

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

38

(2009)

I diritti dei nemici

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

SEBASTIÁN MARTÍN

CRIMINALIDAD POLÍTICA Y PELIGROSIDAD SOCIAL EN LA ESPAÑA CONTEMPORANEA (1870-1970) (*)

1. La inmunización de la comunidad católico-liberal. — 2. Criminalidad política: I. El enemigo político: socialistas, reformistas e izquierdistas; II. El enemigo de la patria: separatistas y republicanos; III. El enemigo del orden público: los anarquistas; IV. El enemigo económico: sindicalistas y comunistas. — 3. Peligrosidad social: I. El enemigo parasitario: vagos y maleantes; II. El enemigo sexual: prostitutas e 'invertidos'. — 4. Saber y poder en torno al enemigo.

1. *La inmunización de la comunidad católico-liberal.*

Desde al menos los años cuarenta del siglo XIX hasta el final de la dictadura franquista, la historia del Estado español ha sido prácticamente obra del liberalismo conservador. Las dos excepciones republicanas, si atendemos a su materialización institucional, apenas suman un lustro, y el Sexenio democrático distaba con mucho de canalizar políticamente determinadas exigencias críticas. Ahora bien, este práctico monopolio del aparato estatal no se correspondía con un predominio efectivo en el mapa social, en el que circulaban, con extensión creciente, fuerzas diametralmente opuestas a las que acaparaban las instituciones. Es en esta hendidura

(*) Proyecto HICOES III, *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en España y América*, ref. SEJ2007-66448-C02-01. Subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación. En el presente artículo serán citados con frecuencia textos normativos. Vaya por delante la leyenda de abreviaturas: Cir. (circular), O. (orden), RO. (real orden), RD. (real decreto), D. (decreto), DL. (decreto-ley), L. (ley), CP48 (código penal de 1848), CP50 (código penal de 1850), CP70 (código penal de 1870), CP32 (código penal de 1932), CP44 (código penal de 1944), LOP70 (ley de orden público de 1870), LOP33 (ley de orden público de 1933), LOP59 (ley de orden público de 1959), MFTS (memoria del fiscal del Tribunal Supremo), STS (sentencia del Tribunal Supremo), CE76 (Constitución española de 1876), CE31 (Constitución española de 1931).

entre un Estado hegemónico y una sociedad fracturada donde hay que colocar el despliegue de la función punitiva en su aspecto menos garantista, cuando no ajeno por completo a cualquier garantía constitucional, pues por entonces se trataba, en efecto, de preservar el Estado y no de realizar la Constitución. Y para el mantenimiento de dicha hegemonía estatal hicieron falta no solo legislaciones especiales, jurisdicciones militares y prácticas gubernativas, sino también dos dictaduras prolongadas y una guerra civil, durante las cuales, evidentemente, la represión penal se despeñó ya por la pendiente de la enemistad y la beligerancia. Mas, por encima de ciertas discontinuidades de gran calibre, conviene retener, ahora que proliferan los estudios sobre la represión franquista, que ésta resulta ininteligible si no se enmarca en un recorrido más global, coincidente con el dominio de ese conservadurismo — interiormente plural, como todas las corrientes políticas — y con la defensa de sus postulados morales y políticos.

A este conjunto de premisas políticas y creencias morales que se intentaba inmunizar frente a toda agresión podríamos denominarlo *comunidad católico-liberal*. Con tal expresión se identifican sus componentes fundamentales: en primer lugar, el elemento comunitario designa una concepción nacionalista de las relaciones de pertenencia, incluida también la forma monárquica de Estado en que necesariamente éstas han de cristalizar; en segundo lugar, el factor católico, más que al credo cristiano, alude de nuevo a la identidad nacional, indisolublemente unida al catolicismo, así como a la relevancia estructural de la institución eclesiástica y a la intangibilidad, por su origen divino y regulación canónica, de la familia patriarcal; y en tercer lugar, el componente liberal subraya la importancia de la propiedad privada, del trabajo como factor productivo al tiempo que como canal de socialización y del intercambio mercantil resultante, todo ello distribuido conforme a las pautas de la espontaneidad y la jerarquía. Protegiendo penalmente esta comunidad católico-liberal se trataba, en efecto, de preservar la integridad de la patria española frente a los particularismos, de defender a la iglesia católica y el orden doméstico ante la descreencia y la igualación, y de blindar la propiedad privada frente a los ataques que la asediaban.

Entre los diferentes vectores englobados en esta noción existían, por supuesto, fricciones, como la inclinación nacionalista por el

proteccionismo o la vaporosa limitación del capital procedente del catolicismo social. El producto, sin embargo, gozaba de gran coherencia, en cuanto postulaba el liberalismo económico como factor de progreso y, al mismo tiempo, neutralizaba las divisiones por éste producidas apelando a la nación y la religión, factores cohesivos prácticamente identificados en el caso hispano. Además, a estas alturas, de renovado predominio y patente visibilidad del liberalismo devoto y conservador, no puede resultar paradójico asociar lo tradicional y lo liberal, mucho menos después de que Michel Foucault distinguiese, certeramente, dos formas de liberalismo: uno « revolucionario » consistente en « hacer valer en su totalidad y de una vez los derechos fundamentales », y otro utilitarista e ilustrado que, situado en la lógica gubernamental, reconoce y jerarquiza los derechos con la finalidad de permitir el desenvolvimiento espontáneo del mercado, el libre movimiento de aquello que ha de suministrar las reglas a cumplir y los límites a respetar por un poder público legítimo (1).

Las conexiones entre ambas esferas son, por otra parte, múltiples. Sociológicamente, la ortodoxia católico-liberal obedecía a la consonancia, reflejada en las instituciones, entre los sectores aristocráticos y de la alta burguesía y, por otro lado, presuponía la continuidad del orden doméstico patriarcal. Culturalmente, aunque decayese, con más apariencia que realidad, el paradigma organicista (2), el ensamblaje entre el discurso tradicional y el programa liberal encontraba varios puntos de conexión: de la jerarquía estamental se pasaba a la jerarquía de los dones y talentos individuales, que en buena parte traía causa y posibilidad de la primera y que también fundamentaba el mando y la obediencia en la legitimidad, antes que en la legalidad; del orden providencial se transitaba hasta un orden espontáneo donde también resonaba el eco de la divinidad, sirviendo ambos para sustraer un supuesto estado prepolítico al voluntarismo colectivo; y del escolástico *bonum commune* se llegaba al interés general como principio legitimador y como fundamental prevención frente al individualismo exacerbado.

(1) Michel FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Madrid, 2009, pp. 34, 70 y 105.

(2) Colin BIRD, *The Myth of Liberal Individualism*, Cambridge, 1999.

La hegemonía católico-liberal — situada, repito, en el aparato estatal, mas no en la sociedad — no pudo menos que orientar la función punitiva, haciéndose presente en la legislación penal, en las resoluciones judiciales y en el tratamiento penitenciario ⁽³⁾. La defensa de la integridad nacional y de la institución monárquica encontraba su lugar en los títulos dedicados a los « delitos contra la seguridad interior del Estado » ⁽⁴⁾, « contra la Constitución » ⁽⁵⁾ o ya, desde 1906, y con explícita consagración en el código penal de 1928, contra la misma « Patria » ⁽⁶⁾. En ellos la preservación de la unidad patriótica no sólo se manifiesta castigando la rebelión, la sedición y los atentados contra la autoridad con penas de suma severidad, sino militarizando a « los sentenciados á confinamiento mayor » (art. 107.2 CP48), ondeando « la bandera nacional frente a los sublevados » en las cargas policiales y militares (art. 181 CP48 y CP50, art. 257 CP70) y, sobre todo, incriminando la misma proclamación pública de ideales contrarios a « la forma de Gobierno » o que « ultrajaren a la Nación » (arts. 169.4 CP50, 182.1 CP70 y, especialmente, 231 CP28).

También la religión — más bien la iglesia — católica estaba expresamente protegida por las leyes penales, que le reservaban un título en el código ⁽⁷⁾ o bien la defendían mediante interpretación extensiva, legislación especial y represión gubernativa, como acon-

⁽³⁾ Para lo que sigue a continuación y, en general, para el grueso del presente trabajo, vid. Alicia FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos (1808-1936)*, Salamanca, 1994², pp. 233-283 y 320-336.

⁽⁴⁾ Tit. III del Lib. II de los CP48 y CP50, denominación y ubicación que retoma, demostrando nuevamente su filiación liberal-conservadora, el código franquista de 1944. Para la consulta de la legislación penal codificada, empleo Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (et al.), *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Madrid, 1987.

⁽⁵⁾ Tit. II del Lib. II del CP70.

⁽⁶⁾ Como más adelante recordaremos, de 23 de marzo de 1906 es la conocida « Ley de represión de los delitos contra la Patria y el Ejército », parcialmente incluida en el CP28, Cap. I, Tit. I del Lib. II.

⁽⁷⁾ Tit. I, Lib II de los CP48 y CP50 y Secc. III, Cap. II, Tit. II del Lib. II de los CP28 y CP44. En ellos se tipificaban como delitos, por ejemplo, el proselitismo o fomento público de « la inobservancia de los preceptos religiosos », la publicación de doctrinas « condenadas por la Autoridad eclesiástica » (art. 130 CP48 y CP50) o el « escarnio de la religión católica de palabra o por escrito » (art. 274 CP28 y 209 CP44). En todos los casos mencionados se inhabilitaba al condenado para el ejercicio de la enseñanza.

tecia durante la Restauración ⁽⁸⁾. La intervención punitiva en este ámbito no se limitaba a la defensa de la institución eclesiástica en sí, empapando toda la regulación concerniente a la institución familiar, a la mujer y, más en general, a la moral pública. La clara inspiración católica de las normas criminales se hacía especialmente patente en los llamados «delitos contra la honestidad», que tipificaban el amancebamiento, el adulterio cometido por la mujer o la violación, y establecían asimismo, para este último caso, la exención de toda responsabilidad cuando el «ofensor» contraía matrimonio con la víctima ⁽⁹⁾. Los tipos normativos que hacían referencia a las ofensas contra «el pudor ó las buenas costumbres» realizadas «con hechos de grave escándalo no comprendidos en otros artículos de este Código» (art. 456 CP70) invitaban también, desde luego, a la consolidación de los prejuicios católicos como doctrina jurisprudencial. Y, en la medida en que era factor primerísimo de socialización para la clase detentadora del poder, su importancia llegaba al campo penitenciario, ya sea en la forma de «naciones de moral» aprendidas por los vigilantes de prisiones (art. 16, RD. 27 enero 1909, «sobre oposiciones al Cuerpo de Prisiones»), o bien, y sobre todo,

⁽⁸⁾ Hubo varios intentos frustrados de reforma del título sobre «delitos relativos al ejercicio de la libertad de cultos» del CP70 para su adecuación a la confesionalidad católica y la tolerancia religiosa consagradas en la Constitución de 1876, art. 11: vid., sobre el primer proyecto de reforma, las críticas coetáneas formuladas por Enrique GARCÍA ALONSO, *Delitos religiosos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (RGLJ, en lo sucesivo) LII (1878), pp. 447-473. Cf. asimismo Domingo TERUEL CARRALERO, *El delito de blasfemia*, «Anuario de Derecho penal» (ADP, en adelante) IV/III (1951), pp. 546-563, con celebración de la nueva inclusión de la figura en el CP44 y recuerdo tanto de la persecución gubernativa del irreligioso bajo la vigencia del CP70 como de sentencias que incluían la blasfemia en las faltas contra «los sentimientos religiosos» y «la moral y las buenas costumbres» establecidas en el art. 586 CP70.

⁽⁹⁾ Tit. X, Lib. II de los CP48 y 50, Tit. IX, Lib. II del CP70, Tit. X, Lib. II del CP28 — donde ya se incluyen, como veremos, «los delitos relativos a la prostitución» — y Tit. IX Lib. II del CP44. El CP70, art. 452.3, concedió, con una redacción bien confusa, el derecho de querrela también a la mujer contra el adulterio del marido: José VICENTE Y CARAVANTES, *De la determinación, carácter y penalidad del delito de adulterio*, «RGLJ» XLIII (1873), pp. 341-357. Aunque mantuvo los «delitos contra la honestidad» y la presunción de perdón «por el matrimonio de la ofendida con el ofensor» (art. 443), el código penal republicano de 1932, mera reforma del de 1870, suprimió el delito de adulterio y el de amancebamiento. Antes del CP44, el franquismo restableció el adulterio con la L. 11 mayo 1942.

en la enseñanza « ético-religiosa » de los reclusos como medio de readaptación social ⁽¹⁰⁾.

En lo referido a la protección penal de la propiedad privada, destacan la dureza de las penas impuestas y la adopción de medidas extraordinarias, como la eximente por legítima defensa de los propios bienes (arts. 58 CP28 y 8.4 CP44) o la consideración como « delitos militares » de « los delitos de robo a mano armada realizados contra establecimientos de comercio y banca » (RD. 13 abril 1924) ⁽¹¹⁾. Este cerco defensivo venía además reforzado, en el ámbito jurídico-penal, por la neutralización del movimiento obrero a través, por ejemplo, de la persecución de los delitos de sedición y de la disolución de las « asociaciones ilícitas ».

¿Pueden considerarse sin más estos elementos como indicios de un derecho penal del enemigo o estamos más bien ante evidencias de un modelo de derecho penal autoritario?, ¿eran normalmente tratados los culpables de delitos contra la seguridad del Estado, la patria, la religión o la propiedad como enemigos de la comunidad? Si atendemos al nivel de garantías vigente en la justicia criminal de todo este tracto histórico, y examinamos también la concepción de la responsabilidad penal, probablemente hallemos motivos para responder de modo afirmativo. A ello contribuyen la creación gubernativa de delitos y faltas (art. 3 RD. 19 marzo 1848, art. 5 CP28), la existencia de figuras indeterminadas, la derogación o suspensión por decreto de preceptos del código, la administración policial del castigo, la dimensión subjetiva de los tipos, la imposición

⁽¹⁰⁾ Y como vía para redimir penas: D. 23 noviembre 1940 « por el que se concede el beneficio de redención de pena a los condenados que logren instrucción religiosa o cultural ». Sobre la organización práctica de esta inoculación católica informaban, por ejemplo, los Maestros Oficiales de la Prisión Central de Burgos, *La educación en las Prisiones Españolas*, « Revista de Estudios Penitenciarios » (REP, en adelante) I (num. 5, agosto 1945), pp. 73-78. Para comprobar la extensión cronológica, vid., por último, los arts. 120 (« clases de enseñanza ») y 383 (« obligaciones de los capellanes ») del D. 25 enero 1968 sobre reforma del reglamento de prisiones de 1956.

⁽¹¹⁾ Delitos que habían de ventilarse por « juicio sumarísimo ». La fiscalía del Tribunal Supremo precisó que tal consideración no implicaba una atribución jurisdiccional, sino la equiparación de penas entre la ordinaria y la militar. Para las circulares y memorias de la fiscalía que emplearé, cf. la recopilación comentada de José SERRANO PEREZ, *Normas jurídicas. Compendio de la doctrina legal establecida en las Memorias y Circulares de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1926.

de condenas bárbaras, el trato vejatorio a los reclusos («llevarán siempre una cadena al pie [...] se emplearán en trabajos duros y penosos», art. 107 CP70) y la comprensión predominante del delito como alteración o quebranto de un orden natural restablecido por la pena (12). A todo lo cual se suman no sólo dos dictaduras, bajo las que no existía ni justicia independiente ni reconocimiento efectivo de las garantías más allá de la mera predeterminación legal o reglamentaria de los delitos, sino también el crónico recurso a los estados de excepción, regulados por las sucesivas leyes de orden público, y en los que dichas garantías eran suspendidas y la jurisdicción militar podía entrar en escena (13).

Con estas evidencias bastaría para descalificar globalmente este modelo punitivo como opuesto frontalmente a los derechos ciudadanos. Sin embargo, aunque irrespetuoso con las libertades de un modo que seguidamente veremos, acaso no sea del todo exacto atribuirle en bloque la condición de derecho penal de guerra. Puede que sus previsiones comunes, y su aplicación rutinaria, aun reflejando las pulsiones del sector social dominante, estuviesen generalmente inspirados, o al menos estructuralmente mediatizados, por el discurso y los procedimientos propios de un régimen no ajeno del todo a las garantías. Habría entonces que detectar la línea divisoria

(12) Sobre algunos de estos puntos trato extensamente en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad* (1874-1944), «Quaderni Fiorentini» 36 (2007), pp. 503-609. Vid. asimismo la primera parte de la obra de Agustín RUIZ ROBLEDÓ, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2004.

(13) Me refiero a las leyes de 23 abril 1870 y de 28 julio 1933. Vid., como bibliografía, el excelente y exhaustivo estudio de Manuel BALLBE, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, y las dos monografías fundamentales de Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza. Orden público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, Madrid, 1998 y *El máuser y el sufragio. Orden público, subversión y violencia política en la crisis de la Restauración (1917-1931)*, Madrid, 1999. En calidad de fuente, cabe consultar la esclarecedora disección llevada a cabo por el principal comentarista de la legislación criminal en el momento de su codificación, José VICENTE Y CARAVANTES, *Jurisdicción competente para conocer de los delitos de rebelión y sedición*, en «RGLJ» LII (1878), pp. 518-531, a quien Jesús VALLEJO dedica estudio en *Justicia en casos. Garantía, código y prueba en el procedimiento penal decimonónico*, en Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, 2006, pp. 325-360, texto que sirve asimismo para apreciar la escasa relevancia de las garantías penales bajo el «período moderado».

a partir de la cual la intervención punitiva dejaba atrás toda consideración por los derechos, aquella zona exterior donde el Estado libraba un combate con sus enemigos con el objetivo preponderante de la eficacia político-criminal. Y para guiar nuestra búsqueda bien puede servirnos la famosa doctrina contemporánea del *Feindstrafrecht*, que precisamente propone a la penalística como labor prioritaria el deslinde de la *Bekämpfungsgesetzgebung* y del *Bürgerstrafrecht*.

Aunque no llegue a inventar nada, Günther Jakobs, a quien evidentemente nos referimos ⁽¹⁴⁾, codifica en términos teóricos una vieja y permanentemente posible deriva de la función penal de toda sociedad. Como he sugerido, de su caracterización del derecho penal del enemigo pueden extraerse herramientas útiles también para nuestra prospección historiográfica, tanto en lo que se refiere a su conceptualización general como a su localización normativa específica. En este sentido, a juicio de Jakobs, la enemistad, más que calificar un orden punitivo en su conjunto, conformaría uno de sus polos, una tendencia parcial dentro de un mismo « contexto jurídico-penal ». Este aspecto se distinguiría por la consideración del autor como enemigo y la consiguiente pérdida de su « estatus de ciudadano »; una consideración apoyada en dos notas: la peligrosidad del sujeto, entendida como la defraudación de la expectativa general de que se comporte conforme al derecho vigente, y su ataque frontal a la « legitimidad del ordenamiento jurídico », su oposición a las « significaciones identitarias básicas » de la comunidad, con el consiguiente riesgo para su misma subsistencia ⁽¹⁵⁾ y la consecuente necesidad de tomar medidas protectoras de carácter excepcional. Y, entre dichas estrategias represivas adoptadas por el Estado para

⁽¹⁴⁾ Cf., para lo que sigue, los siguientes textos de Günther JAKOBS, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, en Id. *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, (trad. Enrique Peñaranda Ramos, et al.), pp. 293-324; *Comentario*, en Albin ESER (et. al.), *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio* (1999), Valencia, 2004, pp. 53-64; *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo* (2003), en Günther JAKOBS, Manuel CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, pp. 21-56. Como bibliografía, baste por ahora citar la completa recopilación de estudios al cuidado de Manuel CANCIO MELIA y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, 2006, 2 vols.

⁽¹⁵⁾ Xacobe BASTIDA FREIXEDO, *Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 277-304, pp. 286 y 294.

defenderse de esta clase de sujetos — « para amenazar a sus enemigos » — destacarían el « adelantamiento de la punibilidad » a « los actos preparatorios », castigados con igual pena que los hechos consumados, la « tendencia a la subjetivación », la « supresión de las garantías procesales » y el endurecimiento del régimen penitenciario ⁽¹⁶⁾, a las que cabría añadir, si nos colocamos en el terreno de la historia, otras medidas más rotundas como la adopción de leyes de emergencia, el incremento y severidad de las penas y la habilitación de jurisdicciones especiales.

Protección de la comunidad en su conjunto, peligrosidad del autor para la misma subsistencia colectiva, expropiación de sus derechos ciudadanos y medidas excepcionales amparadas en un supuesto « estado de necesidad » componen entonces las coordenadas en que situar nuestro excurso historiográfico. En él abordaremos técnicas de defensa penal utilizadas tanto contra quienes activamente, de modo organizado y con un programa político propio, atacaban la *comunidad católico-liberal*, como ante quienes negaban con sus actuaciones, o con su mera presencia, algunos de sus valores fundamentales. Esta doble vía de lucha contra los enemigos de la ortodoxia ordena la economía de la presente exposición, que se despliega, por un lado, en el análisis de la regulación de la *criminalidad política*, y por otro, en el examen del régimen jurídico de la *peligrosidad social*, incluyéndose en el primer caso a separatistas, anarquistas, comunistas y demás izquierdistas, y en el segundo a los por entonces llamados vagos y maleantes, y a las prostitutas y los homosexuales.

Todos los aspectos mencionados van a ser abordados con una doble prevención: se está tratando en ellos la anécdota española de unos asuntos de radio occidental y se hace adoptando deliberadamente la perspectiva del derecho, esto es, de la minoría que detenta el poder estatal y lo instrumentaliza para combatir con la violencia a sus oponentes o para anular a los disfuncionales ⁽¹⁷⁾. Por afán de

⁽¹⁶⁾ Recuerda este último punto Luis GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo* I, cit. (n. 14), pp. 1051-1080, p. 1059.

⁽¹⁷⁾ Cf., para el primero de los casos, Eduardo GONZALEZ CALLEJA, *La violencia en la política: perspectivas teóricas sobre el uso deliberado de la fuerza en los conflictos de poder*, Madrid, 2008, pp. 261 ss.

síntesis, y en ciertos casos por falta de propia autonomía que exija en nuestro caso estudio independiente, han de quedarse atrás otros sujetos, también desposeídos de sus derechos por ser considerados con frecuencia enemigos del bien común. Me refiero, en primer término, a los bandoleros, *enemigo atávico* vinculado al « régimen latifundista », perseguido con medios extrajudiciales, frecuentemente abatido so pretexto de « tentativa de fuga », objeto de leyes especiales que conminaban los delitos de secuestro con « pena de cadena perpétua á muerte » impuesta por un « Consejo de guerra » establecido al efecto y responsables de un tipo de criminalidad transformada, o asimilada, ya en el siglo XX, a la « lucha social »⁽¹⁸⁾, hasta tal punto que la guardia civil continuaba llamando « bandoleros » a los integrantes del maquis, resistencia antifranquista que operaba principalmente en el espacio rural⁽¹⁹⁾. En segundo lugar, los masones, *enemigo secreto* que con sus lealtades extraestatales y sus influencias racionalistas minaba desde dentro la unidad patriótica y confesional. En tercer lugar, han también de mencionarse los gitanos, *enemigo racial* al que se sustraían gubernativamente derechos reconocidos por la Constitución como la presunción de inocencia o la propiedad privada⁽²⁰⁾. En cuarto, no debe olvidarse el caso del rey Alfonso XIII, considerado tras la proclamación de la II República « enemigo público » excluido de la « ley común que

(18) Para lo indicado, vid., principalmente, la obra consagrada de Constancio BERNALDO DE QUIROS y Luis ARDILA, *El bandolerismo. Criminología del campo andaluz*, Madrid, 1931, pp. 64, 131-135 y 233-234, donde se proponía solución civil: « la Reforma agraria ». Las normas referidas son los arts. 2 y 3 de la ley 8 enero 1877 « dictando disposiciones para perseguir y castigar el bandolerismo ». Como bibliografía puede consultarse Emilio SOLER PASCUAL, *Bandoleros. Mito y realidad en el romanticismo español*, Barcelona, 2006, especialmente pp. 281 ss.

(19) Así se deduce de algunos expedientes de la Dirección General de la Guardia Civil conservados en el Archivo General de la Administración (AGA, en adelante). Cf., por ejemplo, la ficha de Guillermo Archilla Rodríguez de 1946, en caja 44/12420. La denominación, de cualquier modo, se ajustaba a la terminología legal, que reflejaba con transparencia la genealogía del legislador: vid. DL. 18 abril 1947 « para la represión de los delitos de bandidaje y terrorismo ».

(20) Bartolomé CLAVERO, *Legislación universal para pueblos modernos (1868-1914): un programa de textos para una comunidad de naciones*, en Víctor TAU (ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, 1997, pp. 31-55, p. 52.

protege a los ciudadanos » (21). En quinto, cabe citar también a la mujer en cuanto tal, enemigo potencial contra el que se sofisticaban los medios represivos y disciplinarios con la finalidad de reconducirla a su supuesta función natural doméstica y reproductora (22). Y en último lugar, puede también aludirse a cierto *enemigo insólito*: los alteradores arbitrarios de los precios, delincuentes ordinarios que durante la guerra civil pasaron a ser considerados « enemigos de España y del Movimiento Nacional » (23).

2. *Criminalidad política.*

Nuestro relato comienza en la década de los setenta del siglo XIX. De entonces datan no sólo la ley de enjuiciamiento criminal y el mismo código penal, sino también una nítida inflexión en la delincuencia política. Hasta ese momento, las regulaciones punitivas de 1848 y 1850 se habían cuidado de mencionar expresamente en sus figuras a las « autoridades civiles » y a los « eclesiásticos » que fuesen autores del delito de rebelión o de sedición (arts. 169.1 y 175.1 CP50). Se trataba ante todo de proteger la construcción del Estado liberal frente a los beligerantes sectores nostálgicos del Antiguo Régimen. Las menciones continuaron en el código de 1870, pero sin desempeñar ya cometido tan fundamental. Los ataques a la joven organización estatal comenzaron a provenir de grupos conectados al mundo del trabajo y, en general, vinculados a la problemática de la cuestión social.

Es la represión de este tipo de delincuencia la que habrá de interesarnos, porque en ella se emplearán unos dispositivos de lucha

(21) Eran expresiones de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Derecho penal vigente en la República española*, en *Revista de Derecho público* I (1932), pp. 39-48, reflejo de una fundada convicción que alcanza a nuestro presente en forma de historiografía: Pedro L. ANGOSTO, *Alfonso XIII: un rey contra el pueblo*, Sevilla, 2005. Con esta enemistad nos colocaríamos de todos modos en la inmunización de la sociedad constitucional, racional y republicana, asunto que no es el de estas páginas.

(22) Según veremos al tratar de las prostitutas, hubo incluso creación de establecimientos penitenciarios orientados a la evangelización y « regeneración de las mujeres caídas » (D. 6 noviembre 1941).

(23) Así lo expresaban, reiteradamente, las disposiciones aprobadas en el bando sublevado, por ejemplo, O. 18 noviembre 1936, O. 19 diciembre 1936, Cir. 4 mayo 1938.

que nos permiten identificar la lógica penal de la exclusión. Como se ha sugerido, estaba en juego la constitución y protección de la comunidad católico-liberal. Los oponentes de todo este proceso constitutivo fueron varios, sus reivindicaciones múltiples y diversas sus estrategias de confrontación. Si bien su respectiva identidad política estaba claramente diferenciada en el terreno teórico, en el plano de la acción sus objetivos eran con frecuencia homogéneos y sus actuaciones similares y compartidas, como compartido era el enemigo a abatir. Por otra parte, los medios de represión destinados a neutralizar estos movimientos contestatarios no siempre los distinguían con exactitud, ni falta que hacía, porque la coherencia de los mandatos penales respondía a una identificación meridiana de las instituciones a proteger. Por todo esto, el intento de clasificación aquí operado no puede ser sino parcial, aunque sí tenga presente un elemento a mi juicio eficazmente distintivo: el uso de la violencia, pues mientras unos grupos no aceptaban de modo regular su empleo, o lo consideraban como última salida, otros, en cambio, lo estimaban un expediente indispensable para lograr sus fines revolucionarios. Será este criterio el que nos sirva para clasificar en una suerte de espectro a los enemigos penales y nos permita así dar cuenta cabal y sistemática de la armadura con que fue inmunizada la comunidad católico-liberal.

Principiaremos con su válvula de cierre: la represión de los sujetos no distinguidos por el uso de la violencia, principalmente los socialdemócratas, reformistas o simplemente izquierdistas. Contra lo que suele superficialmente sostenerse, la expulsión violenta de la ciudadanía no afectó en exclusiva a sectores radicales como el anarquismo, el sindicalismo o el comunismo. Consentido cierto margen de actuación, también la burguesía progresista fue perseguida en las esferas en que maniobraba, principalmente la opinión pública, y terminó siendo objeto de una represión enfurecida durante la guerra civil y después de ella. Un estatuto similar, parcialmente integrados en la ciudadanía y en las instituciones, aunque excluidos en sus manifestaciones más rotundas, tuvieron los republicanos y los nacionalistas, cuyas acciones se desenvolvían igualmente en el ámbito de la prensa y la asociación ⁽²⁴⁾, aunque

(24) Sobre el papel pacífico de ambos grupos durante la Restauración véase

recurrieron en mayor grado a la violencia, ya fuese durante la primera década de la Restauración, mediante rebeliones impulsadas por oficiales fieles a la I República, o bien una vez comenzado el siglo, con la creciente radicalización del catalanismo ⁽²⁵⁾. Las medidas penales y gubernativas adoptadas para controlar ambos sectores tenían asimismo como destinatarios a los movimientos revolucionarios, contra los que además se activaron estrategias especiales de ataque y derribo. De ellas nos ocuparemos a continuación, dando comienzo con el análisis de la represión del anarquismo, para concluir abordando la guerra abierta contra el sindicalismo primero y el comunismo después. De cualquier manera, e independientemente del uso respectivo de la violencia, en todos los casos se manifestaba por igual una persecución, no de terroristas que pudieran mediante la participación política intervenir activamente en la creación de sus condiciones de existencia, sino de colectivos políticos social, económica y políticamente excluidos o postergados que flacos recursos tenían para ver implantadas sus reivindicaciones más allá de la violencia. Incluidos, en efecto, los reformistas de izquierda y los republicanos, según vino desafortunadamente a demostrar el fracaso de la democrática, burguesa e ilustrada II República.

I. *El enemigo político: socialistas, reformistas e izquierdistas.*

El delito político en general constituía en el arranque de nuestro período una contradicción difícilmente resoluble. Colocaba a sus detractores oficiales ante la tesitura de condenar el empleo de unos medios que la memoria de todos aún ponía en manos de sus predecesores inmediatos. La superación de la aporía implicaba sustraer a los autores de tal delito cualquier atisbo de legitimidad: ni actuaban por la noble fe en un ideal de justicia, ni se sublevaban frente a un gobierno tiránico, como ellos hicieron frente al absolu-

Manuel SUAREZ CORTINA, *El reformismo en España. Republicanos y reformistas bajo la Monarquía de Alfonso XIII*, Madrid, 1986.

⁽²⁵⁾ Vid. GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), «La monarquía restaurada frente a sus enemigos tradicionales: las insurrecciones republicanas», pp. 75 ss.; «En el avispero catalán (1904-1909)», pp. 347 ss.; GONZALEZ CALLEJA, *El máuser y el sufragio* cit. (n. 13), «Los años del pistolero en Barcelona», pp. 105 ss.

tismo. Bajo el manto retórico de sus proclamas, lo que subyacía era un « carácter díscolo y descontentadizo, de aviesa y revoltosa condición », un « interés bastardo y corrupto » mal avenido con el interés general y expresado no tanto en delitos políticos como en aquellos otros de « desórdenes públicos » (26). Poco importaba, al parecer, que a esta desposesión ideológica no siguiese una degradación penal efectiva, traducida en un trato idéntico al dispensado a los delincuentes comunes.

El trascurso del tiempo fue disipando la necesidad de este tipo de autojustificaciones. La represión empezó a basarse, ya en exclusiva y sin contemplaciones, en la presunta inmutabilidad de las instituciones protegidas. Los mecanismos inmunitarios diseñados por la política criminal católico-liberal para su defensa trazaban un círculo en cuya periferia podemos encontrar las medidas encaminadas a controlar, y en su caso neutralizar, las actividades desplegadas en la esfera intelectual de la opinión pública, a la cual, como se ha indicado, recurrían muy principalmente aquellos sujetos que abogaban por una reforma socioeconómica radical. Su paralización política, como veremos, atravesó diversas fases, hasta alcanzar su punto culminante y final, el propio de la enemistad, en la guerra civil y en los años posteriores. Y los expedientes desplegados para lograrla trataban, entre otros objetivos, de contener la difusión de ciertas doctrinas mediante la regulación de la prensa, la represión de la apología o el control del ejercicio de las libertades de reunión y asociación.

La Constitución de 1876 reconocía, en su art. 13.1, la libertad de prensa « sin censura previa » (27); cuatro artículos después, en el 17, contemplaba la posibilidad de suspenderla « temporalmente », junto a otros derechos, si así lo exigiese « la seguridad del Estado ». En principio, el marco legal castigaba a los « autores, editores e impresores » de « publicaciones clandestinas » — es decir, las carentes de

(26) Eran juicios del presidente del Tribunal Supremo, Cirilo Álvarez, en su discurso de apertura del año judicial titulado *Del determinismo y de los delitos políticos*, publicado en la « RGLJ » XLV (1874), pp. 147-158, pp. 152-153.

(27) Sobre lo indicado a continuación, vid. Demetrio CASTRO ALFÍN, *Los males de la imprenta: política y libertad de prensa en una sociedad dual*, Madrid, 1998 y Juan Ignacio MARCELLO BENEDICTO, *La libertad de imprenta y su marco legal en la España liberal*, en *Ayer* 34 (1999), pp. 65-91, pp. 85-88.

« pié de imprenta » — y a los directores y editores de periódicos que no hubiesen comunicado a la « Autoridad local el nombre del director » (art. 203, CP70; MFTS, 1905). Implantada la Restauración, pronto se sintió la necesidad de estrechar la regulación gubernativa de la imprenta. Ya en 1875, se estableció por decreto la « necesidad de autorización previa para publicar periódicos », obligación confirmada, una vez vigente la Constitución, por una ley posterior, de 1879, que emulaba las « muy restrictivas » disposiciones que se estaban adoptando en Alemania « contra la prensa democrático-socialista » (28). Dicha norma, entre otras cosas, sólo permitía fundar periódicos a notables contribuyentes, establecía una suerte de censura previa, al imponer la presentación anticipada de ejemplares ante « la Fiscalía de imprenta », diseñaba una jurisdicción especial y creaba todo un elenco de delitos imprecisos como la ridiculización de la religión estatal, la desfiguración maliciosa de « lo discursos de Senadores y Diputados » y hasta la proclamación de « máximas contrarias al sistema monárquico constitucional » o la simple exposición de « doctrinas contrarias á la organización de la familia y la propiedad » (art. 16, L. 7 enero 1879).

Con la entrada en el gobierno de los liberales progresistas, y ante la notoria estrechez de tales previsiones, pronto comenzó a proyectarse otro régimen que ponía bajo control gubernativo la impresión de « folletos, hojas sueltas, carteles » y periódicos. No faltaron críticas certeras a la normativa que se estaba preparando: resultaba improcedente realizarla mediante una norma especial, hurtaba al ministerio fiscal el control de las publicaciones, cediéndoselo, con el depósito obligatorio de originales, al gobierno civil, y, por si no bastase, con el requisito para publicar y editar del pleno goce de los « derechos civiles y políticos », se excluía de la libertad de prensa a buena parte de la población, comenzando por la mujer. De poco sirvieron estas objeciones. Un año después, en julio de 1883, se aprobaba, en unos términos prácticamente idénticos a los proyectados, la ley de « policía de imprenta », que habría de estar vigente durante más de medio siglo.

(28) Francisco de Asís PACHECO, *La legislación sobre la prensa. El proyecto de ley de policía de imprenta*, en « RGLJ » LXII (1883), pp. 178-213, pp. 193-4, a quien pertenecen las críticas posteriormente consignadas (pp. 182 y 188-9).

A esto se añadía la permanente oscilación entre los estados de normalidad y los de excepción, regulados por una ley, la de orden público de 1870, que estuvo funcionando de modo intermitente y fragmentario desde el mismo período constituyente — con un estado de guerra que se extendió de 1874 a 1877 — hasta la implantación del directorio militar ⁽²⁹⁾. En esta norma, para el « estado de prevención o alarma », se preveía la suspensión de la libertad de publicar cuando la autoridad civil estimase que los contenidos difundidos « preparan, excitan o auxilian » la comisión de delitos de carácter político-social, lo que evidentemente comprendía el ejercicio de la censura previa, según reconocían circulares del Ministerio de Gobernación (O. 18 mayo 1919). Tal prerrogativa quedaba además trasferida al ejército en los casos de « estado de guerra », los cuales, por cierto, podían ser declarados unilateralmente, aun de modo provisional hasta su aprobación gubernamental, por las autoridades militares.

Con la dictadura de Primo de Rivera, junto a la persistencia de este régimen jurídico, el uso extrajurídico de la fuerza y el empleo de la censura ⁽³⁰⁾, se introdujeron en este punto novedades de calado, que hicieron incluso augurar que « la libertad de imprenta fenecer[ía] de muerte alevosa » ⁽³¹⁾. Me refiero a la previsión en el código de drásticas « medidas de seguridad » dirigidas específicamente al control de las publicaciones periódicas y consistentes en la disolución, supresión o suspensión tanto de la editora como de la publicación en sí, incluida la prohibición temporal de fundar nuevas empresas de periódicos (arts. 126-128, CP28). A lo que cabría además agregar, por su comisión mediante algún medio de publicidad, la primera tipificación en el cuerpo codificado del delito de apología ⁽³²⁾, con tan amplio espectro que comprendía todos « los

⁽²⁹⁾ Cf. BALLBE, *Orden público* cit. (n. 13), pp. 247-272, quien deja patente la uniformidad de criterio, en lo concerniente a orden público y suspensión de garantías, entre liberales conservadores y progresistas, y GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), pp. 54-73.

⁽³⁰⁾ Censura que la RO. 24 mayo 1924 ponía en manos de las « Autoridades militares », al menos en lo referido a « Prensa periódica ».

⁽³¹⁾ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, Madrid, 1930, p. 90.

⁽³²⁾ Con anterioridad, existían la figura de provocación al delito realizada « por

delitos penados en el Código y en las leyes especiales » (art. 315, CP28).

Durante la República, pese a la amplia y rotunda proclamación de la libertad de prensa por la Constitución de 1931, pronto llegaron las excepciones, primero con la aplicación de la ley de defensa de la República ⁽³³⁾, y después, durante el período conservador y amparadas en el art. 42 sobre suspensión de garantías, con la aplicación de la ley de orden público de 1933. Pero si en un caso se trataba de reprimir una oposición política anticonstitucional, en el otro estamos todavía ante la defensa con medios excepcionales del *ordo* católico-liberal. Como esta norma de orden público, en lo concerniente a los derechos, fue la verdadera constitución desde la victoria de las derechas en noviembre de 1933 ⁽³⁴⁾, la libertad de prensa quedó seriamente mermada, ya sea por la preceptiva autorización gubernativa para publicar impresos de contenido político-social en los estados de prevención (art. 28.3, LOP33), por la admisión de la « censura previa » durante los estados de alarma (art. 39) o bien por colocarla en los de guerra bajo la ilimitada discrecionalidad de la autoridad militar (art. 58).

Con el inicio de la contienda, en la zona rebelde, se estableció la « previa censura », y quedó bajo jurisdicción militar cualquier delito cometido « por medio de la imprenta » (O. 28 julio 1936), y ya bajo el franquismo, huelga afirmar que no existía libertad de prensa que regular ni que someter a cortapisas nominalmente excepcionales. Así lo confirmaba la primera ley que sobre la materia sancionó el nuevo Estado (L. 22 abril 1938), en la que, extirpado ya todo rastro de la « Prensa sectaria y antinacional », se instituía la subsistente como función orgánica « encargada de transmitir al Estado las voces de la

medio de la imprenta, el grabado ú otro medio mecánico de publicación » (art. 582, CP70), la falta de apología « de acciones calificadas por la ley de delito, ú ofendieren á la moral, á las buenas costumbres o á la decencia publica » (art. 584.4) y la apología contemplada en diversas leyes especiales que seguidamente veremos.

⁽³³⁾ « Art. 1.3. Son actos de agresión a la República [...] la difusión de noticias que puedan quebrantar el crédito o perturbar la paz o el orden público », L. 21 octubre 1931.

⁽³⁴⁾ Desde el D. 10 diciembre 1933, un mes después de las elecciones, se concatenó, prácticamente sin solución de continuidad, una serie de decretos suspensivos de garantías que llegó hasta 1936.

Nación y comunicar a ésta las órdenes [...] de su Gobierno ». Poco alteró la sustancia del planteamiento el posterior estatuto de la prensa (L. 18 marzo 1966), vista la limitada extensión que confería a una ilusoria libertad de expresión que debía en todo momento respetar « la verdad y la moral » y acatar unos « Principios del Movimiento Nacional » que el legislador franquista acababa de revalidar como « permanentes e inalterables » (L. 17 mayo 1958). El control mediante la intervención penal de la opinión pública continuaba con la represión de la apología (art. 268, CP44), limitada ahora a los delitos políticos pero comprendiendo todos los « medios de divulgación sin excepción »⁽³⁵⁾. Seguía igualmente con el castigo de « los autores, directores, editores o impresores de impresos clandestinos » (art. 165, CP44) y de quienes « realizaren propaganda contra los Principios del Movimiento »⁽³⁶⁾, sujetos que en más de una ocasión fueron colocados bajo la jurisdicción militar, y no precisamente en la primera posguerra (D. 21 septiembre 1960 y D. 16 agosto 1968). Pero ya, como veremos, los destinatarios de estas amenazas estatales habían dejado de ser las agrupaciones reformistas.

Otro ámbito constantemente intervenido con el fin de neutralizar a los enemigos políticos fueron las libertades de reunión y asociación. La estructura y aplicación de las estrategias de control eran semejantes a las ya apreciadas en relación con la libertad de imprenta. Dejando aparte su implacable limitación en la España isabelina y durante el período constituyente de la Restauración⁽³⁷⁾ — lo que da buena cuenta del grado de legitimidad originaria del régimen canovista —, desde 1876 a 1936, estos derechos oscilaban entre su proclamación constitucional y su limitación legal, desplegándose esta última o bien en preceptos contenidos en el código criminal o bien mediante leyes especiales de enmarque gubernativo. A esta situación de normalidad, ya de por sí limitadora de derechos, se le adjuntaban los estados de excepción — prevención, alarma y

⁽³⁵⁾ Incluidos, por ejemplo, « el canto, el dibujo, la pintura », en opinión de Diego MOSQUETE, *El delito de apología*, en « REP » II (num. 10, enero 1946), pp. 14-19.

⁽³⁶⁾ Según dictaba el art. 164 bis a), introducido por la L. 8 abril 1967 de reforma del código.

⁽³⁷⁾ FIESTAS, *Los delitos políticos* cit. (n. 3), pp. 234-235 y 260.

guerra — regulados por las leyes de orden público, resultando un cuadro bien precario aplastado por completo tras el comienzo de la guerra civil.

Junto al reconocimiento constitucional (arts. 13.2 y 3, CE76), y la previsión de posibles suspensiones (art. 17), la Restauración se atenía a una laxa regulación penal, que declaraba ilícita toda asociación « contraria á la moral pública » (art. 198.1, CP70), y sometía el asociacionismo a un riguroso control policial con la ley de asociaciones (L. 30 junio 1887). Entre otras medidas fiscalizadoras, en ella se contemplaba (art. 12.1) la penetración de la « Autoridad gubernativa », « en cualquier tiempo » y sin permiso judicial, en el domicilio asociativo con el fin de suspender reuniones que se estimasen convocadas para delinquir. También la libertad de reunión quedaba disminuida por el obligatorio conocimiento previo de la convocatoria y la potestativa supervisión *in situ* por el gobernador o sus mandatarios (arts. 1, 4 y 5.1, L. 8 junio 1880 ⁽³⁸⁾), presencia que fomentó entre « los Delegados de la Autoridad » la « práctica viciosa », contraria al tenor legal, de « intervenir de una manera, más o menos ostensible, en la dirección de las discusiones », según reconocía el mismo Ministro de Gobernación en una circular de octubre de 1888. Por otra parte, a sabiendas de la insuficiencia de esta legislación especial para controlar eficazmente el ejercicio del derecho de reunión, la fiscalía del Tribunal Supremo, en otra circular de 28 de noviembre de 1912, recomendaba invocar, por su « generalidad » y « amplitud de términos », el delito de provocación al delito (art. 582, CP70) o la falta de apología de acciones delictivas, inmorales o indecentes (art. 584.4, CP70) cuando se tratase de sancionar las ideas disolventes manifestadas en reuniones públicas.

El reverso excepcional de este estrecho cuadro consentía, en los estados de prevención y alarma, la disolución forzosa de los « grupos » que se formaren (art. 5, LOP70) y la imposición gubernativa de la pena de destierro hasta el restablecimiento de las garantías constitucionales (art. 9). Se cerraba así un círculo inmunitario igualmente en vigor durante el directorio de Primo y, por lo que se

⁽³⁸⁾ Vale la pena indicar que la disposición precedente, la L. 22 junio 1864, obra también del liberalismo conservador, permitía en su art. 1º disolver una reunión celebrada sin permiso de la autoridad como si de una rebelión o sedición se tratase.

refiere a las leyes especiales, en pie bajo el franquismo, al menos hasta 1964 ⁽³⁹⁾. En la República, la situación se precisó y endureció con la nueva regulación del orden público. En ella se cedían a la autoridad civil, bajo el estado de prevención, amplias facultades discrecionales para controlar las reuniones públicas y fiscalizar las asociaciones (arts. 28.4 y 28.8, LOP33), y, ya en caso de estado de alarma — en el que, junto al de guerra, estuvo sumida España, como se ha indicado, desde diciembre de 1933 hasta el comienzo de la conflagración —, tal cesión se transformaba en un permiso para suspender discrecionalmente el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación y asociación (arts. 45 y 46).

Con el enfrentamiento civil, se eliminaron por completo en territorio sublevado los cauces para la acción colectiva de los sectores reformistas (y de todos los colectivos de izquierda en general). De haber tenido hasta el momento un complicado y angosto encaje en el Estado, pasaban ahora, por una suerte de catarsis explosiva del poder, a ser los enemigos de España. Además de la calificación de reos de rebelión militar atribuida por los rebeldes a los que celebrasen « cualquier reunión sin permiso previo de la Autoridad » (art. 6 c), O. 28 julio 1936), pocos meses después de la insurrección fueron expulsadas de « la Ley las agrupaciones de actividades ilícitas que siempre estuvieron al margen de ella » (D. 13 septiembre 1936), pues las leyes republicanas, ajenas al *nomos* católico-liberal, carecían, ya se ve, de toda validez. Tales agrupaciones no eran sino las integrantes del Frente Popular (art. 1), entre otras Izquierda Republicana o el Partido Socialista, cuyos bienes y recursos fueron incautados por comisiones establecidas al efecto (DL. 10 enero 1937). Semejante proscripción fue confirmada por la *ley de responsabilidades políticas* de 9 de febrero de 1939 (arts. 2 y 3), se reforzó por obra de la *ley de seguridad del Estado* de 29 de marzo de 1942, cuyo art. 35 castigaba los intentos de refundación de dichas

⁽³⁹⁾ Si bien el D. 25 enero 1941 introdujo algunas modificaciones en el régimen asociativo con la finalidad de ajustarlo a las instituciones del nuevo Estado, eximiendo de la autorización gubernativa, por ejemplo, a las « asociaciones cooperativas registradas en el Ministerio de Trabajo » o a las « sujetas a la Legislación sindical y a la disciplina de la Falange ».

agrupaciones y también la apología de sus doctrinas, y se mantuvo expresamente en el código (art. 173.3, CP44).

Pero la eliminación civil del izquierdismo no se detuvo en el desmantelamiento de su dimensión organizativa. Al exterminio alegado de sus militantes y simpatizantes llevado a cabo en las sucesivas ocupaciones de las localidades « liberadas » (40), siguió el sumarísimo enjuiciamiento militar de los apresados y su posterior ejecución o reclusión realizados con la bendición de la iglesia católica tanto durante la contienda, sobre todo a partir de 1937, como después de ésta, dado que el estado de guerra declarado oficialmente « para todo el territorio nacional » el 28 de julio de 1936 continuó vigente hasta abril de 1948 (41). Si con la constitución del ejército ya se le

(40) Hablamos de una violencia carente de reglas cuya condición formalmente extrajurídica, más que situarnos fuera de la lógica de la enemistad, nos muestra su paroxística y forzosa terminación. De la inacabable bibliografía sobre la represión durante la guerra, baste citar Francisco ESPINOSA, « Julio de 1936. Golpe militar y plan de exterminio », en Julián CASANOVA, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Barcelona, 2002, pp. 61-93, mencionando las prácticas que iban desde el « fusilamiento ejemplar tras la primera misa de campaña » hasta las « matanzas »; Javier RODRIGO, *Hasta la raíz: violencia y represión durante la Guerra civil y la dictadura franquista*, Madrid, 2008, pp. 31-49 y 85-110, con indispensable indicación de las « asimetrías » de las violencias de ambos bandos y alusión al carácter finalista del terror franquista de la retaguardia; y Pelai PAGÉS I BLANCH, *La represión franquista durante la guerra civil*, en Margalida CAPELLA y David GINARD (coords.), *Represión política, justicia y reparación. La memoria histórica en perspectiva jurídica (1936-2008)*, Mallorca, 2009, pp. 19-42.

(41) Sobre la represión, ya durante el régimen de Franco, y en sus primeros años, entresaco del abundante material disponible al respecto Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Derecho represivo en España durante los períodos de guerra y posguerra (1936-1945)*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 3 (1980), pp. 97-128; Mónica LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Madrid, 1996, pp. 318-328; José RODRÍGUEZ OLAZABAL, *La administración de justicia en la guerra civil*, Valencia, 1996; Marc CARRILLO, *El marco legal de la represión en la dictadura franquista durante el período 1939-1959*, en Felipe GÓMEZ ISA, *El derecho a la memoria*, Bilbao, 2006, pp. 501-527; Julián CASANOVA, *Una dictadura de cuarenta años*, en Id., *Morir, matar, sobrevivir* cit. (n. 40), pp. 3-50, especialmente pp. 19 ss.; Pablo GIL VICO, *La noche de los generales. Militares y represión en la época de Franco*, Barcelona, 2004, pp. 51-63 y 105-123; Javier RODRIGO, *Hasta la raíz* cit. (n. 40), pp. 161-197, más atento a la dimensión penitenciaria; Marcial SANCHEZ MOSQUERA, *Del miedo genético a la protesta. Memoria de los disidentes del franquismo*, Sevilla, 2008, pp. 65-78; y David GINARD I FERÓN, *La represión contra los vencidos y los resistentes en la*

había asignado la defensa de « la integridad de la patria » (art. 1º, L. 19 julio 1889) ⁽⁴²⁾, y si las décadas anteriores se caracterizaban por su constante presencia en los problemas de orden público y en el gobierno de una dictadura, después de la victoria franquista, tanto con el apoyo del estado de guerra aún vigente como con la cobertura de ciertas normas, las leyes de seguridad del Estado y de « rebelión militar » ⁽⁴³⁾ y el decreto-ley sobre « bandidaje y terrorismo » ⁽⁴⁴⁾ muy principalmente, la jurisdicción militar atrajo para sí prácticamente todo el enjuiciamiento criminal vinculado con los delitos político-sociales creados por ella misma. Juicios sumarísimos, fruto de « causas multitudinarias » y desprovistos de las más elementales garantías, concluían con la inculpación (en algún grado) por delito de rebelión (por haber luchado en el bando derrotado) y con la consiguiente imposición de larga condenas y, en su caso, de la pena capital. Los militares insurrectos condenaban así por rebeldía cometida contra el mancillado orden natural católico-liberal a quienes habían enfrentado con las armas a los rebeldes del orden legal y racional republicano.

Al juicio seguía la dura experiencia en los campos de concentración, en los « Batallones de Trabajadores », en las « Colonias Penitenciarias » y en las abarrotadas cárceles franquistas ⁽⁴⁵⁾, donde

posguerra española (1939-1948), en CAPELLA, GINARD (coords.), *Represión* cit. (n. 40), pp. 43-103.

⁽⁴²⁾ La norma precedente, la L. 29 noviembre 1878, le atribuía directamente la defensa de la patria frente a « los enemigos exteriores é interiores », pero la posterior de 1889 retocaba de modo sustantivo su tenor aludiendo al mantenimiento « de la Constitución y las leyes », que muy bien podían ser, como hemos visto, limitativas de la primera. Procede la indicación, porque son muchos los historiadores que refieren, acertadamente en espíritu, pero equivocadamente en términos legales, la actuación del ejército franquista a la primera ley del setenta y ocho.

⁽⁴³⁾ L. 2 marzo 1943, que incluía, como tal rebelión, tipos tan extensos como la propagación de « noticias falsas » que alterasen el « orden público interior ». Téngase en cuenta además que la O. 28 julio 1936 consideraba rebelde a cualquier sospechoso de disidencia política.

⁽⁴⁴⁾ DL. 18 abril 1947, que dejaba la puerta abierta a la aplicación de la pena de muerte aunque de la perturbación de « la tranquilidad, el orden o los servicios públicos » no se derivase daño alguno.

⁽⁴⁵⁾ Sobre asunto tan crucial, que aquí sólo podemos tocar de pasada, vid. MOLINERO, SALA, SOBREQÜÉS, *Los campos de concentración y el mundo penitenciario durante la guerra civil y el franquismo*, Barcelona, 2003; Mirta NÚÑEZ DÍAZ-BALART, *El*

se intentaban anular las facultades ciudadanas tanto con la derrota inexorable del cuerpo, mediante técnicas disciplinarias cual el trabajo forzoso, como con el adoctrinamiento masivo en « los principios fundamentales de la España nacional » (46). A la vida penitenciaria, en el caso de los reformistas y de los restantes delincuentes políticos aún vivos, sucedían una tortura mental y un férreo control de la vida. La tortura, seguramente impuesta por circunstancias materiales de falta de recursos y espacio, consistía en condenar con suma dureza en consejo de guerra, para después de un tortuoso proceso de revisión de condenas, y con el funcional pretexto de la clemencia del soberano, ir reduciendo las penas hasta pasar, en pocos años, al régimen de « libertad atenuada ». Con esta práctica, además del ruín juego con vidas humanas, se ponía de relieve el carácter estructuralmente irregular de una función punitiva que condenaba hechos homogéneos con penas radicalmente dispares entre sí. El objetivo de la represión — la desarticulación total de cualquier colectivo izquierdista — se perseguía, en efecto, de un modo masivo, pero no tanto legalista, « planificado y sistemático » (47), pues en su despliegue material, y bajo el manto retórico del orden, la jerarquía y la unidad, se aplicaba con medios desordenados y sin concierto, de un modo que no hacía sino reflejar la irracionalidad de los fines trazados. Y es que, por más que simplificada querían asociarse los sistemas totalitarios y el iuspositivismo formalista, no era un orden legal taxativo y racional, capaz de

dolor como terapia. La médula común de los campos de concentración nazis y franquistas, en *Ayer* 57 (2005), pp. 81-102; y JAVIER RODRIGO, *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Barcelona, 2005.

(46) En expresión de la O. 26 noviembre 1938 sobre la refundación del orden penitenciario bajo el nuevo Estado. Poco antes, por O. 7 octubre 1938, se había creado un Patronato Central dependiente del Ministerio de Justicia, que, entre otras competencias, tenía asignadas algunas estrechamente conectadas, bajo el pretexto reeducador, con el disciplinamiento ideológico de los reclusos, como la indicación de los « libros, folletos y artículos de periódico que han de ser leídos en común » en los establecimientos penitenciarios o la organización de conferencias dirigidas a extraer « de los presos y de sus familiares el veneno de las ideas de odio y antipatria ».

(47) Subrayan esta dimensión DAVID GINARD I FERÓN, *La represión* cit. (n. 40), p. 47; RODRIGO, *Hasta la raíz* cit. (n. 40), p. 95 y CASANOVA, *Una dictadura* cit. (n. 41), p. 20. GIL VICO, *La noche* cit. (n. 41), pp. 57-59, realza en cambio las irregularidades crónicas de la represión; no por casualidad, conoce la obra de Franz Neumann (pp. 286 y 287).

infundir la máxima seguridad jurídica y de pautar milimétricamente las actuaciones del poder, lo que en aquel tiempo estaba vigente. Hubiera sido entonces un Estado de derecho, aun sin ser constitucional ni democrático, y no en cambio una vil tiranía. Más bien se hallaba en vigor la arbitraria y heteróclita plasmación normativa de una violencia irracional y desatada. Y la furia emocional no puede contenerse ni reglarse en un ordenamiento racionalmente concebido y sistemáticamente articulado. De ahí las crónicas irregularidades procesales y de ahí también las numerosísimas categorías evanescentes, de clara estirpe iusnaturalista, con que se rellenaban los preceptos punitivos.

Pero regresemos a nuestro asunto. Tras haber recaído sobre ellos el implacable peso de ser condenados a muerte o por varias décadas, los reclusos excarcelados en libertad condicional permanecían vigilados durante largo tiempo por las comandancias respectivas de la guardia civil o las brigadas político-sociales ⁽⁴⁸⁾. Es en esta burocracia gubernativa donde sí puede apreciarse cierta regularidad, transmutada de nuevo en arbitrariedad desde el momento en que los formulismos empleados y las decisiones registradas por los vigilantes en sus fichas no se correspondían con los hechos supuestamente comprobados. Así, poco importaba que quince años después de la victoria franquista se cumpliera efectivamente el objetivo principal de la represión — a saber, la desactivación política del excluido, la privatización de su existencia — para que éste dejase de ser calificado, a los efectos de su vigilancia gubernativa, como « desafecto » o, en su caso, « peligroso ». Sólo una clara conversión ideológica, manifestada por la asistencia a misa o por la proclamación pública de convicciones derechistas, e incluso por un notable aumento de la « capacidad económica » del sospechoso, podían hacer desaparecer el estigma ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Enrique ÁLVAREZ CORA, *La técnica normativa en el Nuevo Estado: la libertad condicional*, Córdoba, 2008.

⁽⁴⁹⁾ Basten algunos ejemplos para fundamentar lo afirmado: Manuel Ajenjo Losada, natural de Sevilla y militante de Izquierda Republicana, fue condenado a muerte en consejo de guerra cinco veces consecutivas, para terminar imponiéndosele una pena de doce años y un día. Santiago Cobo Pardo, natural de Dos Hermanas (Sevilla), fue condenado inicialmente a doce años, siendo excarcelado en 1940 y llevando desde entonces, y hasta 1955, una « vida retraída », pese a lo cual la guardia civil continuaba

Esta persecución genocida, enderezada a la supresión física y cívica de un grupo humano identificado por su ideario político, afectó desde luego a todos los enemigos que vamos a estudiar. Pero al estar caracterizados cada uno de ellos por el uso de unos determinados medios y la persecución de unos determinados fines, las estrategias represivas se diferenciaban a tenor de los colectivos perseguidos. En lo que se refiere a la burguesía progresista y a los reformistas de izquierda el principal instrumento, junto a la represión militar y la libertad vigilada, fue sin lugar a dudas la ley de « responsabilidades políticas » (L. 9 febrero 1939), con cuyo nombre represaliaba cínicamente las normas y actuaciones que la República desplegó en sus comienzos precisamente para depurar las « responsabilidades políticas » de la dictadura primorriverista en materias tales como la guerra de Marruecos o la « política social de Cataluña » (art. 1, L. 27 agosto 1931) ⁽⁵⁰⁾. Presentada de nuevo como ejemplo de combinación entre indulgencia cristiana y justa severidad, con esta ley de emergencia no se trataba tanto de anular unos derechos políticos ya inexistentes cuanto de eliminar, mediante sanciones económicas y penas de inhabilitación, extrañamiento o destierro, toda proyección socioeconómica de individuos progresistas, en especial de los que gozasen de « consideración social, cultural, administrativa o política » (art. 7), consciente como era el

considerándolo « peligroso al Régimen actual ». Gabino Rojas Pérez, natural de Toledo, continuaba siendo considerado, en 1955, « desafecto a la causa nacional », aun teniendo sólo una vaga y juvenil — contaba con apenas dieciocho años en 1936 — simpatía izquierdista y demostrando tras su condena, y a juicio gubernativo, ser « amante de la familia, trabajador, honrado y » apolítico. Castor Godoy Santos, natural de Badajoz y militante del Partido Socialista, tuvo durante la contienda « una actuación muy moderada », salvando incluso a « personas de derechas », no obstante lo cual la guardia civil « le considera peligroso para la Causa Nacional ». Vid. los expedientes en cajas AGA 44/12420 y 44/12447.

⁽⁵⁰⁾ Precisamente de proceso sin garantías, realizado por un tribunal (parlamentario) especial y parcial, acusaban a esta primera depuración de « responsabilidades políticas » los ultraderechistas condenados, orgullosos de ser tomados como « enemigos » por los republicanos, quienes, a su juicio, ya les habían declarado la « guerra civil » por el medio « incivil » de « la subversión de valores y la desaparición de órganos consustancializados con la raza y el alma hispanas »: vid. las palabras, firmadas en 1932, de José CALVO SOTELÓ en su presentación del título *Las responsabilidades políticas de la Dictadura. Un proceso histórico*, Madrid, 1933, pp. 7-22.

franquismo, y todo el liberalismo conservador, de que el poder político más firme se apoya siempre en el poder social.

El ámbito de aplicación, « taxativo » según los abogados del régimen ⁽⁵¹⁾, no podía ser más vago y extenso: comprendía desde a los líderes y afiliados de las agrupaciones de izquierda hasta a quienes se habían « significado públicamente » como afectos al Frente Popular, incluyendo por supuesto una cláusula abierta que permitiese perseguir a quien de cualquier manera hubiese fomentado « con eficacia la situación anárquica en que se encontraba España y que ha hecho indispensable el Movimiento Nacional » (art. 4). Donde se hacía más patente la funesta lógica de la enemistad era en la conculcación abierta de las garantías penales, « unos moldes ya caducados », según rezaba la exposición de motivos. El principio de legalidad se vulneró con el recurso a un amplísimo arbitrio judicial, consecuencia inevitable de los frecuentes preceptos indeterminados, y también con la violación de la irretroactividad de las leyes punitivas. No sólo se castigaba retrospectivamente a quien durante la guerra se hubiese opuesto a la victoria de los sublevados, o sea, a todo ciudadano que se mantuvo leal a la República. Se condenaba asimismo a aquellos que desde el 1º de octubre de 1934, fecha de la revolución de Asturias, y hasta el 18 de julio de 1936, día del « Alzamiento », hubiesen estado vinculados a los sindicatos y los partidos integrados en el Frente Popular (art. 1º). El quebranto de las garantías terminaba con la puesta en planta de toda una sesgada jurisdicción especial sobre « responsabilidades políticas » (arts. 18 ss.), en funcionamiento hasta 1945 y compuesta por miembros procedentes del ejército, la Falange y de una magistratura ya completamente depurada ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Máximo CAJAL, *La Ley de Responsabilidades Políticas comentada y seguida de un apéndice de disposiciones legales*, Madrid, 1939, p. 21.

⁽⁵²⁾ Sobre tal jurisdicción, vid. ERNESTO PEDRAZ PENALVA, *La Administración de Justicia durante la guerra civil en la España Nacional (Jurisdicciones ordinaria y especiales)*, en VVAA, *Justicia en guerra*, Madrid, 1990, pp. 317-371, especialmente 357-360; Manuel ÁLVARO DUEÑAS, "Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo". *La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945)*, Madrid, 2006, pp. 65 ss.; y LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia* cit. (n. 41), pp. 328-34, quien además se ocupa largamente (pp. 211-287) de la depuración y nueva cooptación de la magistratura, punto que afectaba por entero a la independencia judicial.

La aplicación de esta norma bárbara se basaba con frecuencia en las sentencias militares previas y también en los expedientes abiertos por las comisiones de depuración. El ciudadano afectado por ella, el « enemigo », procedía habitualmente de la burguesía progresista o de sectores reformistas ⁽⁵³⁾, excluidos ya hasta por decreto de la psiquiatría, que tachaba de « paranoico » a quien, arrastrado por un « delirio místico o de reforma », pretendiese alterar las bases inmovibles de la comunidad, o bien descalificaba como « neuróticos » a quienes actuaban según « el fenómeno llamado ‘poder de la idea’ » ⁽⁵⁴⁾. Se ponía con ello de relieve el infernal círculo tautológico en que se encerraban el saber médico y el poder punitivo: el primero sancionaba los axiomas políticos y morales impuestos por el segundo, mientras que el poder se remitía a las ciencias para legitimar sus decisiones constituyentes. A lo que debe sumarse además alguna disposición que ya claramente cortaba de raíz cualquier veleidad reformista, al castigar con reclusión de « quince a treinta años » al que sin mediar « lucha armada » « ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación » ⁽⁵⁵⁾. La burguesía progresista, o estaba en el exilio (interior o exterior) o se encontraba políticamente anulada. El conservadurismo más integrista volvía a dejar la vía revolucionaria como la única expedita, pero dejando previamente la secuela de haber grabado en la memoria colectiva las terribles consecuencias que aguardan a las tentaciones realmente reformadoras.

II. *El enemigo de la patria: separatistas y republicanos.*

El panorama recién esbozado englobaba a todo aquel que emplease los resortes propios de la opinión pública y la acción

⁽⁵³⁾ ÁLVARO DUEÑAS, “*Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo*” cit. (n. 52), pp. 213-219, indicando la exigua representación del Partido Comunista entre los sentenciados (un 3,35%).

⁽⁵⁴⁾ José María CODÓN e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, Barcelona, 1951, pp. 191 y 326.

⁽⁵⁵⁾ Así lo establecía el art. 2.1 de la L. 29 marzo 1942, integrado después en el 163 CP44. La reforma del código introducida por la L. 8 abril 1967, con sus nuevos tipos, también blindaba la comunidad católica frente a cualquier acto contrario a « los Principios del Movimiento ».

colectiva pacífica, fuese asociativa o partidaria. En estos planos se movieron todos los enemigos de cariz político, pero algunos de ellos lo hicieron de un modo mediato o complementario, sin renunciar a medios revolucionarios, mientras que otros lo hicieron prácticamente en exclusiva, o al menos de modo preferente. Como se ha indicado, entre estos últimos no figuraban tan solo quienes pretendían transformar las bases del modelo socioeconómico, sino también aquellos otros que deseaban conformar España con un patrón bien diverso del oficial. Ciertamente es que en ocasiones se caracterizaron por el empleo de la violencia, y buena cuenta de ello dan los delitos reactivos que seguidamente veremos, pero, integrados como estaban en las instituciones, su persecución, como también apreciaremos en las medidas penales, se desenvolvía ante todo en la esfera pública, intentando paralizar la difusión de sus doctrinas.

Tanto conservadoras como progresistas, las filas nacionalistas se habían compuesto en sus comienzos, a juicio del oficialismo, de « intelectuales y ricos ». Más que una verdadera secesión, su seña de identidad era la continua interferencia en la acción del gobierno con la finalidad de obtener réditos para el propio territorio. No obstante su elitismo, al despertar el siglo algunos ya comenzaron a alertar de la creciente presencia en el movimiento catalanista de unos « cuantos locos y descamisados »⁽⁵⁶⁾. Esta imparable tendencia independentista del catalanismo hizo pensar apenas una década después que estábamos ante « una herida abierta en el pecho de España ». Los motivos no resultaban incomprensibles: había sido la laboriosidad conjunta del pueblo catalán mostrada tras el desastre bélico la que había ido configurando su sentido de la diferencia, el germen « de una conciencia colectiva » impregnada de civismo, cosmopolitismo e industria. Pero de un lado el centralismo asfixiante, y de otro el egoísmo particularista, habían terminado haciendo de la cuestión catalana una gangrena necesitada de la rápida intervención « de un cirujano de hierro »⁽⁵⁷⁾. Y es que tanto del nacionalismo radical,

⁽⁵⁶⁾ Vid. Antonio CORTÓIN, *El fantasma del separatismo*, Valencia, 1901, pp. 26-32.

⁽⁵⁷⁾ Julio MILEGO, *El problema catalán. ¿Separatismo ó regionalismo?*, Madrid, 1916, pp. 10-29, quien, después de las metáforas biológicas autoritarias, sostenía principios mucho más cabales y flexibles.

como también del republicanismo más osado, procedían ataques a « las mismas entrañas de la patria », a una identidad nacional profunda concentrada en torno a tres instituciones colocadas fuera del alcance del poder constituyente y de la historia: la monarquía, la religión católica y el ejército. Símbolos de la hispanidad, estos tres pilares se integraban en un concepto monolítico y unitario de la nación que no dejaba espacio ni al sistema republicano, ni al laicismo, ni al antimilitarismo, ni tampoco a la autonomía política — no solamente administrativa — de las regiones y municipios.

Supuestamente instaurado para salvar de la « degeneración » a la « raza hispana »⁽⁵⁸⁾ y librar a la patria del « separatismo francmasónico »⁽⁵⁹⁾, el régimen franquista — único sistema político que, aun rehabilitándola patrimonialmente⁽⁶⁰⁾, expulsó durante décadas a la monarquía — fue el que con mayor rotundidad y precisión reprimió a estos enemigos de la patria. Entre las agrupaciones prohibidas durante la guerra figuraban Acción Republicana, Esquer-rra Catalana y los Partidos Galleguista y Nacionalista Vasco, cuyos miembros fueron sometidos a la jurisdicción de responsabilidades políticas. Las acciones encaminadas de cualquier modo a socavar la « unidad » o reformular los « variados elementos espirituales y materiales »⁽⁶¹⁾ constitutivos de la nación fueron tipificadas expresamente como delitos. Primero, en la ley de seguridad del Estado de 1942, donde eran colocadas bajo la jurisdicción militar y duramente

(58) Vid. Antonio VALLEJO NAGERA, *Eugenesia de la Hispanidad y regeneración de la raza*, Burgos, 1937, pp. 110-119. Como bibliografía, Eduardo GONZALEZ CALLEJA y Fredes LIMÓN NEVADO, *La Hispanidad como instrumento de combate*, Madrid, 1988, pp. 47 ss.

(59) Cf. el folleto del presbítero Juan TUSQUETS, *Masonería y separatismo*, Burgos, 1937. Su autor era el director de unas « Ediciones antisectarias » con títulos muy representativos de la guerra paralela de la propaganda.

(60) Se le reintegraban « todos los bienes, derechos y acciones » de los que había sido desposeído durante la República por L. 15 diciembre 1938. La monarquía quedaba, con la L. 26 julio 1947, como una vaga promesa de futuro para cuando llegase la vacancia de la jefatura del Estado y siempre y cuando el futuro rey jurase « las Leyes fundamentales, así como lealtad a los principios que informan el Movimiento Nacional » (art. 9).

(61) En expresión de una sentencia del Tribunal Supremo de 15 mayo 1959, retomada por otra de 15 octubre 1965, intentándose en ambas la delimitación entre las censuras al régimen político y sus instituciones y « los ultrajes a la Nación española » tipificados en art. 123 CP44.

castigados la rebelión armada « contra la Patria bajo banderas separatistas », cualquier forma de atentado « contra la integridad de la Nación española », « los ultrajes a la Nación española o al sentimiento de su unidad », incluso los « encubiertos », y la promoción doctrinal o material de « actividades separatistas ». Después, en el código de 1944, que integraba en sus preceptos la mencionada ley de 1942 y añadía una sección sobre delitos « contra la Religión Católica ». Y por último, tanto en la reforma del código de 1967, destinada entre otras cosas a proteger la « esencialidad del Ejército como animación del sentimiento patriótico »⁽⁶²⁾, como en decretos especiales, que aún justificaban la represión y la irrupción de la jurisdicción militar invocando « la defensa de la unidad nacional » y « la integridad de la patria » (D. 16 agosto 1968)⁽⁶³⁾.

Pero la represión del republicanismo y de los nacionalismos no españolistas no era un invento de Franco. Si por algo se distinguió la dictadura de Primo de Rivera fue por hacer del bolchevismo y del separatismo los enemigos internos contra los cuales aglutinar a la comunidad hispana. Cinco días después del golpe de Estado, el 18 de septiembre de 1923, el presidente del directorio aprobaba un decreto sancionado por el monarca para « purgar » el « virus » del separatismo, inoculado « por audaces minorías » que « ofenden el sentimiento de la mayoría de los españoles ». Con lenguaje médico-castrense desprovisto de todo indicio de técnica jurídico-penal, esta norma pretendía extirpar « tan grave mal » conminando con la muerte, la prisión o con sanciones pecuniarias a todo aquel que « tienda a disgregar la Patria, restarle fuerza o rebajar su concepto », ya fuere con difusión de doctrinas o bien alzándose en armas o resistiendo en « partidas » a la « fuerza pública », equiparándose en

(62) Así lo interpretaba el magistrado Domingo TERUEL CARRERO, *La nueva rubricación 'delitos contra los altos organismos del Estado'*, en « ADP » XXI/II (1968), pp. 117-122, p. 118.

(63) Debe además anotarse, para estas continuas reentradas de la justicia uniformada y para su ordinario ámbito jurisdiccional, que la aprobación en julio de 1945 del código de justicia militar supuso un aumento del arbitrio judicial, con posibilidad, para fijar la pena, de atender al « grado de perversidad del delincuente », y el conocimiento de los delitos de « ultraje, insulto, ofensa o menosprecio a la Nación, su Bandera e Himno Nacional »: vid. Ramón REVUELTA BENITO, *El nuevo Código de Justicia Militar*, « REP » I (num. 7, octubre 1945), pp. 17-20.

todo caso las penas por delito consumado a las impuestas por delito frustrado y conspiración, equiparación que, según sabemos, constituye una seña inequívoca de la lógica perversa de la enemistad.

La nación, más que defenderse en cuanto bien jurídico preexistente, siguió construyéndose mediante la violencia institucional con la llegada del código de 1928. Además de incorporar los preceptos de la ley de jurisdicciones que más adelante abordaremos (arts. 230 y 231, CP28), integrados en el capítulo sobre «delitos contra la Patria», este cuerpo legal protegía penalmente los restantes factores constitutivos de la nación oficial persiguiendo los ilícitos cometidos «contra la Religión del Estado» (arts. 270 ss.) y castigando todo tipo de ataque al monarca (arts. 253 ss.). Esta defensa del rey no se quedaba en la lógica inclusión de los delitos de lesa majestad, conminando igualmente con penas de hasta cuatro años de prisión a quienes impugnasen su «legítima autoridad», a quienes lo ofendiesen de cualquier modo, aun con «alusiones, alegorías o imágenes», e incluso a quienes se atreviesen a responsabilizarlo de «los actos del Gobierno» (arts. 257 y 269). De tal modo no sólo se acorazaba la institución regia, menguando de paso el derecho básico de censurar a los propios dirigentes, pues dirigente seguía siendo por entonces un monarca en quien residía el poder ejecutivo, sino que también se condenaban la manifestación y difusión mismas del ideario republicano, basado, en sustancia, en discutir la legitimidad de la corona.

La causa de todo esto, la caracterización del nacionalista o del republicano como enemigo de la comunidad, viene sin embargo de más atrás. Sin infravalorar los antecedentes que podemos encontrar en los años 1840 para la defensa de la monarquía católica, será de nuevo durante la Restauración cuando el derecho penal se ponga también al servicio de objetivos nacionalizadores y encuentre frente a sí a viejos y nuevos opositores. En cuanto a los viejos, los republicanos, ya el mismo código de 1870, junto a la comprensible criminalización de los «hechos encaminados á conseguir reemplazar el Gobierno monárquico-constitucional» (art. 181.1), condenaba asimismo las reuniones o manifestaciones en las que se proclamasen, de palabra o por escrito, «provocadores» principios republicanos (art. 182). Y ya fuese por tales figuras o por la no menos laxa de «desórdenes públicos» — «273. Se impondrá arresto mayor á los

que dieran gritos provocativos de rebelión o sedición » —, el caso es que proferir en público un ¡*Viva la República!* podía ser un acto constitutivo de delito aun cuando a tal proclama no sucediese tumulto alguno (STS 12 enero 1882, 11 abril 1887, 24 abril 1893).

Si la norma codificada suministraba algunos medios para contener la expansión de las doctrinas republicanas mediante los delitos de opinión, no facilitaba en cambio la parálisis del nuevo « peligro nacional », el « catalanismo » (64). Para ello hubo que recurrir al control gubernativo y a la legislación especial, producto de la cual fue la ignominiosa ley de « represión de los delitos contra la Patria y el Ejército », conocida como *ley de jurisdicciones*, aprobada el 23 de marzo de 1906 tras un debate caracterizado por las presiones e injerencias de los militares en el proceso legislativo (y en la misma marcha de la sociedad) (65). La orden de 23 de abril del mismo año que acompañaba su publicación resulta esclarecedora. Un insoslayable estado de necesidad, una « imperiosa exigencia » común a muchos países europeos, había llevado a crear algunos tipos delictivos, ausentes hasta el momento del código, con el fin de enfrentar nuevos peligros para la estabilidad social. No se trataba — insistía el gobierno — de establecer la « delincuencia por el pensamiento », ni de prohibir la « exposición de las aspiraciones regionales », ni tampoco de reprimir simples ofensas « á las reglas de la educación ó de la conveniencia social ». El motivo de la norma no era otro que preservar de la destrucción, con medios excepcionales, unos « principios fundamentales », de los que dependía la misma subsistencia de la comunidad, a saber: la « unidad » y « santidad de la Patria » y la « disciplina del Ejército », « expresión de la Patria armada ». Y

(64) Sobre el que alertaban José MARTOS O'NEAL y Amado REYDONDEAUD DE VILLEBARDET en *Peligro nacional. Estudios e impresiones sobre el catalanismo*, Madrid, 1901, en cuyo frontispicio rezaba de modo elocuente « por nuestra España todo; para nuestra España todo ». Por D. 15 abril 1902 se ordenó abastecer los anaques de las bibliotecas públicas con dicho panfleto, avalado por una Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que encomiaba, pese a sus errores de bulto, el intento de los autores por encadenar « los vientos de disolución que con gran violencia soplan ».

(65) Para los acontecimientos que rodearon la adopción de la citada ley, vid. Rafael NÚÑEZ FLORENCIO, *Militarismo y antimilitarismo en España (1888-1906)*, Madrid, 1990, pp. 363-374, y Manuel ÁLVARO DUEÑAS, *Poder militar y práctica política en el reinado de Alfonso XIII: de la suspensión de garantías constitucionales en Barcelona a la Ley de Jurisdicciones*, en « Revista de Estudios Políticos » 65 (1989), pp. 265-283.

para ello se condenaba al separatista que tomase « las armas contra la Patria », a los ciudadanos que por cualquier medio — « grabado, estampas, tarjetas, alegorías, caricaturas, signos, gritos o alusiones » — « ultrajaren á la Nación, á su bandera, himno ú otro emblema » y a aquellos otros que también de cualquier modo ofendiesen o injuriasen « al Ejército » o « instigaren á la insubordinación », cerrándose el círculo con el castigo de la apología de cualquiera de dichos delitos (arts. 1-4, L. 23 marzo 1906).

Acaso de mayor interés que la parte sustantiva, era la dedicada a materia procedimental. Se atribuían en ella competencias a la jurisdicción militar para los citados delitos de ofensas e injurias a un cuerpo armado en el que entraba la guardia civil, y, además, se adoptaban medidas conducentes tanto a espolear los procesos incoados por dichos « crímenes » como a no dejar resquicio alguno a la « impunidad », poniendo continuas trabas a las peticiones de sobreseimiento o absolución y favoreciendo así la función ejemplarizante expresamente deseada. Por otra parte, los derechos políticos afectados por sus previsiones eran precisamente aquellos en que ya sabemos se desenvolvían los actores independentistas y republicanos: las libertades de prensa y de asociación, menoscabadas con posibles suspensiones motivadas no sólo por reiteradas condenas, sino también por reiterados autos de procesamiento (art. 12, L. 23 marzo 1906).

Las fuertes censuras y el desprestigio público de la ley de jurisdicciones llegaron nada más obtener vigencia. Ante este « estado de opinión, por todos conocido », la respuesta gubernamental se limitó a la presentación de sucesivos proyectos de reforma (1913, 1914-15, 1919) con el fin de derogarla, pero para integrar en el código sus tipos penales, « en cuanto responden a exigencias de la realidad y a necesidades de carácter permanente » (RD. 5 diciembre 1914; RD. 15 noviembre 1919). Los deseos de los gobernadores de la Restauración, que se limitaban a querer borrar la tacha de especialidad de la citada « ley de Excepción » normalizando (codificando) su contenido, se hicieron realidad con el código primorri-verista de 1928, cuyos arts. 230 y 231 asimilaban finalmente los delitos en ella previstos, añadiendo algún otro: el de atentado « contra la integridad de la Nación española » conminado, pese a su laxitud, con una pena nada menos que de « veinte a treinta años de

reclusión » (art. 230.2, CP28). Sólo la llegada de la República el 14 de abril de 1931 supuso, en primer lugar, la anulación del « Código gubernativo » (D. 15 abril), y después, la derogación definitiva de la ley de jurisdicciones, porque, a juicio del gobierno provisional republicano, la patria y el ejército quedaban bien protegidos « por disposiciones de mayor normalidad » y, sobre todo, porque la « cohesión del sentimiento patrio se afirma felizmente sin la presión de severidad coactiva excepcional », con la libre unión entre los ciudadanos y las regiones que, reconociendo su solidaridad histórica, gozan de su « derecho natural e histórico a la personalidad libre y autónoma » (D. 17 abril). Había llegado el momento en el que republicanos y nacionalistas dejaron de ser, siquiera por un instante, enemigos públicos.

III. *El enemigo del orden público: los anarquistas.*

El conjunto de medidas examinadas hasta ahora contaba con un radio de alcance que trascendía el caso de los republicanos y separatistas, afectando asimismo a otros enemigos todavía más peligrosos. Respondía tal extensión a una clara confluencia entre el independentismo catalanista más activo, los grupos libertarios y los postulados revolucionarios obreristas ⁽⁶⁶⁾. La convergencia entre estas tres líneas de confrontación con la ortodoxia católico-liberal no sólo hallaba reflejo en la legislación y en los movimientos sociales. También la literatura consagró la identidad de este catalanismo anarco-sindicalista. En uno de sus capítulos más emblemáticos, obra de Ramón M^a del Valle-Inclán y muy significativo también a los efectos de este estudio, pues expresa las dos vías de escape frente a una oficialidad quietista y providencial, se encontraban en el calabozo del « Ministerio de Gobernación » un poeta arrestado por embriaguez y un anarquista catalán encerrado por rebelión. Max

⁽⁶⁶⁾ Cf. la clásica obra de Josep TERMES, *Federalismo, anarcosindicalismo y catalanismo*, Barcelona, 1976, y Pere GABRIEL, *Anarquisme i catalanisme*, en VVAA, *Catalanisme. Historia, Política i Cultura*, Barcelona, 1986, pp. 195-210, quien señala (p. 205) a la represión del régimen alfonsino como causante de la confluencia entre anarquismo y catalanismo por « necesidad de autodefensa ».

Estrella, el maleante, decía a Mateo, el preso anarquista (cuya verdadera historia conoceremos después):

« Max: ¡Paria!... Solamente los obreros catalanes aguijan su rebeldía con ese denigrante epíteto. Paria, en bocas como la tuya, es una espuela. Pronto llegará vuestra hora; El Preso: Tiene usted luces que no todos tienen. Barcelona alimenta una hoguera de odio, soy obrero barcelonés y a orgullo lo tengo; Max: ¿Eres anarquista?; El Preso: Soy lo que me han hecho las Leyes [...] Max: ¿De qué te acusan?; El Preso: Es cuento largo. Soy tachado de rebelde... No quise dejar el telar por ir a la guerra y levanté un motín en la fábrica [...] Conozco la suerte que me espera: cuatro tiros por intento de fuga » (67).

Se refería « El Preso » a una vil práctica gubernativa consentida y hasta tácitamente legalizada en las primeras décadas del siglo xx, consistente en liquidar deliberadamente al sospechoso o delincuente con la excusa de su tentativa de escapar a la autoridad. La mal llamada *ley de fugas*, pues, que yo sepa, no era una ley sino la sanción y complacencia oficiales con este tipo de ejecuciones ilegales, fue aplicada en la represión del bandolerismo, de los anarquistas y del anarcosindicalismo catalán, sobre todo durante la etapa del general Severiano Martínez Anido al frente del gobierno civil de Barcelona (1920-22) (68). Los detenidos eran sacados del calabozo con el falso propósito de ser trasladados a prisión. En el trayecto, los escoltas ralentizaban el paso y, cuando los presos se habían alejado lo suficiente, o bien intentaban vanamente evadirse del final que les aguardaba, abrían fuego y los asesinaban por la espalda. La execrable dinámica de la enemistad, que combate el mal incluyendo en el derecho lo que se pretende excluir, se superaba aquí a sí misma, desplegando su violencia sin conformidad a regla alguna, más bien institucionalizando la regla con el reiterado empleo de una violencia que reducía al sujeto a una « vida desnuda », expoliada de todo derecho, desposeída de cualquier atributo de humanidad.

Consciente de su brutalidad, el liberalismo formulario y procedimental, cuando no se encontraba desbordado por las circunstan-

(67) VALLE INCLAN, *Luces de bohemia* (1924), Madrid, 2002, pp. 97 ss.

(68) Carlos SECO SERRANO, *Estudios sobre el reinado de Alfonso XIII*, Madrid, 1998, pp. 221 ss.

cias por él mismo creadas, prefirió pautar el uso desmedido de la fuerza ⁽⁶⁹⁾. Así lo hizo en 1894 y 1896 con la aprobación de dos leyes dirigidas específicamente a luchar contra el anarquismo ⁽⁷⁰⁾. En vísperas de la primera de estas leyes, la fiscalía del Tribunal Supremo exhortaba en una circular al ministerio público de todas las audiencias a que su acción frente a los anarquistas se hiciese sentir « tan inmediata como inexorable » (Cir. 17 noviembre 1893). Se deduce de su contenido que para combatir a estos « fanáticos secuaces de doctrinas » que pretenden subvertir « por el fuego y el terror, condiciones perdurables de la sociedad », aún bastaba con aplicar severamente las leyes especiales de imprenta, asociación y reunión y el código, en especial los tipos de sedición y desórdenes públicos, y acaso recurrir con mayor insistencia, para frenar la propaganda ácrata, a las ya conocidas figuras de provocación al delito (art. 582, CP70) y de apología de acciones ilegales e inmorales (art. 584.4, CP70).

No obstante, poco tardó en parecer insuficiente este marco punitivo. A sustituirlo en materia de criminalidad anarquista vino en

⁽⁶⁹⁾ Centrada la exposición siguiente en el anarquismo urbano, no debe dejarse atrás, siquiera sea dándole entrada al pie, la cita de la represión del anarquismo obrerista rural, de una tipología también compleja, pues con motivo de su represión el poder instrumentalizaba toda la ritualidad procesal para fines políticos y extrajurídicos. Me refiero al famoso caso de *La Mano Negra* (1883), donde se fundían la criminalidad rural y la represión de la lucha social: vid., al respecto, la serie *Los procesos de La Mano Negra* integrada en la colección *Crónica de los Tribunales españoles* editada, entre 1883 y 1886, por la RGLJ, y, como bibliografía, el clásico de Clara E. LIDA, *Anarquismo y revolución en la España del XIX*, Madrid, 1972, pp. 247-260 y, más recientemente, José Luis PANTOJA ANTÚNEZ, *La Mano Negra: memoria de una represión*, Cádiz, 2000 y José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Madrid, 2008, pp. 25-63.

⁽⁷⁰⁾ Sobre los antecedentes, vid. GONZALEZ CALLEJA, *La razón de la fuerza* cit. (n. 13), pp. 270 ss. Téngase en cuenta que no se banalizan aquí en absoluto las muertes producidas por los atentados anarquistas; no obstante, sí me acojo al principio de estricta igualdad entre los hombres que, en principio, condena por igual el uso terrorista de la violencia por parte de las personas que dirigen el Estado y de aquellas otras que actúan en movimientos sociales, y en conclusión, censura más gravemente actos antijurídicos cometidos por el poder público que por colectivos sociales sin cauce alguno para ver materializadas sus aspiraciones, cauce desde luego abierto en el presente Estado constitucional.

primer lugar la ley de 10 de julio de 1894 ⁽⁷¹⁾, respuesta gubernamental a varios atentados perpetrados en Barcelona ⁽⁷²⁾. En ella se sancionaban todas las acciones relacionadas con la figura del atentado cometido con explosivos, desde la misma comisión o la fabricación de aparatos al efecto, hasta la conspiración, proposición, amenaza o provocación. La severidad de las penas establecidas llegaba incluso a la posible aplicación de la pena capital cuando de la detonación sólo hubiese resultado « riesgo para las personas ». De nuevo, era específicamente reprimida la difusión de doctrinas, en este caso las apologeticas de la llamada acción directa, castigada con « presidio correccional » en lugar de con la multa prevista en el código, y también otra vez se intervenía la libertad de asociación, quedando disueltas las agrupaciones « que de cualquier forma » facilitasen los delitos aludidos. También eran arbitradas medidas que permitiesen « practicar con urgencia las actuaciones » y, en su caso, castigar prontamente a los « confesos y convictos ». Y el único atisbo de garantismo, la preceptiva presencia del jurado en los juicios por las ilegalidades contempladas en la norma, ya había quedado suficientemente atemperado con la explícita regulación del instituto, que sólo podía ser integrado por mayores de treinta años, que supiesen leer y escribir, estuviesen en pleno goce de los derechos civiles y políticos y fuesen « cabeza de familia » (art. 8, L. 20 abril 1888).

Este régimen se endureció aún más en 1896, con una nueva norma, de 2 de septiembre, aprobada en pleno estado de excepción dos meses después de un atentado cometido en Barcelona contra la procesión del Corpus Christi ⁽⁷³⁾. Muestra evidente de la guerra

⁽⁷¹⁾ Una primera exposición, con análisis del proyecto e incluidas concordancias, puede encontrarse en Manuel CALVO Y CONEJO, *Leyes para la represión del anarquismo vigentes en España y Francia*, Madrid, 1894, pp. 13-25.

⁽⁷²⁾ Para el contexto histórico-social y cultural, vid. Rafael NÚÑEZ FLORENCIO, *El terrorismo anarquista (1888-1909)*, Madrid, 1983, pp. 51-60 y Julián CASANOVA, *Anarquía y violencia política en la España del siglo XX*, Zaragoza, 2007, pp. 160-161 y 197-222.

⁽⁷³⁾ Al proyecto de la citada ley dedicaba un estudio el director de la prisión celular de Madrid, Fernando CADALSO, cuyo apellido anunciaba las únicas medidas que él proponía contra la « perversidad anarquista »: « [basta de] jeremiadas y sentimentalismos ridículos », « a grandes males, grandes remedios: la muerte y la deportación », en *El anarquismo y los medios de represión*, Madrid, 1896, pp. 14, 18 y 55.

abierta al anarquismo, esta disposición otorgaba al ejército la jurisdicción sobre los delitos ya indicados y con su vigencia, lo que antes suponía la suspensión de las libertades de expresión, reunión y asociación, implicaba ahora la directa supresión de « periódicos y centros anarquistas » y el cierre de sus lugares de encuentro. Y para los actos propagandísticos, del presidio correccional se pasaba al extrañamiento o, en caso de quebranto, a la « relegación á una colonia lejana » por no menos de tres años, materializando físicamente la exterioridad en la que ya, *de iure*, habitaban, excluidos, los libertarios. La única concesión humanista prevista en ella, otra vez inscrita en la lógica de la clemencia y gracia del soberano, permitía a los tribunales solicitar al gobierno una « rebaja o conmutación de la pena si entendieran que ésta es notablemente excesiva ». Aunque inicialmente la citada ley sólo tuvo vigencia en Madrid y Barcelona (RD. 16 septiembre 1896), después del mortal atentado contra el presidente del consejo de ministros, Antonio Cánovas del Castillo, poco tardó en extender su validez a todo el reino (RD. 12 agosto 1897). Pero su aplicación no se completaba sin la eliminación del peligro desde su raíz intelectual, y con tal fin la fiscalía del Tribunal Supremo volvió a dirigirse al ministerio público, « no para recordarle textos legales », sino para impelerle a « vigilar toda clase de publicaciones » y perseguir la apología de los crímenes cometidos por los « nuevos enemigos de la sociedad », apología que comprendía hasta la disminución de « la enormidad de los delitos, presentando a sus autores con caracteres simpáticos » (Cir. 13 agosto 1897).

El período de aplicación inicialmente previsto de la ley de 1896 era de tres años, prorrogable por decreto en un año más. Efectuada dicha prolongación (RD. 6 septiembre 1899), el ministro de Gracia y Justicia, a la sazón catedrático neotomista de derecho natural, Javier González de Castejón, presentó a las Cortes un proyecto para restablecer su vigencia durante otros tres años, vista la persistencia del anarquismo y la consiguiente necesidad de que « la sociedad se aperciba á la defensa, correspondiendo á la naturaleza excepcional del delito, castigo también excepcional » (RD. 21 noviembre 1900). Hasta donde alcanzo a saber, dicho proyecto no prosperó, recordando su vigencia la anterior ley de 1894, que fue también objeto

de varios intentos de reforma ⁽⁷⁴⁾ y cuya derogación, o más bien sustitución, no llegó hasta 1934, año en que se sancionó una ley contra el terrorismo. Perduraba de este modo un régimen excepcional *ad hoc* diseñado para un colectivo políticamente denotado. No se trataba ya del constante balanceo entre la vigencia constitucional, legislativamente limitada, y la suspensión de garantías por razones de orden público, sino de un estado de excepción permanente que envolvía a buena parte de los disidentes políticos. Y su justificación no podía ser otra que la propia de la llamada por Michel Foucault « gubernamentalidad liberal » ⁽⁷⁵⁾, de la *biopolítica* que reconoce como « muy sagrados los derechos fundamentales », pero colocando sobre ellos « el derecho de defensa » de la sociedad en su conjunto ejercido por el Estado, porque « la defensa del interés social » procede « del propio derecho á la vida », derecho supremo y clave « para resolver el grado de intervención del Estado como Poder preventivo y represivo ». Y en el caso de los atentados anarquistas, contra lo que sostenían algunos políticos republicanos como Gumersindo de Azcárate, dicha intervención había, según el oficialismo, de principiar por el control de la « mera exposición de la idea » ⁽⁷⁶⁾.

La legitimación de esta excepcionalidad permanente respondía también a una estratégica caracterización del anarquista. Lo más evidente resultaba relacionarlo con la cuestión social ⁽⁷⁷⁾ e identificarlo con la negación de « Dios », la « Patria », la familia, el Estado

⁽⁷⁴⁾ En el proyecto de reforma de 1904 (RD. 23 noviembre 1904) se ampliaban los tipos de amenaza, inducción y apología, y en el de 1908 (RD. 24 enero 1908), el conocido como « proyecto de Ley de Represión del terrorismo », se volvía a permitir la supresión de publicaciones anarquistas y el cierre de sus locales de reunión. Sobre el promotor y los extremos de este polémico proyecto, vid. María Jesús GONZALEZ, *El universo conservador de Antonio Maura*, Madrid, 1997, pp. 216 ss.

⁽⁷⁵⁾ Vid. sobre esto la conclusión del presente trabajo.

⁽⁷⁶⁾ Era el revelador parecer de Ramón FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo: sindicalismo revolucionario. Deberes del Estado y sociales frente a su propaganda*, Madrid, 1912, pp. 50-56, compartido por Martín de ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo ante el Derecho*, Madrid, 1914, pp. 134 y 151.

⁽⁷⁷⁾ Antonio M^a de MENA, *Del anarquismo y su represión*, Madrid, 1906, pp. 11 ss. (« El anarquismo es una aberración del socialismo », sostenía su autor); y ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), pp. 9-14 y 38 ss. (« El anarquismo no es, en substancia, sino un aspecto de la cuestión social », afirmaba el doctorando).

y, en general, de cualquier forma de autoridad y coacción (78). En este punto, más que unilateral rechazo, se suscitaba en el burgués una extraña y comprensible simpatía. En el fondo, el anarquista no hacía « sino sacar las consecuencias extremas de la famosa Declaración de los derechos del Hombre » (79), no era sino un liberal que había olvidado que la defensa de la libertad también requiere de la autoridad. La simpatía por su individualismo extremo, reflejado incluso en la preparación solitaria de los artefactos explosivos, llegaba a transformarse en una fascinación secreta y pequeñoburguesa ante el halo de misterio que los envolvía y hacía de ellos sujetos cosmopolitas, de elegante extravagancia, protegidos por oscuros banqueros (80) y capaces, en última instancia, de incumplir la ley más poderosa de la naturaleza, la autoconservación, sacrificando su propia vida. Y aun escamaba su capacidad para instalarse y reproducirse en la esfera ocupada pretendidamente en exclusiva por el liberalismo devoto, la de la opinión pública (81), canal de evangelización al tiempo que límite del poder. Era justo aquí, en la distinción entre un « anarquismo filosófico » y otro « práctico », donde se producía la criminalización de este movimiento social. En principio, nada había que temer de una doctrina que no pasaba de ser « un bello ideal filosófico », « una aspiración generosa », adolecida tanto de romántico utopismo como de falta de coherencia y sistematicidad, o sea, carente de veracidad y factibilidad. La disyunción se producía con la comisión de sanguinarios atentados en nombre de principios teóricamente nobles (82), cuando la « acción directa »

(78) Manuel GIL MAESTRE, *El anarquismo en España y en especial el de Barcelona*, Madrid, 1897; Gustavo LA IGLESIA Y GARCÍA, *Caracteres del anarquismo en la actualidad*, Barcelona, 1907², pp. 12-13 y 71. José María PUERTA Y DE LA CRUZ, *El anarquismo*, Sevilla, 1907, p. 43, recordaba en cambio la existencia de una corriente « *nomista* » que reconocía las normas jurídicas emanadas de contratos voluntarios.

(79) FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo* cit. (n. 76), p. 11.

(80) En relación a estas cuestiones, resulta de interés la consulta del anónimo, prologado por el inspector de policía Juan José LOPEZ SERRANO, *Descubriendo los misterios ó un detective a la fuerza (informaciones de un periodista). Sensacionales relatos de los complots y atentados anarquistas realizados en España en los últimos años*, Madrid, 1913, especialmente pp. 116, 144 y 148.

(81) Vid. el discurso del penalista Enrique de BENITO, *La anarquía y el Derecho penal*, Oviedo, 1906.

(82) Precisamente a desconectar los crímenes anarquistas de su presunto sustento

sustituía a la acción reflexiva propia de la libertad, cuando la « propaganda por el hecho » reemplazaba a la racional y convincente propagación de las ideas. Desacreditado entonces el ideal anarquista por sus deplorables consecuencias, la argumentación tornaba a sus comienzos para concebir al anarquista como mercenario despiadado, cuyo medio de vida es prodigar la muerte, y para criminalizar también la doctrina, considerada ahora como una simple invitación a delinquir, « como un atentado contra los eternos sentimientos humanos » (83). Deber del Estado no podía entonces ser otro que la persecución del anarquismo desde su misma formación intelectual.

¿Qué sucedía en la práctica procesal?, ¿eran distinguidos pulcramente la comisión del delito y la libertad de creencias o se criminalizaba también la doctrina e incluso la conducta privada, sin esperar a que se « origine el delito », aplicando así un « derecho de guerra » y concediendo « carácter de beligerantes á los anarquistas » (84)? Si, a modo de ejemplo, consultamos el sumario de un proceso célebre contra el anarquismo español las conclusiones han de ser pesimistas. Me refiero al procedimiento incoado con ocasión del intento de regicidio cometido el 31 de mayo de 1906 en el que resultaron imputados, entre otros, Francisco Ferrer Guardia, propietario de la Escuela Moderna de Barcelona, y Mateo Morral, bibliotecario de la misma (85). El día de la boda del rey Alfonso XIII,

teorético se dirigía la tesis doctoral de Eugenio CUELLO CALÓN, *La criminalidad anarquista*, Salamanca, 1910. Vid., en el mismo sentido, LA IGLESIA Y GARCÍA, *Caracteres del anarquismo* cit. (n. 78), pp. 332-333.

(83) ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), p. 53, recomendando la represión de la doctrina, lo mismo que PUERTA Y DE LA CRUZ, *El anarquismo* cit. (n. 78), p. 85.

(84) Según alertaba a los miembros del jurado el abogado demócrata y republicano José CARVAJAL Y HÜE en *Los anarquistas en Madrid. Informe oral en las sesiones del Jurado de 30 de diciembre de 1893 y 2 de enero de 1894 en defensa de Juan María Debats*, Madrid, 1894, pp. 121 y 132.

(85) Las piezas del sumario se encuentran en cajas AGA 43/4056, 43/4057 y 43/4058, donde se contienen cartas, testimonios y datos empleados a continuación. Vid. sobre este particular, Juan AVILÉS FARRÉ, *Francisco Ferrer y Guardia. Pedagogo, anarquista y mártir*, Madrid, 2006, pp. 167-196. No se ocupa de este proceso concretamente José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *El Estado frente a la anarquía* cit. (n. 69), que sí aborda (pp. 97-145), en cambio, la causa que habría de acabar con su vida, como también lo hacen, en conmemoración del centenario de su ejecución, Francisco BERGASA, *¿Quién mató a*

cuando la comitiva nupcial atravesaba una de las calles más céntricas de Madrid, arrojaron sobre ella desde un balcón una bomba envuelta en un ramo de flores cuya explosión produjo decenas de muertos y heridos. Visto por algún testigo en dicho balcón, Morral fue declarado en busca y captura. El joven anarquista catalán, hijo de un empresario textil, universitario, viajero, conocedor de varias lenguas y de elegante indumentaria, fue detenido apenas dos días después, pero en el traslado a prisión dio muerte al guardia que lo conducía, suicidándose a continuación. El principal sospechoso y más que probable autor había fallecido; no obstante, la acción judicial continuó su curso para depurar responsabilidades por complicidad y conspiración.

Y en esta fase del sumario entra Francisco Ferrer, antiguo republicano exiliado en París que a su regreso fundó un centro de enseñanza laico, libertario y racionalista. Adinerado por los bienes que una amiga francesa, Ernestina Menine, le dejó en herencia y por las operaciones especulativas que sobre ellos hizo, dedicó todo su caudal a fundar una escuela-editorial volcada en la difusión del anarquismo. De las investigaciones judiciales realizadas sobre el pedagogo se desprende claramente que el objetivo no era sólo averiguar su implicación en los hechos, sino también fiscalizar, y en su caso paralizar, un foco de adoctrinamiento laico y librepensador. Su fortuna fue innecesariamente embargada, la biblioteca de la escuela registrada y algunos de sus títulos requisados, su correspondencia intervenida, entre otras cosas, para demostrar que recomendaba a los maestros libertarios aleccionar a los niños para que no rezasen. Hasta se practicaron diligencias para, a sabiendas de que era separado, conocer « los antecedentes que pudieran existir acerca de los motivos de las discusiones matrimoniales con su legítima esposa ». Tras haber pasado algo más de un año en prisión preventiva, y habiendo sido sometida su actividad a un control exhaustivo, fue finalmente absuelto. Dos años después, con España en estado de guerra, sería juzgado de modo sumarísimo por un tribunal militar, declarado culpable de rebelión e inmediatamente ejecutado.

Ferrer i Guardia?, Madrid, 2009, y Dolores MARÍN, *La Semana Trágica. Barcelona en llamas, la revuelta popular y la escuela moderna*, Madrid, 2009.

IV. *El enemigo económico: sindicalistas y comunistas.*

El sindicalista revolucionario, y después el bolchevique, sucedieron al anarquista como enemigo público. La sucesión evidentemente no fue mecánica y el comunismo y sus objetivos eran ya bien conocidos en la España finisecular. No obstante, desde la primera década del siglo xx se observa, tanto en las leyes como en los autores ortodoxos, una paulatina sustitución de la problemática anarquista por el peligro de una revolución social. El motivo no era otro que la expansión del movimiento obrero y la creciente importancia de sus actuaciones. El uso de la violencia individual contra el orden social establecido va dejando paso a la violencia colectiva contra el modelo económico imperante, los atentados unipersonales contra grandes personalidades en nombre de la libertad son reemplazados por la lucha de clases en pro de la emancipación y al artefacto explosivo lo sustituye la huelga general revolucionaria. Es, en efecto, la impresionante oleada de huelgas, intensificada entre los años 1909-1912, y, sobre todo, después de 1917, el acontecimiento que determinará esta progresiva inflexión y la consiguiente irrupción de los enemigos económicos.

Si el liberalismo conservador mostraba atisbos de simpatía hacia el liberalismo patógeno de los anarquistas, ante el sindicalismo revolucionario, y después el comunismo, no va a exhibir sino el más rotundo rechazo, aunque reconozca con arrepentimiento que el afán igualador nació con las revoluciones burguesas. Desde el mismo comienzo de la mentalidad oficial de la Restauración, coagulada en torno a los valores de orden, armonía y progreso espontáneo, las doctrinas sindicalistas y comunistas eran aborrecidas, fundamentalmente, por dos motivos: por su colectivismo, que rompía el indispensable equilibrio entre el interés individual y el social, y por su materialismo, que reducía la fenomenología social al más grosero de sus aspectos, con reprochable menosprecio de su dimensión más decisiva, la espiritual. Si en un caso reaccionaba el alma liberal frente a las creencias que « matan el génio creador, haciendo imposible todo progreso », en el otro era el alma católica la que recordaba que el « sentimiento religioso » era la base más estable del orden y que « Dios no dio á todos los hombres igual aptitud ». Pero en ambos extremos, de lo que se trataba era de defender « las leyes inmutables

de la naturaleza » — familia patriarcal y propiedad privada — contra los « bárbaros » de « las civilizaciones adelantadas » (86).

Ya se advertía entonces que estos « bárbaros no est[aban] a las puertas de Roma; sino dentro », aunque en principio no dejaron de ser considerados más que « media docena de utopistas perezosos que jamás tuvieron amor al trabajo » (87). Preocupaban mucho más, como sabemos, los ataques anarquistas. Sin embargo, terminada la primera década del siglo xx, el anarquismo pasó a identificarse en bloque con el anarcosindicalismo o « sindicalismo revolucionario », y su instrumento de lucha, « la huelga general », fue concebida como « la síntesis de todas las violencias imaginables » (88). Interesaba ahora a las instituciones oficiales estudiar a fondo « la evolución de la escuela socialista » en su doble vertiente, la reformista, organizada en un partido político, y la sindical, visible por las huelgas y urgida de la « intervención del poder público » (89). Temido por sus boicots, sabotajes y paros (90), el profundo error del sindicalismo, comenzando por su máximo exponente Georges Sorel, consistía en conceder prioridad a la praxis frente a la reflexión, a la acción frente a la meditación. A ojos del oficialismo, aquí radicaba el equívoco sobre el que se alzaba toda su propuesta de una « sociedad de productores libremente asociados »: al creer los sindicalistas que solamente el trabajo confiere valor a las cosas, olvidaban la imprescindible contribución, planificadora y eficiente, de las ideas del emprendedor. Ahí se encontraba también la razón de su equivocada preferencia por la clase, como unidad de experiencia, en lugar del

(86) Eran palabras de Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, *Impugnación de las sectas llamadas filosóficas y conocidas bajo los nombres de individualistas, comunistas y socialistas*, en « RGLJ » XLIII (1873), pp. 369-382, pp. 374-376 y 382.

(87) Andrés AGUILERA VERA, *Anticomunismo*, en « RGLJ » XLVII (1875), pp. 143-153, p. 149.

(88) FERNANDEZ HONTORIA, *El anarquismo contemporáneo: sindicalismo revolucionario* cit. (n. 76), pp. 29 y 38; ASÚA Y MENDÍA, *El anarquismo* cit. (n. 76), p. 104: « Último figurín del anarquismo es el sindicalismo revolucionario ».

(89) A la mejor memoria sobre estos asuntos ofrecía un sustancioso premio la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid en diciembre de 1910, ganado por Antonio MORENO CALDERÓN, *Evolución de la escuela socialista: su incorporación á los partidos políticos. Las huelgas en sus aspectos político, jurídico y económico*, Madrid, 1911.

(90) Vid. el discurso del civilista Calixto VALVERDE, *El sindicalismo revolucionario*, Valladolid, 1912, pp. 32-37.

partido — asociación en torno a una idea — o de la patria — depósito sentimental común —. Por eso, en suma, cifraban la posibilidad del cambio real en la acción directa de los sindicatos en vez de en el intercambio racional de programas ideológicos.

A la presunta esterilidad práctica atribuida a estos planteamientos materialistas, hubo por fuerza de suceder, tras la revolución bolchevique, una comprensión menos intelectualizada. El sindicalismo revolucionario ya no era el último ropaje del anarquismo, ni un movimiento basado en un error filosófico, sino una amenaza bien real que interpelaba tanto a los sectores dominantes como a la menguada clase media ⁽⁹¹⁾. Se convirtió de este modo en el bolchevismo ⁽⁹²⁾ o más lisamente en el comunismo ⁽⁹³⁾, ya en toda regla el « enemigo interno » alrededor del cual aglutinar a la comunidad natural ⁽⁹⁴⁾. De suponer una corriente pragmatista volcada en la acción directa, pasó a constituir una cosmovisión hiperracionalista — « avanzada », se dirá después, bajo el franquismo —, convencida de que el mundo podía organizarse de acuerdo a criterios estrictamente racionales e igualitarios, desconociendo la jerarquía providencial de los talentos, las flaquezas del hombre y su divina imperfección, y, en consecuencia, cubriendo con constituciones y leyes

⁽⁹¹⁾ Vid., como fuente, José María FARRÉ, *Los atentados sociales en España*, Madrid, 1922, y como bibliografía, Juan AVILES FARRÉ, *La fe que vino de Rusia. La revolución bolchevique y los españoles (1917-1931)*, Madrid, 1999, pp. 43 ss., Fernando del REY REGUILLO, *El empresario, el sindicalista y el miedo* y Rafael CRUZ, ¡Luzbel vuelve al mundo! Las imágenes de la Rusia soviética y la acción colectiva en España, ambos en Rafael CRUZ y Manuel PEREZ LEDESMA (eds.), *Cultura y movilización en la España contemporánea*, Madrid, 1997, pp. 235-272 y 273-303, respectivamente.

⁽⁹²⁾ Desde una perspectiva general, no sólo española, y con esclarecedora secuencia expositiva, vid. Edmundo GONZALEZ BLANCO, *Los sistemas sociales contemporáneos. Colectivismo, anarquismo, sindicalismo, bolchevismo*, Madrid, 1930, pp. 152-154 y 227 ss.

⁽⁹³⁾ La secuencia del oficialismo era ésta: del socialismo, y como forma radicalizada suya, nació el bolchevismo, mientras que el anarquismo engendró el sindicalismo, fusionándose ambas criaturas tras la Gran Guerra en el comunismo. Vid. las reflexiones del administrativista y político Antonio ROYO VILLANOVA, *Bolchevismo y sindicalismo*, Madrid, 1920, pp. 10-16.

⁽⁹⁴⁾ No fue con el franquismo, sino con la dictadura de Primo cuando el anticomunismo comenzó a tener esta función nacionalizadora. Vid. la tesis ejemplar de Alejandro QUIROGA, *Haciendo españoles. La nacionalización de las masas en la Dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Madrid, 1930, pp. 96 ss.

perfectas una realidad de opresión, división y miseria ⁽⁹⁵⁾. Se construía así un habitual argumento conservador, destinado en lo sucesivo a tachar de fatalmente comunista toda propuesta encaminada a transformar el *statu quo* basándose en criterios racionales, es decir, toda propuesta netamente constitucional. Poco importaba, como veremos, que el Partido Comunista no tuviese apenas arraigo en España hasta el mismo año de 1936, pues se trataba de desacreditar como comunistas — es decir, como enemigos de los intereses privados de buena proporción de la sociedad — a reformistas, republicanos y sindicalistas, es decir, a las fuerzas que prestaron base a la II República y, por extensión, a esta misma ⁽⁹⁶⁾.

A ello contribuían también quienes se dedicaban al saber. De concebir a sus militantes como bárbaros bajo el progreso civilizador de la *belle époque*, se pasó primero a tipificar en la teoría los miméticos crímenes de la muchedumbre ⁽⁹⁷⁾, para después, doctrina psiquiátrica mediante, considerar directamente como dementados a los responsables de las acciones subversivas ⁽⁹⁸⁾. Se dejaba de este modo la puerta abierta a una intervención penal especializada bendecida por una ciencia con apariencias de neutralidad. Era, en efecto, el comunismo el principal peligro político que la función punitiva había de apartar. Y es que a medida que avanzaba el período de entreguerras, el anticomunismo fue agotando prácticamente la identidad política de los conservadores españoles y ga-

⁽⁹⁵⁾ Cf. las opiniones del criminalista Quintiliano SALDAÑA, *La revolución rusa. La Constitución rusa de 10 de julio de 1918*, Madrid, 1919.

⁽⁹⁶⁾ Un ejemplo propagandístico entre mil puede encontrarse en Mauricio KARL, ya en las mismas vísperas republicanas, en el repetidas veces editado *El comunismo en España*, Madrid, 1931, y posteriormente, ya con la Constitución de 1931 vigente, en el elocuente título *El enemigo: marxismo, anarquismo, masonería*, Madrid, 1935⁴, donde transmitía su «convencimiento de que esta república traería el comunismo a España», p. 193.

⁽⁹⁷⁾ Agustín DURAN, *La violencia en las luchas sociales*, Madrid, 1911, pp. 44 y 58-59, tesis manuscrita depositada en la Biblioteca de la Universidad Complutense con signatura T. 3456.

⁽⁹⁸⁾ Cf. las ocurrencias del psiquiatra oficial del régimen Antonio VALLEJO NAGERA en *Psicopatología de la conducta antisocial*, San Sebastián, 1938. Tamaños despropósitos, bien identificativos del totalitarismo hispano, no podían quedar desatendidos científicamente bajo el régimen constitucional: Enrique GONZALEZ DURO, *Los psiquiatras de Franco: los rojos no estaban locos*, Barcelona, 2008.

nando cada vez más proyección internacional: si en un primer momento, ya fuese durante el directorio de Primo como, sobre todo, desde 1933, implicaba una vinculación a la retórica y a la práctica del fascismo primero, y del nacionalsocialismo después, ya tras la II Guerra Mundial, supuso una clara asociación con la rentable lucha por la libertad que empezaba a librarse desde los Estados Unidos contra el «único» régimen totalitario subsistente. En definitiva, si en el primer tracto la ideología católico-liberal encaraba el peligro comunista acentuando el factor nacional y religioso frente al enemigo eslavo, después de vencidos los fascismos alemán e italiano, era de nuevo el factor liberal el que cobraba auge, aprovechando el franquismo para presentarse como el primero que fue capaz de divisar el carácter global de la amenaza roja y de derrotarla en su territorio, es decir, como ejecutor político de una «unidad histórica» y «providencial» signada por el destino para acabar en la tierra con todas las encarnaciones del diablo, siendo el comunismo la última y más feroz de ellas.

La defensa penal de la propiedad privada precedía desde luego a la aparición del enemigo económico. Ya en 1870 hizo falta recurrir al delito de sedición para castigar a quienes despojasen «con un objeto político ó social, de todos ó de parte de sus bienes propios á alguna clase de ciudadanos» (art. 250, CP70). Durante las primeras décadas de la Restauración bastó para la contención del incipiente movimiento obrero con el código, las conocidas leyes de asociación, reunión y prensa y con los sucesivos estados de alarma y guerra, irrumpiendo, en el último de ellos, la jurisdicción castrense, competente para depurar responsabilidades por rebelión o sedición realizadas por «milicianos populares armados» (arts. 28 y 29, LOP70). También el marco especial diseñado para combatir el anarquismo servía para frenar los repuntes violentos del sindicalismo. No fue sino la convocatoria de centenares de huelgas desde principios de siglo lo que condujo a la regulación gubernativa del fenómeno (L. 27 abril 1909). Respondiendo a los postulados del liberalismo individualista, este nuevo marco normativo oscilaba entre la protección de la autodeterminación para declararse en huelga y la preservación de lo establecido en los contratos laborales. Importante era el deber de dar a conocer las convocatorias con suficiente antelación a la autoridad, pero lo crucial era evitar las

coacciones, amenazas, desórdenes u obligaciones asociativas que, condicionando las decisiones de los trabajadores aislados, pudiesen extender el virus huelguístico. Y, en caso de dudas, se sometía de todos modos la celebración de las huelgas — una acción colectiva — al respeto de los derechos y cumplimiento de los deberes « que dimanen de los contratos » verificados entre trabajadores y patronos — una interacción individual —.

La aplicación de este régimen especial, caracterizado por la vaguedad de sus tipos, suscitó alguna confusión, que el ministerio público hubo de aclarar: para el delito de coacciones y amenazas dirigidas a « forzar el ánimo de obreros ó patronos », se subrayaba que la ley de huelgas sólo era aplicable de modo subsidiario, cuando el hecho no fuera constitutivo de una infracción prevista en el código con mayor pena. La represión de estas coacciones, recordaba el fiscal del Tribunal Supremo, contaba además con otros recursos extraordinarios, como la atribución del rango de autoridad pública, por ejemplo, a empleados de ferrocarriles o a los mismos carteros, con lo que toda presión ejercida sobre ellos, e incluso sobre cualquier particular que auxiliase a la autoridad, había de considerarse delito de atentado. No obstante, lo más perturbador era justo aquello que desbordaba el patrón individualista con que había sido concebido el control de las huelgas, a saber: la evidencia de que aquellas que « sólo afectan al interés personal de los obreros y patronos » eran sustancialmente diversas, y estaban además siendo rebasadas, por la huelga general, que paraliza el país, toca de lleno el interés público y requiere de una intervención gubernativa y « militar » excepcional (Cir. 28 marzo 1909, Cir. 2 octubre 1912).

Hasta el golpe de Estado de Primo, eran justamente las medidas de emergencia previstas en las leyes de orden público las destinadas a reprimir un derecho, el de huelga, implícitamente reconocido por las leyes de la Restauración. También se arbitraban medidas e instituciones de conciliación previas, o simultáneas, al conflicto laboral (L. 19 mayo 1908). En este sentido, se hizo un último intento antes de la dictadura de disminuir los paros, sofisticando, extendiendo e imponiendo procedimientos conciliatorios dirigidos por el Ministerio de Trabajo (RD. 25 agosto 1923). Ya bajo el directorio, como corresponde a todo sistema autoritario, se produjo un desdoblamiento entre el régimen legal formalmente previsto, que era

prácticamente el mismo que estaba vigente con anterioridad, y la represión material del movimiento obrero ⁽⁹⁹⁾, administrada primero por la jurisdicción militar y conducida también por bandas de pistoleros a sueldo de los patronos y muy especialmente por el Somatén, célula paramilitar extendida por el nuevo régimen a todas las provincias españolas con el fin de que «hombres de buena voluntad, amantes del orden», conservasen «la paz pública» con el uso de «armas de su propiedad» (RD. 17 septiembre 1923) ⁽¹⁰⁰⁾. Este cuerpo terrorista, considerado como «fuerza armada» en los estados de guerra, y laureado con honores oficiales por el gobierno y el monarca cuando se pasó del directorio militar al civil (RD. 4 diciembre 1925), actuó con total impunidad. Así lo demostró el bochornoso indulto general, amparado en el derecho de gracia regia, de que disfrutaron todos sus miembros que, «ansiosos de auxiliar a las Autoridades» y «con exceso de celo», fueron condenados a prisión por los tribunales por la comisión de cualquier delito, excepto «contra la propiedad» (RD. 16 mayo 1927) ⁽¹⁰¹⁾.

La dictadura de Primo no sólo se valió del terrorismo de Estado, dando prueba de su procedencia última al conceder mayor valor al derecho de propiedad que a la misma libertad personal. También trufó su código penal de medidas conducentes a la represión de las acciones revolucionarias inscritas en la dinámica de la lucha de clases. La justificación teórica que les prestaba cobertura era asimismo de genuina ascendencia liberal: el derecho, conjunto de reglas espontáneamente nacidas de la libre concurrencia entre sujetos, ha de ser protegido coactivamente por el Estado, en primer

⁽⁹⁹⁾ Vid. los elogios que merecían estas medidas para quien fue el penalista del régimen, el pragmatista Quintiliano SALDAÑA, *El atentado social. Doctrina y legislación*, Madrid, 1927, que consideraba la situación como de «guerra civil» y juzgaba la conveniencia de los medios empleados en función de su éxito político-criminal.

⁽¹⁰⁰⁾ Sobre la procedencia, naturaleza, composición y actuaciones del citado cuerpo, vid. Eduardo GONZALEZ CALLEJA, Fernando del REY REGUILLO, *La defensa armada contra la revolución. Una historia de las guardias cívicas en la España del siglo XX*, Madrid, 1995, pp. 165 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Años después, con el fin también de garantizar la impunidad de quienes hacían la guerra al enemigo fuera de la ley, el franquismo exoneró retrospectivamente de toda culpa a quienes delinquieron durante la República «en defensa de los ideales del Movimiento». Así agradecía los servicios prestados. Sobre esta ley de 23 de septiembre de 1939, vid. Marc CARRILLO, *El marco legal* cit. (n. 41), pp. 507-509.

lugar frente a los « enemigos interiores » que intentan alterar « la interdependencia de la libertad individual » (102). Y tales enemigos interiores no eran ya sino los comunistas. Para combatirlos se introdujeron cambios sustantivos en los delitos de desórdenes públicos, rebelión y sedición. Como desórdenes eran considerados los destrozos causados « con propósito de producir alteración del orden público » (art. 312, CP28), constitutivo de rebelión era « promover la guerra social » (art. 283.2) y de sediciosas eran tachadas tanto la excitación « a la lucha violenta de clases » (art. 297) como las huelgas revolucionarias (art. 290). A impedir la convocatoria, celebración y desarrollo de éstas se dirigía además una serie de tipos que sancionaban las coacciones en « el ánimo de obreros o patronos » para apoyar u oponerse a las huelgas, las perturbaciones en las actividades laborales, la exigencia de cuotas asociativas para fines « ilícitos » y los sabotajes (arts. 677-680 y 754). Lo revelador de todo ello era que las sanciones previstas para tales delitos se justificaban según el esquema de la enemistad, es decir, como un adelantamiento de la punibilidad, pues reprimiendo la huelga no se castigaba tanto un « período preparatorio de la revolución », sino « actos que, en sí mismos, constituyen ya delito », porque delictivo era el comunismo por su misma existencia y sus fines genuinos en la medida en que pretendía subvertir el orden legal vigente (103).

La llegada de la República supuso la anulación de las disposiciones antedichas y, en el plano constitucional, el reconocimiento del derecho de sindicación, mermado también por la invocación de su futura regulación legal y la conocida cláusula suspensiva. Éste fue el desagüe por el que se vació el citado derecho y el correlativo de huelga, sometido a estricta vigilancia, suprimido para los casos que afectasen a « servicios públicos » durante el estado de prevención y suspendido ya del todo en los estados de alarma y guerra (arts. 45-46, LOP33), que fueron, como sabemos, los preponderantes desde 1933. A la crónica situación excepcional se sumó una ley contra el terrorismo, sustitutiva de la vetusta sobre atentados con explosivo de 1894, aprobada en plena revolución obrera (L. 11

(102) Luis de ANDRES Y MORERA, *El comunismo en el nuevo Código penal*, Madrid, 1929, pp. 15 y 16.

(103) *Ibid.*, pp. 20-21 y 33.

octubre 1934). A las penas de «reclusión mayor a muerte» para quienes atentasen con sustancias inflamables, de «prisión menor» para los militantes de agrupaciones subversivas y a las demás, no menos severas, previstas para el «robo con violencia e intimidación» — delito elevado así a la categoría de terrorismo —, acompañaba una remisión a la ley de orden público para que, en caso de estado de guerra, rigiese el singular procedimiento en ella diseñado para las situaciones de suspensión de garantías (arts. 63 ss. LOP33). Declarado dicho estado de excepción, se encontraba de este modo estatuido el marco que prestó cobertura a la brutal represión de los movimientos revolucionarios en el otoño de 1934: las autoridades militares podían adoptar «cuantas medidas [fuesen] necesarias para el restablecimiento del orden» (art. 58, LOP33), los consejos de guerra también podían aparecer para lo que correspondiese a la jurisdicción militar y, sobre todo, se activaba una red de tribunales de urgencia impulsados por el solo objetivo de la celeridad y la ejemplaridad, ajenos, por tanto, a garantías procesales ordinarias como los recursos frente los autos de procesamiento y prisión o el beneficio de la condena condicional.

Este episodio represivo anunciaba lo que habría de llegar dos años más tarde. Tanto durante la guerra como tras la victoria de los militares insurrectos, los movimientos sindicalistas y, ya sí, comunistas, fueron eliminados y perseguidos por los cauces ya vistos con que se reprimía toda disidencia política. El Partido Comunista y los sindicatos de clase fueron expulsados de la ley, la apología de sus doctrinas sancionada, la huelga prohibida y hasta convertida en rebelión militar (art. 1.4, L. 2 marzo 1943). Fueron también establecidos delitos elocuentes como la acción colectiva encaminada a subvertir la «organización económica del Estado» o la fundación de asociaciones que «intentaren la implantación de un régimen basado en la división de clase» (arts. 28, 38 y 43 L. 29 marzo 1941, art. 173.4, CP44). Pero no bastaron tales previsiones para la persecución del comunismo. Consciente de que la sublevación se había intentado justificar en una falsedad, a saber, en el riesgo de una inminente invasión soviética, el franquismo quiso endurecer aún más el régimen punitivo contra el que ya era el enemigo — interno y externo — por excelencia con la creación de una jurisdicción

especial, la infame para la « represión de la Masonería y el Comunismo » (L. 1 marzo 1940) ⁽¹⁰⁴⁾.

Aparte de su carácter paralelo con respecto a los consejos de guerra, lo que hacía que se resintiese sensiblemente el principio *non-bis* in idem, dos conclusiones saltan a la vista con la puesta en planta de esta jurisdicción y la consecuente tipificación de delitos *ad hoc*. En primer lugar, con su habitual trazo grueso, el legislador franquista incluía en el concepto del comunismo a toda « fuerza anarquizante », a las « múltiples organizaciones subversivas » a él asociadas, a cualesquiera tendencias « soviéticas, trotskistas, anarquistas o similares ». La criminalización del comunismo se consagraba así como el pretexto para perseguir, en realidad, cualquier movimiento político de izquierda radical. Y en segundo lugar, la citada ley, tal y como confesaba su exposición de motivos, no hacía sino extirpar por fin un profundo mal que había padecido España desde su primera aventura constitucional, agravado con los ataques a la « Monarquía constitucional » y culminado, durante la República, en « la terrible campaña atea, materialista, antimilitarista y antiespañola que se propuso hacer de nuestra España esclava de la criminal tiranía soviética ». El franquismo se declaraba de este modo continuador de la patria eterna, debelador último y efectivo del enemigo interno con mil caras que llevaba siglo y medio atacando el orden natural católico-liberal.

Sin perjuicio de las depuraciones que se estaban llevando a cabo, de los consejos de guerra y de lo que correspondiese a los tribunales de responsabilidades políticas, y sirviéndose de los datos sobre filiación política que pudiesen revelar los sumarios instruidos en cada una de tales secciones, la nueva jurisdicción había de sancionar la pertenencia al comunismo — a ese concepto lato de comunismo — con la separación definitiva del cargo profesional, fuera este público o privado, la « inhabilitación perpetua » y el « confinamiento » o « expulsión ». Los únicos medios para librarse de esta persecución eran, o bien presentar ante las autoridades una contraproducente retractación autoinculpatoria, o bien la aplicación, por parte del tribunal especial o del mismo consejo de ministros, de alguna de las « excusas absolutorias » previstas, encamina-

(104) Vid. LANERO TABOAS, *Una milicia de la justicia* cit. (n. 41), pp. 334-335.

das todas ellas a demostrar el auxilio prestado a la insurrección fascista. A esta supresión civil del opositor, se sumaba además el castigo de la propagación de « ideas disolventes contra la Religión, la Patria y sus instituciones fundamentales », en un gesto que hacía rememorar la primera ley de imprenta de la Restauración. Y para llevar a cabo todas estas funciones se instituyó un tribunal formado por un presidente elegido por Franco, un general del ejército, un representante de la Falange y dos letrados, que resultaron ser, en un principio, el penalista Isaías Sánchez Tejerina, quien ya había trabajado en la comisiones de depuración de catedráticos, y el internacionalista Antonio Luna García (D. 4 junio 1940). Dicho tribunal estuvo en funcionamiento hasta su relevo por los tribunales de orden público en 1963, sección integrada en la jurisdicción ordinaria que podía conocer de los mismos delitos que la especial de comunismo puesto que éstos, a fin de cuentas, se caracterizaban por « su tendencia a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional » (L. 2 diciembre 1963).

Antes de que llegase tal momento, acabada la contienda según el parte oficialista, el anarcosindicalismo y el comunismo adoptaron la forma de guerrillas de resistencia, contra las cuales el régimen reaccionó recurriendo al fuero de guerra y prodigando la pena capital. En un decreto que derogaba la conocida *ley de seguridad del Estado*, ya parcialmente integrada en el código de 1944, volvía de nuevo a justificarse la conveniencia de un régimen excepcional « para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo », aquellas que tuviesen como objeto, entre otros, « realizar venganzas o represalias de carácter social o político » (DL. 18 abril 1947). Destilando y « actualizando » todas las normas históricas aprobadas sobre el particular durante la Restauración, la dictadura de Primo y el bienio conservador de la República, la citada norma sancionaba los atentados con explosivos, los robos — aún considerados acciones terroristas —, los secuestros y la formación de grupos armados « para dedicarse al merodeo, bandidaje o subversión social ». Si por algún extremo contrario a las garantías se caracterizaba tal disposición, además de por su carácter reglamentario y dictatorial, era por un ilimitado arbitrio concedido a los sumisos y vindicativos tribunales militares, los cuales, en procedi-

miento « sumarísimo », podían imponer la pena de muerte por casi cualquier conducta, incluida « la mera colocación » de explosivos sin que se produjese detonación o el robo intimidatorio con arma de fuego sin lesiones. Importaba, en efecto, dar un escarmiento castigando desde la misma disposición a delinquir, siendo irrelevante la comisión efectiva del hecho penado por decreto.

Pasados los años más cruentos de la represión del maquis, el territorio español fue sellado para aquellos exiliados que, a juicio del poder, pretendían cruzar las fronteras « en forma subrepticia sin otros propósitos que los de perturbar el orden público ». En una muestra más del provecho que rindieron las doctrinas defensistas — suma de positivismo y retribucionismo —, se adjudicaba a los tribunales, esta vez ordinarios, aunque no menos subordinados, plena libertad para aplicar « la pena de prisión menor en la extensión que estimen justa, atendiendo a los antecedentes y peligrosidad del responsable » (L. 22 diciembre 1949). Tal consideración de peligrosos afectaba también, y sobre todo, a la multitud de disidentes políticos que, salvándose de la ejecución, fueron excarcelados y puestos bajo libertad vigilada después de su estancia en los campos de concentración, en los batallones de trabajos forzados y en las masificadas cárceles franquistas. Desbordados por el « gran número de penados por hechos cometidos con ocasión de la Rebelión Marxista que disfrutaban de los beneficios de la libertad condicional », el presidente de la Comisión Central de Libertad Vigilada encargaba a todas las juntas provinciales que extremasen el rigor y la eficacia en su tarea instruyendo « expediente de observación de conducta » a los liberados que mostrasen « mala conducta político-social o privada con grave escándalo » o que exhibiesen algún indicio de « peligrosidad » (Cir. 22 mayo 1945). Pero, ¿en qué consistía tal peligrosidad de carácter político, diversa a la de tonalidad social que seguidamente examinaremos?

Las fichas de la guardia civil y la policía nos dan una idea de ella y nos ponen también ante una dolorosa evidencia: de los millares de sujetos « políticamente peligrosos » controlados por las autoridades, una aplastante mayoría de ellos había sido simpatizante, o militante, de agrupaciones izquierdistas antes de la sublevación en julio de 1936, sólo después de la cual habían pasado a formar parte, con diversos grados de implicación, de los colectivos comunistas, siendo

además muchos de ellos en aquel momento prácticamente adolescentes o jóvenes de poco más de veinte años ⁽¹⁰⁵⁾. Quiere esto decir no sólo que los individuos más destacados del anarcosindicalismo y del comunismo se habían exiliado o habían sido llanamente exterminados. También significan tales pruebas que el crecimiento exponencial del comunismo en España había sido un fenómeno reactivo y defensivo para enfrentar el ataque del sector fascista del conservadurismo español. *La guerra que se había desencadenado para salvar a España del enemigo rojo prácticamente creó y extendió el comunismo entre nosotros*. Pero, ¿qué significaba tal peligrosidad en que podían incurrir los delincuentes políticos excarcelados?

Tomemos el caso de Antonia García García, considerada « muy peligrosa para la Causa Nacional » porque durante la guerra, con tan solo veinte años, fue « muy extremada en sus ideales », denunció a « personas de derechas » y « alardeaba con el puño en alto » de su obediencia al « Gobierno rojo ». Salvador Amades Pastor, peón de albañil, militante primero del sindicato reformista UGT, comunista tras la guerra, condenado primeramente a veinte años y excarcelado después, era también considerado por la guardia civil « peligroso para el Régimen » pero por otros motivos, en concreto porque « observaba mala conducta moral y privada, haciendo vida marital con una mujer de malos antecedentes, siendo un borracho y mal trabajador ». A Juan Giles Monge, se le achacaban unos « instintos perversos » con la sola prueba de su pasada pertenencia a las

⁽¹⁰⁵⁾ Valgan algunos ejemplos: Pedro Antonio Garrido Bastias, con treinta y dos años en 1936, « perteneció al Partido Socialista desde antes del 18 de julio; estallado el Glorioso Movimiento Nacional se afilió al Partido Comunista tomando las armas desde el primer momento ». Gervasio Campos Millán, « afiliado al Partido Radical e Izquierda Republicana » antes del « Movimiento » y militante comunista durante la guerra. Vicente Hernández Rielves, « sindicado a la UGT y de significación izquierdista sin conocerse actuación alguna » antes de 1936, afiliado al comunismo después. José García García, « pertenecía al Partido Socialista, siendo uno de sus fundadores. Estallado el Glorioso Movimiento, fue uno de los organizadores del Partido Comunista ». Luis Moreno Gómez, con quince años al comenzar la guerra y cuyo padre « fue pasado por las armas », « era muy simpatizante de las izquierdas » y se afilió al « Partido Comunista » después de 1936. Todos ellos eran considerados peligrosos o desafectos a la « Causa Nacional » en 1946, 1947 y 1955, fechas a las que corresponden las fichas respectivas, conservadas en cajas AGA 44/12447, 44/12430 y 44/12434, de donde también extraigo los datos expuestos a continuación.

« Juventudes socialistas ». Y en Julián García Manchado la peligrosidad radicaba en que había desempeñado la presidencia de « la casa del pueblo » de su localidad, en su adhesión al Frente Popular, en « sus tendencias disolventes y falta de convencimiento », en su carácter « antirreligioso » y descreído, en su falta de militancia a la Falange. Otros, en fin, eran tachados de « muy peligrosísimos » tanto por su filiación comunista durante la guerra como por no avenirse a las costumbres « de orden » pasada aquella.

La peligrosidad vinculada a la oposición comunista no era una novedad franquista. Ya en los años treinta existía en Madrid una « división de investigación social » muy al tanto de las actividades de sus militantes, castigados, entre otras cosas, por « formar escándalo, dar gritos subversivos » y celebrar « reuniones clandestinas » con el expediente de la prisión gubernativa sustitutoria, recurso aplicado principalmente, como veremos, a « vagos y maleantes »⁽¹⁰⁶⁾. Pero en la posguerra la peligrosidad cobró una nueva dimensión. Era una suerte de estatus que englobó a todo aquel superviviente que de un modo u otro, próximo o remoto, tenía lazos de unión con el bando derrotado. El acoso, la vigilancia permanente, el temor a las delaciones y la exclusión implacable⁽¹⁰⁷⁾ hubo de convertir en muchos casos una adolescente y reactiva filiación comunista en un mal sueño, en una profunda equivocación contra la cual había que inmunizar a las generaciones posteriores. Pero si tal era su aspecto negativo, el de negar « hasta la raíz » unas pasadas inclinaciones ideológicas, la peligrosidad política, o, más en general, las múltiples (des)calificaciones de « desafección a la Causa Nacional », tenían en su lado afirmativo un intento de masiva homogeneización cultural en los valores preponderantes del régimen.

Peligrosos y desafectos eran declarados quienes no se avenían al código axiológico impuesto por las armas e integrado por los dogmas de la religión católica, la familia patriarcal y la existencia despolitizada. Desde luego, en la estigmatización policial primaban

⁽¹⁰⁶⁾ Vid. el expediente del encuadernador Ramón Fuentes Rodríguez archivado por la sección de investigación y vigilancia de la Dirección General de Seguridad del Ministerio de Gobernación y conservado hoy en caja AGA 10847.

⁽¹⁰⁷⁾ Enrique GONZÁLEZ DURO, *El miedo en la posguerra. Franco y la España derrotada: la política del exterminio*, Madrid, 2003.

las pasadas lealtades políticas, y aunque antiguos rojos, trascurridos quince años de la guerra, demostrasen « trabajar honradamente, ser amante[s] de la familia, concurrir a tabernas y alternar con personas de distintos ideales », continuaban siendo « conceptualizado[s] desafecto[s] » (108). Pero con tal nivelación espiritual salían a la luz dos de los caracteres más distintivos del totalitarismo hispano. En primer lugar, el encierro generalizado en una suerte de claustrofóbica tautología: el empleo de la violencia contra los enemigos se fundamentaba en la supuesta naturalidad de los valores inculcados y protegidos, y éstos carecían al parecer de vigencia sin el apoyo de tal violencia desmedida. Ambos polos, la violencia y el orden católico-liberal, se remitían mutuamente hasta su práctica fusión. Y en segundo lugar, la evidente afinidad electiva entre el liberalismo económico de la autoconservación y el franquismo despolitizador, que venían a coincidir en su concepción del trabajo « como origen de jerarquía, deber y honor » de los individuos, según proclamaba el décimo principio del « Movimiento Nacional » (L. 17 mayo 1958). El propósito último de ambas cosmovisiones, en efecto, no era sino reducir al sujeto, en el caso liberal, y al disidente supérstite, en el caso franquista, a una existencia privatizada y productiva, de trabajo abnegado, calor familiar y lúdica amistad libre ya de la tentación de crear activamente, mediante el ejercicio de la ciudadanía, las condiciones socio-políticas y económicas de la propia vida.

Este intento de contener la vida en su dimensión política, exitoso en buena parte y cargado de destino, no fue de todos modos completo. La doctrina liberal-conservadora, unánime en sostener que las instituciones han de reflejar la composición real de la sociedad, volvía una vez más a demostrar que por tal entendía unas creencias sostenidas por una minoría y presentadas como leyes naturales, mas no la verdadera correlación de fuerzas que operaba en la arena social. A continuar combatiendo el enemigo comunista, operativo ahora en la clandestinidad, se destinaron ciertas medidas que intentaron « administrativizar la represión » (109), comenzando por las disposiciones de la nueva ley de orden público de 1959 enderezadas a reprimir « los paros colectivos », « las reuniones

(108) Vid. la ficha de Sebastián Rojas Hormigos en caja AGA 44/1240.

(109) BALLBE, *Orden público* cit. (n. 13), pp. 427 ss.

públicas ilegales», «la apología de la violencia» y, para evitar estrecheces, cualquier otra actividad que de algún modo «alterase la paz pública o la convivencia social» (art. 2, L. 30 julio 1959). A este marco diseñado para los «estados de excepción y guerra» que podían ser declarados en un régimen de guerra y excepción permanentes, se añadía la persistente vigencia de las normas represivas de posguerra. Para actualizar su vigor y confirmar las competencias de la jurisdicción militar en los delitos político-sociales, fue aprobado un decreto en 1960 que refundía las disposiciones ya vistas sobre «rebelión militar» de 1943 y sobre «bandidaje y terrorismo» de 1947 al considerarse «necesaria su continuidad para reprimir eficazmente actuaciones subversivas o reveladoras de peligrosidad social» (D. 21 septiembre 1960).

Los disidentes comunistas y sindicalistas, responsables en casi su totalidad de la oposición clandestina al Estado franquista, eran así amenazados desde tres flancos diversos. En primer término, desde la jurisdicción ordinaria, encargada de sancionar, entre otros, los delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal, castigando, por ejemplo, como «fundadores» del Partido Comunista a creadores de «células clandestinas» (STS. 12 mayo 1965). En segundo lugar, desde la jurisdicción militar, declarada competente para sancionar los delitos de orden público durante los estados de guerra (art. 49.4, LOP59), y facultada también en todo caso para atraerse la jurisdicción en aquellas acciones constitutivas de «delito de rebelión militar», tales como la conspiración para trastornar el «orden público interior» o las huelgas que «persigan un fin político» (art. 2, D. 21 septiembre 1960). Si de este modo quedaba en pie buena parte del cuadro jurídico que había amparado la represión militar más desbocaba, no se piense que fue cosa de un instante, vista la vigencia renovada que cobraron tales disposiciones en 1968, cuando, para evitar el contagio de la libertad, volvió a erigirse el ejército en guardián de los «valores intangibles solemnemente proclamados por los Principios del Movimiento Nacional» (DL. 16 agosto 1968). Y en tercer y último término, con «los trámites abreviados del procedimiento de urgencia» desde la jurisdicción de orden público, segregación de la «jurisdicción ordinaria» y sustitutiva de la especial para la represión del comunismo creada en 1963 para entender de los delitos políticos en general, y en especial de los relativos a las

actividades comunistas y de los previstos en el citado decreto de 21 de septiembre ⁽¹¹⁰⁾. Hasta el final de la dictadura estuvo funcionando este tribunal con la finalidad de neutralizar un comunismo clandestino indistinguible entre nosotros de la lucha por la democracia ⁽¹¹¹⁾.

3. *Peligrosidad social.*

Englobado tras la guerra en el vaporoso concepto de comunismo sostenido por el régimen franquista, el disenso político no fue combatido exclusivamente con la tipificación de delitos en leyes excepcionales y la intervención del fuero militar. A reprimirlo contribuían también las propuestas normativas clásicas del positivismo primero, y del « defensismo expiacionista » después, concretamente aquellas que abogaban por el establecimiento de un derecho penal preventivo basado, de una parte, en la peligrosidad de los agentes apreciada por arbitrio judicial y materializado, de otra, en la imposición de medidas de seguridad con fines reeducativos o directamente segregacionistas. No faltaban para ello autores tan consagrados como abyectos que desde la ciencia médica estigmatizasen al disidente como « psicópata » salido de su núcleo natural — « la masa anónima y pasiva » — por obra de la democracia, tentado por « aspiraciones superiores a sus disponibilidades » y afectado en consecuencia de « complejos afectivos de resentimiento » plasmados en « una conducta antisocial » ⁽¹¹²⁾. Esta consideración del disidente como « enfermo mental peligroso », que con sus « doctrinas e idealismos falsos » provoca « actuaciones perturbadoras » ⁽¹¹³⁾, fue además recogida explícitamente por la legislación positiva, en concreto por la reforma reactiva de la ley de vagos y maleantes de 1933,

⁽¹¹⁰⁾ Juan José DEL ÁGUILA, *El Top. La represión de la Libertad (1963-1977)*, Barcelona, 2001.

⁽¹¹¹⁾ Sebastián MARTÍN RECIO, *La transición en Manzanilla*, en Antonio CHECA (coord), 1973-1983. *Crónica de un sueño. Memoria de la transición democrática en Huelva*, Málaga, 2005, pp. 172-178.

⁽¹¹²⁾ Son palabras nuevamente del doctor nazi Antonio VALLEJO NAJERA, *Eugenesia de la Hispanidad* cit. (n. 58), pp. 127-130.

⁽¹¹³⁾ Dr. SANCHEZ MORATE, *El médico forense ante la Ley de Vagos y Maleantes*, en « Revista de Medicina Legal » (RML, en adelante) IV (1949), pp. 260-266, p. 262.

revisión aprobada durante el bienio conservador de la II República — auténtica antesala del franquismo — que para frenar los « abusos del derecho de libre emisión de ideas » incluía ya entre los « estados peligrosos » la apología y la propaganda « de los delitos de terrorismo o de atraco » sancionándolas con el internamiento en « establecimiento de custodia », el destierro y la sumisión a la vigilancia de la autoridad (L. 23 noviembre 1935).

Mostrando su carácter expeditivo y carente por completo de garantías, se ponía de este modo al servicio de fines políticos un novedoso mecanismo represivo concebido ingenuamente en sus inicios con exclusivos objetivos sociales y hasta, según veremos, garantistas. Son los destinatarios de esta estrategia punitiva los que han de interesarnos a continuación, porque en ellos continúa apreciándose en estado puro la lógica de la enemistad, aquella que desposee de derechos ciudadanos a determinados sujetos por su condición, modo de vida o ideología. Si en un caso hemos estudiado a los oponentes políticos de la comunidad católico-liberal, en este vamos a examinar el caso de sus despojos, de aquellos restos periféricos manifiestamente incapaces de socializarse con arreglo a los patrones morales y de conducta ortodoxos. Mientras que los enemigos políticos en general simbolizaban, con sus programas reformistas o su violencia política, la posible implantación de un orden alternativo, la aceleración indebida del progreso y la excesiva racionalización de la vida, los sujetos declarados peligrosos representaban la negación de todo orden, la brusca paralización del progreso y el consiguiente reinado fragmentario de los instintos más elementales. Si en un aspecto, por tanto, familia, propiedad, religión, trabajo jerarquizado y patria eran defendidos ante agresiones violentas pretensoras de un nuevo sistema político, en este otro de la peligrosidad social tales axiomas eran protegidos frente a su negación abstencionista y descreída, frente a una descomposición dispersa que hacía que se resintiese su validez socializadora. De ahí derivaban además las simpatías y desencuentros entre ambas clases de enemigos: si por una parte los solidarizaba su común exclusión del modelo en vigor y la consecuente y unánime oposición a sus fundamentos, por otra los distanciaba la pasividad, la falta de actuación conjunta exhibida por los peligrosos sociales, lo que suscitaba en los criminales políticos tanto un sentimiento paterna-

lista frente a las víctimas del sistema cuanto una difidente prepotencia ante un *lumpen* venal y sin principios.

Contemplados desde la perspectiva del poder, la naturaleza y los peligros que encarnaban unos y otros eran bien diversos, y así podía comprobarse en la entidad de su represión respectiva. De un lado, hemos podido apreciar cómo los medios empleados para perseguir y sancionar la disidencia política comenzaban por la limitación legal y gubernativa de los derechos para concluir con la imposición de penas severas, ejemplares y disuasorias. La dinámica del poder punitivo pretendía ser en estos casos implacable, retributiva y preventiva en términos generales, grabando en la conciencia colectiva las consecuencias inexorables de las actuaciones revolucionarias. De otro lado, en cambio, se pasaba de una cruenta represión a una prevención penal que poco o nada tenía que ver con medidas socioeconómicas realmente preventivas de la marginación social, medidas dejadas, en buena tradición liberal, a la discreción de la caridad, mas no a la imposición forzosa de la justicia. Esta irónica prevención penal, que más que intentar excluir el castigo lo extendía desafortadamente, no pretendía tanto escarmentar al opositor cuanto aislar y resocializar al anormal. Pero al ser conclusión generalizada durante todo el período de su aplicación que los fines reeducativos no eran, ni podían ser, alcanzados con los medios disponibles, la finalidad material que perseguía hubo de ser otra. En concreto, y a mi juicio, fueron al menos dos. En primer lugar, la defensa expeditiva, descargada de los engorros procesales ordinarios, de instituciones y principios capitales, como la familia, la propiedad y la seguridad personal, no ya contra una enmienda a la totalidad proclamada por enemigos políticos, sino frente a múltiples y dispersos ilícitos individuales que venían asimismo a quebrantar su estabilidad. Y en segundo lugar, el apartamiento de los sujetos peligrosos respecto de la colectividad no tanto, como solía decirse, porque supusiesen una amenaza delictiva, cuanto por representar un escándalo moral y un ejemplo vicioso. Se trataba, en efecto, de invisibilizar, y así neutralizar, a un sector de la sociedad que en relación principalmente al trabajo y la sexualidad encarnaban ejemplos torcidos y, en última instancia, disolventes. Puede así concluirse que mientras en el asunto visto de la criminalidad política se trataba de constituir un orden desprovisto de vigencia espontánea frente a sus adversarios, en el

asunto que vamos a ver de la peligrosidad social se trata de mantener y visibilizar un orden en el superficial plano de la apariencia, ocultando bajo la alfombra sus vergüenzas.

Trabajo y sexualidad son, en efecto, los dos núcleos sobre los que en mi opinión gravita al menos buena parte de la problemática de los entonces llamados « estados peligrosos ». Su exposición, por tanto, se ordenará en función de la importancia respectiva que obtenga cada uno de estos dos valores en las fuentes que ahora abordaremos. Si nos referimos al trabajo jerárquicamente ordenado como único medio lícito de subsistencia para los no propietarios, los sujetos que habrán de reclamar nuestra atención son aquella multitud que comprendía a mendigos, golfos, rufianes, proxenetas o jugadores y que se encontraba englobada bajo la rúbrica de vagos y maleantes. Y si nos referimos a la sexualidad, los ciudadanos deshumanizados mediante técnicas punitivas y disciplinadoras fueron básicamente las prostitutas y los homosexuales.

I. *El enemigo parasitario: vagos y maleantes.*

Dejando a un lado su larga historia, que se remonta mucho más allá del arco temporal aquí examinado, en lo que al Estado liberal hispano se refiere, la vagancia no había sido en absoluto indiferente al legislador penal. Fue objeto de una ley especial durante el período moderado (L. 9 mayo 1845), concebida aún como normativa de policía y puesta rápidamente en práctica como medio de control y vigilancia de quienes, « sin arraigo de ninguna especie ni amor al trabajo », aprovechaban en beneficio propio los « trastornos » revolucionarios (Cir. del Ministerio de Gobernación, 23 marzo 1848). Algunas de sus medidas fueron después integradas en un título del código expresamente dedicado a la represión de vagos y mendigos con penas de « arresto mayor », « prisión correccional » y « sujeción á la vigilancia de la Autoridad » (Tit. VI. Lib. II. CP48 y CP50). Lo castigado era ya una condición personal, y no la comisión de un hecho delictivo. En una definición que habría de inspirar leyes, órdenes y sentencias durante más de un siglo, el código aseveraba que vagos eran « los que no poseen bienes ó rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita, ó algún otro medio legítimo y conocido

de subsistencia » (art. 251 CP48, art. 258 CP50) ⁽¹¹⁴⁾. En vísperas del Sexenio tal régimen jurídico fue endurecido con la aplicación a los casos de vagancia del procedimiento previsto para las infracciones de orden público, es decir, para delitos como la rebelión y la sedición (L. 27 marzo 1868) ⁽¹¹⁵⁾. Además de la derogación de esta última y radical disposición (D. 19 octubre 1868), la democracia constitucional eliminó del código el vergonzoso título sobre vagancia y mendicidad, aunque contempló la primera como circunstancia agravante (art. 10.23, CP70). Descontando la comprensible aparición de estudios criminológicos sobre el asunto ⁽¹¹⁶⁾, y vista la falta de culminación de algún proyecto de ley sobre el particular ⁽¹¹⁷⁾, la llegada de la Restauración no alteró en sustancia el marco punitivo vigente, en funcionamiento también durante la dictadura de Primo de Rivera hasta la sanción del nuevo código, el cual amplió hasta tal punto las agravantes « por las condiciones del infractor » » (arts. 67 ss., CP28) que normalizó en los tribunales la apreciación de peligrosidad y « predisposición a la delincuencia » por observar « muy mala conducta », llevar « una vida depravada », ser « pendenciero »

⁽¹¹⁴⁾ Precisaba el término Mario NAVARRO AMANDI, *La vagancia. Su carácter legal. Misión del Estado respecto a la vagancia*, en « RGLJ » LIV (1879), pp. 422-429 y 632-640, afirmando que consistía en « la no posesión de dinero lícitamente adquirido » (p. 428), dado que el rentista ocioso no incurría de ningún modo en vagancia. Sostenía además el autor que siendo ilícito el medio de subsistencia en el vago, cumplía entonces perseguir tal ilicitud y no la mera peligrosidad, aminorada, más que con prisiones, con instrucción y redistribución de la riqueza (pp. 634-636).

⁽¹¹⁵⁾ Procedimiento consignado en nuestra primera ley de orden público (RD. 16 marzo 1867), que en realidad, muy al estilo moderado, no era sino un decreto que daba rango legal a un proyecto de ley sin previa discusión parlamentaria, aun implicando éste una clara injerencia en los derechos. Habilitado este proceso de urgencia para reprimir la vagancia, el fiscal del Tribunal Supremo encarecía a sus subordinados para que, ya sin excusas, desplegasen « una acción perseverante » y promoviesen « la pronta sustanciación de los procesos », todo con el fin de « disminuir el número de delincuentes y de moralizar la sociedad » (RO. 28 marzo 1868).

⁽¹¹⁶⁾ No podía ser de otra forma en tiempos de abolengo positivista y difusión de la antropología criminal. De entre todos los textos, sobresalían, fuera de toda duda, los tratados de Rafael SALILLAS, *Hampa (Antropología picaresca)*, Madrid, 1898, y Constancio BERNALDO DE QUIRÓS, José M^a LLANAS AGUILANIEDO, *La mala vida en Madrid. Estudio psico-sociológico*, Madrid, 1901.

⁽¹¹⁷⁾ Proyecto criticado por NAVARRO AMANDI, *La vagancia* cit. (n. 114), p. 422 n. 1.

e incurrir con frecuencia en « embriaguez » ⁽¹¹⁸⁾. Por último, el régimen republicano supuso la abolición del código primorriverista, la exclusión definitiva del código de la agravante por vagancia y la contrastante aprobación de una ley de peligrosidad sin delito destinada al control y reinserción de vagos y maleantes.

Hasta la publicación de esta nueva norma, la ignominiosa y autoritaria persecución de sujetos por su modo moral de conducirse discurría en otro plano. Las menciones explícitas en el código apenas reflejaban una mínima parte de la represión real de los marginados, amparada desde hacía tiempo en las atribuciones que los estatutos provinciales conferían al gobernador civil para « reprimir los actos contrarios á la religión, á la moral o á la decencia pública » imponiendo multas o, en « defecto de pago », ordenando el « arresto supletorio » del blasfemo, inmoral o indecente (arts. 81.3 y 82.6, L. 21 octubre 1868). Esta competencia gubernativa de carácter discrecional procedía de la legislación municipal del moderantismo y fue transitoriamente abrogada por los sucesivos regímenes provinciales de 1870 ⁽¹¹⁹⁾ y 1877, para volver a aparecer en la ley provincial de 1882, ya con la fórmula clásica del arresto sustitutorio de quince días por impago de multas impuestas por « actos contrarios á la moral ó a la decencia pública » (art. 22, L. 29 agosto 1882). Fue precisamente esta extendida práctica gubernativa lo que intentó atajar la ley republicana de vagos y maleantes de agosto de 1933, haciendo aflorar al ámbito judicial todo un submundo de incertidumbre jurídica y administración policial del castigo. Sus principales, ilusos y obligados artífices, los penalistas y políticos Mariano Ruiz Funes y Luis Jiménez de Asúa, justificaron de este modo la aprobación de una « ley, defensiva y biológica, en la que toma[ba]

⁽¹¹⁸⁾ Así se expresaba el informe de la fiscalía en un proceso célebre donde en realidad no se ventilaba más que un delito de lesiones, condenado finalmente, por la apreciación de la peligrosidad y por la ya entonces vigente presión periodística, a trece años de prisión. Vid. César GONZALEZ RUANO, *El crimen de la Gran Vía. Un proceso apasionante sujeto a comentarios y revisión crítica del caso y su proyección social*, Madrid, 1929, pp. 70 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Cf. Carmen SERVAN, *Configuraciones y desfiguraciones de la justicia bajo el constitucionalismo de 1869*, en Marta LORENTE (coord.), *De justicia de jueces* cit. (n. 13), pp. 363-395, pp. 382-383.

realidad la doctrina del estado peligroso » (120). Llevaban tiempo denunciando el encierro indiscriminado, « sin previo enjuiciamiento », de estos sujetos marginales (121), y pensaban ahora que España se sumaba al progreso penal de los países desarrollados al abordar « de frente y con valentía » el problema de la peligrosidad social con un instrumento que, según esperaban, erradicase la limpieza « de los malvivientes por métodos policíacos [aplicados] a extramuros de la ley » que se estaba llevando a cabo en « las grandes ciudades con grave escarnio del derecho de libertad » (122).

Pero ni el ideal científico de sus creadores era exactamente el registrado en la ley final, ni menos aún su aplicación efectiva se correspondió con sus ingenuas previsiones. Apremiado al parecer por los efectos de una amnistía, el gobierno presentó ante las Cortes un proyecto de urgencia sin la previa intervención del organismo técnico consultivo, la Comisión Jurídica Asesora. En tal proyecto eran incluidos entre los estados peligrosos las contravenciones habituales « al orden, moral o decencia públicas » y la responsabilidad por delitos « contra la Constitución y el orden público », por infracciones de « escándalo público » o por cualquier otro crimen penado en las leyes especiales. Alegando la nítida diferencia entre una ley preventiva de carácter político y utilidad gubernativa y otra de naturaleza científica y « biológica », Asúa, y la minoría socialista a la que pertenecía, lograron vetar el proyecto, encargándose la perentoria redacción de uno nuevo al catedrático de Madrid y a Ruiz Funes. En él dichas disposiciones eran sustituidas por otras más precisas que aludían a « la comisión reiterada de faltas policiales » y a la « declaración expresa sobre la peligrosidad del agente » realizada por « el Tribunal sentenciador ». La veloz discusión parlamentaria de la nueva propuesta se saldó con retoques de importancia,

(120) Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito* LXXXII (1933), pp. 577-635.

(121) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Epílogo* de GONZALEZ RUANO, *El crimen de la Gran Vía* cit. (n. 118), p. 148. Asúa era además autor de un internacionalmente conocido estudio sobre *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, 1922.

(122) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley de Vagos* cit. (n. 120), p. 635. Se sumaba a esta percepción garantista Niceto ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, en « Revista de Derecho público » V (1936), pp. 201-214.

auspiciados en su mayoría por el magistrado Javier Elola. Entre ellos cabe destacar la inclusión entre los individuos peligrosos de los « mendigos profesionales » y de quienes promoviesen « la embriaguez habitual », la sustitución de la mención a « las faltas policiales » por otra a las « contravenciones penales » en general — o sea, a todas las faltas del código, no sólo las policiales — y la agregación, entre las medidas de seguridad, de las « colonias agrícolas », ampliándose además el límite de encierro de uno a tres años. Y para la declaración judicial de peligrosidad de los responsables criminales se realizó un intento de categorización, ausente en el proyecto de Asúa, quien estimaba que tal declaración había de quedar al completo « arbitrio de los Jueces » ⁽¹²³⁾.

El resultado fue una ley que distinguía entre la peligrosidad sin delito y la criminal, comprendiendo esta segunda la reincidencia y la expresamente declarada por el tribunal sentenciador, e incluyendo entre otros la primera, que es la que aquí interesa, a « vagos habituales », « rufianes y proxenetas », « mendigos profesionales », explotadores de « juegos prohibidos », « ebrios y toxicómanos habituales » y a « los que observen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes [o] por la comisión reiterada de contravenciones penales » (art. 2, L. 4 agosto 1933). Exceptuando a los adictos, a quienes se imponía « el asilamiento curativo en Casas de templanza » por « tiempo absolutamente indeterminado », a todos los restantes se les aplicaba, como medidas de seguridad, el « internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola » por tiempo indeterminado hasta tres años, « prohibición de residir en un lugar determinado », « obligación de declarar su domicilio » y sumisión a una « vigilancia de Delegados » que había de tener « carácter tutelar y de protección ». El procedimiento habilitado al efecto contaba, en su aspecto garantista, con los trámites de audiencia, prueba y alegaciones concedidos al « presunto peligroso », y en su lado defensivo, con el peso de la presencia policial y, sobre todo, con su carácter inquisitivo, dado que coincidían en un mismo juez la instrucción y la

⁽¹²³⁾ Jiménez de Asúa, *La Ley de Vagos* cit. (n. 120), p. 613, de donde pueden extraerse todas las noticias consignadas y las que vienen a continuación (pp. 604, 627 y 632).

resolución de la causa. Los propósitos perseguidos, en boca del propio Asúa, eran « corregir el índice de peligrosidad y prevenir los delitos futuros » con la « adaptación e inocuización » del desviado, procurando con ello « defender a la sociedad » y « convertir al peligroso en un elemento útil » con la disciplina del trabajo. Sin embargo, ni el modo de preparar, discutir y aprobar la ley satisfizo a su progenitor — « esta ley es el ejemplo más típico de que *así* no se puede legislar », se lamentaba Asúa — ni tampoco le convencían los derroteros que estaba tomando su aplicación, pues la ley no imponía el « deber de sentenciar como temible » a todo aquel que entrase en la caracterización de los tipos, sino sólo a aquellos de cuya peligrosidad hubiese prueba fehaciente, ni tampoco permitía, esta vez a juicio de Ruiz Funes, interpretación analógica o extensiva, visto su carácter excepcional. Pero vanos fueron ya los intentos de descargar la norma de su « tinte defensivo de orden público », circunscribiéndola a su « lado científico biológico-jurídico », como estéril resultó la extemporánea petición de Asúa, formulada en la antesala de la guerra, de suspender su aplicación « en tanto se llenan las condiciones mínimas para su adecuado funcionamiento » (124). El correccionalismo humanista ya había puesto en manos del defensismo retribucionista un poderoso instrumento de control y represión (125).

Los peores pronósticos pronto se vieron confirmados. El triunfo electoral del derechismo se tradujo en « la creencia de que la ley de Vagos [era] una especie de complemento de la de Orden Público » (126). De poco valieron los esfuerzos de la fiscalía de la República por precisar las evanescentes descripciones de peligrosidad con el fin de conciliar « la defensa de la colectividad » y el « respeto debido a las libertades ciudadanas » (Cir. 12 marzo 1934).

(124) Sobre la petición de Asúa daba noticia ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal* cit. (n. 122), pp. 202-203.

(125) Y así lo agradecía su exponente más terrible, Federico CASTEJÓN, *El proyecto Pinies de profilaxis social (maleantes) de 1922 y la Ley relativa a Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933*, en « RGLJ » CLVIII (1933), pp. 214-254 y 435-454. Se ponía así de relieve un fenómeno de carácter general, pues la intensificación del poder estatal impulsada por la socialización democrática y el intervencionismo hubo de rendir provecho a los autoritarismos posteriores.

(126) ALCALA-ZAMORA CASTILLO, *El sistema procesal* cit. (n. 122), p. 203 n. 9.

A frustrar este intento de excluir del tipo de vagancia a los afectados por el « paro forzoso », de distinguir entre el jugador y quien viviese de juegos prohibidos o de sustraer de la figura de mendicidad a los obligados a ella por falta de protección social vino el reglamento sobre vagos y maleantes, norma de rango inferior que alteraba sensiblemente el contenido de la ley ampliando el sentido de los estados peligrosos e incluyendo una cláusula final que permitía la interpretación analógica (art. 1. G. D. 3 mayo 1935). Inútil resultó igualmente la reforma planteada antes de la guerra para delimitar de manera « inequívoca las categorías de sujetos peligrosos » y organizar « una Magistratura especial »⁽¹²⁷⁾, como tampoco tuvo trascendencia la tardía revisión de las sentencias sancionatorias, ordenada ya durante la contienda, con el fin de anular aquellas que tuviesen fundamentación política (D. 25 agosto 1936). Las bases para la represión de la peligrosidad social durante el franquismo estaban firmemente colocadas.

Si a nivel normativo los planes de Asúa y Ruiz Funes fueron visiblemente alterados, en el más decisivo plano de las prácticas se vieron completamente frustrados. Existía una inercia de décadas que confirió a la ley de vagos un valor muy preciso: supuso, en concreto, la confirmación judicial de los arrestos supletorios, ahora sustituidos por encierros más duraderos que nunca cumplieron su fin reeducativo y por penas complementarias como el destierro. Los arrestos gubernativos estaban a la orden del día meses antes de la entrada en vigor de la nueva legislación sobre vagancia. Tomemos el ejemplo de Emiliano Jiménez García, acusado de penetrar en una finca de la que sustrajo catorce kilos de « espigas de trigo ». Reconocido por la autoridad policial como « delincuente habitual contra la propiedad », carente de domicilio y profesión, se ordenó el 29 de junio de 1933 su ingreso en prisión « para que extinga un arresto de quince días en defecto de una multa que, *por faltas a la moral*, le ha sido impuesta ». Así rezaba el formulario que el policía de turno hubo de rellenar con los solos datos del encartado y la fecha. Era, por tanto, una práctica rutinaria consistente, sobre todo, en castigar de una forma expeditiva faltas o delitos menores contra la propiedad, sin

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 202-203.

necesidad de acudir a los tribunales de justicia y, por supuesto, sin concesión de garantía procedimental alguna al insolvente arrestado.

Si esto acontecía en vísperas de la nueva legislación, de gran interés resultan las alteraciones producidas una vez vigente todo el marco legal sobre el particular, reglamento incluido. El cambio verificado, en sustancia, consistió en lo siguiente: de arrestarlo directamente por quincenas, las autoridades policiales pasaron a poner al « presunto peligroso » a disposición del improvisado juzgado de vagos ⁽¹²⁸⁾ facilitando los antecedentes del sujeto y realizando las oportunas acusaciones; y el juez, después de certificada por un forense la capacidad física para trabajar del procesado, y una vez oído el fiscal, emitía sentencia sobre la base de los « hechos probados » principalmente por la autoridad policial. Corroboremos esta impresión con un ejemplo paradigmático. Ildefonso Bellón Gómez, apodado *El Titón* y arrestado en varias ocasiones por hurto y tentativa de robo, resulta detenido en agosto de 1935 por jugar a los dados en un establecimiento clandestino. A petición del juez de instrucción, la Dirección General de Seguridad emite un informe sobre su « modo habitual de vivir » en el que se sostiene su « mala conducta », se indican sus « antecedentes por hurto, robo, uso de nombre supuesto y juegos prohibidos » y se dice ignorar sus « medios de vida ». Renunciando el encartado a proponer pruebas, limitándose el fiscal a pedir mecánicamente la aplicación de algunas medidas de seguridad y declarando el juez « el exíguo crédito que en principio merecen las manifestaciones del inculcado », en menos de quince días Bellón Gómez fue declarado peligroso por « su inclinación al delito patentemente demostrada por la comisión reiterada de contravenciones punibles » y, en consecuencia, fue condenado a internamiento en un centro de trabajo de uno a tres años, a no residir en Madrid una vez trascurrido el encierro y a ser vigilado durante tres años ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁸⁾ En la caja AGA 43/4125 se contiene el concurso para la provisión del personal del juzgado madrileño de vagos. Ganó un juez municipal carente de esas competencias antropológicas y criminológicas que según los positivistas habían de adornar al juez del derecho penal preventivo.

⁽¹²⁹⁾ Tanto este expediente como el anteriormente citado se encuentran en caja AGA 43/4124, de expedientes de peligrosidad del juzgado de instrucción número 5 de Madrid, « especial para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes ». La mención de

Castigo automático de faltas y delitos contra la propiedad, rápida segregación de los alcohólicos crónicos, declaraciones de peligrosidad sin la más mínima disquisición antropológica ni el menor análisis criminológico o psicológico, con la sola apoyatura de informes policiales y hasta de alcaldes, falta consiguiente de individualización de la pena, evitación anticipada de cualquier forma de reincidencia, prolongación judicial ratificadora de las prácticas gubernativas, consecuente encierro masivo de sus víctimas, los llamados « quinceneros », y, en definitiva, limpieza automatizada de las calles de todos sus elementos marginales. Todo esto supuso, o comenzó a suponer, la puesta en planta de la jurisdicción de vagos y maleantes, una buena muestra de la distancia radical e insalvable que puede abrirse entre pensamiento jurídico y práctica institucional. Pero si republicanos conservadores y demócratas, burgueses progresistas y hasta socialistas democráticos consintieron tamaño engendro porque, en el fondo, daban por desperdiciadas para la sociedad las vidas de los pobladores desclasados del hampa, las circunstancias no pudieron sino empeorar con la entrada de un régimen, el franquista, que encontró a este respecto el terreno bien labrado.

Con el cambio político vinieron novedades culturales y normativas y se verificó una continuidad, compleja y expansiva, en lo

algunos expedientes más, todos contenidos en la misma caja, acaso pueda consolidar la convicción formulada a continuación. Detenido por « sospechoso » en 1935, Damián Gil Martín quien significativamente alegaba « no cometer delitos contra la propiedad » fue declarado « ebrio habitual » e internado en « casa de templanza por tiempo indeterminado » por dormir « una borrachera » en un parque. Luis Quevedo de Mingo, alias *Luis el Loco*, encerrado en un centro de trabajo por inclinación al delito, confesaba que todos sus « amigos [eran] quinceneros, gente conocida por la policía por tener antecedentes ». El caso del joven Antonio Gamó Méndez es realmente escandaloso. Con catorce arrestos gubernativos a sus espaldas con tan solo veintidós años, presentó como pruebas los testimonios de su cónyuge y su patrón. Mientras la primera aseguraba que su marido se había enmendado, abandonando las malas compañías, el segundo certificaba que se encontraba a su servicio como vendedor ambulante desde hacía catorce meses. El juez declaró probado que no contaba con « medios de vida » porque no había demostrado tener « trabajo fijo », lo cual le condujo a un establecimiento de trabajo al menos durante un año. En sólo una ocasión he encontrado un pliego de descargo suscrito por la defensa, concretamente el del procurador de José Charfole Díaz, quien había ya padecido nada menos que cincuenta y dos arrestos supletorios. En él se denunciaba la « cómoda vaguedad del parte policíaco » sobre el que se basaría el juez y la injusticia de castigar con nuevas medidas de seguridad delitos pasados contra la propiedad ya penados.

concerniente a la praxis judicial. La novedad cultural fue, sino la irrupción, sí al menos la intensa propagación de un determinado discurso médico y psiquiátrico, distante ya de la cosmovisión experimental y condescendiente del positivismo antropológico de fin de siglo. Los médicos forenses y los doctores carcelarios, habituales en las recién creadas revistas de *Medicina legal* y de *Estudios Penitenciarios*, adoptaban ya un tono claramente estigmatizador e inculpatario. La intervención facultativa en los procesos de vagos y maleantes — tres cuartas partes de los cuales terminaban con internamiento en centro de trabajo — se limitaba, como bien sabían sus protagonistas, a verificar «la aptitud física para el trabajo» del sujeto declarado peligroso, correspondiendo al juez el señalamiento de «los elementos de temibilidad». Sin embargo, no por ello dejaban de postularse como piezas indispensables de todo el engranaje, dada su competencia para detectar las pruebas inculpatorias del alcoholismo y la toxicomanía, de la corrupción de menores o del proxenetismo ⁽¹³⁰⁾. Ínfima en el plano procesal, su intervención se concentraba sobre todo en la legitimación científica del encerramiento de individuos por su sola peligrosidad. Poco importaba que no fueran los peritos mismos quienes certificasen la enfermedad mental del procesado. La función desarrollada por el discurso médico era otra, de índole cultural, consistente en tachar de psicópata a los inadaptados, a quienes entraban en conflicto con «la Familia, la Sociedad y el Estado» ⁽¹³¹⁾. La jurisdicción de vagos, ensalzada por los doctores oficiales del régimen ⁽¹³²⁾, se ocuparía así de «la eliminación profiláctica» de «psicópatas inestables» aquejados de «un psiquismo débil», «lábilis de estado de ánimo» y, sobre todo, faltos «de voluntad» y consistencia frente a las determinaciones insoslayables de la vida, lo que les hace incurrir inevitablemente «en responsabilidad al abstenerse de colaborar en una profesión deter-

⁽¹³⁰⁾ Acisclo FERNÁNDEZ CARRIEDO, *La legislación de Vagos y Maleantes en relación con las funciones Médico-Forenses*, en «RML» VII (1953), pp. 266-281, pp. 269, 271 y 277.

⁽¹³¹⁾ Ángel SERRANO SALAGARAY, *Psiquiatría médico-legal*, «RML» XI (1956), pp. 178-195, p. 188.

⁽¹³²⁾ Vid. las apreciaciones de uno de los más destacados, junto a Vallejo Nágera y Manuel Pérez de Petinto, Antonio PIGA PASCUAL, *Ideas modernas sobre la personalidad en sus relaciones con el derecho* «RML» (1949), pp. 377-401, p. 388.

minada », de modo que resulta muy conveniente su reclusión « en instalaciones adecuadas para devolverlos aptos para el servicio » (133). La cuestión es que en el trazado de este perfil entraban juicios poco científicos: los vagabundos eran considerados « psicópatas desalmados, insinceros, cobardes » dedicados a « negocios inmorales y a toda suerte de actos antisociales »; de ellos, además, era recomendable para calibrar su peligrosidad hacer un reconocimiento de su « comportamiento religioso », para comprobar si el sujeto era « místico, sectario, supersticioso, antirreligioso », y de su « comportamiento político », para detectar si era « independiente, idealista, materialista, revolucionario » (134). Salían así a la luz las claras infiltraciones morales de este pretendido discurso científico, plagado en realidad de prejuicios. Además de expresar el dominio de un sector social a través del saber, reflejaba también el « estado normal » que se intentaba forzosamente imponer con la estigmatización de los anormales, un estado normal encarnado por el buen padre de familia, laborioso, responsable, devoto, planificado y volcado en el cumplimiento de fines productivos, es decir, por el hombre que cumple con una « norma del término medio » que prescribe el trabajo jerárquico y la práctica religiosa como medios de integración y que, por tanto, proscribía a los inadaptados, a los que reclamaban el « derecho a la pereza » y hasta a « aquellos inestables, artistas de todo género, que recorren el mundo » (135). Pero lo relevante es que no se trataba tanto de resocializar al vagabundo, al mendigo y al maleante con arreglo a dicho patrón de conducta, cuanto de apartarlo de la vista para que éste pudiese continuar considerándose vigente y obligatorio.

En cuanto a las novedades legislativas, dejando aparte la crea-

(133) Eran opiniones de José María CODÓN e Ignacio LÓPEZ SAIZ, *Psiquiatría jurídica* cit. (n. 54), pp. 395-397; SERRANO SALAGARAY, *Psiquiatría médico-legal* cit. (n. 131), pp. 188-189; Rodrigo GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos. Estudio psicopatológico*, « RML » III (1948), pp. 304-313, p. 309-312; y Luis AGUIRRE PRADO, *Pícaros, vagos y golfos*, « REP » II (num. 11, febrero 1946), pp. 21-29, p. 29.

(134) GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos* cit. (n. 133), pp. 307 y 309; SANCHEZ MORATE, *El médico-forense* cit. (n. 113), p. 265.

(135) Eran indicaciones, nuevamente, de GONZALEZ LÓPEZ, *Vagabundos* cit. (n. 133), pp. 309 y 312. La alusión a la pereza no es sino una invocación del célebre opúsculo de Paul LAFARGUE, *El derecho a la pereza* (1883), Buenos Aires, 2004.

ción, con fines de control social, del Registro Central de Vagos y Maleantes (O. 24 febrero 1937), pueden éstas ordenarse según afectasen a la ampliación de los estados peligrosos o bien a la regulación del procedimiento. En relación a la parte sustantiva, hubo tres modificaciones de interés y, por último, una sustitución global. La primera de ellas, por efecto de la escasez de la posguerra, incluía entre los casos de peligrosidad sin delito a los especuladores que sustrajesen « de la lícita circulación mercaderías y otros artículos de comercio » (L. 4 mayo 1948). La segunda, demostrando otra vez que la defensa social degeneraba fácilmente en defensa política, añadía el caso de quienes « con su conducta perturben o pongan en peligro la paz social y la tranquilidad pública » (L. 15 julio 1954). Y la tercera incluía el tipo del « gamberrismo » y los actos vandálicos, mal que, según la motivación legal, podía atajarse mejor con « el arma eficaz y flexible de la Ley de Vagos » que con el libro tercero del código dedicado a las faltas (L. 24 abril 1958). El relevo lo tomó la llamada *ley de peligrosidad y rehabilitación social*, de 4 de agosto de 1970, encaminada, según el legislador franquista, a permitir « la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la personalidad biopsicopatológica del presunto peligroso », reconociendo implícitamente que tal conocimiento no había llegado nunca a darse en casi cuarenta años de vigencia de la anterior ley de vagos. Entre las incorporaciones a los estados peligrosos figuraban la exhibición de material pornográfico, el tráfico de drogas, la « predisposición delictiva » mostrada por la pertenencia a « bandas o pandillas » y la perversión moral en « menores de veintiún años abandonados ». El régimen de la peligrosidad social se extendía además a los « enfermos y deficientes mentales que por su abandono o carencia de tratamiento signifiquen un riesgo para la comunidad ». Y como muestra de la continuidad de ciertas prácticas más represivas que preventivas, se incluía, entre las medidas de seguridad, el « arresto de fines de semana » ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁶⁾ Sobre esta ley, que cierra cronológicamente el presente estudio, vid. Agustín Jorge BARRERO, *Las medidas de seguridad en el derecho español (Estudio doctrinal y jurisprudencial de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social)*, Madrid, 1976 y, ya en tiempo constitucional y con la ley aún parcialmente vigente, Juan TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.

En lo relativo a materia procesal, la alteración principal consistió en la creación de juzgados especiales, empezando por dos de jurisdicción pluriprovincial ubicados en Madrid y Barcelona y extendidos poco a poco por todo el territorio nacional. Destinando específicamente a jueces, fiscales, secretarios y funcionarios de policía y de justicia para la resolución de las causas de vagos y maleantes, se esperaba facilitar el « estudio cuidadoso y atento de la persona y de su conducta », o sea, la consecución del principio legitimador de toda la jurisdicción de peligrosidad social que, en cambio, nunca llegó a cumplirse por entero (L. 24 abril 1958). Junto al establecimiento de esta planta judicial de excepción, se introdujeron además ciertas revisiones en el procedimiento, principalmente la adjudicación al ministerio fiscal de competencias instructoras, aun correspondiendo al juez en exclusiva la formación del expediente.

¿Qué sucedía en la práctica? En primer lugar, la persistencia de los arrestos ordenados por las jefaturas de policía sin intermediación judicial y por infracciones contra la propiedad ⁽¹³⁷⁾. Como confirmación legal de esta práctica se aprobó una nueva disposición que autorizaba los arrestos sustitutorios, « de uno a treinta días », por impago de multas impuestas por infracciones contra el orden público (L. 17 julio 1948), esto es, por cualquier alteración material « de la paz pública » (art. 3.6, LOP33, recurriendo a la analogía). De este modo, convivían dos instrumentos represivos para un mismo fin, el del encarcelamiento supletorio, confirmado ahora judicialmente e impulsado por los penalistas más reaccionarios ⁽¹³⁸⁾, y la aplicación de las medidas de seguridad por parte de los juzgados de vagos. En relación al funcionamiento de esta segunda herramienta, puede apreciarse una evidente continuidad en su función característica, a saber, la defensa de la propiedad privada frente a los numerosos ilícitos menores que perturbaban su disfrute. Desde luego, era ya opinión unánime que el sistema vigente sólo cumplía

⁽¹³⁷⁾ Cf., por ejemplo, la ficha policial de Nicasio Domínguez Palacios, encarcelado en noviembre de 1943 por sustraer mantas y harina de un cortijo, en caja AGA 10674.

⁽¹³⁸⁾ Federico CASTEJON, *Anteproyecto de un Código de Policía*, en « ADP » III/III (1950), pp. 491-518, quien proponía el enjuiciamiento sumario por « tribunales de policía » de todas las faltas, incluidas « faltas contra la religión », « contra la moral » y « contra el orden público ».

uno de sus fines, « el eliminativo », pero en absoluto alcanzaba el otro, « el corrector », debido a « la carencia de establecimientos de tutela y reforma » (139). Ahora bien, el objetivo cumplido, el de apartamiento e inocuización del sujeto peligroso, era conseguido de modo sistemático y, valga la expresión, kafkiano.

El procedimiento, muy mecanizado, solía comenzar a instancia de la policía o de la guardia civil. No pocos son los casos en que éstas solicitaban al juez el examen de la peligrosidad de un sujeto detenido con motivo de una tentativa de robo, acción que en realidad habría de inscribirse en el proceso criminal ordinario. Una vez concluido el juicio y dictada sentencia normalmente sobre la base de las acusaciones policiales, el procesado era habitualmente internado por un plazo indeterminado, no mayor de tres años, tras el cual había de cumplir la segunda medida de seguridad, consistente en la prohibición de residir en la ciudad de origen y en la obligación de comunicar el nuevo domicilio. Ante la manifiesta imposibilidad de cambiar de residencia, una buena proporción de los encartados resultaban de nuevo detenidos y acusados por quebrantamiento de la medida de seguridad, lo que suponía una revisión del expediente y la renovada imposición del internamiento en centro de trabajo, colonia agrícola o establecimiento de custodia. *La ley de vagos, destinada en principio a terminar con la vagancia, condenaba irremisiblemente a ella*, asegurando de forma deliberada el encierro prolongado de multitud de sujetos marginales (140).

II. *El enemigo sexual: prostitutas e 'invertidos'*.

Si los vagos y maleantes se caracterizaban por su inadaptación al presunto modo legítimo de vivir en sociedad, siendo refractarios al

(139) Antonio SABATER TOMAS, *Gamberros, homosexuales, vagos y maleantes*, Barcelona, 1962, p. 37.

(140) Baso mis apreciaciones en la consulta de expedientes de peligrosidad social, concretamente evacuados por el juzgado de apelación emplazado en Madrid y depositados entre otras, en cajas AGA, 41/4649 y 41/4724. Basten dos ejemplos: José Potente Rodríguez, declarado peligroso por ser « delincuente habitual contra la propiedad », fue sentenciado por primera vez en 1945 y encadenó sucesivos internamientos hasta 1968. Salvador Jiménez Cobos, « vago y delincuente habitual contra la propiedad » según el informe policial, tuvo la misma suerte desde 1948, cuando sumaba diecisiete años, a 1962.

trabajo, la constancia y el ejercicio productivo y finalista de la voluntad, las prostitutas y los homosexuales negaban con su comportamiento la supuesta función natural de la sexualidad. Mientras que en un caso se trataba de garantizar por atajos represivos el goce de la propiedad, en el otro importaba velar por la integridad familiar, demostrándose cómo el binomio liberal-conservador de familia patriarcal y propiedad privada volvía a señalar el ámbito de la enemistad.

Para la mentalidad imperante, caracterizada en todo momento por una visión también despolitizada y autoconservadora de la mujer ⁽¹⁴¹⁾, la prostitución no suponía en sí una agresión a la institución familiar, sino incluso una necesaria válvula de escape que le confería estabilidad. Lo temible era que se convirtiese o bien en tráfico de personas o sobre todo en un foco de contagio de enfermedades venéreas. Por eso, durante la Restauración ⁽¹⁴²⁾, la intervención gubernamental en la materia persiguió fundamentalmente dos fines: uno de carácter represivo, persecutor de la trata de blancas, y otro de carácter profiláctico y policíaco, consistente en garantizar la higiene en los burdeles, censar y controlar a las prostitutas y fiscalizar su oficio, considerado al fin y al cabo « una actividad económica ». Regía un modelo « reglamentarista », que sancionaba como faltas el incumplimiento de las « disposiciones sanitarias de Policía » (art. 596.2 CP70) pero no declaraba punible el ejercicio de la prostitución, ni siquiera cuando le dedicó un capítulo en el código penal, enderezado a perseguir los diversos modos de inducción a ella (Cap. III, Tit. X, CP28). Esta situación concluyó transitoriamente en 1935, fecha en que se estatuyó el primer puntal de un modelo « abolicionista » que ya sí dejaba de reconocer la prostitución « como medio lícito de vida » (D. 28 julio),

⁽¹⁴¹⁾ Autoconservadora porque la reducía al « instinto de maternidad » y, por su debilidad y sentimentalismo, la subordinaba al mando masculino. Y despolitizada porque su personalidad « superficial », « quebrable » e « irrealista » la hacía inapta para las responsabilidades políticas. Vid. el representativo estudio pretendidamente médico de Gregorio NIETO, *La personalidad de la mujer*, « RML » IV (1949), pp. 333-340, 455-463.

⁽¹⁴²⁾ Cf. Jean-Louis GUEREÑA, *La prostitución en la España contemporánea*, Madrid, 2003, pp. 205-337.

colocando en consecuencia a las prostitutas bajo la jurisdicción de vagos y maleantes.

La tradicional prevención y represión de la trata de blancas, organizada desde 1902 por un patronato conformado principalmente por damas de la aristocracia y autoridades de la iglesia, el ejército y la administración (vid. RD. 11 julio 1902, RD. 30 mayo 1904 y RD. 15 abril 1909), pasó en la posguerra a englobar también una función de inoculación cultural, al asignar como finalidad al recién fundado « Patronato de la Mujer » la « dignificación moral de la mujer, especialmente de las jóvenes, para impedir su explotación, apartarlas del vicio y educarlas con arreglo a las enseñanzas de la Religión Católica ». Y para tal finalidad los miembros de las juntas provinciales y locales del citado patronato tenían la facultad, entre otras, de adoptar « medidas protectoras en favor de las mujeres que se desenvuelvan en medios nocivos o peligrosos » (arts. 4 y 5, D. 6 noviembre 1941). Si el aspecto preventivo del problema se traducía en la catolización — y reducción a su función doméstica y reproductora — de las mujeres pertenecientes a sectores socioeconómicos desfavorecidos, en el lado represivo esta dimensión cultural no era menor, según demuestra la aprobación de ciertas disposiciones penitenciarias que acompañaban al castigo de proxenetas e inductores (arts. 431.2 y 438.1, CP44) ⁽¹⁴³⁾. Mostrando su ya citada persistencia, el régimen declaraba ineficaces los arrestos quincenales « para reprimir a fondo las faltas relacionadas con la prostitución », todavía previstas en el código franquista (art. 577.2 CP44). En lugar de los « calabozos de detención gubernativa », se crearon al efecto unos establecimientos penitenciarios especiales, colocados bajo la dirección espiritual de unas comunidades religiosas encargadas de ejercer « el apostolado de regeneración de mujeres caídas ». En dichos centros podían ser ingresadas, a propuesta del gobernador civil o del jefe de policía, aquellas « mujeres que reiteradamente cometan infracciones relacionadas con el ejercicio de la prostitución » (arts. 1 y 3, D. 6 noviembre 1941). Permanecía así en pie un sistema « reglamentarista » abrogado finalmente en 1956, por un

⁽¹⁴³⁾ Vid. Asummpta ROURA, *Mujeres para después de una guerra: informes sobre moralidad y prostitución en la posguerra española*, Barcelona, 1998; Mirta NÚÑEZ DIAZ-BALART, *Mujeres caídas: prostitutas legales y clandestinas en el franquismo*, Madrid, 2003.

decreto que, condenándola a la clandestinidad, declaraba la prostitución « tráfico ilícito » y clausuraba todas las casas de citas (DL. 3 marzo, STS 22 mayo 1965), poniendo a las afectadas o bajo la « vigilancia tutelar » del antes mencionado « Patronato de Protección a la Mujer » (O. 23 abril 1956) o bajo la jurisdicción de vagos.

En cuanto al régimen jurídico-penal de los homosexuales, tuvo sus primeras manifestaciones tanto en las faltas graves por ofender « públicamente el pudor con acciones deshonestas » (art. 471.1 CP48, 482.1 CP50) como en el delito de escándalo público por ofensa al « pudor ó buenas costumbres » (art. 456, CP70). Pero mientras tales figuras requerían de la publicidad y tenían un sentido general, la reforma penal de Primo de Rivera sí consideró expresamente como delito, conminándola con « inhabilitación especial para cargos públicos de seis a doce años », la comisión de « actos contrarios al pudor con personas del mismo sexo », fuese realizada con « escándalo » o de un modo habitual (art. 616, CP28). Esta disposición no estuvo vigente más de tres años, tornándose con la República al tipo indeterminado de escándalo público (art. 433.1, CP32), vigente asimismo en el código de 1944 (art. 431.1) y que servía, en efecto, para sancionar « la sodomía » (STS 20 octubre 1948). La punición de la homosexualidad discurría además por la vía de los arrestos gubernativos. Así lo hizo hasta su inclusión expresa entre los estados de peligrosidad contemplados en la ley de vagos ⁽¹⁴⁴⁾. En efecto, invocando la necesaria protección de la « sana moral » y las « buenas costumbres », en 1954 los homosexuales fueron considerados sujetos peligrosos a quienes debía internarse en « Instituciones especiales », segregados en todo caso de los demás reclusos (L. 15 julio). Esta persecución, este *apartheid* destinado a erradicar un fenómeno considerado como perversión moral y como enfermedad mental ⁽¹⁴⁵⁾, continuó aún en 1970, con la nueva ley de

⁽¹⁴⁴⁾ Para este asunto, véase Arturo ARNALTE, *Redada de violetas. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Madrid, 2003 y Nathan BAIDEZ APARICIO, *Vagos, maleantes... y homosexuales. La represión de los homosexuales durante el franquismo*, Barcelona, 2007.

⁽¹⁴⁵⁾ CODÓN, *Psiquiatría jurídica* cit. (n. 54), pp. 384-389, invocando el « Código racista alemán » y su permisión de « la castración o esterilización de los homosexuales », p. 388.

peligrosidad y rehabilitación, cuya mención a la homosexualidad perduró hasta 1978.

4. *Saber y poder en torno al enemigo.*

Las prácticas represivas examinadas hasta ahora tuvieron también cierta resonancia en el saber jurídico-penal, bien en calidad de objeto de análisis, bien como consecuencia posible dentro de una mentalidad hegemónica o bien como aplicación material del poder necesitada de homologación científica. En este sentido, podemos distinguir cuatro declinaciones históricas de la disciplina penal hispana, además de realizar una exclusión relativa ⁽¹⁴⁶⁾. Comencemos por esta última. Existe una generalizada apreciación según la cual, en el campo de la teoría penal, la degradación del delincuente viene causada principalmente por el positivismo y sus bien conocidas consecuencias, principalmente la colocación de la peligrosidad en el lugar de culpabilidad y de la prevención en el puesto de la represión. Aunque cuente con un momento de verdad, en especial para doctrinas como la de Raffaele Garofalo, no puede sin más endosarse tal descalificación a escuelas deterministas que hacían recaer sobre el ambiente social toda la causación del delito (o de la inclinación a cometerlo), pues con tal planteamiento no hacían sino exculpar al criminal (o al sujeto peligroso). Además, Pedro Dorado Montero, exponente hispano de esta tendencia ⁽¹⁴⁷⁾, enfatizó al máximo la dimensión humanista de dichas concepciones, tratando de construir un sistema coherente de derecho penal, heredero del correccionalismo de Karl Röder y basado en la « protección » y « curación » de los desviados. Conceptuado así el delincuente como enfermo necesitado de terapia y como víctima de una organización social inquina, de ningún modo cabe entonces confundirlo con un enemigo de la comunidad, entre otras razones porque fue precisa-

⁽¹⁴⁶⁾ Al estudio de estas corrientes de pensamiento jurídico-penal, con especial atención al lugar que en ellas ocupan las garantías jurídicas, dedico el texto *Penalística y penalistas españoles* cit. (n. 12), a cuyas interpretaciones y bibliografía me remito, dejando ahora lugar tan sólo a la cita de materiales que allí no figuran.

⁽¹⁴⁷⁾ Cf., entre otros textos, alguno significativo a este respecto como DORADO MONTERO, *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, Madrid, 1910, pp. 36-38.

mente Dorado Montero el jurista que con mayor tesón denunció el carácter ideológico, minoritario y artificial de ese orden natural comunitario que los autores ortodoxos pretendían salvaguardar mediante la función punitiva. Otra cosa es que la mayor parte de sus sugerencias sobre la prevención, la peligrosidad y el arbitrio judicial habían por fuerza de prestar sólida base ⁽¹⁴⁸⁾ tanto a una escuela, la ecléctica y defensiva, claramente retributiva, como a una práctica legislativa y gubernamental encaminada, esta vez sí, a la deshumanización de ciertos delincuentes.

La enemistad penal, en cambio, sí tenía plena cabida en la penalística oficial de la Restauración, representada por Luis Silvela y José M^a Valdés Rubio. En ella, el delito fue concebido como un acto en primer término « inmoral » porque la legislación penal, y en general las leyes escritas, eran consideradas como « la expresión de la ley natural » ⁽¹⁴⁹⁾. De este modo, el delincuente no sólo era el sujeto infractor de un precepto, sino también el agresor de un « orden jurídico » trascendente e indisponible. Sólo era cuestión de calibrar la intensidad con que se atacaba dicha « ley objetiva del bien » para que se produjese la tacha de la enemistad. Esta escuela clasicista y devota, minoritaria y casi extinta desde la segunda década del siglo xx, reapareció, radicalizada en su integrista religioso, tras la victoria franquista. Sus autores más representativos, con creencias penales dispares entre sí, fueron el neoclásico Isaías Sánchez Tejerina y los neotomistas José Guallart López de Goicoechea y Manuel Serrano Rodríguez. Atravesada ya por el léxico de la dogmática penal, esta corriente sustituyó en parte las vetustas referencias al orden natural ⁽¹⁵⁰⁾ por el realce de « la antijuridicidad como ele-

⁽¹⁴⁸⁾ « [La pena] no es otra cosa sino un medio de lucha por la tranquilidad de un círculo social determinado », « á la función penal no le interesa absolutamente nada el delito [...] ; lo que principalmente le interesa es el delincuente probable del mañana », en DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, Madrid, vol. 1, 1915, pp. 131, 133 y 243.

⁽¹⁴⁹⁾ Tomo estas expresiones, y las consignadas a continuación, del tratado de VALDES RUBIO, *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1903³, pp. 101, 129 y 151.

⁽¹⁵⁰⁾ Que, de todos modos, se mantenían en pie: cf. SERRANO RODRÍGUEZ, *Bases para un concepto del Derecho penal*, en « REP » I (num. 3, junio 1945), pp. 35-40.

mento del delito » (151), introduciendo por último las teorías subjetivistas y biológicas que servían para descalificar al delincuente como agresor de la comunidad o estigmatizarlo como elemento peligroso (152).

Antes de referirnos a la doctrina española del derecho penal de autor, conviene que nos detengamos en una segunda etapa anterior, la acaparada por el eclecticismo defensorista, que tuvo su momento de gloria durante la dictadura de Primo de Rivera y su expresión normativa más elocuente en el código de 1928. Si bien casi todos los penalistas de principios de siglo se alineaban en esta dirección, sus representantes más visibles y aguerridos fueron Eugenio Cuello Calón, Federico Castejón — traductor de Adolphe Prins en 1912 — y Quintiliano Saldaña. Orientada fundamentalmente por el valor de la seguridad y la eficacia político-criminal, esta tendencia daba entrada a la consideración del enemigo por una triple vía: en primer lugar, al mantener — a veces, como en Castejón, intactas — las categorías del iusnaturalismo legalista, continuaba posibilitando la noción del delincuente como agresor de los valores comunitarios; en segundo lugar, al mantener, sobre todo Saldaña, un concepto pragmático y utilitarista del derecho penal, la eficacia político-criminal siempre se colocaba por encima de los requerimientos garantistas; y en tercer lugar, al recibir gran parte de las indicaciones del positivismo en torno a la peligrosidad, el arbitrio judicial y las medidas de seguridad, pero repudiando expresamente cualquier residuo determinista y exculpatorio, comenzaba a legitimar una praxis punitiva basada en la incriminación apriorística de ciertos sujetos, así desposeídos de derechos y convertidos, pues, en enemigos.

Dejando a un lado la teoría jurídica del delito elaborada por Luis Jiménez de Asúa y sus discípulos, versión hispana de la dogmática penal políticamente connotada por su respeto a las garantías y que hubo de sobrevivir en el exilio, lo que aconteció en la penalística justo después de la guerra civil puede interpretarse

(151) GUALLART, *La antijuridicidad como elemento del delito*, en « Universidad » VII (1931), pp. 601-633 y la correspondiente tesis del carácter subalterno de la tipicidad en GUALLART, *El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito*, en « Estudios Jurídicos » (Ej, en adelante), III (1943), pp. 423-453.

(152) Esta confluencia entre el neoescolasticismo y el derecho penal de autor puede comprobarse en SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y pena*, Santiago, 1945.

como un desdoblamiento de la disciplina en dos sectores diferenciados doctrinalmente pero unificados por su común religiosidad y, sobre todo, por el sometimiento a los dictados del poder. De un lado, encontramos a Cuello y sus discípulos — como Octavio Pérez Vitoria, Antonio Ferrer Sama o José Ortego Costales —, baluartes de un legalismo unidimensional que justificaba la enemistad por el mero hecho de que así lo ordenaban las normas sancionadas por la autoridad ⁽¹⁵³⁾. En realidad, no había una construcción teórica en torno al enemigo sino una mera justificación de la necesidad insoslayable de ciertas leyes represivas de carácter extraordinario, necesidad avalada supuestamente por el arbitraje de similares medidas de excepción en regímenes democráticos extranjeros.

De otro lado se sitúa Juan del Rosal, en cuyas críticas al « derecho penal del hecho » y su concepción comunitarista de la función punitiva sí podemos apreciar una reflexión teórica en torno al fenómeno de la enemistad. Me refiero, en concreto, a la recepción que hizo de la doctrina nacionalsocialista ⁽¹⁵⁴⁾, de su noción del delito como lesión de « un bien del Derecho objetivo de la comunidad popular, y no de un derecho subjetivo », y, en especial, de su concepción del tipo, no como descripción de una conducta reprobada, sino como criminalización del modo de ser y comportarse del autor ⁽¹⁵⁵⁾. La condición de posibilidad de la enemistad penal se hacía por otra parte bien patente en el ideario de Del Rosal, convencido de que con la guerra se había salvado, y de ese modo reconstituido, la monolítica comunidad nacional-católica, personificada en el jefe del Estado y necesitada de conveniente proyección legal e indispensable integración judicial ⁽¹⁵⁶⁾. La persecución de la

⁽¹⁵³⁾ Este legalismo acríptico era la seña de identidad de Cuello, autor de escasos vuelos teóricos. Algo bueno tuvo esta tendencia: más que una vocación comparatista, la descripción puntual de las novedades legislativas extranjeras, como la realizada, ya en estos primeros pasos del franquismo, en CUELLO CALÓN, *Desarrollo de la legislación penal a partir del año 1936*, en « Ej » I (1941), pp. 179-249.

⁽¹⁵⁴⁾ DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, en « Boletín de la Universidad de Granada » XIV (1942), pp. 303-342, p. 329.

⁽¹⁵⁵⁾ DEL ROSAL, *Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal*, en Id., *Estudios penales*, Valladolid, 1948, pp. 17-76, pp. 69-71.

⁽¹⁵⁶⁾ « Hay casos en los cuales el sentimiento de la Comunidad jurídica exige un castigo de ellos, y, sin embargo, técnicamente no quedan ajustados a un tipo legal

disidencia mediante leyes de combate, la prevención frente a los sujetos peligrosos, e incluso la delincuencia ordinaria, eran ya de este modo inscritas en un cuadro teóricamente coherente, alérgico a las garantías, del que podía derivarse sin problemas la mácula de la enemistad.

El escenario cambió tras el final de la II Guerra Mundial. Las nuevas asambleas constituyentes europeas, horrorizadas ante la barbarie precedente, extremaron las precauciones y recogieron en las leyes fundamentales las garantías penales, tratando de impedir así la reaparición del derecho penal del enemigo. La respuesta de la penalística española ante tal mutación consistió en alegar el mantenimiento del principio de legalidad en el código y el carácter extraordinario y transitorio de la « legislación de guerra », así como en adjudicar exclusivamente el autoritarismo penal a « los países de organización comunista » e, incluso, a la jurisprudencia de Nuremberg ⁽¹⁵⁷⁾. También supuso la reunificación sincrética de los dos sectores escindidos, aquel concentrado en el imperativo de la norma estatal y aquel otro ocupado en destacar la necesaria dimensión comunitaria y subjetiva de la regulación penal, dimensión sancionada ya por un floreciente saber médico y psiquiátrico ⁽¹⁵⁸⁾. Esta

determinado. En este caso [ha de recurrirse a] la integración ética del Derecho [...] para que todo delito sufra una pena », en DEL ROSAL, *Nuevo sentido del Derecho penal*, Valladolid, 1942, pp. 210-218. Sobre el valor del arbitrio judicial bajo el totalitarismo, vid. la esclarecedora indicación de Pietro COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, en « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 1-39, p. 19.

⁽¹⁵⁷⁾ CUELLO CALÓN, *Las normas penales de las modernas constituciones*, en « ADP » IV/I (1951), pp. 28-42, pp. 32-33 y 39.

⁽¹⁵⁸⁾ « Sin el derecho penal de autor retrocederíamos más de veinte siglos hacia la barbarie », indicaban José María CODÓN e Ignacio LOPEZ SAIZ en su célebre tratado *Psiquiatría jurídica penal y civil* cit. (n. 54), p. 22, con prólogo, no casualmente, de Juan del Rosal. Vid. asimismo Misael BAÑUELOS GARCÍA, *Personalidad y carácter: un estudio crítico*, Madrid, 1942 y Manuel PÉREZ DE PETINTO Y BERTOMEU, *Desarrollo del concepto psico-físico de la personalidad*, en « Revista de Medicina Legal » (RML) III (1948), pp. 19-40). Como ya se ha indicado, es evidente que por entonces pretendían pasarse por verdades médicas lo que no eran sino apegos doctrinales (« Las ideas de la Escolástica sobre la personalidad son hoy las más unánimemente admitidas por científicos de todo el mundo », CODÓN, p. 31) o prejuicios morales (« para calificar la personalidad individual [se] precisa conocer lo que ésta hace y si las orientaciones son justas y honorables », PÉREZ DE PETINTO, *Desarrollo*, p. 38). Este sustento médico del subjetivismo penal dio ocasión a un interesante cruce disciplinar (CASTEJÓN, *Misión del médico legista*

fusión quedaba simbolizada en la dirección compartida del órgano de la asignatura, el *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, asumida por Cuello Calón y Del Rosal. Con ella se reeditaba el anterior defensismo ecléctico y « expiatorio », que sin renunciar al legalismo — extraconstitucional y material — concedía suma importancia al estudio de « la persona del delincuente », estudio ya desligado del naturalismo positivista y útil sobre todo para legitimar la represión de la peligrosidad. Dicha confluencia fue — y continua siendo — ocasión para apreciar atenuaciones miserables, como la de Del Rosal, quien ya acusaba de romántico radicalismo e insoportable vaguedad a la doctrina nazi que antes había secundado ⁽¹⁵⁹⁾. Su conversión se amparaba en el intento de convertir la ciencia penal — y el pensamiento en general — en una teorización acrítica de lo existente, ya fuese una legislación penal desbordada cuanto pretendidamente normalizada. Lo cual no venía a demostrar sino la continua sumisión de la penalística al poder ⁽¹⁶⁰⁾, que en sus previsiones efectivas contemplaba influencias legalistas así como numerosas referencias subjetivas. Hubo que esperar hasta los años sesenta para que, alrededor de la cátedra salmantina de José Antón Oneca, comenzase a resurgir una penalística de vocación ciudadana que inmunizase a los sucesivos juristas de referencias brutales a la enemistad.

Además de inspirar el saber jurídico-penal, la lógica de la enemistad configuraba — y configura — de un determinado modo

en el jurado técnico, en « EJ » III (1943), pp. 411-421 y PÉREZ DE PETINTO, *La contribución de la psiquiatría a la profilaxis social del delito*, Madrid, 1950) y no fue sólo cosa de la posguerra: « se trata de perseguir, juzgar y tratar, no unas violaciones de la ley criminal, sino unos hechos y unos hombres criminales [...] con sus tendencias, sus taras, sus caracteres », Jean GRAVEN, *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, en « ADP » XIX/III (1966), pp. 343-386.

⁽¹⁵⁹⁾ DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949, pp. 51 ss., 71 y 80-82, prefiriendo un « Derecho penal voluntarista », tampoco necesitado de « daño efectivo », en lugar del « Derecho penal de autor », aunque manteniendo su inclinación por « lo tipos normativos », la subsiguiente « concepción más sustancial que formal del delito » y la consideración legal de « la personalidad » del « agente ».

⁽¹⁶⁰⁾ Ya fuese porque inspiraba al legislador, como ocurre en CASTEJÓN, *Hacia un Código penal subjetivo*, en « EJ » IV (1944), pp. 3-128, o ya fuese porque lo secundaba, DEL ROSAL, *La personalidad* cit. (n. 159), p. 63.

el ejercicio del poder. A mi juicio, es un modo fundado, al menos, en dos oposiciones conceptuales: la que distingue lo *normal* de lo *patológico* ⁽¹⁶¹⁾ y la que confronta el *pueblo* y la *población* ⁽¹⁶²⁾. La construcción social de la enemistad como patología a extirpar requiere, como hemos apreciado, una previa fabricación, también social y polémica, de la normalidad que se intenta preservar. Precisamente en este punto entran en juego los saberes científicos o las mismas doctrinas religiosas, con la finalidad de validar los presuntos atributos de la normalidad. Se trata, por tanto, de elaborar un « estado normal » desprovisto de existencia fáctica autónoma, caracterizado más bien por su clara proyección normativa, por su adhesión a algún valor subjetivo. Lo singular de esta articulación, de este intento de transformar en normalidad una determinada cosmovisión moral, es el hecho de que la identidad de lo normal no sólo se conforma con anterioridad y en oposición a lo patológico, sino también con posterioridad y de modo reactivo, de forma tal que lo teratológico termina siendo la principal fuente de normalidad, el correlato necesario de su vigor normativo. O dicho en términos menos abstractos: la existencia del enemigo no niega tanto la normalidad, sino que más bien resulta un factor imprescindible para consolidarla y universalizarla en cuanto patrón natural. Más llamativa aún resulta la circunstancia de que, en el caso de la persecución penal de los enemigos, antes que una pacífica y científica construcción de la normalidad social, hemos contemplado su implantación mediante el recurso constante a la excepcionalidad. Dada la intensidad, extensión y frecuencia de este tipo de defensa social durante nuestro período, el derecho penal del enemigo puede ser considerado en consecuencia un instrumento privilegiado para la imposición por medios excepcionales (anormales) de la normalidad.

Esta instauración forzosa basaba su legitimidad, según se ha visto, en la distinción entre el interés de la comunidad y los intereses

⁽¹⁶¹⁾ Vid. Georges CANGUILHEM, *Lo normal y lo patológico* (1966), Buenos Aires-Madrid, 2005, pp. 19, 28 y 33 y Michel FOUCAULT, *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*, Madrid, 2001.

⁽¹⁶²⁾ Distinción, por cierto, que también forma la base del conjunto de prácticas gubernamentales identificadas bajo la rúbrica de la *biopolítica*. Cf. Michel FOUCAULT, *Seguridad. Territorio. Población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, Madrid, 2008, pp. 54-56.

particulares, entre la salud de la población y la potencial carga disolvente, o la mera entidad funcional, del pueblo. Garantizar la subsistencia del conjunto aun frente a la libertad de sus miembros, tal fue, y sigue siendo, el pretexto de la represión penal del enemigo. En nuestro caso, supone una clara persistencia, en el interior del régimen liberal, de los planteamientos de la *raison d'État*, del recurso al « estado de necesidad » para conservar el Estado, de la vulneración excepcional — aunque crónica — de derechos naturales con el fin de proteger la estructura institucional que supuestamente posibilita la convivencia ⁽¹⁶³⁾. Pero también implica una variante propia del « arte liberal de gobernar », inspirado, por encima de cualquier otro principio, en el de la autoconservación, y caracterizado, en consecuencia, tanto por su afán de promover ciertas libertades funcionales a la supervivencia cuanto por la obligación de asegurarlas a través de la violencia. La modalidad represiva que hemos examinado podría, pues, entenderse como un devenir posible de la gobernación liberal distinguido porque « el temor al peligro » y el valor de la seguridad alcanzan indiscutible preponderancia ⁽¹⁶⁴⁾, hasta el mismo límite en que una política inicialmente pensada para proteger y fomentar la vida se transmuta en *tanatopolítica* ⁽¹⁶⁵⁾.

Si la defensa de derechos naturales, inherentes a vida humana misma, puede implicar el sacrificio de sujetos particulares, ¿cómo se resuelve la paradoja? Desde luego, por más que quieran proscribirse argumentos de este tipo, porque tales derechos ni eran universales ni tampoco se pretendió nunca que lo fueran, con lo que eran perfectamente compatibles con la exclusión de los seres ya previamente deshumanizados. Pero además, porque con el uso exclusivo y monopolista de la violencia estatal contra las violencias individuales no se intentaba tanto garantizar ciertos « fines naturales », cuanto « salvaguardar el derecho mismo » ⁽¹⁶⁶⁾, proteger el ordenamiento frente

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, p. 252.

⁽¹⁶⁴⁾ FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica* cit. (n. 1), pp. 72-75.

⁽¹⁶⁵⁾ Roberto ESPOSITO, *Bios. Biopolítica e filosofía*, Torino, 2004, p. 33-34. Con esta « trágica aporía » de que « la conservación de la vida » pueda conllevar también la producción de muerte no se quiere significar tan sólo, como bien advierte Esposito, la eliminación física de ciertos sujetos, sino también su neutralización política, la defunción civil de los afectos, tendencias y pulsiones que pudieran éstos encarnar.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf. Walter BENJAMIN, *Zur Kritik der Gewalt*, en Id. *Angelus Novus*, Frankfurt

a violencias que podían materializar en un ordenamiento alternativo. Con la persecución del enemigo nos hemos enfrentado así a un ejercicio institucional de la violencia legitimado por entonces conforme a parámetros iusnaturalistas — es decir, como defensa de « fines justos » con medios excepcionales — y que sociológicamente tuvo como propósito afianzar al grupo dominante, pero también consolidar el Estado mismo.

La forma en que se practicaba esta violencia es a la vez compleja y paradójica ⁽¹⁶⁷⁾. O bien el poder se retrotraía al mero « estado de naturaleza », persiguiendo a quienes habitaban en las afueras del orden jurídico establecido, actuando con los mismos medios que el enemigo e incluyendo en el derecho lo previamente proscrito, o bien había de prevenir el desbordamiento de derechos y libertades por él reconocidos, casos, como hemos apreciado, de la policía de prensa o de la represión de la huelga. Y si atendemos a las dos acepciones posibles de la violencia política, como fundadora del orden, o como conservadora de su vigencia ⁽¹⁶⁸⁾, hemos observado también que, pese a presentarse a sí misma como la fuerza indispensable para mantener el derecho establecido, con suma frecuencia, y no solamente con ocasión de las dos dictaduras, resultaba más bien una violencia constituyente, encargada de forjar las bases — discutidas, precarias y carentes de validez espontánea — sobre las que por fin pudiera imperar el dictado de la ley oficial.

No era esta la única función desempeñada por el poder soberano en su persecución de los enemigos. También se trataba tanto de producir a la comunidad misma como de preservar el poder. De constituir a la propia comunidad coagulándola alrededor del enemigo, haciendo coincidir la conservación de la vida colectiva con la sustracción de vidas particulares, entre otras formas, mediante el dispositivo inmunitario de sacrificar víctimas expiatorias ⁽¹⁶⁹⁾. Y de

am Main, 1988, pp. 42-66, pp. 46 y 49, y el comentario de Roberto ESPOSITO, *Immunitas. Protección y negación de la vida* (2002), Buenos Aires, 2005, trad. Luciano Padilla López, pp. 47 y ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Tal y como ponen de relieve Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005, y Roberto Esposito, *Immunitas* cit. (n.), p. 20.

⁽¹⁶⁸⁾ BENJAMIN, *Zur Kritik* cit. (n. 166), p. 53, y las sugestivas indicaciones de Giorgio AGAMBEN, *Homo sacer* cit. (n. 167), pp. 72-76.

⁽¹⁶⁹⁾ ESPOSITO, *Immunitas* cit. (n. 166), pp. 58-60.

consolidar la soberanía, cifrando en ella, como aconteció bajo el franquismo, la garantía indispensable de la integridad comunitaria y concediéndole, como contraprestación necesaria, poder de disposición sobre la vida ⁽¹⁷⁰⁾. Ya sea en un caso como en otro, el horizonte de sentido de esta bárbara práctica penal era siempre — y continua siendo — el de la autoconservación despolitizada, mientras que su modo de operar consistía en convertir el derecho en custodio del orden existente como si éste procediese del « destino » o la naturaleza, como si no derivase de un acto originario, violento y contingente, que el derecho se encargaba a diario de renovar.

Pero si estos eran los caracteres del poder estatal en su lucha abierta contra el enemigo, los rasgos que le asigna la actual doctrina de Jakobs no difieren prácticamente en nada. La aportación del penalista alemán nos facilita, en efecto, una buena muestra de cuáles continúan siendo las premisas culturales, morales y políticas — « liberales a la antigua usanza », según sus palabras — en que germina esta práctica punitiva. Destaca ante todo una concepción de la sociedad como *Gemeinschaft*, esto es, como entidad homogénea, unitaria y ordenada en torno a una intensa identidad religiosa, institucional y nacional ⁽¹⁷¹⁾. De ella se deriva una comprensión de la ciudadanía, o bien como « esfera civil interna », como mera privacidad despolitizada y afectada tan sólo por la lógica de la autoconservación, esto es, del trabajo, la propiedad y el intercambio, o bien como obediencia y « fidelidad al ordenamiento jurídico » ⁽¹⁷²⁾. Para esta mentalidad, el derecho como norma del Estado, o el Estado como poder para imponer coactivamente el derecho, no tendrían el cometido sino, por un lado, de personificar la monolítica identidad social, y por otro,

⁽¹⁷⁰⁾ ESPOSITO, *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (1998), Buenos Aires, 2007, trad. Carlo Rodolfo Molinari, pp. 72-74.

⁽¹⁷¹⁾ « Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental » no puede sino presenciar un auge del *Feindstrafrecht*, a juicio de JAKOBS, *Comentario*, p. 60, citado en nota 14, remitiéndome ahora a las obras que allí figuran.

⁽¹⁷²⁾ Sobre esta concepción jurídico-política de carácter autoritario inherente al derecho penal del enemigo, véase Juan Antonio GARCÍA AMADO, *El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs*, CANCIO MELIÀ, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 887-924. En idéntico sentido, BASTIDA, *Los bárbaros* cit. (n. 15), pp. 288 y 297.

de canalizar el libre desenvolvimiento de las esferas privadas, resolviendo los conflictos que entre ellas surjan. Por eso el fenómeno penal se distingue principalmente, no por la « lesión de un bien jurídico », sino por « la lesión de una norma » estatal, que, en realidad, o regula la interacción subjetiva o traduce al lenguaje jurídico la estructura permanente de la comunidad. De ahí que la imposición de la pena, además de garantizar la vigencia de la norma quebrantada, suponga « la confirmación de la identidad de la sociedad »; de ahí también que el « Derecho penal de ciudadanos » se concentre, no tanto en custodiar y confirmar dicha identidad, cuanto de « optimizar las esferas de libertad ».

Habría entonces que determinar si este fermento cultural escindido entre la identidad comunitaria y la interacción libre de las esferas privadas, desdoblado en una concepción iusprivatista de los derechos y una noción autoritaria del Estado y las normas jurídicas, puede servir de base al Estado democrático y constitucional. En este sentido, resultan más que atendibles las réplicas formuladas por los críticos de Jakobs, porque además de ponernos sobre aviso acerca de la genealogía autoritaria y nacionalsocialista de la esencia del *Feindstrafrecht* ⁽¹⁷³⁾, parten de unos postulados filosófico-políticos ⁽¹⁷⁴⁾ que, a mi juicio, sí son los propios del constitucionalismo democrático. Unas premisas que, en lugar de caracterizar la sociedad como comunidad, lo hacen por su pluralismo irreductible, del que se deriva un entendimiento del Estado como marco inclusivo de convivencia y de las normas como reglas encaminadas al reconocimiento, protección y promoción de los derechos individuales y colectivos « del hombre » sin excepción ⁽¹⁷⁵⁾. Desde esta perspec-

⁽¹⁷³⁾ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el 'Derecho penal del enemigo'*, Buenos Aires, 2008², pp. 69-78.

⁽¹⁷⁴⁾ Bien visibles, incluidas sus consecuencias a continuación mencionadas, en Kai AMBOS, *Derecho penal del enemigo*, en CANCIO MELIA, GÓMEZ-JARA (eds.), *Derecho penal del enemigo I*, cit. (n. 14), pp. 119-161, especialmente pp. 131, 139 y 142; BASTIDA, *Los bárbaros* cit. (n. 15), p. 294-298, de quien líneas más adelante tomamos indicaciones sobre las funciones desempeñadas por la enemistad penal; GARCÍA AMADO, *El obediente* cit. (n. 172), p. 910; y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *De nuevo* cit. (n. 173).

⁽¹⁷⁵⁾ En efecto, del hombre, y no de la « persona » como entidad creada por la ley estatal, como acertadamente denuncia GRACIA MARTÍN, *Sobre la negación de la condición de persona* cit. (n. 16), p. 1077.

tiva, ningún sector de la sociedad puede arrogarse el papel de representante en exclusiva del bien común, el interés general o la identidad colectiva, pues todos ellos son conceptos polémicos cuya unidad sólo puede derivarse, precaria e instantáneamente, de la multiplicidad. En consecuencia, la criminalización de determinadas conductas como propias de enemigos de la sociedad, en vez de como infracciones de preceptos convencionalmente acordados, no supondría sino un medio desplegado por un sector social para « educar *en* la obediencia » y, en definitiva, para neutralizar, o en su caso excluir, a sus oponentes o a sus desechos.

Los principios típicos del liberalismo conservador que mantiene Jakobs y sustentan la enemistad penal chocan, en efecto, con los axiomas culturales indispensables para el mantenimiento del Estado constitucional y democrático, incompatible con la sustracción de los derechos fundamentales a los delincuentes, sean del tipo que sean, e incompatible también con una visión subordinada y funcional de la política, como reproductora de un interés comunitario ahistórico. Llevado a sus últimas consecuencias este aserto nos llevaría también a un inquietante dilema: ¿tiene también el orden constitucional sus propios enemigos?, ¿ha de defenderse, aun con todas las garantías pertinentes, frente a quienes socavan sus cimientos culturales?, ¿no podría resultar que quienes proclaman abiertamente la conveniencia del derecho penal del enemigo puedan ser considerados ellos mismos enemigos del orden democrático y constitucional? Si en el orden político la lógica del constitucionalismo conduce a estos interrogantes, en el orden de la historia parece además que los supuestos teóricos de la enemistad penal resultan empírica y duramente desacreditados, pues, como señalaba Walter Benjamin y hoy recuerda Roberto Esposito, con la inmunización preventiva frente a los enemigos penales y al « devenir » que ellos encarnaban, con el aseguramiento frente a los cambios y los « riesgos futuros », acaso no se estuviese protegiendo la vida sino más bien bloqueando « su irresistible impulso a superarse », su permanente vocación de traspasar su mera condición de « vida biológica » para transformarse en « una vida justa » (176). Parecer, efectivamente, corroborado por la

(176) ESPOSITO, *Immunitas* cit. (n. 166), pp. 49 y 52 y, más recientemente, *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Milano, 2008.

historia y la actualidad, que nos muestran como expresiones naturales de la vida lo que hace sólo décadas eran conductas aberrantes constitutivas de delito.

Para Roberto Martín, por un mundo sin enemigos