

EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIÓN EN EL PRIMER FRANQUISMO (1939-45)

LUIS AURELIO GONZÁLEZ PRIETO

Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RUPTURA CON LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL REPUBLICANA.—III. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA CREACIÓN DECISORIA DE LA CONSTITUCIÓN FRANQUISTA.—IV. LA CONSTITUCIÓN SOCIAL, INTERNA, NATURAL O HISTÓRICA.—V. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL FRANQUISMO. LA CONSTITUCIÓN COMO ORGANIZACIÓN.—VI. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN FRANQUISTA Y LA POLÉMICA SOBRE LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO CONSTITUCIONAL.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La historiografía política viene manteniendo que la doctrina política franquista obvió los estudios sobre la constitución y su dogmática, como consecuencia de la ausencia en el régimen de una constitución normativa cerrada. Partiendo de un estudio detallado de los trabajos de la doctrina política franquista no se puede inferir que se rechazase la temática constitucional o la propia utilización del vocablo constitución. La doctrina política franquista reconoce que el régimen surge frontalmente opuesto al sistema constitucional que representa la República, pero todos reconocen en la figura de Franco el poder constituyente surgido del propio evento revolucionario que supuso la guerra civil. En su mayoría, la doctrina política franquista, influida por las ideas falangistas, asumen las teorías decisionistas de Carl Schmitt para justificar la asunción por Franco del poder constituyente, mientras que desde las posiciones tradicionalistas se inclinaban por defender que el régimen se asentaba en una constitución social, interna, material o histórica. Para superar esta ambivalencia de posturas, surgirán teorías como la encabezada por Sánchez Agesta que defenderá desde postulados institucionalistas la constitución como organización. En cuanto a la constitución franquista, reconoce la mayoría de la doctrina que la que mejor se

adapta a sus características es la de un sistema abierto de leyes sueltas fundamentalmente orgánicas, en lugar de un código único, aunque no faltaron voces discordantes defensoras de un código constitucional franquista cerrado.

Palabras clave: constitución; poder constituyente; decisionismo; ley fundamental; doctrina política.

ABSTRACT

Historical writing on politics has maintained Franco's political doctrine avoided thinking about the Constitution and its dogma because the regime had not a definitive Constitution. If we studied the works about Franco politics we wouldn't think that the constitution theme or even the use of the word constitution was rejected. Franco's political doctrine recognizes that the regime was contrary to the constitutional system that the Republic recognizes, but everybody recognizes in Franco the power to create a system that arises from the Civil War. Franco's political doctrine, influenced by the Falangist ideas, take on Carl Schmitt's theories to justify Franco taking constitutional power, whereas the traditional positions thought that the regime was settled on a Constitution that was social, intern, material or historical. To overcome that ambivalence, some theories would emerge. For instance, Sánchez Agesta's theory that defends Constitution based on organization from institutional postulates. As for Franco Constitution, it recognizes that most of the doctrine that adapts to its characteristics is the one of an open system of mainly organic separate laws, instead of a single code although there were different opinions that maintained that there was a closed Franco constitutional code.

Key words: constitution; constituent power; decisionism; main law; politics.

I. INTRODUCCIÓN

La historiografía del constitucionalismo español de los últimos tiempos mantiene, por lo general, que la inexistencia durante la época franquista de un código constitucional clásico, es decir de una «constitución normativa o racional» (1), había inclinado a la doctrina franquista a aplicarse en el estudio de «un tan proteico como difuminado derecho político» (2), en detrimento de los estudios sobre la constitución y su dogmática. En efecto, la mayoría de los tratadistas jurídico-políticos del momento consideraron el Derecho

(1) GARCÍA PELAYO (1945): 55 y ss.

(2) LORENTE SARIÑENA (sin fecha): 8.

Constitucional como una mínima parte de la más amplia disciplina del Derecho Político (3). Ahora bien, lo que no se puede inferir de esta posición metodológica es la aseveración de que la doctrina política, durante los primeros años del franquismo, eludió todo estudio sobre temática constitucional y rechazó absolutamente el vocablo Constitución.

Un estudio riguroso sobre sus trabajos nos muestra una realidad bastante distinta. Lo que si es cierto, y no deja lugar a dudas, es que la mayor parte de la doctrina franquista se oponía a entender como Constitución de un Estado solamente aquellos códigos fundamentales que seguían los moldes clásicos liberales del movimiento constitucionalista del siglo XIX, que pre-determinaban el marco esencial para poder configurar un Estado de Derecho (4). La doctrina franquista se afanó en formular un concepto amplio de Constitución, entendiéndolo como todo orden normativo supremo de una actividad política soberana, cuya formulación responde a un triple interés: «1.º Un interés “constitutivo”, como acto de establecimiento de un régimen. 2.º Un interés “imperativo” como decisión política del poder constituyente; y 3.º Un interés “normativo” como cúspide jerárquica del ordenamiento legal» (5). Teniendo en cuenta este último aspecto, Luis Sánchez Agesta señalaba:

«la *Constitución* es ante todo *Derecho* y aquella especie de derecho que es obra inmediata de la actividad política y que por consiguiente contiene sus caracteres. Irrelevante para este concepto es que la Constitución se halle o no fijada por escrito en un solo texto; que tenga el carácter de una ley, de un pacto entre las fuerzas preponderantes de un medio, de costumbre o de jurisprudencia; que se atribuya a su contenido un valor superior y se establezca bajo la protección de un procedimiento específico de reforma; o que se nos exprese como norma, como decisión o como orden concreta [...]. Su calidad esencial la refuerza [...] a que es un derecho fundamental de organización» (6).

Por lo tanto, concluía que la Constitución es el *Derecho fundamental de organización* de todo Estado. De ahí la importancia capital que la doctrina política franquista atribuye a la Constitución y al estudio del Derecho Constitucional para la articulación del pretendido orden y Estado nuevo (7).

(3) Vid. SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI (1939 y 1944); DEL VALLE (1943a y b) y SÁNCHEZ AGESTA (1943).

(4) LOJENDIO (1942): 40; DEL VALLE (1943a): 172; del mismo autor (1944): 19 y ss.

(5) LOJENDIO (1942): 41.

(6) Luis SÁNCHEZ AGESTA (1943): 288.

(7) LEGAZ LACAMBRA (1940): 9; SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI (1939): XI y XII.

Como afirmaba Luis del Valle, el nuevo Derecho Constitucional de los Estados no liberales consiste en un Derecho predominantemente orgánico, que es la expresión del ordenamiento jurídico fundamental del Estado, emanación y reflejo por tanto de un nuevo orden político, que «tiende a inspirarse en la concepción comunitaria, en la concepción universalista que por nuestra parte denominaríamos mejor, orgánico-solidarista» (8). Postulaba Luis del Valle que el Derecho Constitucional triunfante de los nuevos Estados totalitarios-orgánicos-solidaristas tendría que afirmar ante todo el ordenamiento político, como supuesto de toda ulterior normación jurídica. En resumidas cuentas, lo que se debía hacer era constituir el propio Estado y no dedicarse a limitarlo y cercenarlo como había hecho el constitucionalismo clásico.

El nuevo Derecho Constitucional, como se podrá comprobar, servirá para afirmar la propia realidad existencial política, concediendo supremo valor constituyente a la voluntad política que tiene fuerza o facultad para adoptar la concreta decisión sobre el modo y forma de la propia realidad política. De modo que la decisión de la voluntad política se convierte en legítima, por ser ésta fiel reflejo de la voluntad del pueblo. Pueblo que deposita su confianza plena en un Jefe, y éste es el que desarrollará con actos decisivos y normas coactivas, las exigencias más profundas de la comunidad nacional en torno a su forma suprema de organización y dirección, exigencias que serán, en gran parte, obra de su propio genio creador, orientador y conductor (9), que sirva para desentrañar el verdadero contenido de la Constitución interior o social con la que cuenta toda nación. A tenor de lo anterior, tenemos que la dogmática constitucional elaborada por la doctrina política franquista convirtió el de Constitución, como el resto de conceptos políticos, en un instrumento al servicio de los intereses del nuevo régimen triunfante y de justificación absoluta de la ruptura con la realidad jurídico-constitucional republicana.

II. LA RUPTURA CON LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL REPUBLICANA

El levantamiento militar del 18 de julio de 1936 en sus primeros momentos no esgrime una intención notoria de destruir totalmente la forma de gobierno y el orden constitucional establecido, pues un gran número de guarni-

(8) DEL VALLE (1944): 311.

(9) DEL VALLE (1944): 313.

ciones se sublevaron contra el gobierno del Frente Popular, pero lo hicieron enarbolando la bandera de la República e incluso al grito de ¡Viva la República! El propio Franco manifestaba, a principios de agosto de 1936, a un periodista portugués que en España ni el régimen ni la bandera han cambiado.

De esta manera, parecía que en su primera intención los militares golpistas pretendía llevar a cabo un golpe de Estado muy similar al que había protagonizado trece años antes el Capitán General de Barcelona, Don Miguel Primo de Rivera, que consistió en crear un gobierno al margen de la Constitución, pero que no ponía en duda la propia monarquía, ni incluso el propio sistema constitucional, que en el fondo se pretendía defender (10).

No obstante, el fracaso del golpe militar y el desencadenamiento de la guerra polariza las posiciones e impregna el discurso político de los sublevados con una ideología fascista-conservadora, que les producirá un rechazo absoluto hacia el régimen republicano democrático, identificado con la revolución y el anticlericalismo. Al mismo tiempo que les aportan una serie de principios, más o menos vagos, que les sirven de manera precisa para implantar un nuevo régimen, en esencia revolucionario-nacionalista y de naturaleza autoritaria, que de ninguna manera podía ser concebido como una simple dictadura militar transitoria (11).

El nuevo gobierno golpista de hecho no llegará a derogar formalmente la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 (12). Ahora bien, tanto

(10) CARR (1986): 499 y ss.; FERNÁNDEZ ALMAGRO (1986), volumen II: 75 y 116; PRESTON (1986): 29. GARCÍA CANALES (1980): 37 y 104 y ss., señala respecto de la dictadura que «Ese fondo liberal explica que al triunfar el golpe de Estado, lo primero que se le ocurriera para dar satisfacción a las exigencias de su ideología, fuese no declarar derogada la Constitución liberal vigente, sino tan sólo suspenderla, con lo que quedaba a merced de la legalidad y cogido en el plazo de tres meses para ordenar una situación que requería años». En este sentido, SERRANO y SERRANO (1939): 326, «en los primeros días del Alzamiento Nacional podía considerarse vigente la Constitución de la República, la cual era hasta citada en apoyo de determinadas pretensiones expuestas por los mandos militares».

(11) *Vid.* REIG TAPIA (1988). MORADIELLOS GARCÍA (2001): 76.

(12) SERRANO SERRANO (1939): 325, dice esta Constitución, en abierta pugna con todo el sentido del Movimiento, cayó en completo olvido y aunque no ha sido derogada, sus preceptos políticos han perdido en absoluto vigor. SERRANO SERRANO (1938): 417, hacer referencia a una disposición poco conocida, pero que ya emana del Generalísimo Jefe del Estado, quien con fecha 1 de noviembre de 1936, dice textualmente: «La naturaleza del Movimiento Nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que, revestidos de una falsa existencia legal, mantuvieron un ficticio funcionamiento puesto al servicio de la anti-Patria; mas para evitar una engañosa o torcida interpretación de las mismas». GARRIGUES (1939): 10, llegará a señalar de la legalidad republicana: «Aparece entonces aquella monstruosa ficción de legalidad que los gobernantes

los actos como las normas que surgieron de ese gobierno en ningún momento acataron formal o materialmente la legalidad constitucional fruto de la República de abril. Como sentenciaba Francisco Javier Conde: «El 18 de julio de 1936, fuerzas reales, de vario origen, se alzan en armas contra el orden jurídico republicano, representado por la Constitución de 9 de enero de 1931» (13). Sea como fuere, en la zona ocupada por los sublevados se produce una anulación absoluta de la Constitución (14), así como de gran parte de su realidad legislativa, y paralelamente se irá gestando un peculiar modelo de organización jurídico-política en el que, con importantes singularidades, se intentaba seguir la estela constitucionalista de las potencias totalitarias.

Lo cierto es que para la doctrina política franquista la nueva realidad política, que surge del evento revolucionario que para ellos fue la guerra civil, supone una ruptura total con el orden liberal-democrático que representaba el Estado de Derecho republicano (15), mucho más radical y absoluta que la de los otros regímenes totalitarios. Pues consideran a los regímenes italiano y alemán, como verdaderas situaciones excepcionales dentro del régimen liberal-democrático. Lo cierto es que los sistemas totalitarios italiano y alemán, en sus inicios, aceptaron su Constitución y el régimen parlamentario.

Si bien el fascismo italiano llega al poder mediante un acto de insurrección, como fue la multitudinaria marcha sobre Roma, una vez en él no deroga la Constitución, ni liquida el régimen parlamentario. Pues como expresaría el propio Mussolini, al suprimir las milicias y el escuadrismo se pretende que el régimen no se salga de los límites de la Constitución. El régimen,

llamaban “legalidad republicana”. Existía el aparato propio de un régimen democrático, pero su funcionamiento era una farsa al servicio de las consignas marxistas. Una legalidad en la que se violaba las garantías más elementales de la convivencia civilizada. Una legalidad que sólo podía apoyarse en la razón de la *mitad más uno* de los diputados complacientes. Una legalidad en la que la ley había dejado de ser ordenación de la razón para el bien común y se había convertido en expresión formal de la voluntad tiránica de una mayoría parlamentaria, capaz de comportar y amparar las mayores iniquidades». No obstante, CASTRO ALBARRÁN (1941): 171, señala: «La Constitución laica de la República —dijo el GENERALÍSIMO, en diciembre de 1937 al corresponsal de una Agencia Inglesa— fue abolida por un decreto firmado por mí en octubre pasado y con ello se halla abolida toda la legislación anticatólica».

(13) CONDE GARCÍA (5 de febrero de 1942). Como se puede comprobar Conde se equivocó notoriamente en la fecha de promulgación de la Constitución republicana que fue el 9 de diciembre de 1931.

(14) En los 26 Puntos de Falange Española Tradicionalista y de las JONS se exigía la anulación fulminante de la Constitución republicana.

(15) CONDE GARCÍA (7 de febrero de 1942).

como señalaba Francesco Ercole, consistía en la dictadura del Partido fascista sobre un Estado que, jurídicamente, continuaba, en lo esencial, siendo liberal (16). Es más, la transformación totalitaria del régimen mussoliniano, a partir del famoso discurso de Mussolini de 3 de enero de 1925, se efectúa dentro de los moldes constitucionales, mediante la eficaz labor de «ingeniería constitucional» (17) que lleva a cabo el ministro de justicia, Alfredo Rocco (18), al conseguir que se fuese aprobando toda una serie de leyes que eliminaban los principios democráticos a la vez que los remplazaba por unos autoritarios (19).

En cuanto al caso alemán, de todos es conocido que el NSDAP, el partido nazi, encabezado por Adolf Hitler, llega al poder siguiendo los mecanismos constitucionales, al vencer en unas elecciones al *Reichtag*. Incluso poco tiempo después se convocan elecciones parlamentarias dentro del marco institucional establecido por la Constitución de Weimar, en las que gracias a la minuciosa preparación de Goebbels consiguen más de 17 millones de sufragios (20). Es más, las principales medidas legislativas que inician la configuración del marco institucional totalitario nazi se apoyan en la Constitución, que en aquello que les es útil no se considera derogada (21).

La posición de la doctrina española respecto a las grandes diferencias entre el sistema español y los otros países totalitarios, quedará bien reflejada por el neofalangista Francisco Javier Conde, quien mantiene que aunque las tres realidades políticas brotan de un evento revolucionario, la conceptualización de los principios últimos y la propia materialización del modelo español eran muy diferentes al italiano y al alemán. Al verificar un análisis más profundo de cómo surgen los tres regímenes de liderazgo, Conde no verá situaciones de violencia ni en la marcha sobre Roma, ni tampoco en la llegada al poder de los nazis, pues éstos son llamados a formar gobierno por el propio presidente de la República tras haber ganado unas elecciones generales. El régimen fascista lo ve como un caso típico de dictadura, al Duce como un dictador y al Estado italiano actual como un régimen que no ha rebasado la órbita del Estado liberal en su fase autoritaria. El Duce, a los ojos de Conde, no es más que un Jefe de Gobierno con facultades excepcionales, que ha concentrado en su mano los tres poderes del Estado viejo, pero cuya posi-

(16) ERCOLE (1940): 78 y 193.

(17) CAMPIONE (1999): 314.

(18) *Vid.* ROCCO (1927); UNGARI (1963).

(19) MILZA y BERSTEIN (1980): 141.

(20) MILZA (1991): 286.

(21) BENEYTO PÉREZ (1934): 93.

ción jurídica puede cambiar cualquier día por virtud de un mecanismo constitucional independiente de su arbitrio.

El autor falangista entendía que el régimen de liderazgo que de forma más radical rompe con el esqueleto estatal liberal-democrático era el español, el cual había surgido en el mismo fragor del combate contra el orden republicano. Para Conde, mientras los otros regímenes de liderazgo no pasan de ser una mera situación de dictadura comisaria (22), el sistema español traspasaba decididamente los estrechos márgenes de la dictadura comisaria, derribando todos los componentes institucionales y constitucionales del esclerótico Estado viejo representado por la República, que impedían la realización plena del Estado nuevo.

La ruptura total que supone la contienda civil hace que surja con toda su originalidad la nueva categoría política constitucional del caudillaje. La guerra supone una purificación en España respecto de todas las influencias constitucionales pretéritas. «Con el caudillaje se inaugura un modo nuevo de mandar, cuyo signo es genuinamente fundacional» (23).

El caudillaje, como deja entrever Conde, es una categoría política pura del nuevo orden constitucional naciente, frente a las otras dos categorías políticas del liderazgo (Duce, Führer), que son fruto de la transición y no de un evento revolucionario total, como ha sido la guerra civil española, y, por lo tanto, contarán en su primigenio fundamento con un sustrato liberal-constitucional, del cual —según Conde— no pueden desprenderse.

En pocas palabras, el caudillaje del general Franco se instituye en un verdadero *poder constituyente*, con capacidad para dictar normas constitucionales que sean fiel reflejo de las condiciones históricas, culturales y sociales que se encuentran insitas en su Constitución interna. Este *poder constituyente* se encuentra refrendado y legitimado por el *plebiscito armado* (24) que supuso la guerra civil, no con un número mayor o menor número de sufragios, sino con la propia sangre de los caídos que dieron su vida por la patria (25).

(22) Vid. SCHMITT (1968): 28.

(23) CONDE GARCÍA (8 de febrero de 1942).

(24) La carta colectiva del episcopado español de 1 de julio de 1937 calificó la guerra civil de «plebiscito armado». Vid. RAGUER, 2001.

(25) CORTS GRAU (1946): 38.

III. LA NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA CREACIÓN DECISORIA DE LA CONSTITUCIÓN FRANQUISTA

La tesis decisionistas de Carl Schmitt, entendida como que las normas supremas de organización fundamental, es decir, las normas constituyentes, toman su validez de un poder, fuerza o autoridad soberana establecida por la misma decisión de su propia voluntad (26), ya se encontraban presentes en algunos escritos de la doctrina fundacional del fascismo español (27).

Las teorías de Schmitt rápidamente van a ser asumidas con profusión por la doctrina política franquista (28), produciéndose una verdadera apología de la decisión (29), eso sí, muy influenciada por el pensamiento de Juan Donoso Cortés (30) y adaptada a las necesidades doctrinales del franquismo. El profesor alemán había rescatado, en parte, la teoría sobre la dictadura propuestas por Donoso (31). De este modo, llegan a defender que las propuestas de Schmitt toman su esencia última en el decisionismo de Donoso (32). Teniendo en cuenta que la decisión de Donoso no puede surgir de la nada o simplemente del propio desorden, sino de la verdad, toda decisión soberana debe de estar al servicio de una verdad que la trasciende. De modo que se convierte en enemigo no quien niega la propia voluntad decisoria, sino la verdad que defiende (33).

(26) SCHMITT (1982): 34.

(27) *Vid.* SOUTO VILAS (1931).

(28) GARCÍA DE ENTERRÍA (1981): 163, apreciaba que el conservadurismo de Schmitt, no era un conservadurismo cualquiera, «simplemente inercial o sostenedor de *status quo* utilitario sórdido, sino de la “la revolución conservadora” y aristocrática, que con su desdén altivo al orden burgués [...] y su caída final en el decisionismo dictatorial, falsamente heroico (simplemente violento), concluye abiertamente en el fascismo». No obstante, la doctrina muestra una discrepancia sobre la penetración de Schmitt en la doctrina política franquista durante esta época. En este sentido GÓMEZ ORFANEL (1986): 22, expone: «que tras la lectura del artículo de Lucas Verdú [«Die Entwicklung der Staatstheorie in Spanien seit 1945», en *Der Staat*, núm. 2 (1963) no se tiene la impresión de que Schmitt hubiese generado un excesivo interés entre nosotros»; y GÓMEZ ORFANEL (1982). En sentido contrario GARCÍA DE ENTERRÍA, 1982: 11, quien acusó a los profesores de Derecho Político de schmittianismo. Igualmente GARCÍA PELAYO, 1982: 373: «Pero ha sido, sin duda, en España donde la obra de Carl Schmitt ha tenido no sólo la primera, sino también la más extensa acogida y difusión». También en LÓPEZ GARCÍA (1996): 140 y ss. y en PREDIERI (1998): 13 y 14.

(29) BISBAL MÉNDEZ (1977): 158.

(30) LÓPEZ GARCÍA (1996) 153 y 154.

(31) Cfr. SCHMITT (1952): 62 y 63.

(32) LEGAZ LACAMBRA (1947): 321.

(33) SÁNCHEZ AGESTA (1942): 464 y 465. Cfr. Carl SCHMITT (1941).

Luis Sánchez Agesta, parafraseando a Donoso, apuntaba el carácter originario y extraordinario con que el poder constituyente se produce mediante una decisión creadora de un orden constitucional concreto, diciendo:

«El poder constituyente, [...] no puede localizarse por el legislador, ni formularse por el filósofo; porque no cabe en los libros y rompe el cuadro de las constituciones; si aparece alguna vez aparece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere la víctima y se extingue» (34).

Por tanto, no cabe prever mediante un precepto jurídico y ni aun siquiera mediante una ley histórica de probabilidad del sujeto que ha de crear el orden a través de esa decisión.

«Ésta no se apoya en el orden anterior ni sigue una sucesión regular de causas. Está más allá de todos los poderes constituidos y más allá de todas las razones que puedan fundamentar un derecho al ejercicio de ese poder. Es simplemente un hecho histórico que acusa su presencia con su actuación y que funda sus decisiones en el impulso y la eficacia de su voluntad» (35).

Así pues, cuando el orden constitucional se nos presenta de esta manera nos hallamos ante una expresión neta de una voluntad política creadora del orden. De manera que entre el orden y la voluntad que lo crea existe un vínculo inmediato que se presenta como el mejor ejemplo de una actividad política pura, que se manifiesta en la plenitud de sus caracteres, como son fin, poder, imposición polémica, carácter originario y creación de un orden.

El problema, para Sánchez Agesta, se concreta en determinar con qué características debe contar un sujeto político especial para que su voluntad se pueda considerar como un verdadero poder constituyente. Según él, para que a una voluntad política se le considere como constituyente debe reunir tres caracteres básicos: «su naturaleza *originaria*, su *eficacia* y su *carácter creador*» (36). Ahora bien, el carácter originario debe ser de naturaleza trascendente. Puede presentarse como un puro hecho de fuerza que se legitima en el derecho a la revolución, que tiene su justificación en el derecho de resistencia que tiene el pueblo contra todo poder que actuase en flagrante desconocimiento o violación reiterada de los preceptos del Derecho natural (37). Además de la propia justificación trascendente, este poder constituyente también

(34) SÁNCHEZ AGESTA (1942): 48.

(35) *Ibidem*: 49.

(36) *Ibidem*.

(37) *Vid.* LOJENDIO (1941) y CASTRO ALBARRÁN (1941).

se legitima de forma inmanente, *a posteriori*, en cuanto es capaz de establecer y hacer viable un orden.

Pues, la «mera formulación de un nuevo orden o el propósito revolucionario de realizarlo que no entre en vías eficaces de cumplimiento o el intento frustrado de cumplir esa transformación, aun cuando la revolución haya sido dueña por un espacio más o menos prolongado de un poder efectivo, no son suficientes para que un poder pueda considerarse como efectivo poder constituyente. Es preciso la plena consumación del hecho, la plena consecución de su objeto creando un orden nuevo» (38).

En suma, el titular del poder constituyente, dada su específica naturaleza histórica, no es quien quiere o quien se cree legitimado para serlo, sino quien puede, esto es, quien está en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden.

Uno de los postuladores más radicales de la legitimación decisoria del orden fundamental constitucional franquista fue Francisco Javier Conde, quien manifiesta que el caudillaje es una dictadura revolucionaria surgida del poder constituyente del pueblo (39), y remarca que esta dictadura, nacida de la propia contienda, es una dictadura soberana con capacidad suprema de decisión sobre la realidad constitucional. Además, defendía que el orden constitucional impuesto por el general Franco contaba no sólo con la legitimación propia del restablecimiento del orden, sino con la que «otorga la propia ejemplaridad y la especial asistencia con que Dios favorece a quien en combate victorioso por la Verdad y por la salvación de su pueblo le son desvelados los arcanos del futuro histórico y asume el deber indeclinable de forjarlo en su mano» (40).

Otro importante defensor fue Luis Legaz Lacambra quien utiliza la decisión como fundamento último de legitimación del régimen. Así expone que es la decisión, adoptada por el titular del poder constituyente, la que hace que España sea un Estado nacional, «en cuanto es instrumento totalitario al servicio de la integridad patria, y sindicalista, en cuanto representa una reacción contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista» (41).

Sabino Álvarez Gendín, también inclinado por el decisionismo, no estará de acuerdo con la idea de que la decisión política que engendra el proceso constituyente se encuentre solamente en la única voluntad del Caudillo. Entiende que el órgano propiamente constituyente queda dibujado en los

(38) SÁNCHEZ AGESTA (1942): 30.

(39) CONDE GARCÍA (5 de febrero de 1942).

(40) *Ibidem*.

(41) LEGAZ LACAMBRA, 1940: 194.

Estatutos de la Falange Española, siendo el Consejo Nacional, que preside el propio Caudillo, el que absorbe todas las funciones constituyentes, a diferencia del Gran Consejo Fascista italiano, que comparte algunas de estas funciones constituyentes con el Duce (42).

Luis del Valle piensa que el nuevo Derecho Constitucional concede un supremo valor al propio acto constituyente como puro acto decisonal del pueblo político. Este poder constituyente del pueblo político se transforma en suprema *decisión* mediante la forma plebiscitaria, ya por votación o por aclamación o asentimiento, como ocurrió en España. El pueblo deposita su confianza en un supremo magistrado, un caudillo, para que «establezca el adecuado ordenamiento jurídico, o sea las normas fundamentales orgánicas» (43).

Del Valle, como Conde, interpreta que la función constituyente surge de las entrañas mismas del pueblo durante la guerra de redención nacional y se concreta en la decisión del bando vencedor de afirmar su ser político, mediante el reconocimiento, en calidad de Jefe supremo, del «Generalísimo Franco, Caudillo Nacional, héroe invicto Salvador de España, depositando en esta suprema Magistratura su plena confianza para la organización del Estado» (44). Es sobre este acto constituyente donde se asienta en modo y forma la propia existencia política del Movimiento. Como consecuencia de esta existencia política, el Jefe del Estado comienza a ejercer la plenitud del poder direccional y decisonal estableciendo las normaciones fundamentales de la organización política, así como las ordinarias, que va exigiendo el desarrollo nacional.

Para Del Valle, mientras el caudillo cuente con la confianza de la comunidad, su voluntad será la voluntad de la comunidad misma, convirtiéndose no sólo en el supremo conductor sino en el perfecto intérprete y definidor de la voluntad nacional.

Se trata, para Del Valle, de un derecho plebiscitario de aclamación y asentimiento, que se encuentra en la misma esencia del régimen, en cuanto que el Caudillo es Jefe del Estado, por voluntad nacional (45), expresada por

(42) ÁLVAREZ GENDÍN, 1939: 88.

(43) DEL VALLE (1944): 311.

(44) *Ibidem*: 371.

(45) Entendía DEL VALLE (1944): 380, que «una necesidad apremiante de unidad y efectividad de dirección, impuso como lo primero, en el proceso orgánico constituyente, pasados ya los momentos iniciales de afirmación y decisión fundamental, crear una Magistratura suprema, Jefe del Gobierno del Estado y Generalísimo, y ello se hace, interpretando, se dice recta y exactamente, “sentir nacional” de acuerdo con el *consensus populus*, perfectamente claro, espontáneo, fervoroso y entusiasta, que a manera de Plebiscito de aclamación y asenti-

medio de un plebiscito directo y continuo de asentimiento expreso (46), «que se manifiesta por medio de la aclamación incesante» (47).

En Luis del Valle la Constitución es un acto previo existencial, una decisión soberana, que determina la concreta forma de la unidad política. La Constitución jurídica se derivaría de la propia decisión soberana. El acto constituyente es intangible y rígido, pudiendo solamente modificarse mediante otro acto propiamente constituyente, pero las normas constitucionales que surgen de este acto constituyente deben ser variables. Esta flexibilidad responderá a posibles cambios en la estructuración general política que no afectan a la esencia misma del acto fundacional. Como consecuencia de la flexibilidad que se desprende del nuevo orden jurídico, el sistema español de normaciones constitucionales se adaptará mejor al tipo de leyes sueltas y fundamentalmente orgánicas que al sistema de código único, generalmente de tipo rígido, que proponía el constitucionalismo liberal clásico.

Del Valle apunta que la decisión consciente de un poder constituyente que surge de la esencia revolucionaria del pueblo debe estar, por ende, necesariamente en consonancia con la *Constitución interna, histórica o natural*, que se encuentra insita en el propio ser cotidiano nacional.

IV. LA CONSTITUCIÓN SOCIAL, INTERNA, NATURAL O HISTÓRICA

La doctrina política franquista regenera la teoría del constitucionalismo decimonónico español de la Constitución interna (48), haciéndola coincidir

miento, autorizó el Decreto [29 de septiembre de 1936] y lo ratificó incesantemente, proclamado, en todo momento, que el cuadillo, contaba plenamente con la confianza nacional».

(46) Proclama DEL VALLE (1944): 380, «Fue [la Jefatura del Estado], desde su origen, una Magistratura plebiscitaria directa, porque fueron los nacionales todos, que se agrupaban bajo su dirección, los que lo ungieron, aclamándolo sin cesar, como Jefe indiscutible de una revolución redentora, que debía salvar la unidad, la independencia y el prestigio y gloria de la Patria. No fue por tanto “consentido tácitamente” por la Nación [...], sino “expresamente” mediante un Plebiscito de asentimiento y aclamación».

(47) DEL VALLE (1945): 659.

(48) La expresión «Constitución interna» parece que se debe a Cánovas del Castillo, según apunta SÁNCHEZ AGESTA (1964): 315. En el Diario de Sesiones de las Cortes Españolas de 1876, Cánovas hacía la siguiente reflexión: «Es imposible que un país viva sin algunos principios, sin algunos fundamentos, sin algunos gérmenes que desenvuelvan la vida, llamados a esto como queráis; si no os gusta el nombre de Constitución interna, poned otro cualquiera, pero hay que reconocer que de hecho existe». Si bien, según resalta VARELA SUANCES-CARPEGNA (1994), pág. 45, es Jovellanos quien primero nos habla de la existencia de un orden metaconstitucional e inicia la doctrina de la constitución histórica, que en el siglo XIX tomará dos

con la de Constitución histórica de Donoso Cortés (49) y la social de Jaime Balmes (50). Así Luis del Valle comentaba que todo Estado tiene una Constitución fundamental, una *Constitución interna*, que está «formada por el sistema de principios característicos de su propia naturaleza esencial» (51). Una Constitución comprensiva de las condiciones esenciales para ser Estado. Pero recalca que de ninguna manera debe confundirse la necesidad de que todo Estado tenga una Constitución con que todo Estado sea Constitucional, que sólo representa al Estado liberal configurado como un Estado de Derecho. De manera que «la constitución interna es el sistema de principios inherentes a la esencia misma del Estado» (52).

Así especificaba como principios fundamentales de este tipo de Constitución, los siguientes:

«Primero. El Estado es una organización social natural, dotada de personalidad real y jurídica propia.

Segundo. Como toda *persona* es un ser de *finés*, a los que se encamina mediante una conciencia y una voluntad suyas, distintas de la de los individuos que la forman.

Tercero. Para realizar estos fines, o sea, en general, para desenvolver el contenido entero de su actividad propia, se vale, ya que no sea posible de todos, al menos del mayor número de sus miembros, representantes suyos, que serán los órganos de interpretación, expresión y actuación de su voluntad. Así, pues, tendrá como forma de realización, la *democracia orgánica representativa*.

Cuarto. La realización de su voluntad lleva como sello característico, la *dominación*, el *imperium*, o sea que el Poder de esta persona-Estado, es un Poder de coacción irresistible.

direcciones, la defendida por los carlistas, que tratan de mantener sin ningún tipo de contaminación liberal y la que propugnan los liberales conservadores. Sobre la constitución natural, la obra de G. DE REPÁREZ (1928). Fustel de Coulanges explica que la constitución de un pueblo no es más que su historia puesta en acción, y De Maistre dirá que la mejor constitución es la que no se puede escribir. Por eso, se puede decir que «existe en los pueblos una Constitución *interna*, que revela el fondo del carácter y la conexión orgánica de sus instituciones». RUIZ DEL CASTILLO, *Manual* (1939): 174, expone que esta tendencia historicista propugna el estudio de la Constitución como un conjunto de fenómenos sociales en cuanto que hechos naturales acumulados y revelados por la historia.

(49) El principio del gobierno perfecto Donoso Cortés quiere encontrarlo en el equilibrio social que se consigue con la mística y romántica fuerza de la espontaneidad histórica. Vid. SÁNCHEZ AGESTA (1953-1954): 23.

(50) SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI (1938): 210. Vid. BALMES (1950): 65.

(51) DEL VALLE (1943): 172.

(52) *Ibidem*: 173.

Quinto. Este Poder no es arbitrario; no puede serlo, siendo Poder del Estado, porque éste, esencialmente, tiene que ser un Poder jurídico y, como tal, a su vez, fundamental ético. Por tanto, es Poder limitado por el Derecho y la Ética: Pero es de su esencia que no lo limite nadie, sino él a sí mismo, y por ello es un Poder soberano, constituyendo así esta Propiedad del Estado, el fundamento del Derecho político.

Sexto. Esta soberanía reside en el Estado mismo como persona moral superior y, por tanto, los miembros de éste no son soberanos por sí mismos, como creía Ruosseau, sino órganos de la soberanía del Estado» (53).

Como podemos observar, la mayor parte de los principios señalados como fundamentales por Luis del Valle encajaban a la perfección en la realidad política estatal desplegada por el franquismo, como la democracia orgánica, la dominación y coacción irresistibles, la existencia de un poder que sólo se limita a sí mismo y, por supuesto, la soberanía no reside en el pueblo sino que es detentada por el propio Estado.

Siguiendo esta misma línea argumental Luis Sánchez Agesta apuntaba que existen principios e instituciones que

«preexisten a toda Ley constitucional; hay pues una constitución *interna*, histórica, que las constituciones escritas no hacen sino articular [...]. La constitución *interna* es pues un hecho anterior a toda declaración jurídica formal; lo que hoy llamaríamos una constitución *material*, empleando el pobre término con que hemos sustituido el sugestivo que inventaron los españoles del siglo XIX» (54).

A su vez, Fontana Tarrats resaltaba que España en ningún momento necesitaba proclamar una Constitución basada en unos principios abstractos, lo que precisaba es constituir una nación asentándola en sus canales medulares sociológicos (el campo y sus variedades), según se refleja certeramente «en las orientaciones de los puntos iniciales y en los magistrales dictados de nuestro Caudillo» (55).

La idea de Constitución social o histórica conectaba bastante bien con los postulados políticos de los tradicionalistas. Éstos afirmaban que todo pueblo o Nación posee una cultura que le es propia, que por lo general es consustancial a su tradición y que siempre es consecuencia de la peculiar manera de estar compuesto y organizado, que es lo que normalmente se co-

(53) *Ibidem*: 173 y 174.

(54) SÁNCHEZ AGESTA (1953-1954): 29.

(55) Cfr. FONTANA TARTAS (1945): 98.

noce como Constitución social. Por lo que la forma de una Constitución política para que sea eficaz debe amoldarse siempre a la Constitución social del pueblo.

Perpiñá Rodríguez, desde posiciones tradicionalistas, lamentaba que la Constitución fuese entendida como obra de una pura decisión humana, indicando que, a la hora de comprender la Constitución, únicamente cabe entenderla como un hecho interno, engendrado por la fuerza misma de los hechos históricos (56). El ordenamiento constitucional vale, «porque todo él arranca de una norma que es eficaz por coincidir materialmente con las exigencias naturales de las cosas» (57). Así elimina de cuajo Perpiñá el problema de la legitimidad de la Constitución, pues ya no existe una valoración constitucional ideal y, por lo tanto, «la mejor Constitución es aquella que más ajustadamente responde a la imposición material de los hechos, la que por reproducir mejor la Constitución natural del Estado permite mejor vivir en común y realizar objetivos comunes» (58). En consecuencia, el contenido de la Constitución política se condensa en la zona de fusión del ser y del deber ser, de la realidad y de la norma.

Las condiciones históricas de la Constitución política serán las condiciones reales, sociales y culturales. Si bien toda la obra constituyente ha de tener en cuenta estos condicionantes necesarios, existe una pequeña parte que es producto de la libre creación humana. Junto a las condiciones aportadas por la propia naturaleza, siempre hay algún margen para la construcción, es decir, «por lo menos siempre queda a merced del talento del legislador la perfección técnico-lógica de los preceptos que promulgan en obediencia de las leyes de la Constitución natural» (59).

V. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL A LA MEDIDA DEL FRANQUISMO. LA CONSTITUCIÓN COMO ORGANIZACIÓN

Aunque los intentos por conciliar las posiciones doctrinales constitucionales de las distintas corrientes del franquismo fueron una constante en im-

(56) *Vid.* Antonio PERPIÑÁ RODRÍGUEZ (1943): 169.

(57) *Ibidem*: 175.

(58) *Ibidem*: 176; PALACIOS (1949): 72, encuentra el origen de la Constitución natural en Bonald, quien consideraba que «la constitución es algo intrínseco a la sociedad desde su formación misma y no es una invención humana»; por lo tanto, los hombres no se deben dar unas Constituciones políticas espléndidamente inventadas por la razón, sino que éstas deben ser reflejo de la natural.

(59) Antonio PERPIÑÁ (1943): 176.

portantes teóricos del régimen, como Luis del Valle, Lojendio, etc., sin duda alguna será Luis Sánchez Agesta quien conseguirá conceptualizar la teoría constitucional más acorde a sus intereses. En ella sintetiza la teoría decisionista, de marcada impronta falangista, con la de los tradicionalistas de la Constitución interna, social o histórica, así como asumirá importantes postulados de las teorías institucionalistas, tan en boga entre un número importante de teóricos franquistas (60), y recalca como el fundamento último de todo orden jurídico-constitucional la libertad del ser humano afirmada por la tradición cristiana.

Así pues, precisaba Luis Sánchez Agesta que todo orden político, en cuanto creación mediata o inmediata de la voluntad humana, suponía un mínimo de ordenación de convivencia. Por consiguiente, la idea de organización como planeamiento para la conservación de un equilibrio social es vital para comprender cualquier orden político. Esta idea de organización marca dentro del orden una diferencia o concreción específica que se expresa por dos caracteres que tienen, al mismo tiempo, una importancia histórica. Por un lado, la organización supone un orden dinámico realizado por un juego de poderes jerárquicos que entrañan una *instancia última de poder*; es decir, evoca la idea de una *voluntad organizadora* que soporta la unidad del orden con una actuación política consciente» (61). *Voluntad organizadora* que no tiene por qué ser emanación de una autoridad declarada competente por el mismo orden constitucional, es decir el poder constituyente propiamente constituido, sino que el orden constitucional puede generarse:

«por el mismo órgano legislativo y a través del mismo procedimiento en que define el Derecho no constitucional. En éste no puede hablarse sino en sentido impropio de un poder constituyente constituido, sino más bien de un solo poder soberano a quien están atribuidas en una misma competencia el establecimiento y reforma del orden fundamental y del ordenamiento jurídico complementario» (62).

Esta voluntad organizadora en la España del momento estaba concretada en la figura del Caudillo, quien se constituía en un auténtico poder soberano que tenían atribuidas la competencia para dictar normas legales y constitucionales pertinentes para mantener el orden.

Por otro lado, la organización cuenta con un ingrediente fundamental que es la existencia de un programa o plan para conseguir el orden, que pre-

(60) RIVAYA GARCÍA (1998): 244 y ss.

(61) SÁNCHEZ AGESTA (1943): 76.

(62) *Ibidem*: 55.

supone la actuación racional de esa voluntad organizadora. El programa que sigue la voluntad organizadora del Caudillo es el contenido en los Puntos Iniciales de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Por lo tanto, la organización presupone una voluntad viva decisoria, una voluntad inquieta y activa, siempre capaz de nuevas decisiones que den nueva forma a los elementos. Esta voluntad viva decisoria, que encaja a la perfección con la idea de poder constituyente genuino, tiende a institucionalizar la vida política:

«pero nunca se puede fijar de una manera determinada y permanente en ideas concretas; tiene siempre una característica inquietud por la misma amplitud del fin que la soporta: el bien común. Por la flexibilidad del cumplimiento histórico de este fin es siempre capaz de nuevas decisiones que se expresan en esa voluntad viva que entraña la organización» (63).

Flexibilidad, adaptabilidad y movilidad que se consiguen en mayor grado cuando la función legislativa ordinaria y constitucional se concreta en un mismo órgano y en todo momento puede reformarse o transformarse, sin tener que adoptar los requisitos o formas especiales que se exigen en las Constituciones rígidas.

En buena medida, Sánchez Agesta buscaba justificar la asunción por parte del Caudillo de todo el poder legislativo y, como consecuencia de ello, la adopción de un tipo de organización constitucional abierta y flexible capaz de adaptarse al momento histórico y al programa organizativo que se pretende en todo instante. Se rechazan de plano los rígidos moldes constitucionales heredados de liberalismo.

No obstante, aunque el propio organizador trasciende a la organización, se somete a ella, no queda al margen del orden, sino dentro de él. El organizador define su propio puesto en la organización y se somete, en principio, al orden que él mismo declara y garantiza; y no sólo se somete, sino que puede quedar coactivamente sujeto al orden que él mismo ha creado en la medida que la organización se institucionaliza y se sujeta a su poder objetivo. Entonces se puede decir que el poder organizador ordena para quedar prendido en el orden creado, que, sin embargo, no subsiste largo tiempo sin un nuevo impulso de la voluntad organizadora. De forma que el «mismo organizador se constituye como un órgano: el órgano supremo que mantiene y renueva la organización» (64).

(63) *Ibidem*: 78.

(64) *Ibidem*: 81.

Toda organización política necesita para mantener la cohesión de las conductas organizadas, *el poder*. Así señalaba Sánchez Agesta que a veces se identifica el término organización con el establecimiento y coordinación de poderes. No se puede ver la organización como un simple deslinde de competencias o una atribución del ámbito en que cada poder ejerce su acción. La organización debe estar orientada a establecer las relaciones adecuadas a través de las cuales los distintos poderes mantienen un equilibrio interno que hace posible la unidad de acción.

Prosigue este autor su velada diatriba contra la separación de poderes que contienen las Constituciones liberales, diciendo que la racionalidad funcional de la organización se manifiesta aquí en este equilibrio que no debe pensarse como fruto de una asignación estática de competencias, sino como obra de un juego dinámico en el que los poderes se interfieren, sin impedirse, colaborando a una acción común. «No habría verdadera unidad si los poderes se pensaran aislados; tiene que existir una simbiosis y una jerarquía coordinada de sus impulsos y sus acciones, sin la que la unidad de organización sería puramente formal» (65).

En suma, toda organización política necesita como presupuestos para su existencia de un *territorio* y un *pueblo*. Ambos son un soporte necesario, pero ambos rebasan el carácter simple de base o materia de la organización para convertirse en *elementos activos* que determinan e imponen su impronta a la forma de organización que ha de constituirse. Pues la vigencia de una Constitución debe estar necesariamente en concordancia con el medio en el que interactúa. El orden constitucional, que puede proceder de una voluntad actual como decisión creadora o bien ser un precipitado histórico de la costumbre, siempre debe ser expresión de las fuerzas sociales que claman por su reconocimiento. De todas formas, la Constitución siempre necesita del impulso, la adhesión de voluntades, de la energía espiritual que preside la fundación de un orden, así como de la propia idea de la institución y de las voluntades que fundan y perpetúan. Solamente en la medida que la Constitución entraña verdaderamente la supremacía de esta idea fundadora y es capaz de encuadrar en su orden las voluntades y las instituciones menores que la soportan se la puede considerar:

«orden *fundamental*, con eficacia fundamentadora, porque corresponde a fuerzas reales y es expresión exacta de las bases en que reposa el orden social. La Constitución se impone de sí misma y amolda a su espíritu o anula aquellos elementos que se opongan a su sentido. El carácter fundamental

(65) *Ibidem*: 84.

de la Constitución expresa un hecho histórico que de sí mismo se realiza» (66).

Así pues, defendía Sánchez Agesta que es el fin del Estado el que configura la forma específica del orden constitucional. Teniendo en cuenta que el fin fundamental de todo orden político es el desenvolvimiento de la persona humana en sociedad, la proyección concreta de este problema en el orden constitucional «tiene su puesto clásico en las *relaciones del hombre con el Estado*» (67), es decir, en el ámbito de la libertad del hombre. Pero entendiendo la libertad del hombre, como lo había hecho la tradición cristiana, como fin del propio poder y no solamente como su mera limitación. En este sentido, apostillaba que el orden constitucional para salvaguardar la libertad humana debía de tener muy en cuenta el personalismo cristiano, que a través del hombre alcanza la verdadera armonía del universo.

Como consecuencia de todo ello, Sánchez Agesta conseguía elaborar una teoría constitucional muy a la medida del régimen. En ella se intenta combinar, por un lado, el decisionismo propio de la *voluntad organizadora*, conjugado con las ideas de organización y orden propias del institucionalismo, así como la necesidad de que toda organización constitucional creada debía ser reflejo de la Constitución material, que, como sabemos, para este autor se identifica con la propia Constitución interna, social o histórica. Asimismo, mantenía el fundamento último en el personalismo cristiano, en la propia naturaleza humana tal como había sido constituida por Dios. Dejando a salvo, tras los postulados católicos, que el fundamento último de toda norma jurídica debía ser la ley eterna (68).

VI. EL CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN FRANQUISTA Y LA POLÉMICA SOBRE LA NECESIDAD DE UN CÓDIGO CONSTITUCIONAL

Los tratadistas políticos franquistas se van a encarar con el problema de definir el modelo constitucional que la organización estatal de la España nacional intentaba construir. Lo cierto es que la doctrina política franquista no tuvo ningún reparo en utilizar el término «Constitución» para referirse a las leyes básicas de organización del Estado, no así la terminología jurídica

(66) *Ibidem*: 59.

(67) *Ibidem*: 222.

(68) RUIZ GIMÉNEZ (1943): 6.

franquista, que nunca lo utilizó, por las connotaciones demoliberales que el vocablo contenía (69).

La doctrina política franquista de la inmediata posguerra mostraba una casi unánime concordancia a la hora de aseverar que la nueva España, la España nacionalsindicalista y revolucionaria, no necesitaba recoger y estructurar la organización fundamental del nuevo Estado, que estaba germinando, en una norma escrita, a la manera decimonónica (70).

En opinión de Juan Beneyto, sería frente a este tipo de Constituciones otorgadas de espaldas al propio sentimiento del pueblo frente al que se levantaron un puñado de patriotas, dirigidos por don Carlos, con intención de devolver a España la vigencia de su Constitución interna que nunca precisó de textos escritos, con una determinada forma ritual (71). Esta misma circunstancia es la que apoyaba el máximo teórico de la tradición, el cangués Vázquez de Mella, cuando precisaba que se hacía necesario sustituir las Constituciones parlamentarias escritas por las que él llama Constituciones internas históricas (72). Constituciones no hechas y deshechas por los parlamentos, sino elaboradas por el discurrir de los siglos y la propia realidad. Constituciones que se elaboran al socaire del propio espíritu nacional, no otorgando ninguna importancia a los formalismos constitucionales *liberaloides*.

Serán estos antecedentes los que lleven a Juan Beneyto a exponer que el Movimiento no podrá ser nunca cosa rígida ni estática y, por lo tanto, mal se podría encuadrar su actividad en una Ley análoga a las Constituciones del siglo XIX. También proclamaba que el sometimiento del nuevo régimen a una Constitución formal y rígida de tipo clásico es algo que se encuentra en rotunda contraposición con la esencia propiamente revolucionaria del mismo Movimiento, pues, según establece el propio Decreto 255 de Unificación, la doctrina fundamental del Estado se reputa como modificable. Sin embargo, aunque el nuevo Estado español no se dote de una Constitución fundamentada en un sólido ritual formalista, esto no significaba que Beneyto pensase que la España de Franco no tuviese una Constitución material. En este sentido, el propio autor explicaba que el Caudillo había dotado al país de diferentes leyes que estructuran una verdadera Constitución (73). Así, enumerará

(69) Cfr. PRIETO CASTRO y SANCHO IZQUIERDO (1938): 8. También en RODRÍGUEZ DE VIGURI (1938): 211.

(70) DEL VALLE (1944): 315. «La Constitución del Estado nuevo, no se contiene en un Código solemnemente formulado de una vez, sino que se expresa mediante un sistema de leyes fundamentales sueltas que propiamente pueden denominarse leyes orgánicas».

(71) Cfr. BENEYTO PÉREZ (1939): 150.

(72) Vid. VÁZQUEZ DE MELLA (1932), Vol. II: 114-15.

(73) Vid. BENEYTO PÉREZ (1939): 149 y LEGAZ LACAMBRA (1940): 194.

como auténticas leyes constitucionales la Ley del 29 de septiembre de 1936, que crea la Jefatura del Estado; el Decreto de 19 de abril de 1937, que establece el Régimen del partido único; el Decreto de 19 de octubre que instituye el Consejo Nacional y la Ley de 30 de enero de 1938, que une la Jefatura del Gobierno a la del Estado y detalla el funcionamiento de la Administración Central en lo referente a la estructura y organización del Estado. Igualmente estima que la Constitución del nuevo Estado español cuenta con una parte programática recogida en dos textos esenciales: los 26 puntos de la Falange y el Fuero del Trabajo, donde se enuncia una verdadera declaración de derechos y deberes (74).

En lo referente a la consideración de los 26 puntos de Falange como parte del ordenamiento constitucional español, Luis Sánchez Agesta, señalaba que, al amparo de las actuales revoluciones nacionales y de los prejuicios que éstas han mostrado hacia las Constituciones codificadas, aparecen en el moderno Derecho Constitucional normas programáticas sueltas que han sido en su origen postulados de un partido revolucionario, y que suscitan entre algunos constitucionalistas el problema de su valor jurídico y, por lo tanto, de su alcance constitucional. Éste no era un problema nuevo en el Derecho Constitucional y estas normas en origen privado deben considerarse como principios que expresan los valores que deben informar el orden en su conjunto.

Ahora bien, recalca Ignacio María Lojendio que la validez normativa constitucional de los Puntos de la Falange provienen de su contenido material, ya que muchos solamente son normativos en sentido espiritual, «esto es, como régimen de una actitud superior de conciencia, de un idealismo político que caracteriza las ideologías totalitarias contemporáneas» (75), y concluye que nos encontramos ante un caso especial de supralegalidad. Ésta no se puede definir con arreglo a los criterios clásicos, pues se trata de una «norma programática» no promulgada explícitamente y sin obligatoriedad formal, «proclamada como espíritu de un movimiento progresivo, y por tanto, sin sanción de permanencia ni rigidez; dotada de una validez indirecta o de segundo grado, que se ejercita a través de la promulgación práctica de sus principios en cada caso, por medio de la ley ordinaria» (76).

Para Luis del Valle el proceso constituyente del régimen político español había contado con tres etapas bien diferenciadas. La primera etapa se inicia el 18 de julio de 1936 y se acaba con el final de la guerra, y sus normas deci-

(74) *Ibidem*: 154. SERRANO SERRANO (1939): 24, hace una enumeración de leyes constitucionales bastante similar.

(75) LOJENDIO (1942): 46.

(76) *Ibidem*.

sivas son: el Decreto de 29 de septiembre de 1936, que crea la Jefatura del Estado, el de 19 de abril de 1937, llamado Decreto de Unificación, la Ley 30 de enero de 1938, sobre la Administración Central del Estado, así como el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938. La segunda etapa comienza al terminar el propio evento bélico y se extiende hasta la promulgación de la Ley de Cortes de 17 de julio de 1942. Aparte de la citada sus normaciones constitucionales son: los Estatutos del Movimiento del 31 de julio de 1939 y la Ley de 8 de agosto de 1939. Por último, la tercera etapa tiene su texto constituyente más importante es el Fuero de los españoles de 18 de julio del 1945 (77).

En cualquier caso, para Sánchez Agesta, el orden constitucional español, aunque no responde a la idea clásica constitucionalista de encerrar todas las normas fundamentales en un solo texto codificado, también cuenta con un sentido formal específico, que se manifiesta en su promulgación especial, la cual da una expresión espontánea de su importancia. Así expone:

«Desde el Decreto de 29 de septiembre de 1936 hasta la Ley de Cortes que representa ya un momento de serena ordenación, todos nuestros textos constitucionales, por su preámbulo, por la intención solemne de sus expresiones, por lo órganos que intervienen en su elaboración y hasta por las mismas fechas en que se hacen públicos acusan esta especial naturaleza fundamental de los principios básicos de una comunidad» (78).

No toda la doctrina política del franquismo estaba de acuerdo con el nuevo modelo constitucional totalmente abierto y asistemático. El mayor defensor de un modelo codificado de Constitución fue, sin duda, el capitán auditor Santaló Rodríguez de Víguri, quien exponía que, derogada *de facto* la Constitución republicana, se hacía necesario estructurar un nuevo ordenamiento fundamental de la nación española que fuese capaz de aunar armónicamente la gloriosa tradición con los principios nacionalsindicalistas. En su opinión, la nueva Constitución debería resolver definitivamente algunas cuestiones que, por el criterio hasta ahora imperante, se consideraban meramente accidentales (79). Pretendía el establecimiento de una norma constitucional sistematizada que contuviese los principios básicos y las ideas fundamentales del Nuevo Estado, las relaciones entre el Gobierno y el Partido, así como los órganos propiamente constitucionales, como la Jefatura del Estado, el Ministerio, la Junta Política y el Consejo Nacional de Falange. Entre estas cues-

(77) DEL VALLE (1947): 6.

(78) SÁNCHEZ AGESTA (1943): 67.

(79) Juan BENEYTO (1939): 153.

tiones destacaba que se hacía más necesario que nunca reconocer que todo el poder viene de Dios, no pudiéndose realizar la vulgar práctica de atribuirlo a la nación o al pueblo. También se debía resaltar la personificación de la nación en el Jefe del Estado, único «depositario de todo el poder estatal y cuya responsabilidad se establezca ante Dios en cuanto Juez Supremo y ante la Historia» (80).

En buena medida, Santaló, al igual que otros importantes teóricos y hombres fuertes del régimen, como Serrano Suñer, el Conde de Rodezno, Vegas Latapié o Aunós (81), sintieron la necesidad de que los principios fundamentales del nuevo régimen se contuviesen en un documento jurídico fundamental de tipo constitucional (82), y que en lo esencial fuese un reflejo de la Constitución social de la nación, que consiguiese romper definitivamente con el estilo y el espíritu de la Constitución decimonónica-liberal. De las distintas facciones que apoyaban al régimen la que más se inclinó al establecimiento de un código constitucional fue la tradicionalista-monárquica, pretendiendo asegurar el restablecimiento de la monarquía. Pues los monárquicos siempre contemplaron el caudillaje de Franco como una figura circunstancial y transitoria que debía dar paso a una institución definitiva y duradera, como era la monarquía (83).

Este primer período del constitucionalismo franquista se concluye con la ratificación por la casi totalidad del pueblo español, mediante referéndum constitucional (84) de 6 de julio de 1947, de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado. Mediante la cual se institucionaliza legalmente la figura del Caudillo, se declara la forma de gobierno como monárquica (85) y se hace una enumeración en su artículo 10 de las que se deben de considerar como Leyes fundamentales, así como se establece un procedimiento preciso para derogarlas o modificarlas, haciendo necesario el acuerdo de la Cortes y la convocatoria de Referéndum a toda la nación. Para algún miembro de la doctrina la aprobación de esta Ley supuso la consolidación de una auténtica Constitución formal y rígida (86).

(80) José Luis SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI (1938): 142.

(81) Según José M.^a MARTÍNEZ VAL (1993): 325 y 326, existieron una serie de proyectos: SERRANO SUÑER (1941), CONDE DE RODEZNO (1942) y Eduardo AUNÓS (1945).

(82) SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURI (1939): 139. *Vid.* la interpretación de COSTAMANGA (1939): 169.

(83) *Vid.* José PEMARTÍN (1940): 72.

(84) DEL VALLE (1947): 5.

(85) Como manifestó incluso el propio Luis SÁNCHEZ AGESTA (1961): 401, la declaración de España como reino no dejó de ser un artificio jurídico llamativo.

(86) XIFRA HERAS (1961): 204.

VII. CONCLUSIÓN

A partir de un examen pormenorizado de los escritos jurídico-políticos de la doctrina de los primeros tiempos del franquismo, se puede constatar que tanto el vocablo «Constitución» como la dogmática constitucional no fueron rehuidos. El Derecho Constitucional se estudió como una parte, eso sí, muy importante, dentro de la más amplia disciplina del Derecho Político. Ahora bien, la doctrina franquista nunca admitió que solamente se designase como Constitución aquellos códigos fundamentales que seguían los moldes clásicos liberales del movimiento constitucionalista del siglo XIX.

El concepto de Constitución que utilizaron fue muy amplio, entendiéndolo como todo *Derecho fundamental de organización del Estado*. De ahí, la importancia que la doctrina da al estudio de la Constitución como un instrumento, y acaso uno de los más importantes, para la elaboración de una nueva teoría del Estado español. Esta nueva teoría del Estado, pretendía la construcción de un moderno Estado totalitario, defendido por los falangistas, pero armonizado con las condiciones históricas, sociales y culturales que exigían los defensores de la Tradición.

En el plano constitucional, como en otros, se produjeron divergencias notables en las posiciones defendidas por las dos fracciones políticas más importantes del régimen, los falangistas y los tradicionalistas. Los falangistas defendieron la creación de una nueva realidad política constitucional y la ruptura con la anterior a partir del decisionismo de Donoso y Schmitt. De manera, que identificaban el poder constituyente con la misma voluntad del Caudillo. Los tradicionalistas no admitieron que la Constitución de un Estado pudiese ser obra de una pura decisión humana y proclamaron que debía estar engendrada por el propio devenir histórico. Es decir, toda Constitución política sólo podía legitimarse si se encontraba en consonancia con la Constitución histórica, interna o social de cada Estado.

La doctrina franquista se afaná por limar las diferencias entre las dos concepciones y elaborar una teoría de síntesis. En este sentido, Luis del Valle, Juan Beneyto, Ignacio Lojendio y Luis Sánchez Agesta se mostraron fervorosos partidarios del decisionismo, pero manteniendo que cualquier decisión de un poder constituyente debía estar en consonancia con la Constitución histórica, interna o social. Además, todos, aparte de la legitimación inmanente que otorgaba la creación decisoria de un orden constitucional concreto, eran partidarios de una legitimación superior, trascendente, que sólo podía otorgar la Ley eterna.

En lo que existió una importante coincidencia por parte de casi toda la doctrina fue en la defensa de que la mejor forma de Constitución para el ré-

gimen era una abierta, flexible, formada por una pluralidad de normas que se van adaptando a las necesidades históricas en todo momento. Aunque no faltaron voces cualificadas que demandaban el establecimiento de un código constitucional que remarcase las peculiaridades del régimen.

En resumidas cuentas, podemos decir que la dogmática constitucional que elaboró la doctrina política franquista se puso, como la mayor parte de las categorías políticas que ésta estudió, enteramente al servicio de los intereses del régimen.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GENDÍN, Sabino (1939): «Los Estados modernos Totalitarios», *Anales de la Universidad de Oviedo*, Tomo VI.
- BALMES, Jaime (1950): «Consideraciones sobre la situación de España», en *Obras Completas*, Madrid.
- BENEYTO PÉREZ, Juan (1934): *Nacionalsocialismo*, Lábor, Barcelona.
- BENEYTO PÉREZ, Juan (1939): *El Nuevo Estado Español. El régimen nacional-sindicalista ante la tradición y los sistemas totalitarios*, Cádiz-Madrid.
- BISBAL MÉNDEZ, J. (1977): «Ideología y científicidad en el decisionismo de Carl Schmitt», *Sistema*, n.º 17 y 18, Madrid.
- CAMPIONE, Roger (1999): «Fascismo y Filosofía del Derecho», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 103.
- CARR, Raymond (1986): *España 1808-1975*, Ariel, Madrid.
- CASTRO ALBARRÁN, Aniceto (1941): *Derecho al Alzamiento*, Salamanca.
- CONDE GARCÍA, Francisco Javier (1942): «El Caudillo. Doctrina del Caudillaje», Folletones del diario *Arriba*.
- CORTS GRAU, José (1946): «El sentido español de democracia», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 25-26.
- COSTAMANGA, Carlo (1939): «Mote e discusión. Doctrina Spagnola dello Statu totalitario», *Lo Statu*, Roma.
- ERCOLE, Francesco (1940): *La Revolución Fascista*, Librería General, Zaragoza.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO (1986): *Historia del reinado de Don Alfonso XIII*, Sarpe, Madrid.
- FONTANA TARRATS, José M. (1945): *Destino y Constitución de España*, Madrid, ed. Vicesecretaría de Educación Popular.
- GARCÍA CANALES, M. (1980): *El problema constitucional en la dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1982): «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 15.

- GARCÍA PELAYO, Manuel (1945): «Constitución y Derecho Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n.ºs 37 y 38.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1982): «Epílogo» a la obra de Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- GARRIGUES, Joaquín (1939): *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid, F.E.
- GÓMEZ ORFANEL, Orfanel (1982): «El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La «ideología del amigo/enemigo»)», *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 13.
- GÓMEZ ORFANEL, Orfanel (1986): *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid.
- HERAS, Cifra (1961): «Leyes Fundamentales», en *El Nuevo Estado Español. Veinticinco años de Movimiento Nacional (1936-1961)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1940): *Introducción a la teoría del Estado Nacional-sindicalista*, Bosch, Barcelona.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1940): «El Fuero del Trabajo como fuente del Derecho», *Revista de Trabajo*, n.º 5.
- LEGAZ LACAMBRA, Luis (1947): «La idea del Estado en Donoso Cortés y Vázquez de Mella», *Horizontes del pensamiento jurídico*, Bosch, Barcelona.
- LOJENDIO, Ignacio María de (1941): *El Derecho de Revolución*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid.
- LOJENDIO, Ignacio María de (1942): *Régimen Político del Estado Español*, Bosch, Barcelona.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio (1996): «La presencia de Carl Schmitt en España», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 91, Madrid.
- LORENTE SARIÑENA, Marta: «Cultura constitucional e historiografía del constitucionalismo en España», www.istor.cide.edu/archivos/num-/6/donier
- MARTÍNEZ VAL, José M.^a (1993): «Franco y la reconstrucción del Estado», *Razón Española*, n.º 59, Madrid.
- MILZA, Pierre y BERSTEIN, S. (1980): *Le fascisme italien, 1919-1945*, Seuil, Paris.
- MILZA, Pierre (1991): *Les fascismes*, Seuil, Paris.
- MORADIELLOS GARCÍA, Enrique (2001): *El reñidero de Europa. Las dimensiones internacionales de la guerra civil española*, Madrid, Península.
- PALACIO, Leopoldo Eulogio (1949): «Bonald o la Constitución natural de las sociedades», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 45, Madrid.
- PAYNES, Stanley G. (1996): «The Carlism in the politic of Spain. 1931-1939», en Stanley G. PAYNE (ed.), *Identidad y Nacionalismo en la España Contemporánea. El Carlismo 1833-1975*, Madrid, ACTAS.
- PEMARTÍN, José (1940): *Qué es «lo nuevo»... Consideraciones sobre el momento español presente*, Madrid, Espasa-Calpe.
- PERPIÑA RODRÍGUEZ, Antonio (1943): «La concepción sociológica de la Constitución política», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, n.º 13.

- PREDIERI, Alberto (1998): *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, La Nuova Italia, Florencia.
- PRESTON, Paul (1986): *Las derechas españolas en el siglo XX: Autoritarismo, Fascismo y Golpismo*, Sistema, Madrid.
- PRIETO CASTRO, L. y SANCHO IZQUIERDO, Miguel (1938): *Ilustración popular al Fuero del Trabajo*, Imperio, Granada-Zaragoza.
- RAGUER, Hillari (2001): *La pólvora y el incienso. La iglesia y la Guerra Civil española (1936-1939)*, Pnínsula, Barcelona.
- REIG TAPIA, Alberto (1988): «La justificación ideológica del “alzamiento” de 1936», en *La II República española. Bienio rectificador y Frente Popular, 1934-1936*, Siglo XXI, Madrid.
- DE RERÁREZ, G. (1928): *La constitución natural de España y las de papel*, Barcelona.
- RIVAYA GARCÍA, Benjamín (1948): *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- ROCCO, Alfredo (1927): *La trasformazione dello Stato*, Roma.
- RUIZ DEL CASTILLO, Carlos (1939): *Manual de Derecho Político*, ed. Reus, Madrid.
- RUIZ GIMÉNEZ, Joaquín (1943): «Norma suprema del orden jurídico», *Boletín de la Asociación Nacional de Propagandistas*, n.º 317, Madrid, 15 de octubre.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1943): *Lecciones de Derecho Político*, Granada.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1942): «Las posiciones del pensamiento político y jurídico de Carlos Schmitt», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1964): *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1953-54): «Los principios del constitucionalismo español. Soberanía nacional y constitución interna», *Archivo de Derecho Público*, Universidad de Granada.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1961): «Die Entwicklung der spanischen Verfassung seit 1936», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Tübingen.
- SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURUI, José Luis (1938): *Introducción a la política del Imperio Nuevo*, Valladolid.
- SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURUI, José Luis (1939): *Manual de Derecho Político Español*, Madrid.
- SANTALÓ RODRÍGUEZ DE VIGURUI, José Luis (1944): «Sistemática de la Política», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, n.º 14.
- SCHMITT, Carl (1941): «Teología política», *Estudios Políticos*, Cultura Española, Madrid.
- SCHMITT, Carl (1952): *La interpretación europea de Donoso Cortés*, Rialp, Madrid.
- SCHMITT, Carl (1968): *La Dictadura*, Revista de Occidente, Madrid.
- SCHMITT, Carl (1982): *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- SERRANO SERRANO, Ignacio (1938): «Problemas de vigencia que plantea el “Fuero del Trabajo”», *Ciencia Tomista*, n.ºs 173 y 174.

- SERRANO SERRANO, Ignacio (1939): *El Fuero del Trabajo (Doctrina y Comentario)*, Valladolid.
- SOUTO VILAS (1931): «Lo único constituyente, el hecho revolucionario», en *La Conquista del Estado*, n.º 15.
- UNGARI, P. (1963): *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia.
- DEL VALLE, Luis (1943a): *Derecho Político General*, Zaragoza.
- DEL VALLE, Luis (1943b): «Los conceptos básicos del Derecho Político», *Universidad*, n.º 1.
- DEL VALLE, Luis (1944): *Derecho Constitucional Comparado*, Zaragoza.
- DEL VALLE, Luis (1945): «Valoración real del Fuero de los españoles», n.º 4, *Universidad*, Zaragoza.
- DEL VALLE, Luis (1947): *Reformas introducidas en el Régimen Político Español actual*, Librería General, Zaragoza.
- VARELA SUANCES-CARPEGNA, Joaquín (1994): «La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845», *Revista del Departamento de Derecho Político UNED*, n.º 39.
- VÁZQUEZ DE MELLA, Juan (1932): *Obras completas*, Subirana, Barcelona, Vol. VII.