

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **“La libertad de la persona humana”**

El Fuero de los Españoles y la cultura de los derechos en la II postguerra

*“A Liberdade da Pessoa Humana”*

*O Foro dos Espanhóis e a cultura dos direitos no II Pós-Guerra*

*“The Freedom of the Human Person”*

*The Forum of the Spaniards and the culture of rights in the Second Postwar*

**Alfons Aragoneses<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidad Autónoma de Barcelona (Espanha). <https://orcid.org/0000-0003-3301-5463>

## RESUMO

Este artigo apresenta o Fuero de los Españoles de 1945 no seu contexto espanhol e europeu. Após a Segunda Guerra Mundial foi estabelecida uma nova ordem mundial, e na Europa foram elaborados documentos que são a base da nossa atual cultura de direitos humanos. Poderíamos pensar que existe uma continuidade absoluta entre a cultura de direitos desses anos. No entanto, estes documentos contêm elementos de uma cultura jurídica romântica e cristã do século XIX. O Fuero de los Españoles não pode ser considerado uma declaração de direitos, mas é um programa político que se inspira nas mesmas fontes que o pensamento católico e orgânico que inspirou alguns desenvolvimentos intelectuais na Europa Ocidental naqueles anos. Se os instrumentos dos direitos europeus que foram formulados nesses anos evoluíram e sofreram mutações até se tornarem autênticas declarações de direitos com vocação normativa, a Carta também evoluiu, mas na direção oposta, e acabou por se tornar um instrumento de poder para restringir os direitos exigidos pela oposição democrática. Isto mostra como a linguagem dos direitos pode ser um instrumento de poder em vez de um escudo contra ele.

**Palavras-chave:** História dos direitos humanos; Fuero de los Españoles; Franquismo; Convenção Europeia de direitos humanos; Justiça e direitos humanos.

## RESUMEN

Este artículo presenta el Fuero de los Españoles de 1945 en su contexto español y europeo. Tras la II Guerra Mundial se instaura un nuevo orden mundial y en Europa se elaboran documentos que fundamentan nuestra cultura actual de los derechos humanos. Podríamos pensar que hay una continuidad absoluta entre la cultura de los derechos de esos años. Sin embargo, esos documentos contienen elementos de una cultura jurídica romántica, cristiana del siglo XIX. El Fuero de los Españoles no puede considerarse una declaración de derechos pero sí un programa político que bebe de las mismas fuentes que el pensamiento católico y organicista que inspiró algunas elaboraciones intelectuales de Europa occidental en esos años. Si los instrumentos de derechos europeos que se formulan en esos años evolucionan y mutan hasta convertirse en auténticas declaraciones de derechos con vocación normativa, el Fuero evolucionará también pero en sentido contrario y acaba convirtiéndose en instrumento del poder para restringir los derechos que reclamaba la oposición democrática. Se demuestra así como el lenguaje de los derechos puede ser instrumento de poder en lugar de blindaje contra el mismo.

**Palabras-clave:** Historia de los derechos humanos; Fuero de los Españoles; Franquismo; Convención Europea de derechos humanos; Justicia y derechos humanos.

## ABSTRACT

This text presents the Francoist “Fuero de los Españoles” of 1945 in its Spanish and also European context. After WWII a new world order was built and new instruments regulating human rights were published. Traditionally, these instruments are considered as the basis of our current culture of Human Rights and actually they are. However, their process of elaboration was inspired by a Christian, romantic, 19th century version of rights and freedoms. The “Fuero de los Españoles” cannot be considered a real declaration of rights but was not mere propaganda: it contained a political program sharing some of the ideas from catholic, organicist, romantic, 19th century political thinking also inspiring some of the authors of human rights discourses in Western Europe. The European Convention mutated and became a real declaration of rights with normative nature. The “Fuero de los Españoles” mutated too but in a different direction: it became an instrument of the state to restrict the exercise of fundamental rights.

**Keywords:** History of Human Rights; Fuero de los Españoles; Francoism; European Convention of Human Rights; Justice and Human Rights.

## Introducción: reescribir la historia de los derechos

Hoy resultan fundamentales las advertencias que hacía António Hespanha sobre los riesgos de la teleología en la historia del derecho (2004, p. 43). Hespanha nos ayudó a desconfiar de las falsas continuidades en el lenguaje jurídico a la hora de escribir historia. Estas cautelas son imprescindibles para estudiar textos jurídicos de la Edad Media o moderna que pueden contener términos idénticos a los de nuestra cultura pero no son menos necesarias a la hora de estudiar la historia del derecho contemporáneo. Entre las revoluciones liberales y nuestro siglo XXI no siempre ha habido una evolución que no afectase al contenido semántico de expresiones jurídicas y, por tanto, conviene evitar lecturas teleológicas o progresivas de la historia de nuestro derecho.

Lo mismo sucede con la *Zeitgeschichte*. Durante décadas, los discursos que presentaban 1945 como la hora cero y la tendencia a proyectar las categorías y las ideas de nuestro derecho actual sobre el pasado más reciente transmitieron la falsa idea según la cual la II Guerra Mundial habría roto con el mundo anterior siendo Yalta el inicio de un periodo, el nuestro, en el que instituciones y conceptos habrían evolucionado sin sufrir transformaciones destacables. Esta lectura presentista y teleológica afecta a la historia del derecho y, de manera especial, a la historia de los derechos, generando una falsa imagen de continuidad entre la concepción de las libertades de los textos existente en los años cuarenta, momento en el que se elaboran declaraciones de derecho que hoy tienen fuerza normativa y la idea de esos derechos en la actualidad.

Desde la filosofía, la historia y la sociología del derecho se han presentado propuestas metodológicas que cuestionan esa historia tradicional y plantean alternativas a lo que en ocasiones no ha sido nada más que una genealogía acrítica de los derechos. Si el relato sobre el periodo de la segunda postguerra estaba dominado por aproximaciones normativistas y formalistas que hacían una lectura teleológica de la historia de los derechos y de sus textos fundamentales, en los últimos años se ha transitado hacia una forma alternativa de escribir esta historia que relata las cesuras y las falsas continuidades entre pasado y presente y que intenta desprenderse de la teleología.

Estas nuevas corrientes no constituyen en ningún modo una impugnación a los derechos del hombre y de la mujer o a su carácter de normas jurídicas. Se trata más bien de lo contrario: de criticar un acercamiento que, al reducir el estudio de los derechos a la exégesis de textos, defiende un discurso apologético del statu quo actual y permite que movimientos contrarios a los derechos humanos y a la democracia hagan un uso interesado de ellos. Como defendían recientemente Luis Lloredo Alix y Fernando Crisancho Acero, “los derechos humanos son un campo de batalla en perpetuo antagonismo” (2020, p. 138). En la historia de los derechos, “dado el potencial legitimador de los derechos, existe una tendencia generalizada a presentar relatos acomodaticios de su surgimiento y evolución, como si fueran el colofón necesario de un desarrollo histórico que conduce desde la barbarie hasta la civilización (2020, p.138). Para ellos, la “Historia de los derechos” como mixtificación de “los diversos y heterogéneos relatos mediante un discurso abarcador” sería tan solo “un espejismo de gran eficacia propagandística, pero de parco poder explicativo” (2020, p. 139). Estos autores defienden historias – en plural – alternativas de los derechos alejadas del relato hegemónico y eurocéntrico y enfocadas a las luchas por los derechos de diferentes colectivos y llevadas a cabo en lugares diferentes. De esta manera se superaría la Historia (con mayúscula) de los derechos centrada en los modelos tradicionales de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

Una de las mayores críticas que se hace a la historia tradicional de los derechos sería su carácter formalista y exegeta de las grandes declaraciones de derechos de los citados tres modelos. El análisis jurídico-formal resulta enormemente limitador a la hora de estudiar la historia, la génesis y el desarrollo de los derechos humanos como derechos subjetivos de obligado cumplimiento. Demasiadas veces el estudio de la historia se ha limitado a describir el contenido de unos documentos que hablan de derechos sin tener en cuenta si su contenido era semánticamente idéntico al de las declaraciones de hoy, sin tener en cuenta las diferencias culturales entre países o entre continentes. Como escribía Bartolomé Clavero en 2015, si hay continuidad [entre aquellos derechos del XIX y los nuestros] es relativa y compleja” (Clavero, 2015, p. 1095).

El formalismo y la lectura acrítica de las grandes declaraciones de derechos del pasado conducirían a una visión teleológica basada en la ontología, no tanto en las relaciones de poder entre grupos sociales. Desde la sociología del derecho Chris Thornhill plantea una propuesta que rompe con lo que el esencialismo y el normativismo excesivos de los análisis tradicionales. Para Thornhill resulta necesario superar la aproximación ontológica de las teorías normativas y contemplar los derechos no como límite al poder sino como creación del poder. Los derechos, según este autor, no serían una antinomia de las creaciones discursivas del poder político sino más bien lo contrario: serían “internamente engendrados por el poder” (Thornhill, 2010, p. 201). El autor inglés advierte contra lo que llama fundacionalismo: la idea según la cual existirían unos momentos fundacionales de los derechos que generarían una línea de continuidad que llegaría hasta nuestros días. Entre las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y los textos que regulan los derechos en el presente habría continuidad y los términos de unos y otros textos tendrían el mismo contenido semántico.

Para Thornhill los derechos, lejos de ser el “producto de una profunda predisposición antropológica o natural” del hombre a los mismos serían construcciones jurídicas y políticas que servirían para describir “un proceso de diferenciación de la evolución social” (Thornhill, 2010, p. 195). Las declaraciones de derechos, por lo tanto, serían un producto del poder que habrían “permitido al estado consolidar y unificar sus funciones mediante la internalización de una consideración monofocal de su poder y de un conjunto estable de normas originales para autenticar su poder” (Thornhill, 2010, p. 195).

Esta visión de los derechos y de las declaraciones de derechos como expresión del poder estatal encajaría con la idea defendida por Hèctor López Bofill sobre los procesos constituyentes como operaciones violentas y coercitivas de blindaje del poder (2021, p. 6). Las constituciones, sobre todo la parte dogmática de las mismas, serían los mecanismos legitimadores de estas operaciones del poder político no exentas de violencia que marcaron la evolución de la sociedad política (2021, p. 8).

Samuel Moyn ha desarrollado también un análisis crítico de la historia de los derechos humanos que le lleva a defender que “si ha habido una “revolución global de los derechos humanos” esta se dio solamente a partir de los 80” (Moyn, 2012, p. 218) y que, “[e]n lugar de girar hacia la historia para monumentalizar los derechos humanos enraizándolos profundamente en el pasado, es mucho mejor reconocer cuan recientes y contingentes son en realidad” (Moyn, 2012, p. 225). Moyn analiza la evolución del lenguaje de los derechos durante los años 40 y también a partir de los 70 y 80 mostrando precisamente sus usos políticos y su evolución. Tras la caída de la utopía socialista la historia de los derechos se habría presentado como una evolución lineal desde los siglos XVIII y XIX sin apenas relación con los conflictos entre grupos sociales.

Philip Alston defiende una postura que podríamos calificar de moderada. Rechaza la historia teleológica y las falsas continuidades de la historiografía tradicional pero defiende el estudio de lo que llama “la genealogía de los derechos” (Alston, 2013, p. 2074 y ss). Para Alston la “historia de los derechos humanos es larga y profunda, lo que no significa que su progreso haya sido lineal, constante o incluso predecible (Alston, 2013, p. 2081). Propone por tanto el estudio de la historia de los derechos teniendo en cuenta la historia de las ideas pero también las estructuras de poder, el uso que de las ideas y adoptar una perspectiva global. Se trata por tanto de asumir la “la policentralidad de la empresa de los derechos” (Alston, 2013, p. 2077) y adaptar a ella el método de estudio. Eso le permite realizar una crítica a los discursos que defienden una historia lineal pero, al mismo tiempo, negar la “big-bang theory” de los derechos: la idea según la cual los derechos habrían aparecido prácticamente de la nada a finales de los años 60 y comienzos de los 70.

De la historiografía crítica de los derechos humanos extraigo la necesidad de llevar a cabo un estudio crítico de los relatos hegemónicos sobre las grandes declaraciones de derechos de finales del XVIII y comienzos del XIX pero también de otros documentos jurídicos de nuestra historia más reciente. Aquí pretendo hacer una relectura de la cultura europea de los derechos de los años 40 del siglo XX para demostrar que, pese a las continuidades terminológicas y pese a la redacción de instrumentos jurídicos todavía en vigor, la cultura de los derechos tenía en ese momento mucho que ver con la tradición romántica y cristiana del siglo XIX e incluso con las doctrinas corporativistas de los años 20 y 30.

Los discursos historiográficos y jurídicos sobre la época trazan dos líneas rígidas. Una separaría la cultura y la política posteriores a 1945 con la del mundo anterior a esa fecha. La segunda trazaría una línea divisoria entre democracias occidentales y dictaduras. Sin embargo, como trataré de demostrar, la concepción corporativista y cristiana de los derechos formaban en los años 40 una base filosófica de la que bebían tanto discursos producidos en países democráticos como Francia y Alemania, como elaboraciones doctrinales de dictaduras como España.

El ejemplo escogido para ello es el franquista Fuero de los Españoles de 1945. No pretendo con esta elección equiparar lo que fue una falsa declaración de derechos de una dictadura a declaraciones de países democráticos sino señalar el origen y las raíces doctrinales poco democráticas de estas últimas. Hablo de orígenes, no de contenidos ni de mecanismos de defensa de los derechos, inexistentes en el Fuero de los Españoles y presentes en la Convención Europea de los derechos humanos. La diferencia entre una y otras culturas de los derechos estaría más en su desarrollo que en sus orígenes doctrinales y en la imperiosa necesidad de sus autores por delimitar, cerrar y alejar lo que se consideró el paréntesis de los fascismos.

Como avanzaba al inicio, desenmascarar el Fuero de los Españoles y señalar la cultura organicista y autoritaria que lo inspiraba puede resultar útil para desarticular discursos que hoy en día usan el lenguaje de los derechos pero que, en realidad, son continuadores de esa cultura del pasado. Recuperando la idea de Lloredo Alix y Cristancho Acero sobre los derechos humanos como “campo de batalla en perpetuo antagonismo” (2020, p. 138) debemos tener en cuenta que también los movimientos neoautoritarios en Europa y en América utilizan el lenguaje de los derechos, lo que nos impone todavía más rigor a la hora de estudiar su historia.

## 1. 1945: la hora cero y la “revolución conservadora de los derechos humanos”

Cuando en España se aprobaba el Fuero de los españoles en Europa tenía lugar lo que Marco Duranti llamó “revolución conservadora de los derechos humanos” (Duranti, 2017). Tras el fin de la II Guerra Mundial en Europa y movidos por el éxito de los partidos de izquierda en los países de Europa Occidental, partidos y movimientos conservadores elaboraron un discurso sobre los derechos basado en tradición cristiana para oponerlo a los discursos socialistas y socialdemócratas. Lo interesante del caso es que esta tradición de los derechos hundía sus raíces en los discursos que habían defendido el modelo corporativista. Como defiende Duranti, la integración europea de la postguerra fue “un acto de memoria colectiva en el que el internacionalismo romántico jugó un papel importante. Mirar hacia adelante significaba mirar atrás, mucho más atrás de la muerte y la destrucción” (2010, p. 96). Se acusaba a la modernidad de los recientes desastres y se recuperaban discursos de las décadas y siglos anteriores

Teniendo esta nostalgia por el pasado en cuenta, se entiende que las recetas organicistas fuesen un asidero para los políticos y juristas conservadores que, habiendo participado en regímenes nada democráticos como el de Vichy, necesitaban resituarse en el panorama político de la posguerra (Duranti, 2010, p.5)

En ese momento antiguos miembros de estos movimientos necesitaban resituarse en el plano política nacional y europeo y la bandera que les permitió hacerlo fue el anticomunismo. Este anticomunismo no podía practicarse en la recién creada Organización de Naciones Unidas porque la Unión Soviética tenía en ella una posición privilegiada. De ahí que la batalla tuviese que librarse en Europa Occidental. En un momento de desprestigio de las ideas conservadoras, el armamento de esta revolución no podía ser un programa político. El discurso de los derechos humanos se prestaba a ser utilizado en este particular combate. Ese es el contexto del Congreso Europeo de la Haya de 1947 y de los trabajos de elaboración de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950.

La mayoría de miembros del llamado Movimiento Europeo presentes en La Haya en 1947 pertenece a asociaciones y partidos conservadores que buscan la reconstrucción moral de Europa desde parámetros cristianos. Algunos participantes, como la Union Fédéraliste francesa, agrupan a antiguos miembros de Action Française, algunos de los cuales la habían abandonado solamente tras la condena papal de Maurras en 1926, y a defensores del corporativismo de los proyectos de Vichy (Duranti, 2017, p. 259). Otros defendían abiertamente la superioridad de los blancos cristianos frente a unos no blancos que ya daban señales de su voluntad de romper con las metrópolis (Duranti, 2017, p. 197 y ss). El lenguaje del derecho internacional romántico del XIX, cristiano y supremacista, está muy presente en los textos de estos movimientos que buscaban reconstruir Europa salvándola del comunismo y del liberalismo (Duranti, 2017, p. 13 y ss).

Si en Francia sobrevivía el pensamiento corporativista de Vichy, también quedaban restos del pensamiento nacionalista en la Alemania posterior a 1945 y, especialmente, tras el inicio de la guerra fría y la reintegración de funcionarios y dirigentes empresariales en las instituciones públicas y privadas de la RFA. No hubo, por tanto, hora cero y sí, en cambio, continuidad en las instituciones pero también oportunidades para juristas y políticos que habían estado implicados con el Tercer Reich (Stolleis, 2017, p. 133).

Winston Churchill, Primer Ministro británico desalojado en las urnas por los laboristas, y acabó siendo el principal representante de esta revolución que buscaba construir un sistema de derechos más como arma de lucha política que como norma jurídica. En este proyecto conservador no desentonaban los discursos que en esos momentos se impulsaban desde España. Por ello no es de extrañar que el mismo Churchill, organizador y maestro de ceremonias en el Congreso Europeo de la Haya reunido para debatir sobre el futuro político de Europa no le hiciera ascos a las dictaduras española y portuguesa. El ex Premier británico se pronunció a favor de la participación de España y Portugal en el Congreso (Duranti, 2017, p. 108).

Los franceses de la Union Européene Fédéraliste, tras un viaje a España y Portugal, declararon que la democracia no debería ser un criterio de admisión para el Congreso de Europa (Duranti, 2017, p. 257), una postura, por cierto, también defendida desde el Vaticano (298). Vemos por tanto que, pese a las condenas contra Franco y el aislamiento de su régimen, una parte de las elites conservadoras de Europa occidental compartía con las españolas no solamente el rechazo al socialismo, fuese democrático o no, sino también la apuesta por fórmulas organicistas.

Y es que en una parte importante de los intelectuales que impulsaban este movimiento existe el mismo poso corporativista que encontramos en el franquismo. Se defendía un proyecto de protección de los derechos pero dentro de un orden social, político y económico determinado. Esta coincidencia no era solamente personal o ideológica: también la encontramos en el lenguaje utilizado: Duranti señala la preferencia de los conservadores franceses por la expresión “droits de la personne humaine” por encima de la más moderna “droits humains” (395). La referencia a la persona humana encajaba mucho mejor en el pensamiento organicista. De ahí que la encontremos también en el Fuero de los Españoles.

El Congreso de Europa tuvo éxito y marcó el inicio del proceso de construcción del Consejo de Europa, que al formarse se ocupó de la elaboración de la Convención Europea de derechos humanos y de un entramado institucional diseñado para su protección. Pero los mimbres eran los que eran y algunos fueron aportados por movimientos conservadores herederos del corporativismo y del supremacismo cristiano. Nuestra cultura de derechos está fundamentada, entre otros, en documentos de aquella época. Es indudable que en la inmediata postguerra la cultura de los derechos no era la que disfrutamos hoy. Desde las décadas de los 40 y 50 del siglo XX se han producido importantes transformaciones políticas y cambios culturales que han acabado generando una cultura de los derechos moderna y democrática. Eso implica que los documentos sobre los derechos humanos han sufrido mutaciones, siendo la más importante su conversión en textos jurídicos directamente aplicables por los tribunales. ¿Qué provoca esa mutación?

Son varios ya los autores que reconocen que la Convención Europea de 1950 nace con una vocación más política que jurídica. J. A. Frowein, por ejemplo, habla de este importante documento como una “bella durmiente” porque, una vez aprobado, durmió un largo sueño hasta que los movimientos de defensa de los derechos humanos, en los años 1960 y sobre todo 1970, comenzaron a utilizarla como instrumento de su activismo en las cortes nacionales y en el Tribunal Europeo de derechos humanos (Frowein, 1984, p. 8). En este sentido, el constitucionalista Alejandro Saiz Arnaiz recordaba en un trabajo reciente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “desde su constitución en 1959 hasta 1975 pronunció únicamente diez sentencias y hasta 1998” “es decir, en casi cuarenta años, un total de novecientas cincuenta” (Saiz Arnaiz, 2018, p. 222). A decir del profesor español, la “bella durmiente” se despertó gracias a la labor

del Tribunal de Estrasburgo en los años 70, influida sin duda también por la publicación de los Pactos internacionales de 1966.

Fue así, en los setenta, como un documento que en 1950 tenía una finalidad más política que jurídica y que antepone los objetivos del Movimiento Europeo - la defensa de la democracia basada en la celebración de elecciones periódicas - muta y se convierte en un texto normativo que regula y protege los derechos humanos. Pero esto sucede solamente en la parte de Europa occidental que vive en democracia. El contexto de la España franquista, como veremos, no permitía que al sur de los Pirineos se viviese esta transformación de la cultura de los derechos.

## **2. El Fuero de los españoles: el proyecto político franquista para la postguerra europea**

Volvamos a 1945 pero esta vez al sur de los Pirineos. El 18 de julio, fecha señalada para la dictadura, el Boletín Oficial del Estado publicaba un documento titulado “Fuero de los Españoles”<sup>2</sup>. Su texto ocupaba 3 páginas y contenía 36 artículos divididos en un título preliminar, un título primero dedicado a los deberes y derechos de los españoles - por ese orden - y un título segundo sobre el ejercicio y garantía de los derechos. En las páginas del BOE a este texto le seguía una ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local que, según Álvarez Cora, recibiría mucha más atención por parte de la prensa que el Fuero de los Españoles (2010, p. 78).

Hasta ahora hablo de documento y me resisto a hacerlo de ley o norma jurídica de forma deliberada. En el BOE se publican leyes, reglamentos, nombramientos y anuncios oficiales. Al no tratarse ni de un anuncio ni de un nombramiento debemos entender que ese “Fuero” es una norma jurídica, más concretamente de una norma con rango de ley ya que, según explica Francisco Franco Bahamonde en el encabezamiento del documento, el Fuero de los Españoles había sido aprobado por las Cortes y tenía, además, “el carácter de Ley fundamental reguladora de sus derechos y obligaciones” (sic).

Estas precauciones a la hora de llamar ley al Fuero no son superfluas: desde julio de 1936, fecha de inicio de la guerra, el BOE en manos de los sublevados había publicado y por tanto había dado apariencia normativa a textos de dudosa legalidad y de dudoso carácter jurídico. Un ejemplo de esa práctica lo encontramos en otro Fuero: el del Trabajo, publicado en 1938. El uso de la palabra Fuero, evocadora de un pasado medieval, aleja estos documentos de la tradición democrática de la II República y, además, permite mantener cierta ambivalencia sobre su naturaleza jurídica. El mercantilista Joaquín Garrigues, implicado en la redacción del Fuero del Trabajo, escribía en 1929 sobre su obra reconociendo que había sido más una arma de propaganda de guerra que una norma jurídica y que, por tanto, no podía considerarse como norma directamente aplicable: era más bien, decía Garrigues, un texto de propaganda de guerra destinado a atraer para sí a los obreros del bando republicano, de militancia izquierdista y republicana demostrada (Garrigues, 1939, p. 67).

¿Fue el Fuero de los Españoles también un arma de propaganda de posguerra? El texto se publica un 18 de julio, fecha señalada por los franquistas como la del alzamiento que en realidad fue un golpe de estado. Poco antes de 1945, barruntando la derrota de Alemania e Italia en la

---

2 Fuero de los Españoles, BOE 199 de 18.07.1945, 358-360.

guerra, el franquismo había iniciado una serie de reformas dirigidas a marcar distancias con las dictaduras que serían derrotadas ese año. La publicación del Fuero de los Españoles encajaría en esta operación propagandística: serviría como nueva fachada de la dictadura en un momento de condena de los fascismos.

Pero nos equivocariamos si leyésemos este documento como mera propaganda dirigida al exterior o como discurso dirigido a legitimar la dictadura en el interior. Si fuese así, habría bastado con seguir las tendencias y usar el lenguaje del constitucionalismo que empezaba a salir de los escombros de la guerra. El texto es mucho más que un discurso propagandístico: es una elaboración consciente que compendia el pensamiento católico, corporativista y antiliberal que la dictadura adoptaría a partir de ese momento sin borrar el componente totalitario y personalista.

El Fuero de los Españoles contiene un discurso legitimador pero también un programa político que mira al pasado – ahí el uso de la palabra Fuero- pero que se enfoca hacia el futuro. Contiene un proyecto para adaptar la dictadura no a las formas de la democracia liberal pero sí a un modelo de modernidad basado en el pensamiento reaccionario, católico y corporativista anterior a las guerras de las décadas de los treinta y cuarenta. Hay por tanto poca creación *ex novo* y en cambio hay un uso de la tradición que se remonta a los tiempos de la Restauración y al iusnaturalismo del siglo XIX.

Hecha esta introducción podemos ya entrar a analizar el texto. El Fuero de los Españoles comienza de la siguiente forma:

El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común.

El legislador oscila entre la referencia al hombre y a la persona humana como titular no solo de derechos sino también de deberes. Hay, además, una referencia al bien común como finalidad última de esos derechos (y deberes). Destaca el uso de una expresión que aquí nos tendrá ocupados: la “libertad de la persona humana”. La elección de las palabras no es casual: no se utilizan expresiones como “derechos humanos” o “derechos del hombre” sino de una vaga “libertad” cuyo titular no es el ser humano, el individuo o el español sino la “persona humana”. Álvarez Cora, quien ha estudiado con detalle el proceso de elaboración de este Fuero, considera que el uso de esta y de otras expresiones como “bien común”, “lealtad” “patria” muestra “el desapego formal respecto de las constituciones liberales” (Álvarez Cora, 2010, p. 57). Pero la expresión “libertad de la persona humana” es mucho más: es expresión del ideario romántico, católico y organicista que el franquismo está recuperando en ese momento.

La “libertad de la persona humana” se utiliza en el Fuero pero también en los discursos de los conservadores franceses, es deudora del pensamiento tradicionalista y organicista. Al hablar de persona humana y no de hombre o individuo, el discurso católico proyectaba su idea del ser humano como entidad integrada en una comunidad. La expresión persona es muy cara al catolicismo social y la encontramos repetidamente tanto en la Encíclica *Rerum Novarum* como en la *Quadragesimo Anno*.

Para seguirle el rastro a esta concepción de la sociedad y de los derechos basta con echar un vistazo a los números de la *Revista de Estudios Políticos* de aquellos años. En sus páginas

aparece un pensamiento que hunde sus raíces en el pasado pero que en la posguerra resulta ser de gran valor para la dictadura. Además, y esto resulta de especial interés este pensamiento se presenta como alternativa a las tensiones entre Este y Oeste, entre capitalismo y comunismo. Esto muestra el interés de los autores franquistas no solamente por un proyecto de organización social y política en España sino, además, por su encaje en la Europa que se estaba reconstruyendo en aquellos años. Los defensores de este programa católico y nostálgico debían conocer que al otro lado de los Pirineos se defendían argumentos similares y, seguramente, había contacto e intercambios de ideas, proyectos, ideas y publicaciones entre autores españoles, franceses e italianos.

De entre los artículos de la Revista de Estudios Políticos de la época destaco uno de Álvaro d'Ors, uno de los juristas franquistas más importantes de esa época. En un texto de 1947 titulado "Ordo urbis" aborda el orden internacional generado con el fin de la guerra. Según este autor, Europa había perdido su hegemonía "y su pensamiento [se había] supeditado al juego de dos fuerzas exóticas: "por un lado el internacionalismo comunista" o "imperialismo eslavo" y por el otro "el pacifismo sancionista, que, menos declaradamente, era un fiel trasunto de la actitud imperialista norteamericana" (1947, p. 37). Tras repasar las aportaciones de estas dos concepciones, "la rusa y la yanqui" como las llama él (39), plantea una vía alternativa: la del pensamiento católico. Esta se habría manifestado ya en la obra de los autores de la Escuela de Salamanca. D'Ors se apoya en algunas ideas de De Vitoria y Suárez para reivindicar la creación de una "Comunidad Cristiana" (55) fundamentada en el derecho natural. Para diferenciar esta comunidad de otras también basadas en el derecho natural D'Ors mantiene que la percepción de esta comunidad y del derecho natural podía darse "únicamente en aquellas personas que apoyan su vida consciente en un criterio de responsabilidad moral de cuño cristiano" (58).

Pese a la defensa que D'Ors lleva a cabo de la autoridad del papa, la tercera vía propuesta por este autor la representaba España, que habría demostrado históricamente, también en los últimos años, defender un orden del mundo de acuerdo a "las trazas inescrutables de Dios" (D'Ors, 1947, p. 62).

Una idea similar la encontramos en Diego Sevilla, que en 1946 ponía al salazarismo como ejemplo de modernidad que conjugaba humanismo y catolicismo frente a los caducos modelos liberal y comunista (Sevilla, 1946). Así lo expresaba también José Corts Grau quien, en un texto sobre el "Sentido español de la democracia", iba más allá al advertir de las funestas consecuencias de orden social y jurídico que podía tener la "ruptura con Dios" (Corts Grau, 1946, p. 7).

Como vemos, estas elaboraciones doctrinales sobre la persona humana están basadas en el pensamiento escolástico pero, además, tiene una dimensión importante de derecho y política internacionales. Frente al comunismo ruso y al imperialismo "yanqui", estos autores presentaban una vía alternativa para España, Europa y el mundo. Y uno de los ejes de este programa político era la vieja y nueva concepción sobre la persona humana, superadora del gregarismo comunista y del individualismo de matriz protestante.

Con dos artículos de 1949 y 1950 "[s]obre la noción de persona" Enrique Gómez Arboleya nos permite entender mejor el origen de esta idea de persona que manejaban. Esta idea resultaba de una aproximación desde "la teología, la metafísica del hombre y la teoría jurídica" (1949, p. 104). En el artículo de 1949 Gómez Arboleya repasa la evolución histórica del concepto de persona deteniéndose en las aportaciones de filósofos clásicos y de escolásticos para concluir en la dimensión teológica, metafísica y antropológica de la persona. El autor hace un repaso por la historia de la filosofía y de la teología para destacar aquellos aspectos más importantes

de la noción de persona. Gómez Arboleya recupera la vieja idea de hipóstasis del pensamiento cristiano medieval y de ahí extrae una idea de persona que repetirá varias veces: “[e]l hombre se ha destacado de la naturaleza. Su unidad no es puramente natural, sino personal. Todo lo que en él hay de naturaleza está enhipostasiado, tiene in-existencia, es algo que se me da, que poseo en la unidad de mi persona” (1949, p. 116).

También acude Gómez Arboleya a San Agustín y a otros autores para reivindicar La naturaleza humana nos obliga a estudiar la persona siempre en relación a Dios y a su comunidad. a la persona es vivencia (1950, p. 109), y es naturaleza y tener a la vez (1950, p. 123). Gómez Arboleya realiza un recorrido por la historia del pensamiento pero invita a reflexionar y a cultivar esta idea de la persona como ser vinculado con Dios. Y es que aquí, en esta relación entre hombre, comunidad y Dios, está la esencia de esta concepción de la persona que encontramos tanto en las elaboraciones doctrinales de la época como en el texto del Fuero de los Españoles

Es interesante observar que, para estos autores, las libertades de la persona humana no son muros o instrumentos que protegen al ciudadano del poder, no son un ámbito en el que el estado no puede intervenir. Los derechos son valores sociales. Son una parte integrante del todo armónico que es la comunidad nacional. El Estado debe proteger la integridad de la nación o la patria y la libertad del hombre como cosas inseparables. Lo expresa muy bien el jurista García Valdecasas en un texto de 1942 que recuerda mucho el lenguaje del Fuero:

La integridad de la patria es para nosotros no sólo física, territorial o geográfica, sino también moral: es integridad de su vida y de su espíritu; a ella pertenece el culto de los valores hispánicos que dieron a España su sentido universal en el mundo y a los cuales debe seguir consagrada. El Estado ha de ser instrumento para salvaguardar estos sacros valores. Tales son, para nosotros, por ejemplo, la libertad, la integridad y la dignidad del hombre. (García Valdecasas, 1942, p. 27)

Estamos ante una concepción organicista de los derechos en la que éstos no pertenecen al individuo sino a la sociedad. En consecuencia, el estado tenía la obligación de armonizar estos derechos de la persona con la comunidad nacional. Estos autores, y el mismo redactor del Fuero, parten de la existencia de unas estructuras naturales de la sociedad en las que se integra el hombre - suponemos que también la mujer - y que deben protegerse en su integridad. En el Fuero no se concibe una defensa de las libertades humanas desconectada de la defensa de la nación y de su integridad física, territorial, de su vida y de su espíritu. Lo vemos cuando se reconoce el derecho “a participar en las funciones públicas de carácter representativo” pero siempre a través de las estructuras “naturales” de la sociedad que son, lo dice el mismo Fuero “la familia, el municipio y el sindicato”.

Lo vemos también en la regulación de la empresa, para la que el redactor rescata ideas y expresiones que bien podríamos encontrar en la Encíclica *Rerum Novarum* o en la *Quadragesimo anno*. La empresa es una comunidad de aportaciones de la técnica, la mano de obra y el capital en sus diversas formas. Esta idea la encontramos en el artículo veintiséis del Fuero en el que se dice que “[e]l Estado cuidará de que las relaciones entre [la mano de obra y el capital] se mantengan dentro de la más estricta equidad y en una jerarquía que subordine los valores económicos a los de categoría humana, al interés de la Nación y a las exigencias del bien común”

Pero donde esta visión organicista de la sociedad y de la persona aparece de forma más visible es en la regulación de los límites de los derechos. En el caso de la libertad de expresión el legislador los explicita al establecer que “Todo español podrá expresar libremente sus ideas

mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”. Vemos aquí dos límites. En primer lugar, la manifestación adverbial del derecho: no hay libertad de expresión a secas sino de expresar libremente las ideas. En segundo lugar, esta libertad está supeditada al respeto a “los principios fundamentales del Estado”, que es el agente encargado de procurar por la armonía entre los atributos morales del individuo y los de la sociedad.

El artículo treinta y tres del Fuero sirve como llave de cierre del sistema de libertades de la persona humana al establecer que “[e]l ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrá atentar a la unidad espiritual nacional y social de España”. Estos límites, como veremos, fueron los instrumentos utilizados por las instituciones del estado para negar derechos durante la dictadura. Según la concepción de los derechos que se deriva de este sistema, las libertades serían atributos morales de la sociedad, no solamente de la persona y, por tanto, no podrían ejercerse de acuerdo con la libre autonomía individual. Y aquí es donde cobra una gran importancia el concepto de persona como titular de los derechos. Esta persona no se concibe como ser individual sino como parte de una comunidad nacional, como miembro de unos órganos. Así, en el Fuero se recupera la noción premoderna de la palabra “persona”. Se usa el término para referirse a la inserción del sujeto en la sociedad, para designar estatus civil que se deriva de la pertenencia a un colectivo. El iusnaturalismo liberal del siglo XIX había recibido y reutilizado esta tradición, como explica, entre otros, Sebastián Martín (2018, p. 44). Esta vieja concepción de la persona se recuperó en los años 1940 en su versión más organicista y católica a través de la doctrina que hemos mostrado y del Fuero de los Españoles.

Vemos pues que no solamente estamos ante una “Constitución postiza” como Álvarez Cora llama al Fuero: estamos ante un proyecto político coherente, que da continuidad al pensamiento católico español de larga tradición. La prensa de la época, lo recuerda Álvarez Cora, apenas prestó atención a la publicación del Fuero (Álvarez Cora, 2010, p. 78). Sin embargo, para los dirigentes de la dictadura el documento era fundamental para renovar los discursos legitimadores y para la nueva andadura de España en un escenario posbélico y de guerra entre los dos bloques. El Fuero, en definitiva, constituye un programa político que mira al pasado y se proyecta hacia el futuro, que se basa en la tradición pero tiene la vocación de ordenar la España y la Europa del futuro.

### **3. La metamorfosis del Fuero de los españoles**

Como explicamos al hablar de la Convención Europea, la práctica de tribunales, instituciones políticas y agentes sociales provocó una metamorfosis. De texto político la Convención pasó a ser texto jurídico e instrumento efectivo de defensa de los derechos humanos. La Convención Europea durmiente la despiertan activistas por los derechos humanos que comienzan a recurrir a ella como norma jurídica aplicable ante gobiernos y tribunales. El cambio generacional de los 50 y 60 y la existencia de una jurisdicción especializada y supranacional y por tanto protegida de las presiones de los Estados, permitieron el cultivo de una cultura moderna de los derechos y libertades.

La larga dictadura franquista y la interacción entre sociedad y agentes jurídicos y políticos provocaron la adaptación y la mutación de textos políticos y jurídicos y el Fuero de los Españoles es un ejemplo de ello. Sin embargo, la ausencia de una sociedad democrática impidió que este texto mutase en un modo similar a como lo hizo la Convención Europea

En el caso español fueron los opositores a la dictadura, juristas y no juristas, quienes provocaron mediante su actividad en la calle y en tribunales que los operadores jurídicos tuviesen que pronunciarse sobre el contenido del Fuero tratándolo así como un texto de contenido y de vocación normativas.

En España la modernización de la dictadura y su apertura al exterior propició cambios en el sistema jurídico. Se modificaron normas de derecho administrativo y también de derecho penal, pero estas últimas en un sentido más represivo en la mayoría de las ocasiones. En algunas de esas normas encontramos ideas ya contenidas en el Fuero de los Españoles. Es el caso de la Ley de Orden Público de 1959<sup>3</sup>, cuya aplicación llevó a la detención y condena de miles de activistas durante su vigencia, (Del Águila, 2001). En su artículo segundo la ley se refiere a los derechos del Fuero. A tenor de esta norma “[s]on actos contrarios al orden público: A.) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.

Curiosamente son objeto de protección por parte del legislador los derechos reconocidos por el Fuero y, al mismo tiempo, los principios que los limitan: la unidad espiritual, nacional, política y social de España, lo que da idea de la concepción de los derechos – y de su represión – que inspira la norma que rigió hasta dos años después de la muerte del dictador. El derecho penal no protege unos derechos individuales sino los valores que esos derechos de la persona humana representan. Se defiende, por lo tanto, no los derechos sino la comunidad y su unidad espiritual, nacional y social.

También encontramos referencias al Fuero en la Ley Orgánica del Estado, considerada una de las leyes más importantes de los últimos años de la dictadura<sup>4</sup>. Se trata de una norma que adapta el marco de gobierno al contexto de los años 60 y a la edad del dictador. En su preámbulo se declara al Fuero como norma en la que se define los derechos y deberes de los españoles y se ampara su ejercicio.

A pesar de haber transcurrido varios lustros desde la promulgación del Fuero del Trabajo y del Fuero de los Españoles, pocas son las modificaciones que la experiencia aconseja introducir en ellas. Sus líneas maestras acreditan el valor permanente del ideario que las inspira y gran número de sus declaraciones y preceptos constituyen una feliz anticipación de la doctrina social católica recientemente puesta al día por el Concilio Ecuménico Vaticano II.

El Fuero, tal y como se presenta en el preámbulo de la Ley Orgánica del Estado, no solamente está de acuerdo con la doctrina del Concilio Vaticano II sino que sería precursora de esta. El Fuero, después de casi 12 años de vigencia, no necesitaría adaptarse al nuevo contexto salvo en lo contenido en el artículo 6 sobre la libertad religiosa. Si en 1945 el Fuero establecía que “[n]adie ser[ía] molestado por sus creencias religiosas en el ejercicio privado de su culto” pero que [n]o se permitir[ían] otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión Católica”, en 1967 el legislador establecía que “[e]l Estado asum[ía] la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público.

<sup>3</sup> Ley 45/1959 de 30 de julio de Orden Público, BOE 182 31.07.1959, 10365-10370.

<sup>4</sup> Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 de enero, BOE 9 de 11.01.1967, 466-477.

La dictadura supo utilizar el Concilio Vaticano II para reforzar la vigencia y el valor del Fuero de los Españoles. La vieja norma de 1945 que, como recuerda Álvarez Cora, casi no había recibido atención por parte de la prensa (Álvarez Cora, 2010, p. 372 y ss.), se convertía en 1967 en símbolo del proyecto modernizador de la dictadura franquista.

En el pensamiento jurídico también encontramos reverberaciones del Fuero de los Españoles, especialmente a través de las ideas de autores que compartían la cultura católica de las libertades de la persona. Un caso clarísimo lo encontramos en la obra del influyente iusfilósofo Luis Legaz Lacambra, tan bien estudiado por Federico Fernández Crehuet (2018). Legaz, en un importante texto de 1951 sobre el estado de derecho, apuesta por limitar el poder del estado mediante unos derechos sin garantías de protección (Fernández Crehuet, 2018, p. 15), unos derechos que, en el fondo, equivalen al derecho natural, “porque el Estado es un Estado ético, por eso el Estado también es un Estado jurídico” (Legaz Lacambra, 1951, p. 24). Esto destaca claramente los límites de esta cultura de los derechos: “la administración siempre puede ampararse y decidir cuáles son las «cuestiones políticas» que, por tanto, quedan exentas de protección” (Fernández Crehuet, 2018, p. 15) con lo cual no podemos hablar, ni en 1945 ni en 1967, de derechos garantizados y protegidos.

El Fuero de los Españoles incide en la legislación y en la doctrina pero fue sin duda la interpretación y aplicación del Fuero por parte de la jurisprudencia lo que provocó su transformación. En los años 50 y 60, la oposición, cada vez más fuerte, intensificó las protestas contra la dictadura mediante manifestaciones, huelgas, publicaciones clandestinas, etc. Todas estas actividades estaban prohibidas por la ley y eran duramente reprimidas por unas autoridades que utilizaban la violencia como principal medio de defensa del franquismo.

En no pocos casos, los abogados de activistas antifranquistas que eran detenidos y procesados alegaban los artículos del Fuero de los Españoles para pedir la libertad de sus defendidos. Apelaban a los artículos del Fuero que teóricamente reconocían la libertad de expresión, el derecho de reunión, la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal. El Estado, para justificar la represión, alegaba los límites a estos derechos que, recordemos, eran “los principios fundamentales del Estado” y, especialmente, “la unidad espiritual, nacional y social de España”. De la concreción en cada caso concreto de estos conceptos jurídicos indeterminados dependía la libertad del acusado.

Los tribunales solían condenar a los activistas aplicando el código penal o leyes como la de Orden Público. Ante las decisiones de estos órganos siempre cabía el recurso al Tribunal Supremo. Y así fue como la máxima autoridad judicial en España se pronunció sobre el Fuero desarrollando así una doctrina sobre los derechos y, sobre todo, sobre sus límites. Francisco J. Bastida estudió en 1986 el pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura. Es destacable el peso que en este estudio tiene el Fuero de los Españoles como fundamento de la doctrina del alto tribunal (Bastida, 1986).

El Tribunal Supremo, caso tras caso, fue desarrollando una doctrina sobre qué era esta unidad espiritual, nacional y social de España y como debía conjugarse esta con las libertades de la persona humana. De esta forma se fue desarrollando una determinada concepción del poder, de la sociedad y del individuo que bebía de ese pensamiento católico, organicista y armónico de los años alrededor de 1945: la libertad humana debía armonizarse con “la integridad de la patria” que, recordemos es “no sólo física, territorial o geográfica, sino también moral: es integridad de su vida y de su espíritu” por usar la expresión de García Valdecasas (1942, p. 27).

En su estudio de 1986 Bastida explica como el Fuero, entre otras normas, sirvió para que el Supremo desarrollase una doctrina que funde moral, política y derecho y que deriva directamente del pensamiento que inspira al Fuero. Los conceptos jurídicos indeterminados del Fuero de los Españoles, de la Ley de Orden Público o del mismo Código Penal le permitieron construir su doctrina sobre la unidad espiritual, nacional y social de España y sobre el alcance y límites de los derechos.

La idea de unidad espiritual que desarrolla el Supremo es, según cita Bastida, muy amplia y se imputa tanto al Estado como a la nación: “la unidad espiritual tiene (...) múltiples facetas cuya esencia impregna los demás principios unitarios que nutren el pensamiento político del alto tribunal” (Bastida, 1986, p. 30). Esto incide en la interpretación moral del ordenamiento de este tribunal, que condiciona las libertades públicas, especialmente las de las mujeres (Pérez, 1987).

La concepción que hace el Supremo de la unidad social de España consagrada en el Fuero de los Españoles como límite de los derechos de la persona humana permitía la represión de los derechos de huelga y manifestación y cualquier reivindicación social o laboral que saliese de los cauces considerados legítimos por la dictadura. El Tribunal Supremo entiende por unidad social la ausencia de lucha de clases, la armonía social, por lo que cualquier conflicto colectivo que intentasen los trabajadores podría ser considerada contraria a este principio (Bastida, 1986, p. 55 y ss). Para el alto tribunal existía un orden social “natural” que fundamentaba la paz y que debía ser protegido incluso con el derecho penal. En una sentencia de 1964 se considera que la ocupación de fábricas como método de protesta es condenable por “establecer el predominio de una clase (el proletariado) sobre las demás” (Bastida, 1986, p. 56). La unidad social del Fuero de los Españoles equivalía por tanto a la ausencia absoluta de conflictos sociales o laborales.

Algo similar sucede con el principio de la Unidad Nacional, “el más tajantemente protegido por el ordenamiento jurídico e, igualmente, el más afirmado por el Tribunal Supremo” según Bastida (1986, p. 70). La unidad es idea inspiradora y presupuesto básico del ordenamiento jurídico. Esta idea lleva al Tribunal, no solamente a defender la integridad nacional de España sino un modelo de organización centralista que no deja espacio a la propuesta de modelos alternativos. La propaganda, no ya del independentismo, sino también del federalismo o del regionalismo o el uso de lenguas diferentes del castellano podía ser considerada por el alto tribunal como un atentado contra la unidad nacional de España y, por tanto, como un límite a los derechos que teóricamente recogía el Fuero (Bastida, 1986, p. 71 y ss).

La doctrina sobre la unidad espiritual, nacional y social de España por parte del Tribunal Supremo se elaboró mediante sentencias que decidían sobre actividades de hombres y mujeres luchaban por la libertad poniendo en riesgo sus derechos. Caso tras caso, la actividad del Supremo fue transformando un texto de 1945 de dudoso contenido normativo en instrumento de definición de los derechos, de sus límites y de España como comunidad política. Por tanto, en el caso del Fuero de los Españoles también podríamos de un texto durmiente. Sin embargo, el despertar del Fuero no supuso la creación de un sistema efectivo de defensa de los derechos humanos a nivel europeo que redundó en las culturas jurídicas nacionales sino de lo contrario: de la incorporación al derecho español de los años 60 y 70 de una concepción de los derechos, de la sociedad y de la nación que bebía directamente de las fuentes del pensamiento organicista de finales del siglo XIX y comienzos del XX. La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Fuero de los Españoles y, especialmente, sobre la unidad espiritual, nacional y social de España fue el

producto de la integración de un texto jurídico-político como el Fuero con la ideología nacionalista y la doctrina católica. Esta doctrina condicionó la práctica, la producción y la educación del derecho durante años.

#### **4. Conclusión: el Fuero de los Españoles en la cultura jurídica española**

El estudio del Fuero nos permite estudiar las dimensiones política, simbólica y cultural de los textos que sustentan la cultura de los derechos. Nos ayuda, también, a romper con discursos legitimadores que trazan líneas de continuidad desde el pasado o que blanquean regímenes por utilizar el lenguaje, pero no la praxis, de los derechos. Pero también puede ayudarnos a entender mejor la pervivencia de la cultura jurídica del pasado en el presente. El estudio de este texto nos abre la puerta, en definitiva, al conocimiento del derecho español de la dictadura franquista.

El desarrollo y la transformación del Fuero nos permiten comprobar como el derecho franquista fue formando lo que Boaventura de Sousa Santos llama palimpsesto de culturas jurídicas: la creación de un sistema jurídico resultado de la superposición de elementos de diferentes culturas jurídicas de épocas también diferentes (Sousa Santos, 1996, p. 47). La dictadura franquista, fascista y de vocación totalitaria en su origen, se transformó en una dictadura desarrollista sin que la modernización y racionalización del derecho de los años 50 y 60 eliminase del todo ni el principio del caudillaje, ni la cultura católica ni, por supuesto, el proyecto organicista. Todas estas ideas, principio e instituciones fueron formando progresivamente una cultura jurídica que desarrollaba su instinto de supervivencia adaptándose a las transformaciones sociales, económicas y políticas.

La transición a la democracia enterró el Fuero de los Españoles y el resto de leyes fundamentales. La disposición derogatoria tercera de la Constitución española derogó de forma general todas las leyes que pudiesen oponerse a la carta magna. Por tanto la historia del Fuero acaba en 1978. Pero la doctrina y el pensamiento jurídico que se construyeron en base a ese texto de 1945 no desaparecieron de golpe. El derecho democrático no se proyectaron sobre un campo vacío sino sobre una cultura jurídica que había tenido 40 años para desarrollarse. El administrativista Lorenzo Martín Retortillo escribía en 1984 que “[e]n el periodo anterior abundaron los jueces o fiscales que gustaron las mieles de los cargos políticos y de designación: delegados periféricos y Procuradores en Cortes (...). Y muchos de aquéllos (...) no sólo pueblan todavía los descansillos del escalafón sino que están bien situados en las alturas, en los sillones mullidos y en las chaises longues, en los tresillos, en los tronos ¿Llegarán incluso al Consejo General del Poder Judicial, o les entrará el escrúpulo, les dará el palpito democrático y se detendrán ante los umbrales?” (1984, p. 306 apud Serra Cristóbal, 1999, p. 52).

Martín Retortillo, con fina ironía, señalaba las consecuencias que podía tener la falta de reforma institucional durante la transición. Esta, junto a la peculiar forma de selección y formación de jueces y magistrados en nuestro país, pudo permitir la continuidad de prácticas basadas en viejas concepciones de los derechos y de sus límites (Aragoneses, 2019, p. 1). Desde luego las recientes declaraciones del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial sobre la unidad de España como “basamento último, nuclear e irreductible

de todo el derecho del Estado”<sup>5</sup> abre la puerta a reflexionar sobre si algunas formas del pasado de entender el derecho y los derechos forman parte todavía hoy de la cultura jurídica española.

## Bibliografía

- Alston, P. (2013). Does the Past Matter? On the Origins of Human Rights, *Harvard Law Review* (126), 2043-2081.
- Álvarez Cora, E. (2010). *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Biblioteca Nueva.
- Aragoneses, A. (2019). La justicia española frente al espejo de la historia, *Jueces x Democracia* (93), 35-50.
- Bastida, Francisco J. (1986). *Jueces y Franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Clavero, B. (2015). ¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud? A propósito de los Usos de la Historia de Samuel Moyn y de sus críticos. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (44), 1075-1109.
- Corts Grau, J. (1946). Sentido español de la democracia, *Revista de Estudios Políticos*, 26-27, 1-41.
- Del Águila, J. J. (2001). *El TOP. La represión de la libertad (1963-1977)*. Planeta.
- D’Ors, Á. (1947). Ordo orbis, *Revista de Estudios Políticos*, 35-62.
- Duranti, M. (2017). *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*. Oxford University Press.
- Fernández Crehuet, F. (2018). *El Leviathán franquista. Notas sobre la teoría del Estado de la dictadura*. Comares.
- García Valdecasas, A. (1942). Los Estados totalitarios y el Estado español, *Revista de Estudios Políticos*, 5-32.
- Garrigues, J. (1939). *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*. FE.
- Gómez Arboleya, E. (1949). Sobre la noción de persona, *Revista de Estudios Políticos* (47) 104-116.
- Gómez Arboleya, E. (1950). Más sobre la noción de persona, *Revista de Estudios Políticos* (49), 107-124.
- Hespanha, A. M. (2004). Legal history and legal education, *Rechtsgeschichte-RG* (4), 41-56.

---

<sup>5</sup> Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, en el acto de apertura del año judicial. Madrid, 2017, 3.

- Lloredo Alix, L. & Cristancho Acero, F. (2020). Apuntes para una historiografía crítica de los derechos humanos, en C. de la Cruz Ayuso et alia (Ed.) *La investigación en derechos humanos*. Aranzadi-Thomson Reuter, 135- 168.
- López Bofill, H. (2021). *Law, Violence and Constituent Power. The Law, Politics And History Of Constitution Making*. Routledge.
- Martín, S. (2018). Derechos y libertades en el constitucionalismo de la II República, en A. Martínez Rus & R. Sánchez García (coord.) *Las dos repúblicas en España*. Fundación Pablo Iglesias, 43-78.
- Martín-Retortillo, L. (1984). *Materiales para una Constitución*. Akal Editor.
- Moyn, S. (2012). *The Last utopia. Human Rights in History*. Harvard University Press.
- Pérez Ruiz, C. (1987). *La argumentación moral del Tribunal Supremo: 1940-1975*. Tecnos.
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Tribunal de derechos humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación, *Teoría y Realidad constitucional* 42), 221-245.
- Serra Cristóbal, R. (1999). *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos.
- Sevilla, D. (1946). La reforma de la Constitución portuguesa, *Revista de Estudios Políticos* (29-30), 128-153.
- Sousa Santos, B. (2006). The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique, *Law & Society Review* (40), 39-75.
- Stolleis, M. (2017). *Historia del derecho público alemán (Siglos XVI-XXI)*. Traducción de Federico Fernández-Crehuet. Marcial Pons.
- Thornhill, C. (2010). Re-conceiving rights revolutions: The persistence of a sociological deficit in theories of rights. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (31), 177-207.

Data de Recebimento: 26/04/2021

Data de Aprovação: 29/04/2021