

El franquismo y el Estado de Derecho

Luis Aurelio González Prieto

(IES Rey Pelayo)

aureliogp@educastur.princast.es

RESUMEN

El trabajo que aquí presentamos pretende describir con rigor las distintas posiciones de la doctrina política franquista y del régimen respecto al Estado de Derecho. En un primer momento desvelamos la posición totalmente contraria al Estado de Derecho de la década de los cuarenta, favorable a las posiciones totalitarias. Posteriormente reflejamos cómo, tras la derrota de los fascismos en la guerra mundial, la doctrina política y posteriormente el aparato del régimen comienzan a acercarse interesadamente a las posiciones del que poco tiempo antes habían calificado de moribundo Estado de Derecho. También pondremos de manifiesto que en los años sesenta el régimen no tiene ningún pudor en calificarse de Estado de Derecho, calificación que va a ser duramente contestada por un informe de la Comission Internationale de Juristes de Ginebra y por la doctrina política española democrática.

Palabras clave: Estado de Derecho, Estado social de Derecho, franquismo, autoritario, fascismo, legalidad, doctrina política.

ABSTRACT

In the last times we are witnessing a deep review of everything concerning to the Spanish Civil War and the Franco period. On this line are fitted certain sociology works, which pretend that the last Franco period was or intended to be converted into a true Rechtstaat, a law state.

The present work aims to accurately describe the different positions of Franco political doctrine and Franco regime regard to the law state. In the first moment we show the completely posture against the law state from the forties decade, appropriate to totalitarian positions. Afterwards we present how after the defeat of the fascism during the World War II, the political principles and later on the regime machine start with a particular interest to come closer to the posture of what they had called dying law state. We also reveal that in the seventies the Franco regime does not have any modesty to be proclaimed as law state, having a strong answer in a statement of the Comission Internationale de Juristes of Ginebra and also from the Spanish democratic political doctrine.

Key words: law state, Franco period, totalitarian, fascism, legality, political doctrine.

INTRODUCCIÓN

Si echamos una mirada retrospectiva de las categorías políticas que fueron utilizadas por la doctrina política franquista para justificar y legitimar el régimen, son pocas las que se mantuvieron durante todo el periodo y con las mismas interpretaciones, intenciones y finalidades. Así, tenemos que en los años de la inmediata posguerra civil y en los primeros de la contienda mundial, en la que se conoce como fase propiamente fascista, fueron profusamente empleados los términos totalitarismo

y partido único. Estas categorías políticas desaparecerán de la terminología política franquista una vez concluida la contienda mundial. Otras, como la de democracia orgánica, solamente fue empleada con posterioridad a la derrota de los totalitarismos y a la victoria de las democracias occidentales. La adopción de unas u otras categorías y sus interpretaciones interesadas según las circunstancias fue una constante durante todo el periodo. Esto se debió a que la mayor parte de la doctrina política española del momento se convirtió en uno de los mejores ejemplos de una intelectualidad puesta enteramente y con todos sus medios al servicio del poder y de sus circunstancias¹.

Una de las categorías más empleada, así como una de las que más se vio afectada por las cambiantes necesidades de legitimación del régimen, fue, sin duda, la del Estado de Derecho. Los distintos estudios e interpretaciones sobre el Estado de Derecho se suceden a lo largo de toda la etapa. Así, en los primeros años y durante gran parte de la década de los cuarenta la doctrina política franquista lo denostó y consideró absolutamente caduco como forma de gobierno para la realidad social del momento. La forma totalitaria era considerada la mejor forma posible de Estado.

A partir de los años cincuenta la doctrina política española, siguiendo fielmente las consignas del régimen, comienza un proceso de maquillaje político intentando que las instituciones políticas, que en lo fundamental siguen inalteradas desde el final de la guerra civil, se asemejen de alguna forma a las instituciones de los países democráticos. El franquismo, como sabemos, intentaba levantar el aislamiento internacional al que estaba sometido y conseguir el reconocimiento de las potencias vencedoras de la guerra.

A principios de los años sesenta tanto la doctrina como todos los jerarcas nacionales, incluido el propio Franco, intentan calificar su sistema político como un verdadero Estado social de Derecho. En ese momento la *Commission Internationale de Juristes de Ginebra*, con su Informe sobre *L'Espagne et la Primaute du Droit*, desata la polémica internacional sobre la existencia o no de un verdadero Estado de Derecho en España.

A esta polémica también hizo aportaciones muy importantes y decisivas, así como, por supuesto, valientes la doctrina política democrática que se encontraba en el interior del país. Algo parecía que había quedado claro a partir de aquel momento, por lo menos entre la doctrina que no estaba alineada con el régimen, y era que el franquismo en ninguna fase de su discurso histórico pretendió estructurarse como un auténtico Estado de Derecho.

Este trabajo pretende mostrar cómo la doctrina política franquista amoldó su discurso e interpretaciones sobre el Estado de Derecho a las necesidades políticas del régimen. También refleja las polémicas internacional y nacional que desmontaron y se opusieron al intento por parte de la doctrina y del aparato gubernamental franquista de presentarse en los años cincuenta y sesenta como un auténtico Estado de Derecho.

¹ Luis Aurelio González Prieto, *Filosofía política y teoría del Estado en el primer franquismo (1936-1959). La justificación política del régimen*. Tesis doctoral, inédita, Universidad de Oviedo, 2002, pág. 395.

1. LA REPULSA DEL ESTADO DE DERECHO

Una vez que el bando sublevado se consolida, la intelectualidad político-jurídica puesta a su servicio se apresta rápidamente a fundamentar las bases filosófico-jurídicas sobre las que se asentará el nuevo Estado totalitario español². Uno de los temas fundamentales abordado será el rechazo y abandono definitivo por el emergente régimen totalitario franquista de los moldes clásicos establecidos por el Estado de Derecho. El primero en tratar el tema será Luis Legaz Lacambla, sin duda uno de los artífices más significativo del *Nuevo Estado*³. En su obra *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista* realiza una crítica demoledora contra el Estado de Derecho y sus fundamentos sociológicos, para lo que debe modificar de raíz todas sus anteriores posiciones de defensa del Estado de Derecho, expuestas en «El Estado de Derecho en la actualidad» (1933)⁴. El propio Legaz dirá que la *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista* supone una total «derogación» y no una readaptación o simple modificación de su postura anterior⁵. Nada mejor que sus propias palabras para describirnos el cambio sustancial respecto a la obra de 1933, la cual considera el «trabajo de una época en la que yo no poseía aún la claridad deseada sobre algunos conceptos filosóficos fundamentales —persona y Estado— y por eso mismo era incapaz de comprender en su verdadera esencia el hecho moderno por excelencia que es el fascismo»⁶.

Las nuevas circunstancias políticas son las que llevan a Legaz a sostener que el Estado de Derecho encarna el mismo misterio para la Ciencia Política que el misterio

² *Ibid.*, págs. 2 y 3.

³ Cfr. Luis García Arias, «Perfil humano, universitario y científico del profesor Legaz Lacambla», en *Estudios jurídico-sociales en homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambla*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, pág. 33.

⁴ «El Estado de Derecho en la actualidad (Una aportación a la teoría de la Juridicidad)», publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, Madrid, diciembre de 1933, págs. 725. En dicho trabajo Legaz sostenía, a propósito del Gobierno republicano de Azaña y Prieto: «Y la alta significación de este Gobierno y este Parlamento radica en constituir la expresión de lo que hoy es el fenómeno más actual en el mundo: la desvalorización del liberalismo y la revalorización de la democracia, de la masa. Es el signo del tiempo: caída de la inteligencia —de la discusión liberal— y esplendor de la voluntad —de un caudillo o de una masa—. En esta atmósfera nueva tiene que vivir el renacido Estado de Derecho. Nuestro trabajo aspira, sin pretensiones de agotar el tema ni mucho menos, a señalar este “cambio de sentido” del Estado de Derecho, desentrañando las corrientes sociológicas que lo fecundan y los valores ideales a que apuntan, los cuales no son hoy los de ayer. Ahora bien, en este cambio de sentido se esconde la tragedia de la idea liberal.» Para después comentar: «Si el liberalismo muere, podemos, sin embargo, seguir pensando que el liberalismo es preferible a la democracia antiliberal» (las dictaduras totalitarias).

⁵ Cfr. Jesús P. Rodríguez, *Filosofía Política de Luis Legaz Lacambla*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 144.

⁶ Luis Legaz Lacambla, *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista*, Bosch, Barcelona, 1940, pág. 6. En el trabajo de 1933, «El Estado de Derecho en la actualidad», cit., pág. 723, señalaba: «Nuestra República se halla en el entrecruce de dos civilizaciones: la europea, individualista, liberal, cristiana, y la que nos trae de Oriente el Bolchevismo y el aniquilamiento de todo espíritu y de toda individualidad (prescindimos de aludir a la “civilización” fascista-racista, porque es ajena a las tendencias íntimas de la actual República). El Estado de Derecho, en cuanto mera técnica jurídico-política, puede estar al servicio de finalidades diferentes. ¡Ojalá se mantenga entre nosotros al servicio de la que estimamos la única civilización admisible!», que no será otra que la europea, individualista, liberal y cristiana.

rio de Dios-Hombre para la Teología, pero si al arcano teológico se le concede validez por la fe, «ningún acto de fe puede obligarnos [...] a aceptar el misterio de que el Estado, creador del orden jurídico, esté sometido a su propia creación»⁷.

Precisa Legaz que la ideología que influye en el Estado de Derecho es la del Derecho natural democrático. Este iusnaturalismo democrático, que arranca de Grotius y se concreta en el Derecho natural racionalista, no puede ser confundido con el iusnaturalismo en general y menos aun con el tomista⁸. En éste Legaz encuentra innumerables elementos ideológicos que son favorables a la preponderancia del Estado y pueden ser mejor aprovechados en la construcción de los modernos Estados totalitarios. De esta manera dirá que los principales creadores de la estructura ideológica democrática que sostiene el Estado de Derecho, como son Locke, Rousseau y Kant, reciben sus principales influencias de las doctrinas protestantes. El primero de los puritanos ingleses, el ginebrino de los principios teocráticos del calvinismo y el filósofo de Königsberg del pietismo.

Esto lleva a Legaz a mantener que solamente se puede considerar como Estado de Derecho aquel que se encuentra sometido a un orden jurídico, pero no a cualquiera, sino a un orden que necesariamente debía reunir determinadas condiciones de forma y fondo. Precisaba que el ordenamiento jurídico de todo Estado de Derecho debía ser dictado en régimen de distinción y separación, al menos relativa, de poderes. La capacidad legislativa debía estar plenamente asumida por un parlamento elegido democráticamente por el pueblo. Además, el contenido del ordenamiento jurídico debía ser la afirmación y garantía de la libertad de los ciudadanos en todos los órdenes: ético-religioso, político, civil y económico.

Ahora bien, Legaz señalaba que la conciencia sociológica del hombre, que hizo posible el desarrollo del Estado de Derecho, «no es la misma que la del hombre de hoy»⁹. La conciencia de ese hombre, que construyó el Estado de Derecho, es la propiamente burguesa, que se condensaba necesariamente en el weberiano *espíritu del capitalismo burgués*¹⁰. Este *espíritu del capitalismo burgués*, fruto de la mentalidad protestante, evidencia un sentir de *desconfianza general*. Esta desconfianza aplicada a la política va a demandar dos cosas: libertad y seguridad. La desconfianza general lleva al burgués a recelar de todo tipo de intervención personal, y estima como deseable el alto grado de impersonalidad que el Estado de Derecho instituye con el *imperio de la ley*. Ese Estado de Derecho, que nace de la cautela hacia los poderes monárquico-feudales y en el que también anida un latente recelo hacia el pueblo-masa, es solamente admitido como democracia siempre que alcance a realizar el modelo liberal¹¹.

⁷ Legaz Lacambra, *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista*, op. cit., pág. 13.

⁸ Legaz arremete contra las posturas democráticas de los neoescolásticos del movimiento *Esprit*, capitaneado por Mounier y en el que se encuentran figuras tan destacables como Maritain, Antonio Aróstegui en su libro *Una conjura española contra Maritain*, Prensa y Propaganda del SEU, Granada, 1952, pondrá de manifiesto actitudes contrarias a este movimiento neoescolástico en muchos de los pensadores franquistas. También en Javier Tusell, *El Personalismo en España*, Fundación Humanismo y Democracia, Cuenca, 1985, pág. 7.

⁹ Luis Legaz Lacamabra, *Introducción a la teoría...*, op. cit., pág. 40.

¹⁰ Luis Legaz Lacamabra, «La influencia del espíritu religioso en la formación de los conceptos jurídicos y económicos», *Universidad*, Zaragoza, 1938 y 1939.

¹¹ Luis Legaz Lacamabra, *Introducción a la teoría...*, op. cit., pág. 47: «Por eso podemos afirmar que el Estado de Derecho surge como un compromiso: es la moderación del ideal anarquista latente en el liberalismo con un *mínimum* de poder organizado democráticamente».

es decir, en tanto consiga estructurarse como un verdadero Estado burgués de Derecho¹².

Esa burguesía, que sostiene socialmente el Estado de Derecho, para Legaz no es radicalmente democrática en el sentido que la democracia tiene. La burguesía no puede admitir una democracia entregada a los antojos de las masas, sólo la permite cuando se encuentra limitada por la división y separación, al menos relativa, de poderes y está enmarcada en una estructura jurídica constitucional, que garantice los derechos fundamentales frente a las posibles arbitrariedades de los poderes públicos.

No obstante, la garantía de derechos que se realiza mediante las Constituciones no es suficiente para calificar un Estado como de Derecho, sino que necesita la existencia de un Parlamento democráticamente elegido¹³. El Parlamento erigirá como esencia de su propia existencia la discusión que consigue sustituir a la fuerza. De esa discusión que es realizada entre los partidos políticos debe salir la supuesta verdad, es decir, la ley, a la que todos deben someterse.

En este sentido, establecerá Legaz que el nacimiento de la ley es la que hace surgir el *homo juridicus*, el hombre que predica la juridicidad como criterio político supremo. Este *homo juridicus* posee tres notas características:

- 1.º Primacía absoluta de la mentalidad jurídica.
- 2.º Lo jurídico es el *Derecho*, entendiendo solamente por Derecho la ley democráticamente creada e inspirada en los principios revolucionarios franceses.
- 3.º Defensa de la legalidad *democrática* como legalidad establecida.

Este *homo juridicus*, a juicio de Legaz, es un hombre caracterizado por el formalismo, pero su formalismo no deja de ser relativo, porque no se puede extender fuera de las fronteras que establece el Estado liberal de Derecho. La pretendida legalidad democrático-liberal sólo podrá ser formalmente democrática. El notable desequilibrio entre forma y contenido es muestra patente del conflicto entre la democracia y el Estado de Derecho. Esta situación le lleva a decir que el Estado moderno está en crisis. «Esta crisis ha tomado dos direcciones: 1.º mediante procesos socio-lógicos que han ido alterando el sentido de las instituciones del Estado de Derecho; 2.º apuntando la democracia tendencias dictatoriales»¹⁴.

Concluirá Legaz que la democracia es un fenómeno sociológico autónomo, en el que al dominio impersonal de la ley le sucede el imperio decidido de la *voluntad popular*, luego la democracia tiende a materializarse de una forma imperante. Así, a la voluntad muerta de la ley le sucede la voluntad viva de un imperante, *de un caudillo o de una masa*, «pues una comunidad política no es integrada por normas, sino por actos de voluntad»¹⁵. Esta nueva realidad en la que se desenvuelven las democracias da al traste con los supuestos liberales del Estado de Derecho, como era la creencia en un régimen de partidos discutidores dispuestos a someterse a la ley, en cuanto manifestación de la misma razón.

Los partidos políticos, que son las piezas fundamentales del Estado de Derecho, han dejado de ser estructuras inconsistentes para convertirse en poderosas organizaciones, que a la vez que se constituyen en verdaderos titulares del poder político van

¹² Cfr. Luis Del Valle, *Democracia y Jerarquía*, Atheneum, Zaragoza, 1942, págs. 13-15.

¹³ Del Valle, *op. cit.*, pág. 15, dirá que la forma ideal de gobierno para el Estado de Derecho es la representativa-parlamentaria.

¹⁴ Luis Legaz Lacambla, *Introducción a la teoría...*, *op. cit.*, pág. 59.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 60.

apuntando tendencias dictatoriales, «hasta el punto de que las democracias tienden a convertirse en dictaduras»¹⁶.

Legaz constatará tres características del nuevo espíritu dictatorial de las democracias:

1.º La tendencia generalizada hacia la homogeneización.

2.º El partido o la fracción gobernante se siente como representante de una institución en cuya defensa todos los medios son lícitos.

3.º La actitud irracionalista de las masas hace que sean contrarias a la discusión política pacífica, y se conviertan en caldo de cultivo donde predominan fácilmente los mitos y las actitudes violentas.

Estas tendencias homogeneizadoras y dictatoriales de la democracia de masas, para él, desembocarán inevitablemente en los regímenes totalitarios, ya que, como sostiene Legaz, las masas en todo momento quieren ser totalitarias. Las democracias de masas, los regímenes totalitarios, han vencido y superado definitivamente al Estado de Derecho liberal burgués. En la moderna democracia, que toma su forma en los nuevos regímenes totalitarios, no primarán como valores fundamentales la libertad o la igualdad, sino que los nuevos principios que la informan serán la disciplina, el orden, la jerarquía y la solidaridad. Además, apuntaba Legaz, España nunca se había visto imbuida del *espíritu capitalista*¹⁷ y, por lo tanto, nunca contó con el sustrato sociológico necesario para desarrollar un auténtico Estado de Derecho. Así pues, la nueva democracia de masas totalitaria que quiere imponer el naciente movimiento triunfante liderado por su Caudillo no puede en ningún modo atenerse a los caducos y estrechos moldes del Estado de Derecho¹⁸.

2. LA CONFIGURACIÓN DOCTRINAL DE UN ESTADO DE DERECHO ACORDE A LOS INTERESES DEL RÉGIMEN

La conclusión de la Segunda Guerra Mundial, con la derrota de los totalitarismos fascistas, lleva al régimen a iniciar un proceso de acomodación al nuevo contexto internacional de triunfo y exaltación de los principios democráticos y del Estado de Derecho. En estas circunstancias, la doctrina política, siguiendo fielmente las consignas del régimen, articulará todo un maquillaje político¹⁹, que intenta esconder su inicial vocación fascista y totalitaria. Como parte de este maquillaje, la doctrina inicia una interpretación muy concreta e interesada del Estado de Derecho, para que la realidad política surgida del golpe de Estado del 18 de julio de 1936 pudiese ser enmarcada dentro de sus moldes.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 67.

¹⁷ Luis Legaz Lacambra: «La influencia del espíritu religioso en la formación de los conceptos jurídicos y la estructura económica», en *Estudios de Doctrina Jurídica y Social*, Bosch, Barcelona, 1940, pág. 37, y en «El Fuero del Trabajo, creación nacionalsindicalista», en *Revista de Organización y Acción Sindical*, núm. 1, Bilbao, enero-febrero de 1939, págs. 14 y 15.

¹⁸ Cfr. Francisco Javier Conde, *Introducción al Derecho político actual*, Escorial, Madrid, 1942, págs. 356 y 357.

¹⁹ Luis Aurelio González Prieto, «La recepción de Heller en España durante el franquismo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, 2003, pág. 173.

Es en este contexto posbético en el que se produce en Legaz y en otros autores un cambio sustancial de actitud²⁰ que les lleva a una *evolución hacia el posibilismo* del Estado de Derecho²¹, consistente en una revisión y adecuación profunda de los postulados de éste.

Otra vez será Legaz Lacambra quien, a partir de su trabajo titulado *El Estado de Derecho*, publicado en 1951²², inicie este movimiento de transformación teórica. El entonces Rector de la Universidad de Santiago de Compostela justificaba su posición de 1940 respecto al Estado de Derecho manifestando que su anterior estudio lo había realizado partiendo de un plano eminentemente sociológico-político, lo que inevitablemente le había llevado a tener que entender el Estado de Derecho como la traducción jurídica de la democracia liberal-burguesa. Incluso afirmaba que trataba de hacer una sociología del Estado liberal-burgués llevada a efecto «en buena parte bajo la fecunda inspiración de Carl Schmitt»²³. También expresaba que su predicción de la desaparición del Estado de Derecho en favor de los totalitarismos se había confirmado con el triunfo de las llamadas *democracias populares*, las cuales proclamaban una pretendida idea de democracia y no eran más que verdaderos Estados totalitarios.

En 1951 Legaz ya no vinculará la idea de Estado de Derecho a la del Estado liberal²⁴. Dice que éste «no se ha realizado ni puede realizarse sólo en la forma histórica del Estado liberal»²⁵, apartándose ostensiblemente de la postura de 1940. Basándose en las posiciones de autores como Bluntschli y Max Weber, defenderá que el Estado medieval era también un verdadero Estado de Derecho²⁶, porque su estruc-

²⁰ Véase Antonio Enrique Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 61.

²¹ Jesús Primitivo Rodríguez, *La Filosofía Política de Luis Legaz Lacambra*, op. cit., pág. 181.

²² Jesús Primitivo Rodríguez, *La Filosofía Política de Luis Legaz Lacambra*, op. cit., pág. 181. Esta evolución no es unánime en toda la doctrina. Así, Julio Icaza Tigerino, «Notas para un estudio sobre los sistemas políticos», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 73, Madrid, 1954, pags. 178, 179 y 181, sostendrá: «La nación, sociológicamente hablando, se rebela no sólo contra las fórmulas políticas del internacionalismo capitalista y comunista sino contra la propia fórmula o forma política del Estado moderno de Derecho. [...] En realidad el Estado de Derecho es sólo una ficción [...]. La Cristiandad universal o Comunidad Cristiana de Naciones es una exigencia histórica de nuestra civilización. La crisis y disolución del Estado moderno de Derecho es un paso hacia ella.»

²³ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 6, Madrid, 1951. Este artículo vuelve a ser publicado en el *Boletín de la Facultad de Derecho*, vol. XXVII, Coimbra, 195..., en el volumen *Derecho y Libertad*, Abledo, Buenos Aires, 1952, y en la recopilación de sus artículos realizada bajo el título *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 1960, si bien en el índice de esta última obra lo titulará de forma distinta, «Estado de Derecho e idea de la legalidad».

²⁴ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», op. cit., pág. 13.

²⁵ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», op. cit., pág. 14.

²⁶ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», op. cit., pág. 14.

En este mismo sentido se manifestará Elías de Tejada, *Las Españas. Formación histórica, tradiciones regionales*, Madrid, 1948, referirá cómo se fue formando un verdadero Estado de Derecho en la Cataluña medieval, pags. 215 y sigs. También Juan Beneyto Pérez, «El respeto a la Ley y a la persona en el Derecho medieval español», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril de 1948, pág. 379 y sigs. Tengamos en cuenta que el propio Legaz en su trabajo «El Estado de Derecho en la actualidad», op. cit., pág. 731, decía lo contrario: «por eso es erróneo sostener con Bluntschli que también el Estado feudal era un Estado de Derecho (puesto que un entresijo de derechos subjetivos y privilegios impedía a veces toda acción política, toda intervención personal del monarca), pues aun siendo así, había en la Edad Media un concepto de libertad que en nada se parece al concepto de libertad liberal».

tura política se asentaba en una serie de derechos subjetivos adquiridos. Y llegará a afirmar que «el Estado de Derecho es, pues, una forma histórica de Estado que se da con una cierta constancia en distintos períodos frente a otras formas que no revisan las características propias de aquél»²⁷. De todas formas piensa que el Estado de Derecho no se puede circunscribir o reducir únicamente a un puro formalismo, como defienden Kelsen y su escuela, quienes al llegar a identificar el Estado con el ordenamiento jurídico ponen en la tesis de tener que calificar a cualquier Estado con un ordenamiento jurídico como Estado de Derecho.

Legaz, oponiéndose a esto, dirá que «no todo Estado es Estado de Derecho». El Estado de Derecho es el Estado al que el Derecho dota de una estructura y contenido específico. En consecuencia, el problema del Estado de Derecho queda inscrito en el ámbito propio de la Filosofía del Derecho y no sólo en el de la Sociología Política, ni siquiera únicamente en el de la teoría del Derecho público, pues para poder estudiar el Estado de Derecho se hace necesario poseer un esquema interpretativo del valor y de la posición del Estado dentro de la esfera de la existencia personal.

La esfera de realidad personal de la que partirá Legaz es la de la libertad como condición ontológica de su ser²⁸, porque el propio hombre es el que da el ser a la propia vida de la persona humana y la existencia de la persona se debe desarrollar en «libertad»²⁹. La libertad pertenece a la propia esencia del hombre y a esa misma esencia pertenece la igualdad porque, en cuanto persona, todo hombre es igual a otro hombre, pero aunque todo hombre es igual a otro, ninguno es del todo igual a los demás, porque las personalidades son distintas. La libertad y la igualdad, cuando se traspasan al plano social, que es el plano del Derecho, la libertad se convierte en libertad civil y libertad política y la igualdad en igualdad ante la ley³⁰.

En la sociedad moderna todo converge hacia la igualdad, pero no solamente la igualdad ante la ley, sino una verdadera igualación de condiciones, que busca colocar a todos en un verdadero plano de homogeneidad. Esta homogeneización termina por producir una absoluta uniformización que aboca irremediablemente a un ahorro de la libertad. En este sentido, señala Legaz, la propia restricción de la libertad es la que hace posible una mayor igualdad e incluso una mejor justicia. La interven-

²⁷ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 15.

²⁸ Luis Legaz Lacambra, «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, 1951, citado por el volumen *Humanismo, Estado y Derecho*, *op. cit.*, pág. 109, donde especifica que «la situación primaria del hombre respecto de las cosas es estar frente a ellas. Sus actos son proyectos, algo que el hombre arroja sobre las cosas, de las que está a distancia, pero entre ellas, no sin ellas. Hay en el hombre una función que es el pensar, gracias al cual no forma parte de la Naturaleza física como de su propia naturaleza psicofísica. Esta condición ontológica de su ser es lo que llamamos libertad: situación ontológica de quien existe desde el ser».

²⁹ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 19.

³⁰ Luis Legaz Lacambra, «La función del Derecho en la sociedad contemporánea», trabajo publicado en el vol. I de *Estudios Sociológicos Internacionales* del Instituto Balmes de Sociología, Madrid, 1956, citado por el volumen *Humanismo, Estado y Derecho*, *op. cit.*, pág. 269, expresaba que la igualdad ante la ley, «ese gran principio que el liberalismo ha conquistado para la humanidad y del que nunca se podrá volver atrás, significaba la exigencia de contemplar al hombre en su condición pura y simple de persona humana, la cual, de suyo, posee un valor igual al de toda otra persona humana y unos atributos que debían serle reconocidos por igual, al margen de cualquier diferenciación religiosa, política, clasista, profesional, etc., para constituir el supuesto igual de consecuencias jurídicas iguales».

ción socializadora del Estado se justifica cuando pretende emancipar al hombre del imperio de otras fuerzas sociales que pueden ser más opresivas que el propio poder estatal. Añade Legaz que en el momento presente el Estado se caracteriza por ser una más de esas fuerzas sociales que pugnan por imponer su poder en el plano de la regulación de la convivencia³¹.

Es entonces cuando el Derecho se constituye en el medio con el que cuenta el hombre para regular su convivencia y posibilitar la vida social en comunidad. El Derecho, al ser forma de la vida social, es irremediablemente vida de la persona, vida transformada, cristalizada en estructuras impersonales, pero de las que no puede estar ausente el soplo del espíritu y de la libertad creadora de la persona. Esto es lo que permitirá a Legaz entender el modo de inserción del Estado en la existencia humana. Este ámbito existencial de la vida social que es el Estado tiene necesariamente una forma jurídica que hace necesario que el propio Estado sea referido al Derecho, por lo que las raíces del Estado, como las del Derecho, se encuentran en la misma vida personal.

El Derecho estructura la propia organización de la vida, por lo que el Derecho se convierte en libertad³², ya que la vida social es vida en libertad, aunque esté estructurada normativamente y, por lo tanto, sea libertad organizada, libertad que se transforma en libertad social y que posee una doble especificación como libertad jurídica y política. Esto conduce a Legaz a interpretar que el «Derecho no necesita, pues, del Estado para ser; pero el Estado no puede ser ni existir sin el Derecho»³³, por lo que todo Estado debería ser de Derecho. Esto significa que todo Estado contiene y realiza el Derecho y es el Estado el que necesita de la libertad y no a la inversa. Es el propio Estado el que convierte la libertad metafísica, propia de las personas, en libertad jurídica y política; no obstante, esta conversión no agota la libertad personal.

Legaz entiende que la «libertad política no es sólo la participación activa de la totalidad política, sino la eficacia jurídica del «no» a ciertas modificaciones de la vida política»³⁴. La libertad jurídica consiste en el reconocimiento previo de los derechos humanos y de los propiamente subjetivos y no como una concesión arbitraria y caprichosa de la ley y, por lo tanto, del Estado.

Explica Luis Legaz que un Estado que no posea libertad política en este sentido y en el que no se respeten sustancialmente los derechos humanos, aunque se realice de alguna forma el Derecho, nunca debe ser considerado *Estado de Derecho*. Será solamente para él un Estado de Derecho aquel que está sometido a la limitación inmanente que aporta el Derecho natural y no la que ofrecen los Estados que solamente están sometidos a la autolimitación que produce el Derecho positivo³⁵.

³¹ Véase Luis Legaz Lacambra, «El individuo entre el Estado y las fuerzas sociales», *Revista Internacional de Sociología*, núm. 24, Madrid, 1948, pág. 21.

³² Luis Legaz Lacambra, «Libertad y orden jurídico político», ponencia presentada a la Semana de Filosofía organizada por el Instituto «Luis Vives» de Madrid, 1954, citado por el volumen *Humanismo, Estado y Derecho*, *op. cit.*, pág. 146.

³³ Luis Legaz Lacambra, «El Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 23.

³⁴ *Ibid.*, pág. 24. Según Luis Legaz Lacambra, «Libertad y orden jurídico político», *op. cit.*, pág. 153: «Siendo la libertad política la participación en el Estado, actualizando en la existencia de la condición humana de animal político, es decir, debe de tener una participación activa en la vida del Estado, no ser un mero objeto, sino un sujeto de la vida política.»

³⁵ En el mismo sentido Xifra Heras, *Curso de Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 36: «el Estado de Derecho no es ajeno al Derecho natural».

Entonces se convertirá en un problema de suma relevancia para el Estado de Derecho el descubrir cuál es la verdadera entidad del Derecho natural. Legaz lo vea bien, sorprendentemente, no reconocerá como válidos los principios del iusnaturalismo racionalista democrático, como lo había hecho en el trabajo de 1940, porque entiende ahora que desembocan irremediablemente en la proclamación de la voluntad general como esencialmente racional y justa. Por tanto, un Estado constituido solamente sobre este tipo de voluntad será, a los ojos de Legaz, un Estado iluminado. Luego si el iusnaturalismo racionalista conduce a la construcción de un Leviatán político, la pregunta que se hacen Legaz y la doctrina española del momento es la siguiente: ¿cuáles serán los verdaderos principios inmutables del Derecho natural que deben limitar a un Estado para que pueda ser considerado como un auténtico Estado de Derecho? La respuesta a esta importante cuestión ya la había ofrecido la propia doctrina franquista, cuando proponía que sólo tenían garantías de veracidad la especulación iusnaturalista que se apoyase en la visión plenaria de Dios. Esta especulación iusnaturalista sólo podía ser más fidedigna que las demás o, por lo menos, tener más posibilidades para serlo, por más que no pueda ser plena y absolutamente verdadera, porque lo que constituyó el objeto de la revelación fue solamente una religión y una idea del mundo, pero no un sistema concreto de Derecho natural, al cual el hombre no tiene más acceso que mediante la especulación racional. Esta concepción cristiana del mundo le debe servir sólo de punto de apoyo³⁶, en palabras de Truyol, de contenido mínimo que le sea capaz de preservar de influencias subjetivas al propio iusnaturalismo³⁷.

Siguiendo esta idea, Lucas Verdú sostuvo que las constituciones, símbolos por excelencia del Estado de Derecho, están sufriendo un importante influjo del Derecho natural, que «implica una legitimación del Derecho constitucional en cuanto que éste se fundamenta en postulados éticos propios de la religión cristiana»³⁸. El iusnaturalismo católico siempre se había esforzado en mostrar los valores permanentes que coinciden plenamente con los valores fundamentales de la persona humana y de la comunidad política, manteniéndose indiferente ante los aspectos puramente transitorios y mudables del propio Derecho natural³⁹. De una forma parecida Xifra Heras sostendrá que el Estado de Derecho se sometía a un Derecho orientado por una determinada concepción de la justicia que se enmarca dentro de «la esfera personalista o humanista, que valora la cultura y la sociedad en relación con el hombre individual,

³⁶ Cfr. Eustaquio Galán, «El Derecho natural y su incesante retorno», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo de 1945, pág. 176. También Antonio Truyol y Serra, «Esbozo de una sociología del Derecho Natural», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1949, pág. 36, refiriéndose al iusnaturalismo cristiano expresaba que ya «el solo hecho de la permanencia doctrinal en el tiempo, mientras los demás sistemas se suceden y sustituyen unos a otros en carrera más o menos veloz, es indicio de que este iusnaturalismo ha logrado penetrar en las entrañas del ser para extraer de él el valor».

³⁷ Antonio Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Natural*, F. Seix, Barcelona, 1954, pág. 17, reproducción del artículo «Derecho Natural», en Carlos E. Mascareñas (dir.), *Nueva Encyclopedie Jurídica*, I, F. Seix, Barcelona, 1950.

³⁸ Pablo Lucas Verdú, «El horizonte iusnaturalista del Derecho Constitucional occidental», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 94, Madrid, 1957, pág. 169.

³⁹ Pablo Lucas Verdú concuerda su posición sobre el Derecho natural con la «concepción dinámica de la ley ética natural» de Francisco Suárez. Véase Antonio Truyol y Serra, «Lo mutable y lo inmutable en la Moral y el Derecho según Francisco Suárez», en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 55-56, enero-diciembre de 1950, pág. 122.

y coloca el Estado al servicio de la personalidad humana, en oposición al transpersonalismo o totalismo»⁴⁰.

En esta misma línea interpretativa, Legaz sugerirá que un verdadero Estado de Derecho será aquel Estado que desarrolla una determinada concepción de la justicia a través de una técnica específica, y esta concepción de la justicia debe ser de tipo personalista, la cual se define por «ser la forma y condición *sine qua non* de realizar los valores de la persona humana, principalmente el respeto de la misma mediante la instauración de un orden seguro y estable que permita a todos "saber a qué atenerse" y que delimita con precisión las esferas de lo posible, lo lícito y lo obligatorio del obrar, y justo en cuanto que dé a la comunidad y al individuo lo suyo, esto es, los derechos que por naturaleza le competen y la esfera de libertad conveniente a su dignidad»⁴¹. Un Estado para que fuese considerado como de Derecho, a los ojos de la doctrina franquista, debía respetar escrupulosamente los derechos humanos fundamentales⁴² y, por lo tanto, los principios humanistas y personalistas que establecía el Derecho natural católico único admitido como tal⁴³.

En resumidas cuentas, tanto Legaz como la doctrina política franquista que pretendía calificar el Estado del 18 de julio como un Estado de Derecho no podían admitir el Derecho natural racionalista y democrático como el fundamento último del Estado de Derecho, ya que éste, inevitablemente, se basaba en la existencia de una sociedad en la que predomina el individualismo y el igualitarismo, principios que son la esencia misma del liberalismo y la democracia. Para éstos solamente podía servir como fundamento último del Estado de Derecho el Derecho natural cristiano tomista de tipo personalista humanista⁴⁴, aquel mismo personalismo humanismo que

⁴⁰ Xifra Heras, *op. cit.*, pág. 37.

⁴¹ Luis Legaz Lacambra, «Legalidad y legitimidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 101, Madrid, 1958, pág. 21.

⁴² Sobre el abuso de los derechos humanos en el franquismo, véase Ricardo García Manrique, «El franquismo y los derechos humanos (uso y abuso de una idea)», *Sistema*, núm. 154, Madrid, 2000.

⁴³ Contrario a esta interpretación es la posición de Gregorio Peces-Barba, en Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón, *Curso de Derechos Fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pág. 46, quien argumenta que la reducción del Derecho natural clásico no lleva al reduccionismo iusnaturalista, sino a la negación misma de los derechos humanos, pareciéndole una postura más coherente que la de intentar compaginar la rehabilitación del Derecho natural clásico con una idea de derechos humanos.

⁴⁴ Elías Díaz, «Sentido político de yusnaturalismo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, julio-agosto de 1962, pág. 76, sostiene: «En la idea de la persona podemos decir que radica hoy la esencia del yusnaturalismo; su sentido es, pues, de carácter personalista; yusnaturalismo y personalismo aparecen estrechamente vinculados entre sí [...]. Por otra parte, esta idea del valor preeminente de la persona y la afirmación de los derechos fundamentales del hombre, vendría a recoger la idea central de la mejor tradición yusnaturalista, tanto escolástica-medieval como clásico-racionalista.» Si bien no deja de reconocer al yusnaturalismo como ideología política conservadora que se observa claramente en algunas posiciones modernas neoescolásticas, pág. 74; también en «Introducción a la sociología del Derecho Natural», en *Critica del Derecho Natural*, Taurus, Madrid, 1966, págs. 10 y sigs., y en *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1981, pág. 274, expone que en la realidad social española el Derecho natural se convierte en el defensor del orden «tradicional». Parecida posición en Luis García San Miguel, «El Derecho Natural y la política», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 134, marzo-abril de 1964, págs. 16 y sigs.

le había servido al propio Legaz para defender año atrás el totalitarismo⁴⁵. El Derecho natural escolástico consideraba la sociedad no como una estructura inorgánica de individuos iguales, sino como un todo orgánico perfectamente jerarquizado y proclamaba como mejor forma de gobierno la monárquica, es decir, el poder en manos de una persona. De modo que el Derecho natural escolástico encajaba a la perfección con el modelo de sociedad que pretendía el franquismo, así como con su estructura jerárquica, centralizada, monolítica y autoritaria.

No obstante, Legaz proclamaba a los cuatro vientos que para que un Estado pudiese considerársele como de Derecho debía realizar necesariamente la justicia personalista⁴⁶. En su opinión, para que se pudiese hablar de que existía una justicia de tipo personalista en un Estado debían cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general, de la ley.
- b) Afianzamiento de los derechos fundamentales⁴⁷. Teniendo en cuenta que éstos no sólo pueden ser defendidos por el liberalismo, sino que pueden ser aplicados por otros sistemas ideológicos y filosóficos.
- c) Existencia de un fuero de la personalidad jurídica. La personalidad jurídica es la personalidad humana que vive en la forma social del Derecho, haciéndose esencial la existencia de lo que se llaman derechos públicos subjetivos⁴⁸.
- d) Un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos⁴⁹.
- e) Por último, el Estado de Derecho debe tender hacia lo que puede llamarse el control jurisdiccional de la legislación⁵⁰. Pero dicho control de las leyes se puede

⁴⁵ Véase Luis Legaz Lacambra, «El humanismo totalitario como tarea de una educación hispánica», *Hispánica. Revista de Educación Nacional*, núm. 3, 1937, y «El sentido humanista del nacionalsindicalismo», *Jerarquía*, núm. 3, 1938.

⁴⁶ Jesús P. Rodríguez, *op. cit.*, págs. 197 y sigs., hace una amplia recesión de estos requisitos.

⁴⁷ Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, pág. 299: «el Derecho natural es aquel que se refiere a la esfera de los derechos fundamentales de la personalidad».

⁴⁸ Sobre este tema es interesante el artículo de José Castán Tobeñas, «Los derechos de la personalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1952, págs. 30 y sigs. Hace una descripción de cómo se tutelan los bienes y derechos de la personalidad en España. Sobre Castán Tobeñas véase Antonio Serrano González, *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2001.

⁴⁹ José Antonio Maravall, «Liberalismo y Libertad en Europa», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 21, Madrid, 1945, pág. 29, parafraseando a Constant expresa que «un buen contencioso-administrativo, por ejemplo, es más útil para la libertad que otras instituciones, como el cacareado sufragio universal, igual, directo y secreto. Y piénsese, con este motivo, en el establecimiento en España de la jurisdicción contenciosa, que se ha mantenido atribuida a un tribunal judicial y no a un órgano administrativo, como es el Consejo de Estado, dicho sea en este caso con todos los respetos a su tradición jurídica, de la Francia republicana». Tengamos en cuenta que la Ley de 18 de marzo de 1944 restablece la jurisdicción contencioso-administrativa en España después de la suspensión que supuso la guerra civil. Pero a partir de 1949 el Instituto de Estudios Políticos se va a ocupar del tema de la garantía jurídica y control del Derecho administrativo.

⁵⁰ Carlos Ollero, «El nuevo Derecho Constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho Constitucional de la posguerra», en *Archivo de Derecho Público*, Universidad de Granada, 1949, pág. 11: «Tres sistemas caben para ejercer el control constitucional

realizar por un tribunal a tal efecto o lo pueden llevar a cabo los propios jueces ordinarios. Esta última forma de control jurisdiccional, Legaz la considera característica de cualquier Estado de autoridad⁵¹ que quiera organizarse como Estado de Derecho⁵².

Tras la enumeración de estas premisas que deben cumplir los Estados para que se puedan conceptualizar como de Derecho, Legaz, en contraposición con su postura de 1940, cuando entendía que estaba superado el Estado de Derecho, lo juzga como la forma de Estado más altamente valorada y lo estima como la única forma posible de Estado ético. Estado que contiene un valor de eticidad, eticidad que para los juristas no puede ser otra cosa que la juridicidad, de forma que el Estado ético-fascista-gentileano⁵³ será transformado en un verdadero Estado de Derecho⁵⁴.

Son estas elucubraciones las que facilitan a Legaz la posibilidad de encajar a la perfección el Estado surgido del 18 de julio de 1936 dentro de sus vastos límites del Estado de Derecho. Además, concluye que, sin lugar a dudas, el Estado de Derecho es la organización política más próxima a los principios de la Iglesia Católica y como

enal de las leyes. Uno es el atribuir el ejercicio del control al Poder judicial ordinario, bien al Tribunal Supremo en única instancia, bien al mismo Tribunal en instancia superior del proceso incoado en los Tribunales inferiores. Otro consiste en conceder a la propia Asamblea legislativa la competencia para resolver si una ley es o no constitucional. Puede, por último, realizarse mediante la constitución de un órgano especial a manera de Tribunal Constitucional para el cumplimiento de esta misión.» También en su *Derecho Constitucional de la Posguerra*, Bosch, Barcelona, 1949, en el capítulo titulado «El control de constitucionalidad de las leyes».

⁵¹ Luis Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pág. 248, mantendrá que «no es incompatible a la idea de Estado autoritario el atribuir a la jurisdicción la facultad de examinar la "constitucionalidad" de las leyes [...], parece más conforme con la idea de Estado autoritario el encomendar esta función a la jurisdicción ordinaria y no a un órgano de justicia constitucional».

⁵² Luis Legaz Lacambra, «Estado de Derecho», op. cit., págs. 28 a 30; también en su *Filosofía del Derecho*, op. cit., págs. 253 y 254, reduce estos requisitos a cuatro incluyendo el apartado c) en el b).

⁵³ Luis Legaz, *Introducción a la teoría del Estado Nacionalsindicalista*, op. cit., decía: «Por eso, en esta circunstancia trágica y gozosa en que España se recobra a sí misma, es un imperativo ético la tarea de instaurar de nuevo un Estado ético y jurídico, totalitario y nacionalsindicalista.» Legaz Lacambra, «La Filosofía Jurídica de Giovanni Gentile», *Horizontes del Pensamiento Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1947, pag 519: «El Estado, pues, en la idea es realidad de la eticidad y eso que es en la idea constituye un imperativo, a la par que una aspiración nunca está plenamente lograda. Por eso el Estado es altísima cosa, pero nunca la más alta; el Estado es ético, pero no es "la" eticidad; el Estado puede ser totalitario, pero a condición de que realice totalitariamente la libertad esencial del hombre, es decir, de que se base en un humanismo totalitario, esto es, integral.» Roger Campione, «Fascismo y Filosofía del Derecho», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, enero-marzo de 1999, pág. 309, dice: «La doctrina gentiliana del Estado ético actúa sobre la concepción fascista, que "existe por y para el individuo en la medida en la que éste coincide con el Estado."»

⁵⁴ La postura de Legaz Lacambra enlaza con la de Felice Battaglia, «Stato etico e Stato di diritto», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XVII, núm. 3, 1937, pág. 245, que califica al Estado ético-jurídico como un verdadero Estado formal de Derecho. Sobre el Estado ético y el Estado de Derecho, véase Elías Díaz, «La sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VIII, 1961, págs. 39 y 33; del mismo autor, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1981, págs. 52 y sigs. Durante estos años parece que se intenta una reinterpretación de la teoría política gentileana; muestra de ello fue el artículo de Manuel Jiménez de Parga, «La teoría política de Giovanni Gentile», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. II, Madrid, 1954.

el Estado español busca la realización plena de la idea católica del Estado, necesariamente debe asumir esta forma de Estado.

Si Legaz establecía las premisas que permitían encuadrar el Estado español como un verdadero Estado de Derecho, un representante tan cualificado del mundo jurídico de aquel momento como Castán Tobeñas afirmaba categóricamente que el Estado español era un auténtico Estado de Derecho⁵⁵. Manuel de la Plaza aseveraba que la concepción de la justicia en España busca la afirmación de un Estado de Derecho⁵⁶. Y el constitucionalista Nicolás Pérez Serrano, al comentar el apartado VIII de los Principios del Movimiento Nacional, que hacía referencia a la representación, afirmaba que quedaba pulcramente articulado y en armonía con las características primarias del cualquier Estado de Derecho⁵⁷.

3. LA JUSTIFICACIÓN DEL AUTORITARISMO FRANQUISTA MEDIANTE LA NUEVA CONCEPCIÓN SOCIAL DEL ESTADO DE DERECHO

Este Estado de Derecho informado y limitado por el propio Derecho natural, para la doctrina española franquista ya no tenía como único objetivo la seguridad jurídica, que aspira únicamente a garantizar la libertad formal de los ciudadanos. Ese nuevo Estado de Derecho debía tender a garantizar no solamente la libertad formal decimonónica, de marcado carácter burgués, sino una verdadera libertad material. Para conseguir la ansiada libertad material, el Estado tiene que entrar «en una línea de progresiva centralización, concentración, burocratización, jerarquización y gubernamentalización. La sociedad de masas impone la racionalización, la organización, el *management a gran escala*»⁵⁸. La verdadera libertad necesitaba de la justicia social⁵⁹,

⁵⁵ José Castán Tobeñas, *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley Fundamental española de 17 de mayo de 1958*, Reus, Madrid, 1958, pág. 109. Ya este mismo autor lo resaltaba en su artículo «La vocación jurídica del pueblo español», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, septiembre-octubre de 1948.

⁵⁶ Manuel de la Plaza, «El sentido de la Justicia en la España contemporánea», *Arbor*, núm. 151-152, Madrid, 1958, pág. 439. De igual manera Sabino Álvarez-Gendín y Blanco, en su trabajo «El Estado de Derecho y el Poder Judicial independiente», *Revista de Administración Pública*, núm. 31, 1960, donde explica la independencia del poder judicial en España como premisa fundamental para considerar al Estado español como un Estado de Derecho.

⁵⁷ Nicolás Pérez Serrano, «Comentario al Principio VIII en Los Principios del Movimiento Nacional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, Madrid, mayo-junio de 1958, pág. 23. Manuel Fraga Iribarne, «Un cuarto de siglo de Historia de España: El Régimen de Franco y el Movimiento Nacional», *El Nuevo Estado Español (Veinticinco años del Movimiento Nacional)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 53, afirmará respecto al Estado español que «el Estado de Derecho conjuga así los intereses de todos y los de la comunidad en cuanto tal, bajo el supremo amparo de la Ley». Incluso el propio Francisco Franco, *El Nuevo Estado Español (Veinticinco años del Movimiento Nacional)*, *op. cit.*, pág. 9, en el mensaje a las Cortes del año 1961, con motivo de la apertura de la séptima legislatura, proclamará: «Nuestro Estado significa la sustitución total de los viejos moldes por otros radicalmente distintos; no constituye una simple situación de hecho, sino un auténtico Estado de Derecho.»

⁵⁸ Manuel Fraga, «Un cuarto de siglo de Historia de España: El Régimen de Franco y el Movimiento Nacional», *op. cit.*, pág. 64.

⁵⁹ José Mingano y San Martín, «Los postulados de la justicia social», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 57, Madrid, 1951. Enuncia los que son los derechos básicos de la justicia social

que no sería posible garantizar con un Estado puramente gendarme, que en su configuración quedaba reducido a la mínima expresión estatal. El Estado policía por excelencia, el Estado liberal burgués, inevitablemente caminaba hacia su derrumbe y era sustituido por un Estado ordenancista e intervencionista⁶¹, que en su configuración organizativa pudiese garantizar esa nueva idea de justicia más acorde con los tiempos.

De todas maneras, el mismo Estado de Derecho liberal que se hunde es, en muchos de sus aspectos, susceptible de readaptación y, como decía el propio Ruiz del Castillo, al lado de lo muerto en la idea liberal permanece mucho hoy día vivo⁶². Muchos de estos principios liberales deben continuar vigentes para configurar ese nuevo Estado de Derecho que se ha de construir adaptándolo a la nueva realidad social, que ya no sólo se conforma con la seguridad jurídica que garantizaba el antiguo Estado de Derecho, ya que la sociedad de hoy demanda del Estado, aparte de la seguridad jurídica, una seguridad social⁶³, como un derecho individual más, pero de gran contenido social, que tienda a la realización de esa justicia social. Esta seguridad social se tiene que traducir en una «seguridad vital del individuo»⁶⁴ que representa el contenido exacto de la justicia social⁶⁵. La consecución de esta ansiada equidad social no es posible en el estrecho margen que dejaba a la intervención estatal el antiguo Estado de Derecho⁶⁶, donde el propio Derecho era el límite más

y entre éstos destaca: el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho al mínimo necesario vital y el derecho a la igualdad de oportunidades.

⁶⁰ Sobre la crisis del Estado liberal de Derecho, entre otros, Manuel Fraga Iribarne, *La Crisis del Estado*, op. cit., pág. 123, en Pablo Lucas Verdú, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, Universidad de Salamanca, 1955, págs. 29 y sigs.

⁶¹ Jorge Xifra Heras, *Formas y fuerzas políticas*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 178: «Puede subsistir perfectamente un régimen de propiedad privada y de reconocimiento del sistema de mercado con la libre fijación de precios —premisas esenciales de una sociedad libre— dentro de un sistema de planificación o intervencionismo económico del Estado dirigido a elevar a un máximo la renta nacional y el nivel de vida.»

⁶² Carlos Ruiz del Castillo, «Lo vivo y lo muerto en la idea liberal», *Revista de Estudios Políticos*, núms. 31-32, Madrid, 1947, establece como elementos permanentes y hoy día utilizables: la fe en el hombre, el principio de la negociación, la certidumbre jurídica, el estímulo de la publicidad y el equilibrio racional de las instituciones.

⁶³ Luis Legaz Lacambra, «El Derecho, la Justicia y la Seguridad», publicado en los *Anales de la Real Academia Española de Ciencias Morales y Políticas*, t. VI, vol. 3, 1954, citado por *Humanismo. Estado y Derecho*, op. cit., pág. 163.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 171.

⁶⁵ Luis Legaz Lacambra, «Supuestos conceptuales de la política social», *Cuadernos de Política Social*, núm. 4, Madrid, 1949, págs. 33 y 34, explica: «Así, la seguridad social ha venido incluso a dar un contenido concreto a la idea de justicia social. Si, en términos generales, la justicia implica el orden y la seguridad de tal suerte que fuera de ésta no puede tener existencia como valor social efectivo, sino solamente como ideal aspirado y proclamado, en el orden específicamente social será imposible hablar de una justicia social que no tenga como contenido fundamental la seguridad, esto es, "el aseguramiento de todos los riesgos de que *suum cuique* en que la justicia consiste será, en este ámbito, dar a cada uno, como suyo, lo que es necesario para su subsistencia.» También cfr. Francisco Lamas, «Seguridad Social y seguro de enfermedades», *Arbor*, núm. 137, mayo de 1957, pág. 1.

⁶⁶ Según Sánchez Ageta, «Planificación económica y régimen político», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, Madrid, 1950, pág. 31: «Sin duda puede hablarse de un nuevo tipo de régimen constitucional que está transformando toda la estructura del Estado al servicio de estos nuevos fines y esas nuevas vías que tratan de realizarse.»

potente a la intromisión estatal. En este sentido el propio Legaz sostenía que la sociedad de entonces exigía «prestaciones positivas del Estado»⁶⁷, por lo que el propio Derecho deja de ser un límite a las políticas públicas intervencionistas, a fin de convertirse en el medio adecuado para realizar la idea de justicia social. El Derecho, en la medida en que se ha visto impregnado de contenido social y busca una mayor dosis de justicia⁶⁸, se convierte en el único medio que puede forjar los instrumentos necesarios para cubrir las necesidades humanas⁶⁹.

Esta nueva fase histórica en la que se adentra la humanidad es la que Martínez Useros califica como de socialización del Estado de Derecho⁷⁰. Esta tendencia socializadora introducirá una realidad política nueva, el Estado social de Derecho o *Welfare State*⁷¹. Este nuevo Estado que surge vigoroso de las ruinas del antiguo Estado liberal de Derecho, a diferencia del anterior, es predominantemente intervencionista y planificador. Este nuevo Estado intervencionista y ordenancista para Friedrich A. Hayek y los neoliberales es absolutamente incompatible con la propia esencia del Estado de Derecho, pues la intervención y la planificación del Estado inevitablemente llevan a un *camino de servidumbre*⁷². Fraga arremeterá contra esta posición neoliberal diciendo que cualesquiera que sean las dificultades que presente la aplicación de la planificación en el Derecho constitucional nunca debe suponer el arrumbamiento del Estado de Derecho⁷³. Pérez Serrano sostendrá que cabe «ensanchar la actividad estatal y no prescindir del Derecho; cabe que el viejo *Estado burgués de Derecho* se convierta en *Estado social de Derecho*, cabe conciliar la difusión de gores con el respeto a los imperativos jurídicos»⁷⁴.

⁶⁷ Luis Legaz Lacambra, «El Derecho, la Justicia y la Seguridad», *op. cit.*, pág. 176. Manuel García Pelayo, «Sobre los supuestos y consecuencias de la socialización», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, Madrid, 1950, pág. 24, dice: «El objetivo vital es el bienestar, y, para tal objetivo, el Estado no aparece como el adversario (cual ocurría con la burguesía), sino como el aliado, y piensan o creen que el bienestar estará tanto más asegurado cuanto más se responsabilice el Estado de él.»

⁶⁸ Manuel Fraga Iribarne, «Crisis del Derecho», *Arbor*, núm. 112, Madrid, abril de 1955, pág. 542.

⁶⁹ Véase Carlos Ruiz del Castillo, «Crisis del Derecho», *Arbor*, núms. 103-104, Madrid, julio-agosto de 1954, pág. 454.

⁷⁰ Enrique Martínez Useros, «Derecho, Política e Intervencionismo Administrativo», *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, núm. 7, 1955, pág. 37.

⁷¹ Pablo Lucas Verdú, «Ensayo sobre la integración de las fuerzas políticas en el Estado contemporáneo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, Madrid, mayo-junio de 1958, pág. 138. La expresión «Estado de Bienestar» (*welfare state*) fue acuñada por el arzobispo de York durante la Segunda Guerra Mundial, como antídoto programático del «estado de guerra» (*warfare state*) nazi. Véase A. Briggs, «The Welfare State in Historical Perspective», *European Journal of Sociology*, núm. 2, 1961.

⁷² Véase Friedrich A. Hayek, *Camino de servidumbre*, Alianza, Madrid, 1978, págs. 103 y sigs.

⁷³ Manuel Fraga Iribarne, *La Crisis del Estado*, Aguilar, Madrid, 1958, pág. 237, en la misma obra en la página 58 expondrá: «Un Estado de Derecho que no sea un Estado legal, únicamente preocupado por un concepto limitado de "juridicidad" [...]. Pero en el cual los principios de jerarquía normativa de control jurisdiccional y responsabilidad de la Administración son susceptibles de fecundas aplicaciones en la nueva situación». El propio Manuel Fraga, en su artículo «Planificación y orden jurídico político», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80, Madrid, 1955, pág. 31, contestará la postura de Hayek diciendo que «la responsabilidad democrática no es incompatible con la planificación racional».

⁷⁴ Nicolás Pérez Serrano, «Cien años de Derecho Político», discurso pronunciado el día 11 de diciembre de 1958, en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, citado por

En definitiva, la doctrina franquista arremetía contra los neoliberales, que repudiaban el Estado social de Derecho, porque lo consideraban como un Estado absolutamente intervencionista, planificador y ordenancista, que se encontraba a las mismas puertas del totalitarismo. Sin lugar a dudas, era esta nueva concepción social del Estado de Derecho ciertamente intervencionista la que pretendían les permitiese ver el intervencionismo y autoritarismo del Estado franquista como semejante al de cualquier Estado social de Derecho.

En este sentido defendían que la nueva libertad material que establece el Estado social de Derecho solamente se podía conseguir mediante «un ensanchamiento de los derechos humanos que poseen hondas raíces espirituales y una consideración de los derechos económicos como auténticos deberes que obligan en virtud del bien común»⁷⁵. La tarea principal que se asigna al Estado español será la satisfacción de las necesidades humanas o el establecimiento de las bases necesarias para mejorar el nivel de vida de toda la población⁷⁶. La consecución de este mejor nivel de vida sólo se podía lograr imponiendo un cierto grado de intervencionismo y centralismo estatales que no rompiesen con el principio católico de la subsidiariedad de la acción social⁷⁷.

Según la doctrina política franquista, este Estado que pretende un bienestar general merece una calificación moral positiva porque tiende al establecimiento de la justicia social, o a lo que Santo Tomás designó como *justicia distributiva*, creando una situación de satisfacción generalizada que pueda garantizar el desarrollo de la persona humana, a la vez que se respeta el ordenamiento jurídico. Esta posición solamente se podía alcanzar desde una perspectiva ética, por eso este tipo de Estado ha sido valorado positivamente por el pensamiento católico, vislumbrándose ya en las encíclicas sociales de León XIII y Pío XI y es alabado en los escritos de Pío XII⁷⁸. No ha de chocar que el Estado que dibuja Heinrich A. Rommen en su libro *El Estado en el pensamiento católico* sea la viva realización material del Estado social de Derecho, porque, como dice el propio autor y suscribe Lucas Verdú, el mejor fundamento del Estado del Bienestar es la propia tradición católica⁷⁹. Así, llegará a señalar Lucas Verdú que el Estado social de Derecho no podrá oponerse al Derecho natural.

Escritos de Derecho Político, op. cit., pág. 923. Eugenio Pérez Botija, *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1958, pág. 23: «Así, frente a los pudieran creer que el concepto de Estado de Derecho social supone una antítesis inconciliable con la clásica noción de Estado de Derecho típico del liberalismo, las modernas concepciones germánicas desvanece toda posibilidad de error. Estado de Derecho social no supone carta blanca para el intervencionismo y mucho menos olvido de los derechos de la personalidad.»

⁷⁵ Pablo Lucas Verdú, *Introducción al Derecho Político (Las transformaciones sociales del Derecho Político actual)*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 71.

⁷⁶ Fernando Martín-Sánchez Juliá, «La base del mejor nivel de vida», *Arbor*, núms. 151-152, Madrid, julio-agosto de 1955, pág. 467.

⁷⁷ Fernando Guerrero, «Aspectos actuales de la doctrina social de la Iglesia», *Arbor*, núm. 145, Madrid, enero de 1958, pág. 3.

⁷⁸ Juan Candela Martínez, *La crisis contemporánea del Derecho y su superación en el pensamiento de Pío XII*, Murcia, 1951, págs. 114 y sigs.

⁷⁹ Lucas Verdú, *Introducción al Derecho Político*, op. cit., pág. 72. Ya Salvador de Lissabrague, «Sobre la posibilidad de la "justicia social"», *Revista del Trabajo*, núm. 10, Madrid, 1944, pág. 1.220, había dicho que la mejor forma de conseguir una justicia social en España era partiendo de un «Estado cristiano».

ral, porque apunta la ecuanimidad social, y será imposible imaginar una equidad social que no esté basada en la propia ley moral⁸⁰.

Reflejando fielmente la postura de la doctrina respecto al Estado social de Derecho, el profesor de Salamanca dirá que el «Estado de Derecho, en la actualidad, ha dejado de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado material de Derecho, en cuanto adopta una dogmática política y establece la justicia social. De esta suerte puede decirse que nos hallamos ante el Estado social de Derecho»⁸¹.

Todas estas variopintas elucubraciones doctrinales sobre el Estado de Derecho y su transformación en un Estado social pusieron las bases para que parte de la doctrina política española⁸² y el propio Franco⁸³ calificasen al régimen, sin ningún tipo de rubor, como un auténtico Estado social de Derecho.

⁸⁰ Pablo Lucas Verdú, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, *op. cit.*, pág. 72. Luis Legaz Lacambra, *Lecciones de política social*, Santiago de Compostela, 1947, pág. 29, se manifiesta de parecida forma al decir: «La política social se basa en unos cuantos postulados de Derecho natural, que han sido reconocidos por la legislación moderna. El derecho a la personalidad del trabajador, el derecho a que el trabajador lleve una vida humana digna y decorosa (aspectos, uno y otro, del derecho general a la personalidad y a la dignidad humana), la exigencia del bien común en la vida de la empresa, etc., son manifestaciones de la idea del Derecho natural, exigencias de la Ley Natural que la Política Social ha recogido y realizado frente a una situación que al negarlas o desconocerlas, tenía como característica una fundamentada injusticia.»

⁸¹ Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, pág. 73.

⁸² Laureano López Rodó en el discurso pronunciado en las Cortes Españolas el 15 de julio de 1958 defendiendo la Ley sobre la reforma del Procedimiento Administrativo decía, calificando al Estado español: «El Estado liberal ha tenido que ceder el paso al Estado social de Derecho, es decir, al Estado cuya acción persigue, dentro del mayor respeto al Derecho, la consecución del máximo bienestar social. De una actividad casi exclusivamente policial se ha pasado a una actividad de servicio público. El Derecho mismo no puede concebirse ya como mera forma, sino como eficaz instrumento de justicia, y la justicia hoy en materia económico-social no se consigue con sólo dictar normas jurídicas, sino uniendo a ellas una eficaz acción que estimule y complete la iniciativa privada para remediar las situaciones de paro, carestía de subsistencias, de escasez de viviendas, de insuficiencias de comunicaciones, etc. Sin una acción administrativa, decidida, homogénea, rápida en todas estas cuestiones, que escapan muchas veces al alcance de los particulares, cundiría el malestar y las mismas garantías jurídicas resultarían insuficientes» (citado por José Castán Tobeñas, *Los principios filosóficos-jurídicos y político-políticos del régimen español*, Madrid, 1963, págs. 70 y 71). Rafael Entrrena Cuesta, «Notas sobre el concepto y clases de Estado de Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1960, págs. 40 a 45, establece una distinción entre el Estado liberal de derecho y el Estado social de Derecho. Sería en éste en el cual se producía una disminución del derecho público subjetivo a la libertad, en beneficio de aquellos otros derechos de carácter cívico y precisamente de los que facultan a los ciudadanos a exigir del Estado la realización de una actividad social. En cuanto a la forma de concreción del Estado de Derecho, que para Entrrena consiste en el sometimiento del Estado a la Ley, es decir, de la Administración a la Ley, éste lo establece a partir de cuatro ideas fundamentales, las cuales, en su opinión, encuentran perfecta acogida en el ordenamiento jurídico español. Según Abdón Mateos, «La acción de gobierno 1957-1969», en Abdón Mateos y Alvaro Soto, *El final del franquismo, 1959-1975*, Historia 16, Temas de hoy, Madrid, 1997, pág. 47, el sector tecnócrata, «de los que muchos de sus miembros pertenecían al Opus Dei, tenía un proyecto de desarrollo económico y de configuración de un Estado social de Derecho sin democracia».

⁸³ El propio Francisco Franco, *Pensamiento político de Franco*, t. I, Ediciones Movimiento, Madrid, 1975, págs. 367 y 370, calificó al régimen como «un sistema político y social de Derecho, españolamente original», en su discurso en el Monasterio de las Huelgas de Burgos, el 2 de octubre de 1961, y en el discurso de apertura de la X Legislatura de las Cortes dirá: «Nuestro Estado social de Derecho...»

La polémica internacional sobre el Estado de Derecho en España

El intento decidido por parte del Gobierno franquista, arropado doctrinalmente por su *intelligentzia* jurídico-política, de conceptualizar al Estado franquista como un auténtico Estado de Derecho va a ser rápidamente contestado por la prestigiosa *Commission Internationale de Juristes*⁸⁴, con sede en la ciudad suiza de Ginebra. Así, ya en octubre de 1957 en el núm. 7 de su *Bulletin*, en uno de sus artículos, comentaba los procesos políticos en nuestro país. En el número siguiente, que veía la luz en diciembre de 1958, se hacía eco de las nuevas detenciones por motivos políticos que estaba realizando el Gobierno español.

En 1960 la *Commission Internationale de Juristes* envía a su propio secretario general a nuestro país a mantener contactos con los colegios de abogados de Madrid y Barcelona, para constatar la realidad del caso español de palabra de los propios profesionales del Derecho. Incluso en abril de 1961 el abogado italiano Silverio Coppa es destacado como observador en el proceso contra el profesor Enrique Tierno Galván y ocho inculpados más. Como consecuencia de todas estas investigaciones, la *Commission Internationale de Juristes*, en 1962, publicará su famoso informe sobre nuestro país titulado *L'Espagne et la Primaute du Droit*. En dicho informe la *Commission* efectuará un minucioso repaso sobre las cuestiones fundamentales que se debían respetar para poder calificar a un Estado como de Derecho y si de verdad éstas se respetaban por el Estado franquista.

Comenzaba analizando que la concentración de poderes legislativo y ejecutivo, que se realizó en plena guerra civil, no había sido modificada por la legislación posterior. Señalaba que el general Franco reunía en su persona las funciones de Jefe del Estado, Jefe de Gobierno, comandante supremo de las fuerzas armadas y *caudillo* del Movimiento Nacional, es decir, del partido único⁸⁵. Manifestaba que la proximidad entre el régimen de Franco y los regímenes totalitarios italiano y alemán había sido una realidad incontestable. Además, remarcaba que con la victoria de las democracias occidentales en la guerra mundial, el régimen había intentado desembarazarse de su simbología fascista, a la vez que se pretendía adornar con una apariencia democrática a la medida de «la democracia orgánica».

En lo referente al poder legislativo explicaba que su atribución estaba en manos del Jefe del Estado por el Decreto de 29 de septiembre de 1936 y ratificado por la Ley de reorganización de la Administración Central del Estado, de 8 de agosto de 1939, así como la misma Ley de creación de las Cortes, de 17 de julio de 1942. En esta última se establecía que las Cortes eran un organismo esencialmente consultivo. También destacaba que al órgano de representación popular de ningún modo se le podía considerar como verdadero representante del pueblo, pues el propio Jefe del Estado designaba a la mayoría de sus miembros. En cuanto a los Procuradores en Cortes elegidos por el famoso tercio sindical, de ninguna manera se podía mantener que eran elegidos libremente por los trabajadores, ya que la organización sindical española no se podía contemplar como detentadora de la libre voluntad de los trabajadores. Se trataba, sin duda, de una organización jerárquica de tipo totalitario,

⁸⁴ La *Commission Internationale de Juristes* era una organización no gubernamental que gozaba de un estatuto consultivo en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Tenía como fin dar a conocer y promover el principio de legalidad y la primacía del Derecho.

⁸⁵ *Commission Internationale de Juristes, L'Espagne et la Primaute du Droit*, Ginebra, 1962, págs. 5 y 6.

totalmente impuesta y subordinada enteramente a los intereses del Caudillo⁸⁶. Esta situación llevaba a la *Comission* a concluir de las leyes españolas que no eran la expresión de la voluntad popular representada por un Parlamento elegido democráticamente.

Respecto al sometimiento de la Administración a las leyes sostenía que la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, estaba inspirada en una doctrina bastante evolucionada y su adopción pretendía modernizar la Administración, así como simplificar y aumentar su eficacia. A su vez, se quería asociar los administrados a la misma acción administrativa y reforzar la posición jurídica del administrado con respecto a la Administración⁸⁷. De todas formas, constataba la existencia de muchos procedimientos especiales que se venían a yuxtaponer al general. Reconocía, asimismo, que en lo referente al control judicial de la Administración el sistema español en teoría era mucho más liberal e inspirado en doctrinas más avanzadas que la mayoría de los otros de países occidentales. No obstante, se exceptuaban del control judicial los actos conceptuados como políticos, que, según la *Comission*, eran la mayoría de las decisiones tomadas por el Jefe del Estado y el Consejo de Ministros. Por lo tanto, la *Comission* exponía que la práctica del control judicial de los actos administrativos solamente se ejercía de una manera eficaz sobre las decisiones de administraciones inferiores, como las municipales, y de las administraciones centrales periféricas. «Numerosos recursos son presentados cada año contra decisiones de este orden, y a menudo el administrado es atendido. En cambio las decisiones del Jefe del Estado y del Consejo de Ministros gozan de una completa inmunidad de hecho, puesto que son más o menos siempre calificados de "actos políticos" y escapan de esta forma a todo control judicial»⁸⁸.

En cuanto a la independencia del poder judicial, como garantía fundamental de cualquier sociedad que quiere someterse a un régimen en el que prime la legalidad, decía que esta garantía no se realizaba en la práctica. De todos era sabido que el ejecutivo, y, por lo tanto, el *Caudillo*, ejercía una influencia directa sobre el poder judicial. Por una parte, el Gobierno nombraba a su discreción los magistrados que debían ejercer los puestos clave en los tribunales ordinarios⁸⁹. Por otra parte, el Gobierno había creado o fortalecido un gran número de jurisdicciones especiales que permanecían bajo una dependencia muy estrecha del propio *Caudillo*. La más importante, sin duda, y la que más competencias tenía, de estas jurisdicciones especiales era la militar. Estimaba la *Comission* que la creciente oposición al régimen le lleva a ejercer una vigilancia muy estrecha sobre ella. La necesidad de reprimir estas actividades de oposición política, consideradas por el régimen como clandestinas, le conduce a adoptar medios manejables y eficaces para llevarla a cabo. Así, se había creado un conglomerado de leyes penales extremadamente complejas.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 16

⁸⁷ *Ibid.*, págs. 26 y 27

⁸⁸ *Ibid.*, pág. 29.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 30: «En España, la preparación para la función judicial se hace actualmente en la Escuela judicial, para poder entrar se debe superar un concurso abierto a los ciudadanos españoles laicos, licenciados en Derecho, de sexo masculino, mayores de veintiún años. De hecho, los candidatos deben ser simpatizantes del *Movimiento nacional* y poder probarlo bajo pena de que sus méritos no sean reconocidos. El Gobierno nombra como jueces a aquellos ciudadanos entregados al régimen y corta el paso a las personas de reconocido espíritu independiente.»

Además, la utilización de las jurisdicciones especiales y sobre todo de la militar, para los casos de disidencia política, confiere al *Caudillo*, como comandante en jefe de las fuerzas armadas, una importante y sólida autoridad sobre los oficiales encargados de la justicia militar⁹⁰. La policía puede realizar cualquier arresto sin mandamiento judicial y toda persona que sea detenida debe ser puesta en setenta y dos horas en libertad o ante la autoridad judicial correspondiente. Si bien en las acciones de represión de carácter político no se cumplía y podían pasar más de un mes o dos sin que el preso fuese puesto ante la autoridad judicial competente. También reconocía que los colegios profesionales de abogados y determinados profesionales del Derecho luchaban activamente para que se volviese a un sistema de verdadera legalidad.

La *Comisión* dictaminaba sobre las libertades públicas que eran reconocidas de manera formal por el *Fuero de los Españoles*, de 16 de julio de 1945, en el que se reconocen la libertad de expresión y de prensa, el secreto de correspondencia, exclusivamente en el territorio nacional, la libertad de domicilio y su inviolabilidad, la libertad de asociación y de reunión e, incluso, la inmunidad en la detención, salvo en los casos que prescriben la leyes. Ahora bien, la *Comisión* reflejaba que en la reglamentación y afirmación de las libertades los Estados pueden recurrir a la *represión* o a la *prevención*. En este sentido, dirá que un régimen represivo mediante el Derecho es más compatible con el concepto de respeto a las libertades públicas garantizadas por un verdadero Estado de Derecho que un régimen de tipo preventivo y, por lo tanto, policial. De manera que las libertades públicas individuales no pueden ser de ningún modo restringidas de forma preventiva por medidas policiales. Así, recalca, las medidas policiales preventivas solamente debían ser consideradas como legítimas cuando son indispensables para restablecer el orden público o para terminar con peligros superiores, que amenazasen la estabilidad de una forma directa e inminente⁹¹. En el caso español, sentenciaba la *Comisión* que el Gobierno podía adoptar a su antojo las medidas preventivas de policía, suspendiendo las libertades públicas. Ponía como ejemplo el Decreto de 8 de junio de 1962, por el que suspendía el artículo 14 del *Fuero de los Españoles*, privando por dos años del derecho de los españoles a fijar libremente su domicilio. Sin duda, la adopción de estas medidas fue la consecuencia de la participación de ochenta representantes de la oposición interior al régimen en el Congreso de Múnich. A su regreso de lo que se denominó el *Contubernio de Múnich*, los participantes, entre los que se encontraban personajes renombrados como Gil Robles, Prados Arrarte o Dionisio Ridruejo, fueron detenidos por la policía y conminados a elegir entre exiliarse o ser confinados para su residencia en suelo español en las Islas Canarias.

Continuaba la *Comisión* diciendo que la libertad de asociación en España estaba absolutamente limitada. De ninguna manera se podía constituir ningún grupo político o sindical al margen del partido único o del sindicato vertical. Solamente las asociaciones religiosas pertenecientes a la religión católica gozaban de una cierta libertad. La libertad de reunión también estaba sometida a un estrecho control preventivo práctico y se prohibía toda reunión que no estuviese autorizada por el Ministerio del Interior. La policía podía irrumpir en reuniones privadas, e incluso de amigos, con total impunidad.

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 36
⁹¹ *Ibid.*, pág. 40

La libertad de prensa, prosegüía la *Commission*, proclamada en el artículo 12 del *Fuero de los Españoles*, era prácticamente inexistente, ya que todos los medios de comunicación estaban sometidos a la censura ejercida a tenor de las directivas del Ministerio de Información y Turismo.

En lo concerniente a la libertad religiosa, exponía que en los países libres no se puede garantizar solamente una libertad de culto en el ámbito privado, sino que implica la libertad de cada uno de profesar la fe, así como una libertad absoluta de culto en público. Por lo que la libertad de culto es el derecho que cada persona tiene a practicar exteriormente los ritos y las ceremonias de la religión de su elección. En los términos del artículo 6 del *Fuero de los Españoles*, la libertad de culto público solamente estaba garantizada para la Iglesia Católica. Las otras confesiones no gozaban más que de una libertad de culto restringida.

Todo este cúmulo de circunstancias son las que llevaron a la *Commission* a señalar que la característica más destacada del régimen español era la concentración de poderes en las manos del general Franco. El programa político que Franco propuso una vez terminada la guerra civil fue el de la Falange fascista. Esta pretendía establecer en España un régimen totalitario semejante al de los demás regímenes fascistas. Pero una vez concluida la guerra mundial con la derrota de los fascismos, el régimen comienza a realizar declaraciones en las que se aprecia un cierto distanciamiento del totalitarismo, «pero no renunció completamente a la intolerancia característica de un régimen totalitario ni cesó de aplastar a la oposición»⁹². En una palabra, el franquismo era totalitario o, en el mejor de los casos, un sistema autoritario, pero de ninguna manera se le podía considerar como Estado de Derecho.

El informe de la *Commission* ginebrina, que tuvo una difusión importante entre los círculos políticos y universitarios, rápidamente contó con una réplica oficiosa por parte del Gobierno español mediante un libro del Servicio Informativo Español, que fue atribuido a Manuel Fraga Iribarne⁹³, titulado *España, Estado de Derecho*, y con el subtítulo *Réplica a un Informe de la Comisión Internacional de Juristas*, publicado en Madrid en 1964. En su nota previa expresaba que «el Informe preparado por la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra sobre la regla de Derecho en España debía necesariamente provocar una contestación en la que la finalidad primera no fuese la defensa del sistema jurídico vigente en España, sino el restablecer la verdad en lo que a la legitimidad de origen y de ejercicio del Régimen se refiere, así como exponer con toda objetividad el mecanismo de las instituciones que operan en el orden del Derecho reinante en el nuevo Estado español surgido hace veinticinco años»⁹⁴. En este sentido exponía que el informe elaborado por la Comisión Internacional de Juristas sobre el Estado de Derecho en España estaba totalmente desvirtuado y a lo sumo se le puede considerar nada más que «un panfleto de propaganda contra el orden político establecido en España»⁹⁵. Añadía que era la proyección crítica sobre el ordenamiento jurídico español de determinadas ideolo-

⁹² *Ibid.*, pág. 80.

⁹³ Elías Díaz, «Estado de Derecho versus Estado franquista», *Estado e Direito*, núm. 3, 1989, pág. 40. El contrainforme, según el propio libro, fue realizado por una Comisión de juristas de reconocido prestigio designados por el Instituto de Estudios Políticos a instancias del Ministerio de Justicia.

⁹⁴ *España, Estado de Derecho*, Servicio Informativo Español, Madrid, 1964, pág. 5.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 7.

gías políticas, «que se presentan bajo el formato de una concepción abstracta y esteriotipada de la idea del Estado de Derecho»⁹⁶.

Esgrimía el contrainforme franquista que sin duda la idea clave de la categoría ética del Estado de Derecho es la libertad, pero ésta no puede ser un valor abstracto, sino una creación continua de formas de vida libre, que necesariamente debe impedir la anarquía del orden político y tiene que procurar las efectivas condiciones de justicia social, sin las cuales la libertad es más bien un sarcasmo. Por lo tanto, «la evolución social de nuestra época va dirigida, por derroteros acertados o erróneos, a integrar de contenidos sociales la vida libre del hombre y por eso la verdadera idea de Estado de Derecho es hoy una doctrina del Estado social de Derecho»⁹⁷. En consecuencia, el ordenamiento jurídico español sólo podía ser la expresión positiva de una constitución abierta, que se preocupa por la consecución progresiva de los más altos niveles de libertad y de justicia social, eso sí, siempre teniendo en cuenta las condiciones reales de la sociedad española. Estas condiciones surgen tras la propia contienda civil, «que fue impuesta a los españoles como consecuencia fatal de una teoría agnóstica de libertades y de un verbalismo revolucionario enteramente demagógico»⁹⁸.

En cuanto a la legitimidad del Gobierno español, el contrainforme sostiene que no se lo puede ver solamente como el resultado de una rebelión militar y menos aún puede ser exhibido como la mera continuidad de una situación de fuerza sostenida por el poder de las armas. Por lo tanto, expone el contrainforme, el «Alzamiento Nacional» puso fin a la II República, pero de ningún modo puede ser calificado de rebelión contra un Estado de Derecho legitimado en su origen y su ejercicio. Agrega que el «Alzamiento fue el uso de un legítimo derecho de defensa por las fuerzas sociales del país que no estaban comprometidas en la vasta conspiración revolucionaria que, en los primeros meses de 1936, había logrado sumir a España en un caos revolucionario; fue, en fin, el supremo sacrificio impuesto al pueblo español por quienes, tiránica y anárquicamente, detentaban el Poder»⁹⁹.

El contrainforme, sin pudor alguno, va repasando todos los acontecimientos políticos durante la República desde su advenimiento hasta el Gobierno del Frente Popular, declarándolos actos totalmente ilegítimos y, por lo tanto, contrarios al Estado de Derecho. De forma que, una vez manifestada la ilegitimidad de la propia República, según el contrainforme, «no cabe, pues, duda, a la vista de las circunstancias históricas expuestas, de la legitimidad de origen del actual Estado español. Pero también la legitimidad se produce en el ejercicio del Poder por un Estado que se enfrenta con la más vil de las demagogias y asume la primordial tarea de restablecer el orden, la justicia y la seguridad jurídica»¹⁰⁰.

Una vez resuelto el problema de la legitimidad, exponía que la institucionalización de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial en el Estado español se viene solventando dotándose de una serie de novedosas instituciones propuestas por el propio Jefe del Estado, que «están entroncadas con el más puro espíritu histórico tradicional»¹⁰¹, al tiempo que responden a las nuevas realidades del presente. En una

⁹⁶ *Ibid.*, pág. 10.

⁹⁷ *Ibid.*, pág. 11.

⁹⁸ *Ibid.*, pág. 11.

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 18.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 34.

¹⁰¹ *Ibid.*, pág. 36.

palabra, el proceso de institucionalización política que realizó el singular régimen del 18 de julio no tuvo en cuenta para nada la soberanía popular. Estas instituciones no son establecidas por un Parlamento elegido democráticamente por todos los miembros de la Nación, sino creadas por el Jefe del Estado para establecer la estructuración jurídica de un sistema que solamente intentaba preservar su absoluta preeminencia.

Por mucho que los redactores del contrainforme hubiesen intentado otorgar la función legislativa a las Cortes no pudieron dejar de reconocer, como lo había hecho el Informe de la *Comission*, que el Jefe del Estado contaba con la atribución legislativa con anterioridad a la propia creación de las Cortes. Lo cual justifican porque respondía a las necesidades y urgencias de aquel momento. Después de intentar realizar todas las cabriolas dialécticas posibles para que tanto las Cortes como el Jefe del Estado compartiesen la potestad legislativa, se vieron en la disyuntiva de tener que reconocer que «la misma [Ley] de creación de las Cortes Españolas de 17 de julio de 1942, en cuyo preámbulo se especifica que continuaba "en la Jefatura del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general" y solamente podrán reconocer a las Cortes como un órgano deliberante al que se le enciendeban como misión especial "la preparación de la leyes", pero su aprobación definitiva continuaba en la Jefatura del Estado». No obstante, apuntaba que la facultad legisladora del Jefe del Estado por sí solo «se ha utilizado en rarísimas veces desde la creación de las Cortes y tienden cada vez más a convertirse en una prerrogativa teórica de excepcional aplicación, un tanto al estilo de las facultades legislativas autónomas de la Corona británica»¹⁰². Algo que parece normal a tenor de la descripción de la forma que el propio contrainforme exponía de la aprobación de una ley tan importante como la de 17 de mayo de 1958 de Principios del Movimiento Nacional, la cual fue propuesta directamente al pleno por el Jefe del Estado, sin que se pudiera realizar ninguna discusión sobre el articulado, y aprobada por éste en sesión plenaria de manera aclamatoria, es decir, sin ningún tipo de votación¹⁰³. Ni que decir tiene que el propio contrainforme nos da un buen argumento para poder entender lo que eran las Cortes franquistas. Sin duda alguna se trataba de una institución que estaba absolutamente plegada a los intereses del Jefe del Estado y del régimen.

En cuanto a los actos políticos que habían sido reconocidos por el informe de la *Comission* como actos que no estaban sujetos a ningún control judicial, el contrainforme franquista los minimizaba diciendo que para que un acto pudiese ser calificado como político debía emanar del Gobierno, es decir, que hubiese sido acordado por el Consejo de Ministros y que, por lo tanto, revistiese la forma de Decreto¹⁰⁴. No pudieron rebatir de ninguna manera lo que habían demostrado los juristas ginebrinos.

En lo concerniente al poder judicial, declaraba que la afirmación, vertida por el informe de la *Comission*, de que quienes no fuesen adeptos al régimen no entraban en la Escuela Judicial era absolutamente gratuita. Además, tacha de falsedad la aseveración de que el Gobierno rechaza a los que han manifestado un espíritu independiente para los escalafones superiores de la Justicia. Todas estas afirmaciones del contrainforme eran contrastadas por la realidad, pues como de todos es sabido, era

¹⁰² *Ibid.*, pag. 65.

¹⁰³ *Ibid.*, pág. 44.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pág. 78

práctica corriente que el régimen pusiese en todos los cargos a personas que estuviesen vinculadas políticamente con él. En lo referente a la jurisdicción militar mantenía como insostenible que se dijera que se excedía del campo que le era propio. Declarando que el informe incurre en notorias exageraciones e inexactitudes¹⁰⁵. Los hechos darían más tarde la razón a los redactores del informe ginebrino, cuando los activistas de la ETA no fueron sometidos a un juicio ante la jurisdicción civil, sino a un consejo de guerra.

Respecto a las libertades civiles y a los derechos políticos, el contrainforme va buscando resquicios en los textos legislativos que asemejen la protección de éstos en España con el resto de los Estados de Derecho democráticos. De todas formas la realidad social, política e institucional en la práctica nada tenía que ver con las grandilocuentes manifestaciones legales, que intentaban presentar un Estado y una sociedad casi perfectos.

Si ningún tipo de duda y sin rubor alguno el contrainforme franquista defendía que «el Estado actual, en periodo de perfeccionamiento constante, responde a las exigencias modernas de lo que la teoría entiende por un Estado de Derecho»¹⁰⁶

La valiente y clarificadora posición de la doctrina política democrática en el interior («No todo Estado es Estado de Derecho»)

En 1962, el entonces joven profesor de Filosofía del Derecho Elías Díaz¹⁰⁷ publicó un pequeño trabajo en la *Revista de Estudios Políticos*, titulado «Sentido político del yusnaturalismo». En él mantenía, siguiendo las pautas de Legaz Lacambra, que la concepción de la justicia propia del Estado de Derecho es la que surge del Derecho natural personalista. También señalaba que el actual Estado de Derecho no se podía vincular de ningún modo con el liberalismo, aunque reconocía que contaba con muchos puntos coincidentes, como el respeto al valor de la personalidad. Además, remarcaba que el Estado de Derecho era incompatible con cualquier filosofía que no reconociese más valor sustancial al hombre que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal, es decir, en un Estado totalitario. Sin embargo, manifestaba que la crisis del individualismo y del liberalismo hacia necesario plantear al personalismo sobre nuevas bases totalmente distintas de las puramente individualistas y liberales. A tenor de esto, proclamaba que el nuevo personalismo imperante debía estar asentado sobre una necesaria conciencia social. De modo que el nuevo Estado de Derecho solamente se podía configurar como un Estado social de Derecho¹⁰⁸. Elías Díaz, como el resto de la doctrina política española del momento, declaraba superados los escleróticos moldes del Estado liberal de Derecho. En cualquier caso, no pretendía como los otros poder encasillar al autoritario Estado franquista como un verdadero Estado de Derecho, sino que soterradamente (de otra forma no hubiese podido ser en la España de aquel tiempo) afirmaba que el Estado de Derecho sólo se podía realizar como un Estado social de Derecho semejante al que estaban desarrollando las democracias europeas occidentales en aquellos momentos.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pág. 123.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pág. 194.

¹⁰⁷ Sobre su obra y vida, véase Fernando Barués Soto, *Elías Díaz, entre la ética y la política*.

¹⁰⁸ Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2002.

¹⁰⁹ Elías Díaz, «Sentido político del yusnaturalismo», cit., pág. 77

tos y no en un Estado autoritario. En esta misma línea dirá Raúl Morodo en el número 26 del *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político* [que por razones políticas se estaba publicando en Princeton (USA)] que «la expresión Estado de Derecho hace referencia a un concreto sistema de legalidad normativa; legalidad que descansa, ideológicamente, en los supuestos filosófico-políticos de la democracia liberal u occidental»¹⁰⁹.

En 1963 Elías Díaz, en momentos que se está llevando a cabo una dura represión contra los mineros asturianos y hace bien poco que Grimau fue fusilado, escribe su artículo «Teoría general del Estado de Derecho», trabajo que se encontraba en indudable consonancia con la línea mostrada por el ya mencionado informe de la *Commission Internationale de Juristes* ginebrina, como incluso afirmaría después el propio autor¹¹⁰, trabajo que iniciará con la sugerente frase utilizada por Legaz Lacambra de «*no todo Estado es Estado de Derecho*», pero con una intencionalidad radicalmente contraria a la que había pretendido éste. Elías Díaz dirá que «los sistemas demoliberales occidentales han intentando evolucionar desde sí mismos, desde sus postulados esenciales, a fin de adaptar sus estructuras políticas y jurídicas a las nuevas necesidades del desarrollo social y económico de los últimos decenios; se trata de ver hasta qué punto esta estructuración resulta o no posible dentro de los supuestos liberales e individualistas que aparecían como elementos constitutivos del originario Estado de Derecho; [...] aquí basta con dejar indicado que desde posiciones demoliberales occidentales se habla ahora de un Estado social de Derecho que a través, según parece ser, de una revisión y reajuste del sistema evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo, del individualismo que le servía de base, sin caer por ello en claros totalitarismos de corte fascista. Se trata de dar entrada a las necesidades planificadoras y sociales en el marco de un auténtico Estado de Derecho. Se habla así del paso de un Estado liberal de Derecho a un Estado social de Derecho: éste es el sentido actual que parece haber alcanzado la evolución de los sistemas políticos demoliberales occidentales y su concepción del Estado de Derecho»¹¹¹. Por todo ello, formulaba como elementos fundamentales del Estado de Derecho, en la

¹⁰⁹ Raúl Morodo, «Constitución, legalidad, legitimidad», en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, núm. 26, Princeton, 1962, pág. 57.

¹¹⁰ Elías Díaz, «Estado de Derecho versus Estado franquista», *Estado & Direito*, núm. 3, 1989, pág. 40, y «Autobiografía intelectual», *Anthropos*, núm. 62, pág. 17.

¹¹¹ Elías Díaz, «Teoría general del Estado de Derecho», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 131, 1963, pág. 28, la cursiva es nuestra. No deja de sorprendernos que este artículo, que era una verdadera carga de profundidad contra los intereses de maquillaje político internacional del régimen, se permitiese publicar en la revista oficial de la doctrina política del franquismo. La publicación de dicho trabajo sin la más mínima cortapisa la podemos atribuir a que entre los años 1963 a 1965 Carlos Ollero creó un gabinete técnico de redacción para la *Revista de Estudios Políticos*, que tenía como misión la redacción de artículos, notas y, sobre todo, abundantes reseñas y críticas de libros, en el que incluyó a gran parte del grupo tierista, en el que aparte del propio Elías Díaz se encontraban también Raúl Morodo, Manuel Medina, Luis García San Miguel, Alfonso Ortí, Miguel Martínez Cuadrado, entre otros. Como señala el propio Elías Díaz, durante esos años escribimos casi todo lo que quisimos, «hasta que alguien de arriba debió al fin leer la revista, descubrió el pastel y nos despidió», en Elías Díaz, «De un tiempo, de un país. Notas para una autobiografía intelectual», en Elías Díaz, *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, pág. 39. Véase también del mismo autor «El gabinete técnico-ideológico del profesor Ollero (España, años sesenta)», en *Debate abierto (Revista de Ciencias Sociales)*, volumen homenaje al Profesor Carlos Ollero, núm. 10, 1994.

situación histórica del mundo occidental, generalmente asumidos por toda la doctrina política, los siguientes: 1) imperio de la ley; 2) separación de poderes; 3) legalidad de la Administración, y 4) derechos y libertades fundamentales¹¹².

Elías Díaz mantenía que la característica fundamental del Estado de Derecho era el sometimiento del Estado al imperio de la ley, pero no de cualquier tipo de ley (en sentido material), sino al de la ley en sentido formal; es decir, de aquella norma que surja de la voluntad popular representada por un Parlamento elegido democráticamente. De modo que en el Estado de Derecho no se trata de que se gobierne solamente mediante las leyes, surgidas de la voluntad caprichosa, arbitraria y asistemática de la autoridad, propia de los Estados absolutistas. Contundentemente afirmará que «no basta con que exista un sistema de leyes, un sistema de legalidad, para que pueda hablarse de Estado de Derecho; no basta con una autoridad legislativa cualquiera; deberá ser una autoridad legislativa de representación popular, elegida democráticamente; sólo las disposiciones emanadas de un órgano de este tipo tendrán carácter de leyes formales; resulta así algo que ya sabemos: que no todo sistema de legalidad es Estado de Derecho, que no todo Estado es Estado de Derecho»¹¹³. De forma casi manifiesta Elías Díaz mantenía que el supuesto órgano legislativo del franquismo, aquellas famosas Cortes corporativas instauradas en 1942, de ningún modo se podían considerar un Parlamento democrático, porque no eran elegidas por el pueblo. Por lo tanto, todo el entramado de legalidad del que se iba dotando el franquismo no le podría servir para autocalificarse como un auténtico Estado de Derecho.

Sostenía Elías Díaz respecto al principio de separación de poderes que debía evitar la concentración del poder en manos del titular del ejecutivo, para lograr el respeto a los derechos y libertades de los individuos que, representados democráticamente, constituyen ahora el poder legislativo. Vuelve a hacer remarcado hincapié en que el poder legislativo debe ser inexcusablemente elegido democráticamente para que se constituya en la viva voluntad del pueblo. En este sentido, no podría mantenerse, como habían hecho reputados miembros de la doctrina política española del momento, de que en España existía una auténtica *separación de poderes*¹¹⁴.

Respecto al principio de legalidad en las actuaciones de la Administración, remarcaba: «Como es bien sabido, en todos los Estados —sean o no Estados de Derecho— existe, es cierto, dicho régimen jurídico y control jurisdiccional de la Administración. Ahora bien: como hemos señalado, el problema del Estado de Derecho es un problema de límites, es decir, de grado de extensión y garantías de efectividad de ese control, comprobado a través de la existencia de los adecuados mecanismos e instituciones. Lo que caracteriza al Estado de Derecho es que la fiscalización jurisdiccional evita el absolutismo y la excesiva concentración del poder —poder ilimitado e incontrolado jurídicamente— en manos del ejecutivo. El control jurisdiccional de la Administración asegura su sumisión a la ley, su proceder conforme a Derecho y la garantía de los ciudadanos»¹¹⁵. Otra vez muy sutilmente reconocía que el solo hecho de

¹¹² Elías Díaz, «Teoría general del Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 29. La misma enumeración la vuelve a realizar Elías Díaz, «¿Qué significa querer la paz?», en *Actas del Primer Congreso de Filosofía del Derecho*, sobre «Derecho y paz», Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

¹¹³ *Ibid.*, pág. 30. La cursiva es nuestra. Raúl Morodo, *op. cit.*, pág. 56, expone que «no todo sistema de legalidad tiene que ser forzosamente un Estado de Derecho».

¹¹⁴ Véase el trabajo colectivo *Principio de Separación de Poderes*, Madrid, 1951.

¹¹⁵ Elías Díaz, «Teoría general del Estado de Derecho», *op. cit.*, pág. 33.

del autoritario o del totalitario. Estado cuyo ejecutivo maneja —con ciertas diferencias de intensidad y exclusivismo en cada una de esas tres mencionadas formas— un poder ilimitado e incontrolado jurídicamente»¹²⁴. Por otro lado, en un Estado de Derecho los actos discrecionales y los políticos tienden a reducirse considerablemente a sus justos términos, ampliándose la posibilidad de fiscalización jurídica de estas esferas. Así, afirma Elías Díaz que «en los Estados de inspiración totalitaria, por el contrario, las absolutas inmunidades de los grandes poderes discretionales y políticos de la Administración, es decir, la total falta de control jurisdiccional sobre ellos, constituyen válvulas importantísimas para la concentración ilimitada e irresponsable de poder en el ejecutivo o Gobierno»¹²⁵.

En lo que concierne a la garantía de los derechos fundamentales de la persona, dirá que en el Estado de Derecho se configura como uno de sus ejes centrales el establecimiento efectivo de una protección jurídico-constitucional, frente a la total indefensión que se produce tanto el Estado absoluto del *ancien régime* como en los modernos Estados totalitarios. Además, manteniendo la misma posición de 1962, remarcaba que el Estado de Derecho solamente puede estar conexionado a concepciones político-sociales de carácter personalistas y, por lo tanto, afirma que personalismo y Estado de Derecho juntos se contraponen a transpersonalismo y a los Estados totalitarios.

Lo cierto es que para Elías Díaz nunca se debía identificar la necesidad que tenían los modernos Estados sociales de Derecho de dotarse con un ejecutivo fuerte con la primacía absoluta del ejecutivo, ya que esta pretensión interesada se realizaba por parte de la doctrina política con la intención de proporcionar argumentos válidos para realizar una crítica hacia el parlamentarismo, insistiendo en su actual ineficacia y correlativamente en la de los partidos políticos y de otras instituciones básicas del sistema liberal. Pero de ninguna forma se pueden confundir y equiparar estas críticas con las que se hacían al propio Estado de Derecho desde las posiciones de los totalitarismos fascistas y de otros sistemas semejantes. Por lo tanto, el «Estado social de Derecho está, como un paso más, aunque de cierto alcance, en la línea del Estado liberal de Derecho. A pesar de sus variantes, continúa reuniendo las características y exigencias que anteriormente hemos definido como propias de todo Estado de Derecho: *imperio de la ley, formalizada como tal en un órgano popular representativo, separación y distribución de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales*»¹²⁶.

En resumidas cuentas, para Elías Díaz de ningún modo se podría calificar el Estado español de aquel momento, carente de las mínimas instituciones democráticas liberales, como un Estado social de Derecho. Sin lugar a dudas, se trataba de un Estado autoritario o de un Estado totalitario devaluado por las mismas necesidades políticas y económicas de pervivencia del mismo.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 37.

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 37.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 85, la cursiva es nuestra.

CONCLUSIONES

El franquismo fue un régimen que surgió en oposición frontal al Estado de Derecho, que representaba la República española, y se manifestó, desde el primer momento, contrario a la ideología liberal-democrática que lo sustentaba. Además, pretendía imponer un nuevo sistema estatal, el totalitario, que definitivamente superase los estrechos y caducos moldes del Estado de Derecho.

La calificación del régimen franquista de Estado de Derecho que realizaron tanto la doctrina como los jerarcas del régimen fue uno de tantos maquillajes u oropelos, como también lo fue la autocalificación de democracia orgánica, que utilizaría para conseguir su supervivencia en un contexto ideológico adverso, tras la debacle bélica de los totalitarismos. En definitiva, al régimen, a partir de la constitución de la Comunidad Económica Europea, le interesó sobremanera presentarse ante la opinión internacional como un Estado social de Derecho, para que de esta forma le fuese facilitado la consecución de acuerdos económicos preferentes, e incluso su adhesión.

De todas formas, y a tenor de lo defendido tanto por el informe de la *Commission Internationale de Juristes* como de la opinión vertida por la doctrina política democrática española, fue suficientemente demostrado que el franquismo de ninguna manera fue ni pretendió realmente convertirse en un Estado de Derecho. Pues nunca dejó de ser un Estado autoritario. Como todos sabemos, el Estado de Derecho no volvió a España hasta que se produjo la transición democrática.

Así las cosas, podemos decir que el no reconocimiento del régimen franquista como un auténtico Estado de Derecho no sólo lo hicieron el mencionado informe ginebrino y la oposición democrática española, sino el conjunto de países europeos occidentales, que sí eran verdaderos Estados de Derecho, y formando parte de las instituciones comunitarias no dieron cabida al régimen, aunque éste lo pretendiera, dentro de la Comunidad Europea. Pero estos mismos países sí admitieron a España una vez que el régimen hubo desaparecido y cuando el Estado de Derecho estuvo lo suficientemente asentado.