático. Se notaba la adhesión plena del intérprete a los contenidos de la ley que comentaba, lo cual le llevaba a dar prioridad, como criterio hermenéutico, a la voluntad

<sup>39</sup> CONDE, *Espejo de caudillaje*, cit. nt. 37, p. 389.

auténtica de legislador soberano. Tampoco se piense que era un ejercicio de dogmática, donde las leyes servían de materia prima a partir de la cual se destilaban conceptos jurídicos generales, después desentrañados y relacionados entre sí. Eran pura y simplemente comentarios, apostillas, descripciones y noticias de novedades. Y aunque el registro y la calidad dependían del autor, ni siquiera puede decirse que estuviésemos ante la presentación especializada de la arquitectura del nuevo régimen, al modo en que lo hizo Alfredo Rocco con las grandes leyes del fascismo. En el caso español, el diseño fundamental del nuevo Estado correspondió también a juristas, efectivamente, pero lo que sedimentó como producto doctrinal publicado en revistas o monografías se ajustaba más a una colección de escolios que a una fundamentación histórica y teórica.

La razón de esta frecuente paráfrasis adulatoria de los monumentos legales del primer franquismo se encuentra en la propia constitución del nuevo Estado. No hubo un acto constituyente momentáneo, ni siquiera un periodo breve de institucionalización desarrollado en el seno de colegios o asambleas. Se trató más bien de un proceso de varios años, jalonado precisamente a través de estos cuerpos normativos, a los que se confería expresamente rango constitucional<sup>40</sup>. Lo decisivo es que dichas leyes, las pronto llamadas «fundamentales», y las que tenían una relevancia central para la fisonomía de la dictadura, procedían directamente de la voluntad del caudillo y de su facultad para dictar leyes generales. Por eso pudo decirse que era él, y no otro, el titular permanente del poder constituyente y, en cuanto tal, el «otorgador unilateral de la legislación fundamental»<sup>41</sup>. La relación entablada entre los juristas y las leyes del Estado derivaba, al fin y al cabo, de la vinculación que los ataba al dictador. Si se encontraban unidos a éste por la obediencia reverencial que se debe a quien encarnaba las esencias de la patria, frente a las leyes e instituciones que de él emanaban no podían sino presentar su admirado respeto y su rendida voluntad de difusión.

El terreno más abonado para este género literario fue el derecho privado. Se glosaron todas las leyes generales, habitualmente transitorias, que pretendían afrontar las consecuencias devastadoras de la guerra. Se escribió mucho sobre la nueva regulación de la ausencia<sup>42</sup>. Se admitía que

<sup>40</sup> J. GASCÓN Y MARÍN, *Jerarquía de las fuentes del Derecho administrativo*, en «Estudios Jurídicos», 2 (octubre, 1941), pp. 111-131.

<sup>41</sup> Lo describía así Giovanni Mammucari, citado por Á. GIMÉNEZ, *El Estado franquista*, cit. nt. 1, pp. 185-186, quien, a su vez, señala con todo el acierto esta peculiaridad de la institucionalización de la dictadura de Franco.

<sup>42</sup> Basten dos ejemplos: T. OGÁYAR AYLLÓN, *La novísima legislación sobre ausencia*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169 (1941), pp. 414 ss., y 170 (1941),

los efectos de la contienda habían hecho aconsejable su adopción, pero se celebraba, como un mérito desvinculado de las decenas de miles de desapariciones forzadas, «la tendencia del legislador a dar una progresiva preponderancia sobre el interés del desaparecido al de las personas interesadas en su sucesión»<sup>43</sup>. Se podía presentar así como «modernización» de un instituto jurídico lo que no era sino pura consecuencia de la barbarie, a la que nunca se citaba expresamente. Se atendió especialmente al problema de la validez de los contratos. Se describía la nueva normativa aplaudiendo que concediese «un justo trato de favor a las personas afectas al Movimiento Nacional» para que, alegando «razones políticas», pudiesen resolver o revisar los contratos realizados en zona republicana<sup>44</sup>. Y, en general, ya se tratase de regular las obligaciones en dinero tras la existencia de las dos pesetas, o de adecuar los contratos de seguro ante las muertes y los daños provocados por la conflagración, a los juristas del régimen les parecía siempre que la leyes del nuevo Estado se encontraban inspiradas por un alto «criterio de justicia conmutativa», por el «interés público» o por una escrupulosa imparcialidad<sup>45</sup>.

Otro de los capítulos que atrajo el interés de los iusprivatistas fue el nuevo derecho de familia, de contenido eminentemente restaurador. Su finalidad era abolir todas las reformas republicanas, del matrimonio civil al divorcio, para colocar en su lugar la legislación canónica y civil vigente antes de la República. La dificultad estribaba en deshacer las situaciones jurídicas creadas al amparo de la legislación matrimonial laicista, lo que exigía disposiciones, jurisdicciones y procesos especiales y transitorios. Aunque todas estas medidas atentaban muy directamente contra la integridad moral de sus destinatarios, los juristas mostraron su ferviente adhesión a las mismas. La legislación matrimonial republicana les parecía una «alevosa agresión contra los sentimientos católicos de los españoles»,

---

pp. 83 ss.; J. TORRES SANTOS, *La ausencia en la nueva Legislación*, en «Revista de Derecho privado», XXIV (1940), pp. 47-51.

<sup>43</sup> A. DE COSSÍO, *Teoría general de la ausencia*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), pp. 85-105, p. 102.

<sup>44</sup> S. MORO LEDESMA, A. HERNÁNDEZ GIL, *En torno a la ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja*, en «Revista de Derecho privado», XXV (1941), pp. 17-23, p. 21. Ambos eran autores de una monografía con el mismo título. Fue asunto tratado también por C. SOLER DE AGUSTÍN, *Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja (Comentarios)*, Madrid, 1941.

<sup>45</sup> J. SARDÁ, *El nuevo derecho acerca de las obligaciones en dinero*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169 (1941), pp. 110-124: 122; J. NAVAS MÜLLER, *En torno a la ley de 17 de mayo de 1940 sobre seguros de vida afectados por la guerra de liberación*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), pp. 384-399.

el «retorno al Código civil» de la «legalidad del Nuevo Estado» un acto de coherencia patriótica y las medidas transitorias adoptadas, como prohibir a los cónyuges divorciados volver a contraer matrimonio o disolver las uniones civiles ya celebradas a instancia de parte, una «justa sanción de los que violando sus deberes de católicos, olvidaron el carácter indeleble que imprime la recepción del sacramento matrimonial»<sup>46</sup>. Así, junto a ese regreso a los viejos preceptos del código, lo que el jurista encontraba en esta materia no era tanto una nueva regulación como una revisión de la existente con anterioridad. Lo peculiar de ello es que los principios del derecho matrimonial franquista aparecían «como válidos también para la época en que las normas jurídicas derogadas se aplicaron», y las leyes que derogaban «como *no derecho* o como *derecho injusto*, incluso en el periodo de su aplicación y vigencia efectiva». Y tamaña aberración, contraria a la seguridad jurídica y a los derechos subjetivos, se aceptada sin reparos. Era, además, el máximo grado de análisis interpretativo en un intento de «estudio dogmático», que se limitaba a levantar acta del contenido de las nuevas normas<sup>47</sup>.

En este tipo de descripciones legislativas se tornaba evidente el propósito de informar la práctica forense y judicial. Esto ocurría, por ejemplo, en el caso de la enrevesada legislación sobre arrendamientos rústicos<sup>48</sup>, que dejaba parcialmente vigente la promulgada en 1935, bajo el bienio conservador de la República, produciendo una desorientación notable. Otras veces, más excepcionales, cuando la ley en cuestión gozaba de carácter fundamental, las aproximaciones eran de tenor más teórico. Esto acontecía de forma muy visible en el caso del Fuero del Trabajo (1938), con el encendido debate acerca de su carácter constitucional y de su posición como fuente del derecho aplicable directamente por los jueces<sup>49</sup>. De cualquier modo,

<sup>46</sup> F. BONET RAMÓN, *El divorcio y la nulidad de matrimonio en la legislación transitoria del nuevo Estado*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169 (1941), pp. 211-213.

<sup>47</sup> M.A. ROMERO VIEITEZ, *Las normas de Derecho Matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español (Notas para su estudio dogmático)*, en «Revista de Derecho privado», XXV (1941), pp. 62-80 y 182-201: 64.

<sup>48</sup> J. CABEZUDO ASTRAIN, *Comentario a algunas disposiciones de la vigente Ley de Arrendamientos*, en «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», XVII (1941), pp. 97-101; V. FLÓREZ DE QUIÑONES, *Notas sobre la ordenación actual de los Arrendamientos rústicos*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), pp. 611-633.

<sup>49</sup> A favor de considerarla así, J. GARRIGUES, *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, 1939. Otros estudios sobre el particular: I. SERRANO, *El Fuero del Trabajo*, Valladolid, 1939; L. LEGAZ LACAMBRA, *El Fuero del Trabajo como fuente del derecho*, en «Revista de Trabajo», I (1940), pp. 410-416.

lo que interesa destacar a nuestros efectos es que una tarea eminente de los juristas del primer franquismo fue la del comentario y descripción de los monumentos legales del régimen, entendidos como jalones decisivos de su progresiva institucionalización. Eso ocurrió con la importante legislación sindical<sup>50</sup>, también con las reformas del orden penal<sup>51</sup> y, en general, con todas las leyes político-administrativas<sup>52</sup>. Los juristas perseguían con esta labor fines informativos y clasificadores de una legislación aprobada en un contexto de caos y represión, querían asimismo comunicarles toda la legitimidad que podía conceder la ciencia jurídica, pero se degradaban con ello a ser pura *boca de la ley*.

## 6. *Emulación totalitaria*

En la literatura jurídica del primer franquismo se cultivó con insistencia el derecho comparado. No se trataba, es evidente, de una novedad. Antes al contrario, la ciencia jurídica del tiempo de la europeización se había caracterizado precisamente por su apertura a las instituciones y al debate extranjeros. La singularidad del enfoque venía dada, otra vez, por el contexto. Mientras bajo la República, aunque pudiera inspirar reformas legislativas, el derecho comparado tenía objetivos primordialmente científicos, en los primeros años de la dictadura cobró un cariz claramente político, de búsqueda de patrones institucionales útiles para la construcción del nuevo Estado y, también, de referencias de contraste para hallar los atributos genuinos de la experiencia dictatorial española. En las obras dedicadas al particular es donde se aprecia con claridad que los juristas del régimen se pensaban involucrados en un proceso de institucionalización de un sistema totalitario, inscrito en la misma estela que las dictaduras alemana, italiana o portuguesa, pero con particularidades nacionales, centradas en el catolicismo.

En este capítulo, un primer asunto de interés era la propia identificación del Estado totalitario como modelo político y la relación que con él entablaba el sistema español<sup>53</sup>. Alfonso García Valdecasas, cofundador de Falange,

<sup>50</sup> E. PÉREZ BOTIJA, *Comentarios a la Ley Sindical de 6 de diciembre de 1940*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169 (1941), pp. 73-110; L. DíEZ DEL CORRAL, *La Ley Sindical*, en «Revista de Estudios Políticos», 2 (1941), pp. 239-267.

<sup>51</sup> E. CUELLO CALÓN, *Desarrollo de la legislación penal a partir del año 1936*, en «Estudios Jurídicos», 3, (diciembre, 1941), pp. 179-249.

<sup>52</sup> J. GASCÓN Y MARÍN, *Derecho administrativo nacional. Resumen ordenado por materias*, C. Bermejo, Madrid 1940<sup>2</sup>.

<sup>53</sup> Sobre este particular, encierra notable valor el estudio de P. COSTA, *Lo 'Stato totalitario'*:

se ocupó del tema en un conocido opúsculo<sup>54</sup>. En principio, se definía el Estado totalitario por unos cuantos elementos comunes: rechazo del parlamentarismo demoliberal y jerarquía de mando, partido único entendido como movimiento que representaba la sociedad y legitimación plebiscitaria del líder. También lo atravesaba el proceso de burocratización e intervencionismo activado desde la Gran Guerra, pero este elemento también era propio de las democracias sociales. En rigor, el caso que más se aproximaba al tipo ideal era el fascista italiano, porque confería al Estado «el más alto valor de la sociedad», lo dotaba de métodos de alcance totalitario y lo concebía como «expresión misma del derecho objetivo de la sociedad», frente al cual no podían interponerse derechos subjetivos. El caso alemán se alejaba del modelo ideal porque para él lo fundamental no era el Estado, sino el pueblo, entendido como comunidad de estirpe. ¿Y el caso español? Falange había definido el Estado como un «*instrumento totalitario* al servicio de la integridad de la Patria». Contaba, pues, con varios elementos definidores. Poseía una concepción instrumental del Estado, al que, por tanto, no absolutizaba. Disponía, sí, de un alcance totalitario, pero vinculado a un fin especial, el de proteger y reavivar la integridad de la nación católica española. Esto le permitía liberarse del residuo socialista de la burocratización y el intervencionismo, dando mayor margen a las fuerzas sociales privadas. Y su forma de entender la participación en el Estado era a través del Movimiento, pero huía de la sola legitimidad plebiscitaria, para preferir la participación que se canalizaba a través de corporaciones naturales como la familia, el municipio o el sindicato<sup>55</sup>. No es que la España de Franco no fuese totalitaria; sencillamente respondía a la constelación del totalitarismo poniendo por encima de todo el valor de la tradición católica.

De todos modos, ya en 1942 se consideraba estéril la propia disputa en torno a la definición del Estado totalitario. Así pensaba Francisco J. Conde. Ni la doctrina italiana ni la alemana, señalaba, se sentían cómodas con la etiqueta, pues se había convertido en «simple instrumento de agresión de los sistemas políticos adversarios», en «puro vocablo que se esgrime como arma de combate». Pensaba, con Eric Voegelin, que lo decisivo de los términos habituales de totalitario o autoritario era la liquidación de

---

*un campo semantico nella giuspublicistica del fascismo*, en «Quaderni Fiorentini», 28 (1999), pp. 61-174.

<sup>54</sup> A. GARCÍA VALDECASAS, *Los Estados totalitarios y el Estado español*, en «Revista de Estudios Políticos», 5 (1942), pp. 5-32.

<sup>55</sup> Se optaba así por una «representación orgánica» que, en términos generales, se consideraba común a los «regímenes totalitarios»: I. M<sup>a</sup> DE LOJENDIO, *Régimen político del Estado español*, Bosch, Barcelona 1942, p. 33.

«un estado de descomposición política e instaurar a cualquier precio una autoridad estable». Y si había que emplear con rigor el término, debía continuar conectándose al fenómeno de la «guerra total» y vincularse, por tanto, a las «grandes potencias», la Rusia soviética y la Alemania nazi<sup>56</sup>.

Los juristas españoles se solían mirar en el espejo de las dictaduras alemana e italiana en busca de brújulas para orientar su propia labor. Entendiendo como signo definidor del totalitarismo la primacía de la comunidad nacional sobre los individuos que la componían, se ponderaban con aprecio crítico las propuestas nacionalsocialistas de elaborar un derecho popular<sup>57</sup> y se proponía como el método más adecuado para el «auxilio a los regímenes totalitarios» el de la jurisprudencia de intereses<sup>58</sup>. En el orden jurídico-privado interesó la revolución doctrinal que se estaba verificando en Alemania, para tomar de ella «profundo estímulo», pero huyendo de importaciones netas y persiguiendo más bien una revitalización de instituciones nacionales<sup>59</sup>. En concreto, se atendió al proyecto del código popular alemán, obra de aliento, probablemente destinada a «desempeñar un papel de primer orden», a la que se rindió «tributo de respeto y de admiración»<sup>60</sup>. Y de la experiencia italiana atrajo a los investigadores el primer libro del código civil, considerado todo un ejemplo de equilibrio entre la tradición romana, ahora perfeccionada, y los valores revolucionarios fascistas, que otorgaba con acierto prioridad a la «protección de los intereses superiores de la *comunidad nacional*», como se podía observar en su propósito de revigorar la familia patriarcal católica<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> F.J. CONDE, *El Estado totalitario, forma de organización de grandes potencias* (1942), en ID., *Estudios y fragmentos*, cit. nt. 37, pp. 395-416.

<sup>57</sup> N. PÉREZ SERRANO, *Derecho popular o Derecho de juristas*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 169 (1941), pp. 395-413.

<sup>58</sup> B. PÉREZ GONZÁLEZ, *El método jurídico*, en «Revista de Derecho privado», XXVI (1942), pp. 1-24.

<sup>59</sup> El expositor más difundido de esa «reforma del Derecho privado en Alemania» fue P. SERRANO en unas conferencias que dictó en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, transcritas en la «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», núms. 4-5 (enero-junio, 1941), pp. 7-25, núms. 6-7 (julio-diciembre, 1941), pp. 13-34, y en la «Revista crítica de Derecho inmobiliario», XVII (1941), pp. 129-145, 193-210 y 257-271.

<sup>60</sup> N. PÉREZ SERRANO, *Reglas fundamentales del futuro Código Popular Alemán*, en «Revista crítica de Derecho inmobiliario», XIX (1943), pp. 145-164, artículo también procedente de una conferencia.

<sup>61</sup> F. BONET RAMÓN, *El nuevo libro I del código civil italiano*, en «Revista de Derecho Privado», XXIV (1940), pp. 4-31. Celebraba su carácter continuista I. DE CASSO ROMERO, *Notas al Libro I del nuevo Código civil italiano*, en «Estudios Jurídicos», 1 (julio, 1941), pp. 7-24.

También en el terreno del derecho público abundaron los estudios comparados, con fines de emulación, sobre los puntos donde se concentraba la ruptura con el Estado demoliberal. Uno de ellos era, por ejemplo, la profunda revisión del recurso contencioso administrativo como vía de fortalecimiento de la autoridad pública<sup>62</sup>. Otro, la reforma en sentido jerárquico y centralizador de la administración municipal, que aboliese el anterior régimen de autonomía y de elección democrática de los representantes locales<sup>63</sup>. Dimensión propia tuvo la investigación sobre las renovaciones procesales y en materia de justicia. Se tomaba nota de las reformas alemanas para acelerar los procedimientos, acercar sus resortes al pueblo y dejar de articularlos como una lucha de intereses individuales egoístas<sup>64</sup>. Pero, sobre todo, interesó el nuevo código italiano del proceso civil. Concebida como un sagaz ejercicio de equilibrio entre la «propia y envidiable tradición jurídica y el espíritu revolucionario» del fascismo, la *procedura civile* italiana acentuaba en su grado justo los poderes del juez y se ajustaba mejor a la defensa del interés público, pero sin caer por ello en un modelo inquisitivo que eliminase todo el protagonismo de las partes<sup>65</sup>.

Y esta mirada atenta a las reformas institucionales de lo que entonces se llamaban «Estados totalitarios» se extendía asimismo a los debates doctrinales de las academias respectivas. El lugar preferido para ello eran los extensos apartados dedicados a las reseñas en las numerosas revistas jurídicas, aunque también se dedicaban estudios doctorales y monografías completas al examen de los autores más destacados. Y también aquí se hacía presente la misma dinámica: los juristas entendían su producto doctrinal como inscrito en un movimiento de radio europeo más o menos homogéneo, pero signado, a su vez, por el timbre propio de la particularidad nacional española, el catolicismo como destino de alcance universal.

---

<sup>62</sup> S. ROYO VILLANUEVA, *Lo contencioso administrativo en los Estados totalitarios*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 170 (1941), pp. 307-339, abordando los casos de Alemania e Italia.

<sup>63</sup> A. MESA SEGURA, *La unificación del régimen político y administrativo alemán*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», I/1 (1942), 48-62; S. ÁLVAREZ GENDÍN, *La organización municipal en los Estados autoritarios*, *ibid.*, I/3 (núm. 3), pp. 1-10, también sobre las experiencias alemana e italiana.

<sup>64</sup> C. VIADA, V. HERCE, *Notas sobre los criterios directivos del Derecho procesal nacional-socialista*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 173 (1943), pp. 385-389.

<sup>65</sup> M. DE LA PLAZA, *El nuevo Código italiano de procedimiento civil (Sus antecedentes y sus directrices)*, en «Revista de Derecho privado», XXV (1941), pp. 517-534.



### 7. *El marco ideológico de la legitimación cultural*

Tanto en estos repastos de doctrina extranjera como en la obra propia, el discurso de los juristas vino a prestar fundamento cultural a la construcción de la dictadura. Lo hizo en cada una de las facetas del nuevo Estado, intentando suministrar el bagaje conceptual preciso para designar las transformaciones que se estaban dando. Hubo, así, disputas teóricas, que dividieron superficialmente la doctrina, como la referida al estatuto jurídico de las relaciones laborales, que unos entendían fijadas por contrato y otros como una relación objetiva fundada en el deber<sup>66</sup>. Sin embargo, más allá de estas desavenencias anecdóticas, existía una unanimidad de partida, fruto de la subyugación del discurso jurídico a manos del poder. Y ese relato plenamente consensuado facilitaba las bases teóricas del régimen.

Sus ideas-clave eran las de síntesis y unidad. El Estado franquista había logrado, por fin, sintetizar los aspectos tradicional y revolucionario que convivían, en pugna, en toda sociedad. Su razón de ser no había sido otra que el rescate de la comunidad nacional auténtica ante el peligro de su decadencia y descomposición por obra del liberalismo, el pluralismo y la democracia. Hizo falta para ello una guerra civil. Pero su fruto no fue puramente restaurador o reaccionario. La guerra había dado también el contexto propicio la actualización profunda del acervo tradicional a través de una «revolución nacional». En este contexto ambivalente encajaban los numerosos estudios redactados en aquellos años sobre los autores españoles de la Contrarreforma, pero también los ya apuntados sobre las transformaciones revolucionarias acometidas en la Alemania nazi o la Italia fascista. Por último, se sostenía que el nuevo régimen político había implicado también la síntesis entre el «Estado» y la «Sociedad», desgajados y en permanente combate durante todo el siglo XIX, y la feliz conjunción entre la «Autoridad» y la «Libertad», después de que el exceso liberal hubiese disuelto todo orden de autoridad. Gracias a ello se logró supuestamente la «integración» recíproca entre el Estado y su pueblo, dando entrada a una nueva época de «paz nacional»<sup>67</sup>.

Esta insistencia de los juristas del primer franquismo en señalar que la dictadura había supuesto el final de todas las antítesis, la consecución, por fin, de la unidad, por encima de cualquier forma de escisión (clasista,

<sup>66</sup> Dos autores de opinión opuesta fueron A. POLO, *Del contrato a la relación de trabajo*, en «Revista de Derecho privado», XXV (1941), pp. 1-17, 80-95, y E. PÉREZ BOTIJA, *Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 172 (1942), pp. 7-34.

<sup>67</sup> LOJENDIO, *Régimen político del Estado español*, cit. nt. 55, pp. 12, 22 y 37.

partidaria, ideológica), es lo que revela, por último, el carácter profundamente ideológico y compensatorio de su producción doctrinal a este nivel de legitimación teórica. Es evidente que con semejantes construcciones se falseaba una realidad de signo contrario, marcada por la división entre vencedores y derrotados y por la imposición violenta de unas creencias y de una organización política a una parte considerable del país, a la que se consideraba como un objeto a asimilar mediante el terror, la propaganda o el adoctrinamiento. Las frecuentes y saturadas referencias al humanismo católico franquista, al sentido primordial de la dignidad humana o a la centralidad de la persona, procedentes todas de la teología cristiana, apenas podían ocultar que el individuo solo se entendía como ciudadano en la medida de su adhesión a la comunidad católica, jerárquica y económicamente privatista que la sublevación militar había salvado. Lo revelador es que este catolicismo integral, abstracto y aparentemente individualista, que de 1938 a 1943 fue uno de los aspectos que distinguió la vía española hacia el totalitarismo, sería lo que después de la II Guerra permitiría a los juristas del régimen presentar el Estado español como algo netamente diverso de los totalitarismos alemán o italiano: contrario, sí, al comunismo soviético, pero preocupado, también, por los justos fueros de la «persona humana»<sup>68</sup>. Con este desplazamiento lograron una operación muy exitosa; tanto, que hoy numerosos historiadores aún piensan, contra lo que sus propios protagonistas entendieron, que la cultura jurídico-política franquista fue, desde su arranque, autoritaria y tradicional, pero nunca verdaderamente totalitaria.

---

<sup>68</sup> Tal es una de las tesis centrales del importante libro de GALLEGO, *El evangelio*, cit. nt. 37.