

“UNA JAULA FUE A BUSCAR UN PÁJARO”:

LA CREACIÓN DEL JURISTA MEDIO FRANQUISTA

Daniel J. García López y Pablo J. Castillo Ortiz

Universidad de Almería

El título de este trabajo proviene de un aforismo de Franz Kafka¹ redactado durante su cautiverio en Zürau. Como apuntaba Max Weber en su *Ética protestante*, la civilización se ha convertido en una inmensa prisión que necesita engullir individuos pues, siguiendo al oficial de *En la colonia penitenciaria*, “la culpa siempre es indudable”. Todos deben ser depurados, amaestrados, domesticados.

El derecho, una fenomenal maquinaria ingeniada por el hombre para gobernar al hombre y convertirlo en la función que realiza, guarda en lo más íntimo de su fecundidad y prolijidad normativa un alma, cultivada para impregnar a cada sociedad y a cada sujeto social, con un aroma, un perfume o un hedor diferente.

El alma del derecho tiene mil padres; el *legislador* afila la ley un poco, claro, pero sólo al final de su proceso de creación. Antes de llegar a sus manos, sobre la norma ya han intervenido juristas de todo tipo, decenas de escuelas de pensamiento que han creado el clima intelectual del que el derecho emerge, centenares de movimientos y sectas de políticos y filósofos de perfiles variopintos, que pugnan por barnizar con los colores de su bandera los valores –o intereses– alrededor de los cuales la infinidad de fabricantes de normas entretejerán su densa maya legal. El derecho tiene un contexto, y no se entiende sin él.

En España, durante 40 años, ese contexto fue el de la dictadura franquista. Fueron los *juristas del régimen* los encargados de fabricar un derecho nuevo para una “España nueva”. Un derecho enraizado en la concepción totalitaria del sujeto, en la visión organicista de la sociedad y en el culto a la personalidad del Caudillo que, con obstinación e incluso mimo, fueron cultivando los círculos de juristas que consiguieron esquivar –en ocasiones, incluso, orquestar– las feroces purgas consiguientes a “la Victoria”.

¹ KAFKA, F., Consideraciones sobre el pecado, el sufrimiento, la esperanza y el camino verdadero, en *Meditaciones*, Edimat, 1998, p.84

En 1939 acaba la guerra y se extingue la II República. Y con ella, no sólo la Constitución de 1931, sino también el universo jurídico e intelectual que la rodeaba. El estrecho séquito de juristas militantes que la Dictadura decidió seleccionar para servir a la causa de la España franquista pronto se apoderó de las instituciones del Derecho. Jueces acólitos al Régimen comenzaron a llenar los Juzgados; las cátedras de las Facultades de Derecho se llenaron de gargantas de las que salía un discurso aparentemente nuevo –fruto del maquillaje sobre un rostro rancio y viejo-, homogéneo, embebido de valores reaccionarios, hostiles a la tradición liberal y emancipatoria del régimen democrático sobre cuyas cenizas se erigía el “Estado Nuevo”.

Las venas de la maquinaria jurídica, en su más amplia acepción, se llenaron con una sangre nueva, y en algunos lugares se formaron coágulos, espacios donde se institucionalizaba una cierta manera de fabricar el discurso sobre el derecho, donde la fluidez que caracteriza al mundo jurídico era desplazada por la omnipresencia de unos nombres, unos discursos y unos valores con vocación de inalterabilidad. Uno de estos espacios fue la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. De ella nos encargaremos en estas páginas.

Nacida en el siglo XIX², la RGLJ es pronto tomada por el franquismo y “reciclada”. Sus páginas, creemos, constituyen hoy en día un testimonio histórico fundamental, no sólo de la manera franquista de esculpir el derecho para acercarlo todo lo posible a los perfiles ideológicos fundacionales y funcionales del Régimen, sino también de cómo fueron utilizados ciertos mecanismos culturales para mantener el discurso de la dictadura como discurso hegemónico también *en y a través* del derecho.

En definitiva, un testimonio de cómo se instrumentó el derecho al servicio de la opresión política, mediante el expediente de domesticar hasta la exaltación al ambiente cultural más inmediato del que el discurso jurídico emergía. Una operación sobre cuyo éxito quisiéramos hacer un especial hincapié pues, a nuestro entender, los medios de domesticación del Régimen franquista no sólo tuvieron frutos en la propia dictadura; al contrario, aún hoy podemos en ocasiones encontrarlos injertados, con aparente

² Para la historia de esta revista desde su creación a mediados del s.XIX puede verse FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., *Revista General de Legislación y Jurisprudencia: Die erste spanische Fachzeitschrift für Rechtsvergleichung?*, en STOLLEIS, M., SIMON, T. (Eds.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, pp.397 y ss..

naturalidad, en nuestro actual Estado social y democrático de Derecho. De una y otra cuestión nos intentaremos encargar en las páginas que siguen.

II. La construcción del jurista medio durante la dictadura³

Uno de los pilares fundamentales sobre los que se sustenta toda dictadura –y el franquismo es ejemplo de ello- es la socialización. Los mecanismos de control, de creación de una conciencia sumisa y, si nos permiten el término, anti-emancipatoria, - esto es, proclive a la necesidad de un superior que dirija, ordene y pastoree la vida- son los que permiten que un régimen perdure a lo largo de las décadas.

Durante el franquismo estos mecanismos de socialización no sólo fueron usados sobre el pueblo, sobre la masa social, sino que las élites fueron las primeras en ser dominadas para, *a posteriori*, que éstas sometieran a la sociedad en general. Como apuntó Adorno al referirse a Kafka y su analogía con el totalitarismo: “La violencia desenfrenada es ejercida por figuras subalternas, tipos como suboficiales, aspirantes y porteros. Se trata siempre de “déclassés” recogidos al caer por el colectivo organizado que, como al padre de Gregor Samsa, les permite sobrevivir⁴”.

Uno de los factores por los cuales fracasó la idea de Napoleón, es decir, la perduración de su Código, fue la actitud de los jueces y operadores jurídicos, en general, frente al Código. Franco, en este punto, superó a Napoleón. Una de las primeras acciones domesticadoras, iniciada incluso antes de terminar la guerra, fue el control y dominio del aparato judicial. Cientos de jueces, magistrados y fiscales fueron sometidos a un proceso de depuración. No importaba su afiliación ideológica, sus contactos con los altos cargos o sus acciones en favor del Movimiento Nacional: todos eran susceptibles de culpabilidad, todos eran sujetos peligrosos (una cierta peligrosidad predelictual) en tanto que constituían un posible contrapoder frente al Régimen. Durante el tiempo que duraban los juicios depuradores (entre 1 y 3 años) los procesados veían, en el mejor de los casos, reducido su sueldo a la mitad, trasladados a zonas periféricas o

³ Realizar una exhaustiva investigación sobre el ideario franquista sobrepasa la intención y extensión de este trabajo. Por ello hemos decidido centrarnos en algunos conceptos clave. Para un mayor estudio pueden consultarse el libro en el que hemos participado junto a los profesores Federico Fernández-Crehuet López, Juan Escribano Gutiérrez y Miguel Ángel Morales Payán: FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F.(Ed), *Franquismo y revistas jurídicas: una aproximación desde la Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 2008. Para el sistema jurídico franquista, la obra editada por FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, F., y HESPANHA, M. (eds.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Ed.Vittorio Klostermann, 2008.

⁴ ADORNO, T., *Crítica, cultura y sociedad*, 3ªed., Ariel, Barcelona, 1973, p.155

sometidos a la excedencia forzosa. Como señala Agamben siguiendo a Satta, “el fin último de la norma es la producción del juicio; pero éste no se propone ni castigar ni premiar, ni hacer justicia ni descubrir la verdad. El juicio es en sí mismo el fin y esto – como se ha dicho- constituye su misterio, el misterio del proceso. Una de las consecuencias que cabe extraer de esta naturaleza autorreferencial del juicio –y el que la ha extraído es un gran jurista italiano- es que la pena no sigue al juicio, sino que éste es él mismo la pena⁵”.

No obstante, a mediados de los años 40 los procesos de depuración ya habían finalizado. Los jueces y fiscales estaban bajo el yugo del Régimen. Ahora se trataba de domesticar al jurista-medio. El encargado de esta labor fue el que podríamos denominar el jurista del Régimen por excelencia: Castán Tobeñas, quien fuera Presidente del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Civil y Director de la revista científica más importante en el campo del Derecho. La RGLJ de carácter general, fue la más difundida entre los operadores jurídicos. Fue el punto de creación –es decir, domesticación- ideológica del nacional-catolicismo en el mundo del Derecho. Nada podía quedar fuera del Todo orgánico en que se convirtió el franquismo. Los juristas debían ser los que cohesionaran las partes del Todo y, en su caso, extirparan las ramas envenenadas, esto es, se encargaran de la limpieza de sangre, del despioje del Leviatán.

Pronto, la RGLJ comenzó a cumplir con su misión de crear y diseminar el discurso jurídico de la dictadura. Los artículos, entrelazados, autorreferenciales -en los que citándose los unos a los otros los autores conseguían acotar el círculo de sujetos cuyo discurso se admitía “formalmente” como válido-, tenían una clara vocación performativa, especialmente en las cuestiones referidas a la teoría del derecho: la filosofía del Derecho franquista –tantas veces “confundida” con una filosofía “española” del Derecho- se creaba conforme se la iba describiendo. En el caso de José Castán, probablemente, con más motivo: presidente del Tribunal Supremo, su doctrina, publicada en la revista, gozaba de autoridad bastante como para ser seriamente tenida en cuenta.

El discurso jurídico de la Dictadura, entonces, no sólo aparece con relativa fidelidad retratado en la RGLJ, sino que era producido en y por ella. A través de la Revista

⁵ AGAMBEN, G., *Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo*, Pre-textos, 2ªed., 2005, p.17 y 18. El texto en el que se basa dicha reflexión es SATTÀ, S., *Il misterio del processo*, Adelphi, Milano, 1994.

podremos perfilar la forma en que el derecho de la dictadura estaba atravesado de ideología franquista. Tarea esta de la que, si bien sabemos que sobrepasa las posibilidades que ofrece un texto breve como este, quisiéramos ofrecer al menos una breve reseña.

De momento, llama poderosamente la atención la evolución que este discurso sufre con el paso de los años. Es cierto que el franquismo siempre se caracterizó por cierta ambigüedad política, y que lo alongado de su devenir histórico daría lugar a la posibilidad de cierta mutación ideológica. En 1941, incluso el propio Castán reconocía, siquiera indirectamente, el carácter totalitario del Estado franquista⁶. No se repetirán muchos gestos de este tipo en el personaje. Con los años, la propia Revista que él dirige se irá alejando de *filias* totalitarias, y de la retórica grandilocuente próxima al falangismo, para vincularse entusiásticamente a “la tradición, clásica y cristiana, tan arraigada siempre –y que renace viva y pujante cuando pudiera parecer olvidada y perdida- del Derecho natural”⁷.

Entre tanto, se ha ido formando un cuerpo ideológico extremadamente peculiar, *sui generis*, marcado no sólo por esta actitud oportunamente cambiante hacia las concepciones totalitarias del Estado, sino también por un tradicionalismo vinculado a la religión católica, por una concepción organicista de la sociedad directamente heredera del corporativismo nacional-sindicalista, y por una defensa militante de la excepcionalidad política del Estado, en el marco de una Europa ya democrática, en donde el sistema de partidos “*se niega para el caso español*”⁸, y en donde los derechos del sujeto no pueden aparecer más que vinculados a la tradición cristiana e instrumentados al servicio de la legitimación de un régimen político que –en la práctica- los negaba sistemáticamente⁹,

⁶ Dirá del derecho social “...en la hora presente se rehuyen las organizaciones de tipo clasista y se buscan una superación de la antigua antítesis individuo-comunidad (...) [pues] hoy, en los Estados de régimen totalitario, el Derecho del trabajo, el Derecho social, ya no puede tener ese significado”. CASTÁN, J., El Derecho social. En torno a los diversos criterios de definición y valoración de esta nueva categoría jurídica, en *RGLJ*, núm. 169, 1941, p. 532.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental, en *RGLJ* núm. 201, 1956, p. 179

⁸ LÓPEZ MEDEL, J. Axiología política del texto legal de la unificación, en *RGLJ*, núm. 216, 1964, p. 737.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., Los derechos del hombre, en *RGLJ* núm. 225 y 226, 1968 y 1969.

Para apuntalar este modelo político-ideológico, el franquismo había creado un monumental edificio jurídico, encabezado por las Leyes Fundamentales, y presidido, teóricamente, por los Principios del Movimiento - normas “superconstitucionales, a las que se otorga primacía jerárquica sobre las demás leyes, incluso las Fundamentales”¹⁰. Ello, a pesar de que el basamento jurídico último del Régimen serían siempre las Leyes de 1938 y 1939 por las que se revestía a Franco de los más amplios poderes políticos y que permitían construir un ordenamiento jurídico desde y alrededor de su persona, *legalizando* una situación fáctica de mera dominación política basada en la fuerza militar¹¹.

Para poder sustentar este Estado Orgánico era necesario un tipo concreto de jurista que englobara a su persona los tres elementos fundamentales del Régimen: iusnaturalismo, teología y guerra. El jurista de la dictadura debía, por tanto, ser un iusnaturalista de cuño escolástico y dispuesto a luchar contra el enemigo, en la dialéctica schmittiana.

Hay que partir de la idea de lucha. La dictadura fue una constante guerra no sólo frente a personas, sino también contra conceptos. El positivismo jurídico, la democracia liberal, el sufragio universal, los derechos humanos son conceptos contra los que el franquismo va a ejercer un incesante combate en la Revista. Frente a todos ellos, se (re)elaboran –en esa constante apariencia de novedad- conceptos: iusnaturalismo teológico (tomista), democracia orgánica o derechos hispanos. Se ridiculiza al positivismo jurídico pues se entiende que positivista es quien acepta el Derecho como está dado, como el derecho empírico¹² y avalorativo. Más otros aspectos del positivismo como el monopolio de la coacción se conciben intrínsecos al concepto de Derecho. Cualquier intento de desmantelamiento de la religión en el campo del Derecho es etiquetado de positivista y condenado al ostracismo.

Un ordenamiento jurídico completo sería aquel cuyas normas son la plasmación terrenal de la ley divina, es decir, de la doctrina de la Iglesia católica. Fiel reflejo de ello

¹⁰ En VACA DE OSMA, J.A., Jefatura del Estado y Presidencia del Gobierno, en *RGLJ*, núm. 218, 1965, p 230.

¹¹ Así lo reconocerá el propio Franco, en el preámbulo de la Ley Orgánica del Estado de 1967: “...En su virtud, en ejercicio de la facultad legislativa que me confieren las Leyes de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho y ocho de agosto de mil novecientos treinta y nueve [...] dispongo...”. España, Ley Orgánica del Estado, Decreto 779/1967, de 20 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, nº 95 de 21 de abril

¹² GALÁN, E., El criterio de lo político, en *RGLJ*, núm. 169, 1941

fue el principio II de la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958¹³. El iusnaturalismo teológico llevaría inexcusablemente a la justicia y a la verdadera democracia¹⁴. Castán se refería a ello en su primer discurso como presidente del Tribunal Supremo y, veintidós años después, en su último discurso en el cargo.

El Estado como el Todo al que hay que venerar y servir fue construido a través de tres instituciones, a saber la familia, el sindicato y el municipio. A lo largo de la RGLJ se intentó justificar reiteradamente la dictadura franquista como un inevitable, necesario y esperado Estado natural totalitario que acogiera en su seno a agrupaciones naturales¹⁵. El Derecho privado fue el artífice del Nuevo Estado¹⁶. La primera y más importante institución natural, por ser la primera fuente de domesticación, fue la familia¹⁷. El Estado sólo puede relacionarse con las agrupaciones de individuos (con las partes del órgano) constituyentes de los cuerpos intermedios. A su vez, sólo uno de los miembros de esos cuerpos intermedios será el legitimado para la interlocución. En el caso de la familia fue el hombre como *pater familias*, sin el cual los restantes miembros de la familia no podrían entablar dichas relaciones. La personalidad de la esposa y de los hijos procede de la irradiación de la del *pater familias*. La familia fue entendida como una institución de Derecho Natural en su sentido teológico, “necesaria para el desenvolvimiento físico y espiritual del hombre¹⁸”, derivada directamente de la naturaleza humana.

Por su parte, la familia y el trabajo se unen como criterio de existencia en el organismo. La declaración 1.3 del Fuero del Trabajo establecía que “el derecho de trabajar es una consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios, para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria”. Fines

¹³ “La Nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación”

¹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., La idea de Justicia, en *RGLJ* núm. 224, 1968, p.448.

¹⁵ Había que buscar entes naturales que explicaran el Estado totalitario “como forma históricamente predeterminada en el proceso del desarrollo del Estado europeo”. Vid. GALÁN E., *Algunas ideas fundamentales para la elaboración de una nueva Teoría del Estado*, escrito preliminar a la obra de DEL VECCHIO, G., *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 70

¹⁶ “Cuando se pierde, con la Reforma protestante, el enlace directo e íntimo del Derecho civil con la concepción católica de la vida, inconscientemente quizá el hombre queda aislado de su conexión con la Divinidad –fuera, al menos, del ámbito de su propia conciencia- y de su conexión con la comunidad. Queda roto así el hilo sutil que enmarcaba la persona, en todas sus dimensiones, dentro de la vida social. El hombre se encuentra trágicamente solo”. DÍEZ-PICAZO L., El sentido histórico del Derecho Civil, *RGLJ* núm. 207, 1959, p. 643.

¹⁷ Luego vendrían el sindicato y el municipio.

¹⁸ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., Filosofía de la familia, *RGLJ* núm. 208, 1960, p. 351.

individuales plasmados en la familia ya que el hombre (en su sentido biológico) es familia (*pater*) y cuando trabaja para sí, trabaja también para la familia (el poder económico en el padre de familia era idea una tomista). Si no se cumple con el deber de trabajar, no se es parte del órgano en tanto que no se constituye como familia (intermediario con el Estado). Quien se negara a trabajar vulneraría “los deberes primarios de ser útil a sus semejantes, sometido al rumbo solidario de la unidad nacional (...). De esos deberes derivarían sus honrosos derechos a una libertad útil y legítima¹⁹”.

El Todo, como órgano, debe ser despiojado. El hombre necesita, por ser un ser socialmente imperfecto, asociarse a la mujer “como exigencia natural²⁰” a través del matrimonio²¹, que deberá ser, como sacramento, una “institución permanente y no un mero contrato sujeto a la continuidad de la *affectio maritalis*²²” puesto que su permanencia garantiza la continuidad del Régimen: aceptar el divorcio sería asumir la falibilidad del Régimen. La familia se convierte “en un estado de derecho tan soberano en sus límites como lo es el Estado nacional²³”. Aquí radica la línea que conduce necesariamente al Estado totalitario. Si la familia es un ente natural y, a su vez, un estado de derecho a nivel microfísico, necesariamente debe seguirse, a nivel macrofísico, el Estado como ente natural que concilie los distintos microcosmos (familias). La familia, por tanto, se alza como parte del Estado y como tal provista de derechos, a diferencia de sus miembros en el sentido en que lo manifestó Hegel²⁴. El Estado no tiene que relacionarse con los individuos –pues éstos quedan subordinados a él²⁵– sino con las instituciones intermedias. Aquí radica la justificación del Estado corporativo como estructura natural. Ahora se trata de construir el Estado nacional-católico como agregación de familias²⁶.

¹⁹ REDONDO, O., *El Estado nacional*, Ediciones Fe, 1939, p.146. Citado por RUIZ RESA, J., op.cit.p.249.

²⁰ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., Filosofía de la familia, *RGLJ* núm. 208, 1960, p. 351.

²¹ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., Filosofía de la familia, *RGLJ* núm. 208, 1960, p. 359. En el mismo sentido DEL VECCHIO, G., *Teoría del Estado*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 224.

²² ELÍAS DE TEJADA, F., Ideas políticas y jurídicas de San Isidoro de Sevilla, en *RGLJ* núm. 209, 1960, p. 251.

²³ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L., Filosofía de la familia, *RGLJ* núm. 208, 1960, p. 354.

²⁴ HEGEL, F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, Edhasa, 2005, p. 277.

²⁵ “Si el individuo no es más que un miembro de una más elevada comunidad –familia, Nación–, debe subordinarse a ella. No siendo los bienes objeto de su exclusiva pertenencia, pues no deben servir sólo a los fines individuales, sino también a los colectivos, le corresponde actuar como un fiduciario” no pudiendo los individuos “disponer de sus bienes con violación de los deberes sociales...”. MARÍN PÉREZ, P., La estructura del Estado y el Derecho privado, *RGLJ* núm. 200, 1956, pp. 455 y 456.

²⁶ Se utiliza el plural aunque se designe a un único tipo de familia: esposa y marido.

La España definitiva sería una conjunción de sus operadores o estamentos permanentes (familia, municipio y sindicato) junto al sentido católico de la vida que “impulsados por el Movimiento, se harán en el Gobierno su realidad²⁷” con el fin de llegar a una situación más allá del totalitarismo y del liberalismo, para arribar, en definitiva, a la “razón social de una comunidad nacional, religiosa, histórica, disciplinada y libre²⁸”. Quien osara oponerse a ella –señala Fraga Iribarne en alusión a Schmitt- sería calificado como el enemigo “cuya existencia es totalmente incompatible con la nuestra. Por eso no cabe discutir ni transigir con él, sino sólo eliminarle²⁹”.

IV. Sombras, reductos y residuos

Analizar cada una de las continuidades entre la dictadura y la democracia sobrepasa los límites de esta comunicación. Una buena aproximación jurídica nos la brinda el libro “homenaje” por los 25 años de la Constitución que el profesor Juan-Ramón Capella editó en el año 2003³⁰. Sirvan los excelentes trabajos que allí se recogen como ejemplos de las lamentables continuidades explícitas entre el actual régimen democrático y la dictadura franquista. Aquí trataremos de ir más allá de la norma jurídica y adentrarnos en el momento inmediatamente anterior a la creación de ésta, es decir, al momento en el que el ciudadano ya está domesticado con el anterior Régimen pero va a insertarse en un nuevo modelo político.

El instante inmediatamente anterior a la creación de la norma puede ser descrito de la siguiente forma: la transición española supuso el paso de un poder constituido (pero sin constituyente), creado al amparo de un golpe de Estado, a un poder constituido con un constituyente condicionado por la herencia de la dictadura. La nueva organización política y jurídica tiene no ya sólo, utilizando la terminología de Benjamin, el sentido de la violencia creadora del derecho, sino también en gran medida, de la violencia conservadora del derecho³¹. Como señala J.-R.Capella, “la soberanía popular se vio así limitada, en el período instituyente del régimen de libertades, por dos fuerzas coincidentes: las fuerzas exteriores hegemónicas y la tutela militar interna” que dio

²⁷ LÓPEZ MEDEL, J., Introducción al tema de la unidad integradora de Estado, Gobierno y Movimiento, *RGLJ* núm. 209, 1960, p. 33

²⁸ LÓPEZ MEDEL, J., Introducción al tema de la unidad integradora de Estado, Gobierno y Movimiento, *RGLJ* núm. 209, 1960, p. 33.

²⁹ FRAGA IRIBARNE, M., La política, la razón y la moral, en *RGLJ* núm. 198, 1955, p. 692.

³⁰ CAPELLA, J.-R. (ED), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003.

³¹ Sobre estas palabras de Benjamin AGAMBEN, G., *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Pretextos, Valencia, 1998, p.57 y siguientes.

lugar a una Constitución explícita pero limitada por otra “tácita” que “establecía los límites de lo que habría de ser la Constitución de 1978 y el sistema político auspiciado por ella³²”. Esta constitución tácita sería lo que Agamben, siguiendo a Benjamin³³, entiende como “el estado de excepción convertido en regla [que] marca la consumación de la ley y su hacerse indiscernible de la vida que tendría que regular³⁴”. Este estado de excepción fue el vacío que desde la muerte del dictador hasta la Constitución de 1978 imperó en el Estado y que, hoy en día, marca la raíz legitimadora de la democracia.

Los juristas, domesticados en el franquismo, serán agentes fundamentales en la perpetuación, en el ordenamiento jurídico post-franquista, de ciertos rasgos del Régimen anterior. Los juristas domesticadores en manos del Régimen franquista, catedráticos y jueces, hicieron bien su labor. Parte de la doctrina jurídica actual emana directamente de los protagonistas del Derecho franquista. Hoy por hoy se sigue *alzando* a Castán Tobeñas, se sigue considerando doctrina mayoritaria. La transición y su amnesia deliberada han hecho que las palabras que Castán pronunciaba en sus discursos de apertura del año judicial en el Tribunal Supremo, y los demás jueces y catedráticos que escribieron en la RGLJ, hayan quedado maquilladas. Se olvida que justificaron, legitimaron y construyeron una dictadura fascista. No ha habido una ruptura democrática con la dictadura y la continuidad, al menos en el marco del Derecho, es palmaria. Es raro acudir a un manual de Derecho en donde no se citen a Castán Tobeñas, Fraga Iribarne, Schmitt, Piero Calamandrei o Francesco Carnelutti. Una cita no hace daño a nadie. Cosa distinta es cuando la cita se convierte en glosa. Lamentablemente, nos encontramos en esta situación.

Es paradójico que la legitimación del actual Estado social y democrático de Derecho resida en la Constitución pero sean *juristas de la dictadura* los que se encarguen, directa o indirectamente a través de sus doctrinas y escuelas, de interpretar y aplicar la Constitución y el actual ordenamiento jurídico. La Constitución de 1978 se encuentra limitada por una *constitución tácita* impuesta, en parte, por los seguidores de Castán, por los domesticados en y por el Régimen

³² CAPELLA, J.-R., La constitución tácita, en CAPELLA, J.-R. (ed) *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, p.19.

³³ En la disputa entre Benjamin y Scholem respecto a la novela de Kafka “El proceso”.

³⁴ AGAMBEN, G., *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 1998, p.73.

Comenzamos con Kafka y acabamos con él: “Las intenciones con las que aceptas en ti el mal no son las tuyas sino las del mal. El animal arranca de las manos el látigo al amo y se fustiga él mismo para convertirse en amo, y no sabe que esto es sólo una fantasía producida por un nuevo nudo en la correa del látigo³⁵”.

³⁵ KAFKA, F., Consideraciones sobre el pecado, el sufrimiento, la esperanza y el camino verdadero, en *Meditaciones*, Edimat, 1998, p.86