El «derecho penal del enemigo»: de la teoría actual a la práctica represiva del «Nuevo Estado» franquista

The «Enemy's Criminal Law»: From current theory to the repressive practice of the Francoist «New State»

Ignacio Tébar Rubio-Manzanares
Universidad de Alicante

Recibido: 17-III-2014
Aceptado: 20-VI-2014

Resumen

El objetivo de este artículo es descartar las críticas de contenido moral que se le han hecho al llamado «Derecho penal del enemigo» por los supuestos lazos con el «decisionismo soberano» de entreguerras. Sin entrar en el debate entre juristas acerca de si es «Derecho» legítimo o no lo es, se va a defender la idoneidad del uso de la categoría jakobsiana para caracterizar el Derecho penal totalitario, en este caso el Derecho penal del primer franquismo. A modo de aproximación, se van a enumerar algunas de las técnicas punitivas de la dictadura desde los elementos que definen hoy al Derecho penal del enemigo, con el objetivo de defender la utilidad del concepto como categoría comparable, no solamente con el presente, sino entre los distintos *-ismos* históricos.

Palabras clave: Derecho penal del enemigo, Represión, Franquismo, Gubernamentalidad.

Abstract

The aim of this paper is to discard the moral content criticism that has been made to the so-called «The Enemy's Criminal Law » given its alleged bonds with the interwar's «Sovereign Decisionism». Rather than entering the debate amongst jurists about whether it is legitimate Law, the suitability of using the jakobsian category will be put forward to characterize totalitarian Criminal Law, in this particular case, early Francoism Criminal law. To start with, some of Franco's dictatorship punitive techniques will be revised beginning with the elements that nowadays define 'the Enemy's Criminal Law in order to defend the usefulness of the concept as a comparable category, not only with today's, but with other historical *-isms*.

Keywords: Enemy's Criminal Law, Repression, Francoism, Government.

Introducción

Las formas semblantes al viejo *hostis* romano han seguido existiendo a lo largo de la historia del Derecho occidental. En el Derecho penal moderno, quizá la principal influencia en ese sentido fueron los planteamientos doctrinales de Von Liszt, con los que se continuó justificando y legitimando el trato a ciertas personas como «enemigos», por su supuesta peligrosidad. Aquella doctrina influyó sobre las legislaciones y prácticas penales del siglo XX, en las que se planteaba la «inocuización» de los «incorregibles», como por ejemplo en el caso español con la famosa Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Pero no fue hasta que esas propuestas penales se encontraron con formas de gobierno totalitarias cuando alcanzaron su expresión más nociva. No es de extrañar que, con la aparición en la actualidad de una justificación doctrinal a la nueva legislación «defensista», se haya vuelto a generar debate entre los juristas. El primero en emplear la expresión «Derecho penal del enemigo» fue el profesor Gunther Jakobs, para defender la necesidad de un Derecho penal distinto del Derecho penal de «ciudadanos» en la «lucha» contra la delincuencia organizada desde el Estado de derecho[1].

La actualización de ese tipo de normas y de teorías ha provocado toda clase de posicionamientos, reflexiones y críticas entre los juristas, pero también puede aportarse algo desde la historiografía. En este artículo se va a tratar de hacer una breve descripción del planteamiento moderno de Jakobs y de las críticas que ha recibido, para incidir sobre las comparaciones con el «decisionismo» jurídico de Carl Schmitt. Se sostiene que, más que una actualización de la idea de «lo político» de Schmitt, en Jakobs puede haber elementos útiles para analizar «retrospectivamente» el Derecho penal de entreguerras, siendo el Derecho penal fascista un «Derecho penal del enemigo» paroxístico, al que se llegó no como resultado de una escalada punitiva de unas democracias a la defensiva, sino de la introducción de una nueva «gubernamentalidad» totalitaria. Por último, se van a señalar las relaciones de los teóricos del Derecho franquistas con las doctrinas de Schmitt y se marcarán las principales leyes con que el «nuevo

1. Cancio Meliá, Manuel, Jakobs, Gunther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003. Según Portilla Contreras, Guillermo, "La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del «enemigo»", en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *El Derecho penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Madrid, Edisofer, 2006, vol. 2, pp. 657-658, ésta es su principal novedad: proporciona un sustento doctrinal que avala la necesidad de dos tipos de derecho. Se suma al Derecho de dos velocidades planteado por Silva Sánchez, Jesús María, en *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.

Estado» franquista se fue dotando de un Derecho penal «de combate» contra sus enemigos.

El «Derecho penal del enemigo»

El concepto planteado por Jakobs en los ochenta ha resurgido con fuerza en el contexto moderno de «gestión de riesgos» de la «era global», sobre todo tras el rearme punitivo que se está registrando en varios países democráticos después del 11-S. Para este autor, el ordenamiento jurídico democrático se fundaría «sobre la base de un *consenso* o *corroboración* social y cognitiva por parte de los ciudadanos»[2]. Los «enemigos» se enfrentarían a ese «consenso», a un ordenamiento en teoría legítimo[3], que giraría alrededor de un «acto comunicativo» entre ciudadanos, y cuyas leyes habrían sido supuestamente otorgadas a sí mismos. «Enemigos» serían por tanto aquellos que quebrasen de una manera continuada la confianza social, codificada en el Derecho. Para apoyar su argumento, cita algunos ejemplos en que esto ya ocurre, como el tratamiento que reciben en la actualidad los delitos de terrorismo, las bandas organizadas o casos de pederastia[4].

Siguiendo con la descripción de esta teoría, uno de los aspectos que más críticas ha generado es que considera que el «enemigo» no puede ser tratado como «persona» en virtud de la extrema gravedad y su incorregibilidad delictiva:

> «Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas»[5].

Concepto polémico, que se explica si se atiende a la idea funcionalista del Derecho penal que tiene el autor. Según su propia «teoría de la prevención general

2. Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo. Prólogo de Günther Jakobs,* Azángaro, Universidad de Huánuco, Editorial Grijley, 2009, p. 192-193. Para exponer los puntos de vista de los autores favorables a las tesis de Jakobs se ha utilizado conscientemente la obra de Polaino-Orts, por considerarse de la mejor síntesis al respecto en castellano.
3. En su favor hay que decir que la excepcionalidad democrática de este modelo pocas veces es respondida por la ciudadanía, cuando no es apoyada por la mayoría, Miró Linares, Fernando, «Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001», en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 87 (2005), p. 211.
4. Jakobs, Gunther, "Derecho penal del ciudadano…", p. 39. En la legislación española actual, habría que añadir otros ámbitos como la violencia de género, delitos contra la seguridad vial, medidas de seguridad o delitos de posesión.
5. *Ibid.*, p. 47.

positiva»[6], el Derecho penal cumple la misión de confirmar el mandato jurídico, por encima de la protección de bienes jurídicos, y busca principalmente el «aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudadores»[7], esto es, la vigencia de la norma, que permita el desarrollo normal de las actividades ciudadanas. Dentro de este esquema, la «persona» es el «ser humano» mediado por la norma y el Derecho[8]. Así, un «individuo» se comporta como «persona» mientras actúa de acuerdo a las «expectativas sociales institucionalizadas en las normas», o dicho en otras palabras: «sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real»[9]. Por poner un ejemplo, lo importante para Jakobs es que si no estamos seguros de que al pasar por una zona de la ciudad no va a sucedernos nada, el derecho a la libertad de movimiento es papel mojado, por lo que es ahí donde debe actuar el Derecho penal, asegurando y actualizando las expectativas «normales». Lo mismo vale para el individuo, que debe asegurar cierta «predictibilidad»[10].

Fuera del estatus de «persona», habría una suerte de degradación en la que se encontrarían los «individuos» –i.e. menores, enfermos mentales, etc.–, a los que se juzgaría menos fiables o capaces y que serían neutralizados mediante la custodia de seguridad. Más allá, se situarían aquellos que a pesar de tener plenas capacidades cognitivas, se apartan conscientemente y de forma profesional o como *modus vivendi* de la norma aprobada por la sociedad, y que por ello salen de la esfera de lo que se concibe como «persona», esto es, los «enemigos»[11]. En definitiva, para dicho autor, lejos de ser siquiera peyorativa, la de «enemigo» es una categoría estrictamente jurídica –y no una definición esencialista, religiosa,

6. Jakobs, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons (2ª edic.), Madrid, 1997.
7. Cerezo Mir, Juan, *Curso de Derecho penal español. Parte General, Vol.1, Introducción*, Madrid, Editorial Tecnos, 2005 (6ª edic.), p. 13.
8. Un «ser humano» pasa de un hipotético «estado natural» al «ser social», esto es, a ser «persona». Tiene un carácter normativo que es equiparable a la dicotomía de los antiguos teóricos liberales, al dividir entre el «hombre» (en un hipotético estado de naturaleza) y el «ciudadano» (regido por relaciones normativas).
9. Cancio Meliá, Manuel, Jakobs, Gunther, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 51.
10. *Ibid.*, pp. 37 y 38.
11. Según Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso,* pp. 174 y ss., esas diferenciaciones son «garantistas», se garantiza el rol social de la «persona» que ocupa una posición dentro de la sociedad, que cumple con unos derechos y unos deberes, pero también del «individuo», quien puede no participar en el contexto social -por ejemplo el menor de edad en ciertos campos del Derecho-, o infringir la norma, pero no hasta niveles que le sitúen en el territorio del «enemigo».

bélica o filosófica–, que parte de la idea del Derecho penal va dirigido a confirmar la norma entre «ciudadanos», aquellos que respetan sus obligaciones y conservan los derechos, aunque puntualmente puedan cometer una desviación. Asegura, por tanto, que no tienden a desaparecer las garantías legales ni los límites a la punición que se marque el Estado de derecho, los «enemigos» no pierden por completo sus derechos civiles, es una «guerra refrenada». Se reconoce en última instancia una relación individuo-Estado en la que la *de-personalización* es parcial, voluntaria[12], temporal, y sólo en ciertos campos del Derecho penal. En cualquier caso, ni los límites ni los criterios para constatar los rasgos del «enemigo» quedan del todo aclarados, ni se ha comprobado la efectividad de estas legislaciones, según sus críticos[13].

En cuanto a las características específicas del «Derecho penal del enemigo», hay que señalar tres elementos definitorios sobre los que establecer comparaciones: en primer lugar, éste se concreta por un amplio adelantamiento de la punibilidad (que alcanza a los actos preparatorios, previos a la lesión del bien jurídico; el hecho futuro, en lugar del habitual punto de referencia en el hecho). En segundo lugar, las penas previstas son «desproporcionadamente» elevadas (penas como medida de contención sin proporción con la lesión realmente inferida). En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas. A estas tres características, sus críticos le añaden una cuarta, a partir de dos precisiones; la primera es que no se dirigen operaciones de combate contra un enemigo reconocible, sino que se «desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados», bajo el influjo de las imágenes de los «enemigos de la sociedad». El objetivo sería lograr el reconocimiento (o legitima-

12. Se puede argumentar que son «potestativos» o voluntarios el pensamiento y los actos del sujeto, pero no el ser tratado como enemigo o el ser excluido, que pertenece en última instancia al legislador. Los defensores del Derecho penal del enemigo contestan a esta objeción que en el ámbito concreto de la juridicidad, sí sería potestativo. Parten de la creencia en una suerte de pacto social por el cual la sociedad se otorga unas leyes para garantizar la seguridad cognitiva que todos los ciudadanos tienen depositada en la norma. El problema es que dicho pacto es «ideal», descargan toda responsabilidad del sistema normativo existente, tanto a nivel político como a nivel penal, y cargan armas contra el autor, sin contemplar el fenómeno delictivo en toda su complejidad. *Cfr*. Diez Ripollés, José Luis, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, (2005), p. 17 y ss. [http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf]

13. Por ejemplo, Muñoz Conde, Francisco, «El nuevo Derecho penal autoritario», en Losano, Mario, Muñoz Conde, Francisco, *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 174 y ss. Las categorías que se emplean además en este tipo de legislaciones suelen ser vacías, con elementos subjetivos y valorativos, que llevan a interpretaciones en ocasiones conspirativas, como ocurre con las «finalidades del terrorismo».

ción) del agente represor mediante la atribución de perversidad del otro, mediante la «demonización». Es decir, junto con el punitivismo, es también un Derecho penal simbólico[14]. En segundo lugar, esta propiedad simbólica abre otro rasgo fundamental; si «el hecho» no es lo que está en la base de la tipificación penal, sino que se añaden otros elementos para caracterizar el autor como perteneciente a la categoría de los enemigos, entones es un Derecho penal *de autor*[15] y se invierte la carga de la prueba. Según esta perspectiva, no se estabilizarían normas, sino que se demonizaría un determinado grupo de infractores[16], al que se intentaría «inocuizar» antes de que haya cometido delito alguno, y por ello dejaría de ser considerado *Derecho* como tal, sino *nuda* fuerza. Polaino-Orts responde a tales acusaciones que aun aceptando que contiene ciertos elementos valorativos del autor, el Derecho penal actual ya reconoce ciertas circunstancias personales para determinar la pena, pero se trata de circunstancias «externamente manifestadas», no lesionándose así el principio del hecho, ni se valora la mera perversidad subjetiva o la desobediencia interna, sino que se acomoda a la «peligrosidad real» que conste en el sujeto[17].

Algunos autores denuncian la lógica de la «perenne emergencia» a la que se van acogiendo los Estados democráticos[18], o la normalización de la «excepcionalidad» como la sanción de un «espacio vacío de derecho»[19]. Todo ello lleva a sus críticos a afirmar que un Derecho penal «del enemigo» sería un oxímoron.

14. Es evidente que todo Derecho penal –y todo Derecho– es en buena medida «simbólico». Cancio Meliá, Manuel, "¿«Derecho penal» del enemigo?", en Cancio Meliá, Manuel, Jakobs, Gunther, *Derecho penal del enemigo*…, p. 65 y ss, hace referencia en un sentido crítico a los excesos del agente político por lanzar con sus medidas mensajes a la población; para aparentar ser «un diligente guardián», «un legislador decidido», etc. No obstante, el «Derecho penal del enemigo» no contiene únicamente consecuencias tranquilizadoras, a través de normas hechas para no ser aplicadas, sino que efectivamente existen procesos de criminalización a través de la aplicación de nuevas normas o por medio del endurecimiento de penas en normas ya existentes: un incremento cuantitativo y cualitativo de la criminalización como criterio político-criminal.
15. Ver la descripción que de los enunciados de Jakobs hace Manuel Cancio Meliá en "La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (Art. 89 CP)" en VV. AA. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, p. 206 y ss.
16. Cancio Meliá, Manuel, "¿«Derecho penal» del enemigo?"…, Madrid, Civitas, 2005, pp. 93-94.
17. «El enemigo en sentido funcionalista no es, en absoluto, un muerto en vida, un *homo sacer* "al que cualquiera puede dar muerte", sino únicamente un delincuente peligroso que es tratado penalmente de acuerdo a las reglas del Estado de Derecho» Polaino-Orts, Miguel, *Lo verdadero y lo falso*…, p. 252, refiriéndose a Portilla Contreras, Guillermo, "La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", en Pérez Álvarez, Fernando (coord.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1401-1403.
18. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*…, pp. 166-167.
19. Agamben, Giorgio, *Homo sacer II. Estado de excepción,* Valencia, Pre-Textos, 2004, p. 38.

Se ha criticado también que la teoría de la «prevención general positiva» sobre la que se cimenta el «Derecho penal del enemigo» de Jakobs, podría ajustarse a «cualquier tipo de sociedad y para la protección de cualquier tipo de normas»[20], incluidas las de una dictadura. Esto se debe a que el Derecho penal según Jakobs no se ocupa en primer lugar de la defensa del bien jurídico, sino que se encarga de actualizar la norma como un acto comunicativo, justificándose la pena dentro de las llamadas teorías relativas sobre la prevención general[21]. Es una crítica que advierte a futuros penalistas y legisladores sobre los posibles excesos «funcionalistas», pero explica también por qué la teoría de Jakobs encajaría perfectamente en el estudio de otros tipos de Derecho penal del pasado: su definición utilitarista del Derecho penal es válida para prácticamente cualquier contexto, del mismo modo que su categoría de «Derecho penal del enemigo» es suficientemente amplia para aplicarse a diferentes periodos históricos.

Teoría del estado de excepción y «Derecho penal del enemigo»

Relacionadas con esa capacidad de aplicarse como categoría válida en el análisis del pasado, algunos de sus críticos apelaron a las leyes y a la doctrina jurídica de los Estados totalitarios, basadas en el combate de «enemigos», para atacar el «Derecho penal del enemigo» jakobsiano y situarlo fuera del Derecho penal de un Estado de derecho. Después de los avances en la extensión de la ciudadanía civil, política y social a toda la población, es lógico percibir su suspensión parcial contra la delincuencia como «concesiones del estado liberal al estado absoluto [*sic*]»[22]. Ese lenguaje bélico de Jakobs se ha utilizado para establecer paralelismos con el Derecho penal del enemigo de los Estados totalitarios, por su presunto carácter «contractualista, schmittiano y estructural-funcionalista»:

> «Han pretendido ofrecer legitimación al violento reingreso de la teoría del estado de excepción schmittiana, del concepto del enemigo injusto y de la guerra justa como manifestación primigenia de un Derecho penal que, de ese modo, se militariza. Se justifica así la acción bélica preventiva que se plantea en

20. Gil Gil, Alicia, «Prevención general positiva y función ético-social del Derecho Penal», en Díez Ripollés, José Luis, *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 11, nota 5.
21. En el «Derecho penal del ciudadano» la función es «comunicativa», respuesta al hecho de una «persona racional», mientras que para el «Derecho penal del enemigo» tiene la función de eliminar un peligro, de combatirlo, no pretende comunicar nada, sino ser «efectiva», se niega por tanto la capacidad de razonar al enemigo.
22. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 13.

> el estado de naturaleza, un escenario en el que todo es válido contra el enemigo. En definitiva, se brinda la cobertura perfecta al reingreso del decisionismo soberano»[23].

Sin embargo, no está de más señalar las diferencias entre la noción de Jakobs y la de los autores fascistas de entreguerras. Efectivamente, el «Derecho penal del enemigo» reintegra una peligrosa retórica bélica en el interior del Derecho penal moderno, pero la confusión es en buena medida semántica, debido al uso de los conceptos polémicos de «enemigo» y de «persona» por parte de Jakobs. En cuanto a las acusaciones de «decisionismo», o de «schmittiano», caen en el anacronismo. Si acudimos a Carl Schmitt, principal autor que dio un sustento doctrinal al tratamiento penal del «enemigo» en la época, las diferencias son evidentes. Schmitt, cuyos objetivos superaban ampliamente la teoría del Derecho penal, trató de dar toda una nueva justificación del Estado contraria al liberalismo y la que consideraba una democracia «procedimental», en su conocido enfrentamiento con Hans Kelsen.

Para Schmitt, la neutralidad presupuesta en un Estado de derecho hacia su ciudadanía, paralela a una mayor intervención del Estado en la vida cotidiana, eran una contradicción insalvable, propia de un sistema pluralista y de una Constitución aprobada por puro compromiso, que llevaban al desorden y la desintegración del propio Estado. En un contexto de inestabilidad política, el expropagandista católico apeló a la eliminación de la pluralidad en una única política constituyente. Para ello, trató de encontrar la fundamentación del Estado, y consideró que ésta debía hallarse en la esencia de lo político: la «decisión» constitutiva del soberano. Si el criterio para definir qué es lo político no podía ser «lo estatal», por estar el «Estado» y la «sociedad» interconectados, ni en la simplificación «los partidos políticos», debía de estar en otra vía: constatar cuáles eran las categorías específicamente políticas. Y encontró que tal categoría, fundada sobre la decisión soberana, surge del enfrentamiento «amigo»-«enemigo»[24], previa al propio Estado, tal como sirven los opuestos bello-feo, bueno-malo, útil-dañoso para lo estético, moral o económico respectivamente.

La aparición de una verdadera comunidad «política» se origina según Schmitt del enfrentamiento existencial –vivir o no vivir–, del estado de excepción en que sólo cada uno de las partes puede decidir por sí misma quién es el enemigo que hace peligrar el propio modo de existencia –si bien, añade, en el

23. Portilla Contreras, Guillermo, "La legitimación doctrinal"…, p. 662 y ss.
24. Para una mejor comprensión de este criterio, Schmitt, Carl, *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*, Madrid, Alianza, 1991, ver sobre todo "Corolario II", p. 131 y ss.

plano psicológico es fácil que se añadan otras distinciones del tipo «feo», «inútil» o «malo»–. Son categorías de amistad y enemistad públicas, el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación, entre las que subyace una posibilidad real de eliminación física, de una guerra. La guerra, advierte, no como necesidad cotidiana ni real, ni siquiera, dice, deseable, pero sí es una realidad óntica, hay una posibilidad efectiva, es el *presupuesto* que determina una conducta política. Para ejemplificar la diferencia entre la enemistad pública de la rivalidad privada, recurre a la conocida cita de los evangelios; cuando se dice «amad a vuestros enemigos» se refiere al *inimicus*, al enemigo privado, no al *hostis*, el enemigo político, para el que no es necesaria el odio y la animadversión personal[25]. Mientras el liberalismo es «despolitizante» y sólo percibe rivales parlamentarios o competidores económicos, un verdadero poder soberano no rehúye el enfrentamiento ni la decisión política, la lucha contra el «enemigo».

Únicamente en la guerra, ese agrupamiento político alcanza sus últimas consecuencias: en la intensificación de las hostilidades, aquellos aspectos no políticos, no militares, pueden acabar también entrando en la confrontación política cuando ganan suficientemente fuerza para agrupar en amigos y enemigos, ya que según el jurista alemán la destrucción física de la vida humana sólo puede tener lugar como afirmación de la propia forma de existencia. En otras palabras, lo político puede extraer sus fuerzas de otros sectores (moral, estético, económico, religioso...), surgir y originarse de cada una de estas esferas, hasta lograr un nivel de hostilidad que presuponga la posibilidad de enfrentamiento físico. Sólo entonces alcanza el estatus de político. La llamada «guerra total» acaba por cancelar la distinción entre combatientes y no combatientes, «ámbitos de la realidad de suyo no militares (economía, propaganda, energías psíquicas y morales) se ven involucrados en la confrontación hostil», en una clase de guerras especialmente inhumanas, que degradan al enemigo, ya que el enfrentamiento brota de lo existencial.

Para el totalitarismo nazi, esta visión de lo político como división amigo-enemigo se traducía en la apropiación «total» del Estado por parte del *Volk*, encuadrado en el NSDAP y dirigido por el *Führer*, que aniquilaban al «Estado neutral» de Weimar. La concepción de lo político de Schmitt tuvo también consecuencias en lo penal, y por ejemplo se convirtió en la mejor justificación de las leyes raciales de Núremberg de 15 de septiembre de 1935, al separarse al enemigo «existencial» –en este caso racial–[26] del pueblo alemán. Además,

25. *Ibid.*, p. 53 y ss.
26. Así lo sostiene Zarka, Yves-Charles, *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*, Barcelona, Anthropos, 2007.

contrarios al positivismo jurídico, el delito para los autores fascistas se concibe como «un ataque o puesta en peligro de la norma penal que ordena moralmente a esa comunidad y realizado por una persona que existe y pertenece, por tanto, a esa comunidad, enlazada por la unidad y el destino de su Historia»[27]. Para decidir si un criminal debía recibir un tratamiento penitenciario o la eliminación física, la doctrina desarrolló un sistema que recordaba a los procedimientos disciplinarios para el funcionariado o el ejército, fundado en la creencia en la lealtad debida al Estado y a sus líderes. Este tipo de procedimientos no trataban de determinar la responsabilidad del autor de una falta en particular, sino si el «comportamiento en general» del sancionado le permitía seguir en el círculo de sus colegas. Al extenderlo a la *Volksgemeinschaft*, la justicia se encargaba de discernir si un delincuente debía ser tolerado como parte de la sociedad o si debía ser apartado temporal o permanentemente. Como el propio Carl Scmitt señalaba en su teoría del «Orden concreto», todo ello atravesado por vagas categorías morales como «honor», «lealtad», o «deber»[28]. El propósito del Tribunal era por tanto discernir no ya si el acusado había violado alguna Ley, sino si merecía seguir perteneciendo a la comunidad, el hecho dejaba de ser el principal argumento, para juzgarse al autor[29]. Las viejas teorías ilustradas que convertían en «enemigo» al delincuente se habían radicalizado en una determinada representación –teológica, étnica, racial– de la «comunidad política», en que «el otro» puede convertirse en «enemigo», *hostis*, criminalizado en la Ley positiva o simplemente declarado *hors la loi*, como *homo sacer*[30].

La defensa de la civilización, el orden económico, la cristiandad, la comunidad étnica o del «Estado totalitario» contemplaba la desaparición de la división de poderes en nombre de la decisión soberana y la pérdida de Derechos individuales a discreción del Ejecutivo para combatir a los «enemigos» de la comunidad nacional. El concepto de «enemigo» empleado por el Derecho penal

27. Del Rosal, Juan, "Política y criminalidad", *Revista de Estudios Políticos,* nº 4 (1941), p. 757.
28. Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996 (edic. orig. 1934).
29. Müller, Ingo, *Hitler's Justice. The Courts of the Third Reich*, Londres, Taurus, 1991, p. 77 y ss.
30. En el Derecho romano arcaico, la persona que era declarada *sacer* (sagrado, en el sentido de «puesto aparte») por haber cometido un delito, quedaba fuera de toda protección civil, su vida, familia y propiedades quedaban confiscadas, y podía ser ejecutado con total impunidad por cualquier miembro de la comunidad. En la actualidad, el filósofo italiano Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida,* Valencia, Pre-Textos, 1998, lo ha rescatado para señalar la persistencia de la vida humana como simple «materia», sujeta a la decisión del poder soberano, que condujo al exterminio de masas durante el siglo XX.

totalitario surge de la política como estado de excepción permanente, de una decisión soberana encarnada en el *Führer*, *Duce* o Caudillo. Compararlo con la noción funcionalista de Jakobs, que pretende regular esferas del «estado de excepción» dentro de la normalidad del Estado de derecho, se hace extremadamente complicado. El propio Schmitt consideraba que las normas de excepción dentro de la Constitución de Weimar eran un vano intento por circunscribir casos en que el derecho se suspende a sí mismo ante la puesta en peligro del mismo Estado[31]. Aunque las «técnicas» jurídicas del Derecho penal del enemigo pudieran ser comparables en términos generales (adelantamiento de la punición, relajamiento de garantías, elementos valorativos del sujeto), mientras Jakobs sostiene su Derecho penal «de combate» con el objeto de salvaguardar ciertas esferas de libertad del «ciudadano» –o de lo contrario, advierte «se mezclan los conceptos "guerra" y "proceso penal"»–[32], Schmitt o los penalistas del momento fabricaron un Derecho penal que podía suspenderse en manos del Führer, y que corregía las desviaciones individuales en favor de una forma concreta de ser de la «comunidad», que se situaba en lo trascendente.

La diferencia, pues, más allá del uso de un determinado «juego del lenguaje», es en última instancia de gobernabilidad o *gubernamentalidad*[33]. Conocida también como *racionalidad de gobierno* o *arte de gobierno*, la gubernamentalidad define un modo o sistema de pensamiento acerca de la naturaleza y la práctica del gobierno, en el sentido amplio de conducción de conductas (*quién* puede gobernar, *qué* se entiende por gobernar y *qué* o *quienes* son los gobernados), dentro de cada contexto histórico[34]. Mientras que la «guberna-

31. En su caso además son normas constitucionales, no penales: «¿Dónde toma el derecho esa virtud y cómo es posible lógicamente que una norma tenga validez excepto en un caso concreto que ella misma no puede prever de hecho?». SCHMITT, Carl, *Teología política*, Madrid, Trotta, 2009, p. 26.

32. JAKOBS, Gunther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en CANCIO MELIÁ, Manuel, JAKOBS, Gunther, *Derecho penal…*, p. 42. La crítica a esta postura –«o nosotros o el caos»– es muy evidente.

33. En el sentido de «gubernamentalidad» que le da FOUCAULT, Michel, "La gubernamentalidad", en FOUCAULT, Michel, *et alii*, *Espacios de poder*, Madrid, La Piqueta, 1991, pp. 9-26, y VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, *La invención del racismo*, Madrid, Akal, 2009, pp. 11 y 12.

34. GORDON, Colin, "Governmental rationality: an introduction", en BURCHELL, Graham, GORDON, Colin y MILLER, Peter (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, p. 3 y ss.; VÁZQUEZ GARCÍA, Francisco, *La invención del racismo…,* p. 12. Sin embargo, hay que añadir que en esa serie de preguntas se dio más relevancia al «*cómo*», de clara inspiración nietzscheana, por encima del «*quién*», el problema de la soberanía y del enfoque jurídico tradicional. Estas «precauciones metodológicas» partían de una serie de principios que no se abandonan y que

mentalidad» totalitaria aplica a través del Derecho penal un programa de «disciplinamiento» sobre toda la población, mediante la división bélica «amigo»-«enemigo» o la clasificación por adhesión, consentimiento o enemistad, la «gubernamentalidad» liberal que representa el modelo jakobsiano, trata de sostener y alentar espacios de actuación individual –sirva la metáfora del mercado económico–, neutralizando para ello los riesgos y las amenazas que pueden aparecer desde fuera o en su interior, obviando la creciente criminalización de los «excluidos» desde el punto de vista socioeconómico, pero reconociendo ciertas esferas de libertad de los gobernados. Resulta, pues, un error abandonar el uso nominalista e histórico de las categorías en cada tipo de razón gubernamental, como ocurre también cuando se comparan las políticas natalistas totalitarias con las ayudas a la familia en la política actual o con las del Estado del bienestar de posguerra. Aunque se trate en general de «políticas de ayuda a la natalidad», contienen racionalidades gubernamentales completamente distintas.

Por otro lado, el proyecto totalitario podía entrañar medidas extremas de inocuización del delincuente común, y la prevención/retribución en lo penal no tenía problemas en aniquilar sectores amplios de la población, algo que en las propuestas actuales obviamente es rechazado de pleno, manteniendo la reintegración voluntaria en la ciudadanía del «enemigo». En definitiva, «sólo desnaturalizando uno de los dos conceptos, o los dos al tiempo, pueden buscarse –y menos aun hallarse– semejanzas entrambas nociones»[35]. La exacerbación punitiva, la de-personalización parcial o los usos simbólicos de sujetos «archimalvados», no convierten al «Derecho penal del enemigo» de Jakobs en «decisionista», pues su combate es contra el *inimicus*, no el *hostis*, aunque no esté de más recordar que las estrategias generales de las políticas totalitarias no hicieron más que recombinar y llevar al extremo los mecanismos disciplinarios (y jurídicos) existentes en el Estado liberal[36].

Una teoría del Estado nacionalcatólica

El Derecho penal del franquismo se construyó *ad hoc* en una situación de absoluta excepcionalidad. Desde los primeros asesinatos «en caliente», hasta el pleno

se resumen en la *capilaridad* (el cómo de las instituciones frente al dónde y al cómo fundador de la soberanía), en el análisis ascendente del poder (mecanismos infinitesimales que son utilizados por los mecanismos generales) y en los dispositivos de saber. *Cfr*. FOUCAULT, Michel, *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, Akal, 2003, p. 35 y ss.

35. POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo. Prólogo de Günther Jakobs*, Azángaro, Universidad de Huánuco, Editorial Grijley, 2009, p. 157.
36. FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo*, Madrid, La Piqueta, 1992, pp. 247-273.

funcionamiento de los tribunales militares, pasó un largo periodo de entre seis y ocho meses[37], en que los bandos de declaración del estado de guerra de cada provincia –luego unificados y extendidos al resto de la Península– sirvieron como rudimentos legales para justificar la conquista violenta del poder. La violencia de guerra convivió también con los primeros juicios sumarios que con un mismo fin –administrar la limpieza política en la retaguardia–, se dictaron contra algunas autoridades leales a la IIª República. Este tipo de justicia expeditiva no era nueva para los militares, tampoco el «enemigo» al que se enfrentaban, pero desde aquel momento pudieron aplicarla en todo el territorio y sin las cortapisas de ningún poder civil. El triunfo del Consejo de Guerra frente al *paseo* se enmarca dentro del proceso de centralización y construcción del Nuevo Estado, alrededor del primer Gobierno de Franco y con las primeras decisiones de la Junta Técnica, pero también se ha destacado que la extensión de un aparato judicial castrense vino precipitada en gran medida por el curso de los acontecimientos, como el impacto negativo sobre la opinión pública internacional de matanzas como la de Badajoz[38].

A pesar de algunos intentos por jugar la partida de la legitimidad en el mismo terreno que el gobierno del Frente Popular[39], las fuentes del Derecho y la justificación del Estado franquista tuvieron que convivir con su carácter «decisionista» radical y antidemocrático, apelando al derecho de rebelión cristiano, y según avanzó la guerra, a los delitos cometidos por los republicanos[40].

37. Julià, Santos (coord.), *Víctimas de la Guerra Civil*, Madrid, Temas de Hoy, 1999, p. 171 y ss., que fechan en el mes marzo en el ensayo de Gómez Bravo, Gutmaro, Marco, Jorge, *La obra del miedo. Violencia y sociedad en la España franquista (1936-1950)*, Barcelona, Ediciones Península, 2011, p. 79 si bien, como señalan los estudios locales, continuaron existiendo asesinatos fuera de los consejos sumarísimos, como en Sevilla, Badajoz o Huelva.
38. Y que hubo de ocultarse bajo la cobertura de un supuesto derecho –además de con la posterior elaboración de la Causa General–. Ver Espinosa Maestre, Francisco, *Contra el olvido*, Barcelona, Crítica, 2006, p. 96 y ss. y Sevillano Calero, Francisco, *Rojos. La representación del enemigo en la guerra civil*, Madrid, Alianza, 2007, pp. 43-61.
39. Por ejemplo, la propagandística obra *El Movimiento Nacional ante el Derecho y la Justicia*, Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas, Santander, 1938, que sería un avance de la publicación de la conocida «Comisión Bellón» establecida por Orden del Ministerio del Interior de 21 de diciembre de 1938, encargada supuestamente de «demostrar» algo que ya incluía en su título: «la ilegitimidad de los poderes actuantes en la República Española de 18 de Julio de 1936», y en la que había numerosos miembros que pertenecían a la R.A.C.M.P, *Dictamen de la Comisión sobre ilegitimidad de poderes actuantes el 18 de Julio de 1936*, Barcelona, Ministerio de Gobernación, Ed. Nacional, 1939.
40. Ministerio de Justicia, *Causa General. La dominación roja en España. Avance de la información instruida por el Ministerio Público*, Ministerio de Justicia, 1943, y sus posteriores ediciones.

De ese acto fundador del «nuevo Estado», a partir de la voluntad de quienes tenían fuerza armada para efectuarlo, se derivan una serie de consecuencias primordiales para comprender la construcción del Estado franquista, ya sea el carácter militar de la dictadura, la teoría del Caudillaje, el Decreto de Unificación y el régimen de partido único, o el reparto de poderes de la «coalición reaccionaria»[41]. En ese proceso había que pasar del «Estado campamental» a una maquinaria política permanente, similar a los fascistas, como defendió Serrano Suñer[42].

Es obvio por tanto que el discurso bélico tuvo que representar un aspecto central para explicar su naturaleza. La concepción del «enemigo», elemento fundamental de toda «cultura de guerra»[43], existente desde antes del golpe en las culturas políticas de la extrema derecha, servía como reafirmación de una determinada comunidad (un «nosotros»), y por otro lado en el extrañamiento y separación del enemigo del resto de la comunidad nacional. Consecuentemente, no es de extrañar que las concepciones políticas de Schmitt ejercieran un gran impacto sobre sus coetáneos españoles[44].

---

41. Últimamente, han desarrollado el concepto SÁNCHEZ RECIO, Glicerio, "La coalición reaccionaria y la confrontación política dentro del régimen franquista", en TUSELL, Javier *et alii* (eds.), *Estudios sobre la derecha española contemporánea*, Madrid, UNED, 1993, pp. 551-562 y en *Sobre todos Franco. Coalición Reaccionaria y Grupos Políticos en el Franquismo*, Barcelona, Flor del Viento, 2008; y UGARTE TELLERÍA, Javier, *La nueva Covadonga insurgente. Orígenes sociales y culturales de la sublevación de 1936 en Navarra y País Vasco*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1998. En algunos aspectos resultan paralelas, aunque la concepción de Javier UGARTE TELLERÍA parte de un análisis más «social» y «cultural» que político. Se centra en comportamientos y formas de relación social dentro del universo de significados de la población conservadora a la hora de explicar esa «coalición», también como fenómeno europeo
42. CASANOVA, Julián, *República y guerra civil*, en FONTANA, Josep, VILLARES, Ramón (dirs.), *Historia de España, vol. 8*, Barcelona, Crítica/Marcial Pons, 2007.
43. Definida como «el campo de todas las representaciones de la guerra forjadas por los contemporáneos (…) antes de su estallido y después», en AUDOIN-ROUZEAU, Stéphane y BECKER, Annette, "Violence et consentement: la «culture de guerre» du premier conflit mundial", en RIOUX, Jean-Pierre y SIRINELLI, Jean-François (dirs.): *Pour une historie culturelle*. París, Seuil, 1997, p. 252. En otras publicaciones se precisa más el término, véase *14-18, retrouver la Guerre*. París, Gallimard, 2000. Como balance de la importancia historiográfica de este concepto, SMITH, Leonard V., "The 'Culture de guerre' and French Historiography of the Great War of 1914-1918", *History Compass*, vol. 5, nº 6 (noviembre 2007), pp. 1967-1979 y PROST, Antoine, "La guerre de 1914 n'est pas perdue", *Le Mouvement Social*, nº 199 (2002), pp. 95-102. Se ha de añadir que la distinción entre el «amigo» y el «enemigo» fundamenta y establece los límites de dicha «cultura de guerra», según SEVILLANO CALERO, Francisco, en *Rojos...*, p. 19 y ss.
44. Véase la influencia del pensamiento de Carl Schmitt en los principales juristas del régimen: RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Jesús P., *Filosofía política Luís Legaz Lacambra*, Madrid, Marcial Pons, 1997; sobre Legaz Lacambra y Francisco Javier Conde, LÓPEZ GARCÍA, José Antonio, *Estado y Derecho en el franquismo: el nacional-sindicalismo. Francisco Javier*

Los autores franquistas aceptaron la «militarización» del sentido de la política que supone la división schmittiana: «de un realismo y de una agudeza magníficas (...) aun cuando lamentemos el impudor de su desnudez filosófica (que no la franqueza y sinceridad de la teoría misma)»[45], e incluso apoyaron su pesimismo antropológico como condición *sine qua non* para toda teoría política: las concepciones que presuponen en su base la bondad del hombre son de tipo liberal, y atacan la intervención del Estado en la vida social, con mayor virulencia según su radicalismo, si bien el liberalismo «no fué [*sic*] radical en su crítica al Estado, sino sólo despolitizante»[46].

También sirvió de base teórica para las más importantes obras justificadoras del Estado nacional-sindicalista[47] o para lanzar sus críticas contra el liberalismo jurídico, filosófico y político. Por ejemplo, su mayor discípulo en España, Francisco Javier Conde, rechazaba con Schmitt el positivismo jurídico y acusaba de «fantasmagoría» a su principal representante, Hans Kelsen, por levantar el orbe jurídico en un sistema de normas puras asentado en una norma hipotética. «No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la regularidad normativa»[48]. La cúspide del orden jurídico no es una norma hipotética, sino una «instancia decisoria suprema», soberana, y calcan su análisis del liberalismo, que ocultaba tras *lo stato neutrale ed agnostico* las fuerzas que buscaban despolitizar al *Leviathan*, al Estado[49], fuerzas políticas al fin y al cabo, aunque rehuían el riesgo del mando político, al no reconocer enemigos.

Con todo, como señaló López García, hay que matizar la recepción que los teóricos franquistas hicieron del pensamiento schmittiano. Creían también que en Kelsen lo político «representa algo pecaminoso»[50], pero tampoco había que

---

Conde y Luís Legaz Lacambra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996. De especial interés resulta para este trabajo el artículo del mismo autor "La presencia de Carl Schmitt en España", *Revista de Estudios Políticos*, nº 91 (enero-marzo de 1996), pp. 139-168. Versa sobre el mismo tema la obra de Jiménez Segado, Carmelo, *Contrarrevolución o resistencia. La teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Madrid, Tecnos, 2009.

45. Galán, Eustaquio, "El criterio de lo político", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* t. 1, nº 169 (abril 1941), p. 306.
46. *Ibid.*, pp. 306-307.
47. Por ejemplo en Legaz Lacambra, Luis, *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista*, Barcelona, Bosch, 1940.
48. Conde, Francisco Javier, *Introducción al derecho político actual*, Madrid, Eds. Escorial, 1942, p. 196. Su deuda aquí con Schmitt y su obra *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996 (ed. or. 1934), es muy clara.
49. *Ibid.*, p. 198.
50. Galán, Eustaquio, "El criterio...", p. 309.

«politizarlo» todo. Hasta Conde, el otro *Kronjurist* del régimen junto con Legaz, le achacó su peor error, en el que coincidieron todos los demás: Schmitt se había convertido en positivista al vaciar de contenido trascendente sus categorías[51]. Según este autor, «la distinción del amigo y del enemigo se convierte en pura característica *formal* de una esfera pública a diferencia de una esfera privada, en la cual no hay "enemigo" propiamente dicho, sino *inimicus*», por lo que se pregunta qué diferencia entonces la guerra de civil y la guerra exterior; la lucha de clases y la lucha entre Estados. De hecho, Schmitt había dicho que «una guerra no necesita ser piadosa, moralmente buena o rentable»[52]. Para Conde y discípulos, no era tolerable que el centro del acontecer político dejara de ser un «orden de coexistencia vinculado al orden universal del cosmos, metafísicamente fundado por virtud del acto divino de la creación». Schmitt, como Hobbes y demás autores seculares, habían pasado a pretender la organización de la convivencia política desde la pura razón, en «técnica para la lucha», convirtiéndose la lucha en «la esencia de la política»[53]. No podían aceptar tal «secularización» de lo político, y achacaron a Schmitt, también católico, ese yerro.

Sin embargo, las diferencias teóricas no ocultaban el hecho de que la «dictadura soberana»[54] franquista se fundó en las dinámicas «decisionistas» descritas por Schmitt. En Legaz podía leerse que la misión de los pueblos seguía siendo la lucha contra sus enemigos[55], pero pasada por la retórica de la «unidad de destino en lo universal» y el nacionalcatolicismo. Conde y el resto de iusfilósofos del momento insistieron en la superación de los errores de Schmitt a través de los clásicos católicos, para asentar así el concepto de lo político en la idea de *destino*, un principio teleológico, místico[56]. La idea de que esa unidad existía previamente parece más cercana al tradicionalismo reaccionario o legitimista, en que el enemigo «existencial» en todo caso es un estímulo «que aprieta las filas de los enlazados en el común destino», según Galán. El acto político debe llevar a la consecución de esa unidad, no ser un acto de una esfera parcial del individuo como proponía Schmitt, pero las conclusiones siguen

51. Un distanciamiento que aumentaba conforme los fascismos europeos eran derrotados en la Guerra Mundial, según Jiménez Segado, Carmelo, *Contrarrevolución o resistencia…*, p. 247 y ss.
52. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político…*, p. 65.
53. Conde, Francisco Javier, *Introducción al derecho político…*, p. 332.
54. Según las definiciones del propio Schmitt, Carl, La dictadura. *Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1985 (ed. or. 1931).
55. Legaz Lacambra, Luis, *Introducción a la teoría del Estado nacionalsindicalista…*, p. 122.
56. López García, José Antonio, *Estado y Derecho en el franquismo…*, p. 69.

siendo similares: «una doctrina pluralista del Estado» les parece algo equivocado, incluso patológico[57].

Ahora bien, en aquella «hora atribulada y tremenda», era una exigencia «ineludible» envolver, «no en odio, sino en misericordia y caridad, al enemigo político cuando deja de serlo, cuando la paz suprime la distancia inmensa que había abierto la guerra»[58]. Estas concepciones pueden leerse como un distanciamiento del enemigo absoluto o «racial», por otro de tipo «trascendente», inspirado en los clásicos del catolicismo, y que supone una posibilidad abierta para la reconversión que no contenía el enemigo «biológico» del totalitarismo nazi. Son las mismas concepciones que nacen del concepto también religioso de redención, y que explican por ejemplo la lógica de la obra del Patronato de Redención de Penas por el Trabajo, a través de discursos tomistas que permiten articular la represión y ejecución de miles de «enemigos» con representaciones de caridad y perdón cristianos, «el dogma de la redención universal y de la gracia, que restablece el orden universal perturbado por el hombre»[59]. La «de-personalización», por absoluta que pudiera resultar para algunos líderes republicanos y obreros, no tenía por qué ser total e irreversible para la gran masa de «enemigos», si se arrepentían, expiaban sus pecados y se «convertían».

Casualmente, regresando a Jakobs, lo más parecido al concepto de sujeto de derecho para los dos principales teóricos del Estado franquista era la «persona». Aunque guarde ciertas concomitancias con el concepto funcionalista –«persona» como «hombre» mediado por la comunidad y que responde positivamente a lo que el «sentido común» espera– tampoco son equiparables. De nuevo, tiene un contenido esencialista, teológico y católico, que conduce a la superación del individuo liberal de las declaraciones de Derechos del hombre y del ciudadano, como al de la Constitución republicana de 1931, que «presenta simultáneamente una serie de sistemas de valores perfectamente contradictorios entre sí», carentes de «armonía» o de «nexo esencial»[60]. La idea más cercana a la «ciudadanía» para la iusfilosofía franquista, representada por Conde y Legaz, era una ciudadanía católica, desde una concepción confesional del individuo que lo conecta con la visión organicista del Estado y del Derecho

57. Galán, Eustaquio, "El criterio de lo político"…, p. 303.
58. *Loc. cit.*
59. *La obra de redención de penas. Doctrina, práctica, legislación*, Patronato Central para la Redención de las Penas por el Trabajo, Madrid, 1941, p. XI. Ver Gómez Bravo, Gutmaro *La Redención de Penas. La formación del sistema penitenciario franquista, 1936-1950*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2007.
60. Conde, Francisco Javier, *Representación política y régimen español. Ensayo Político*, Madrid, Eds. de la Subsecretaría de Educación Popular, 1945, p. 137 y ss.

político. Quedaba, así, un espacio indefinido para el sujeto de derecho, siempre católico y bajo el arbitrio del Estado y la autoridad política, organizado «necesariamente» entre el *Estado nacional*, el *sindicato vertical* y *familia*[61].

Siguiendo a José Antonio y la mixtura teórica nacionalcatólica, los juristas del régimen concibieron la «unidad de destino» como principio generador de la unidad orgánica del Estado. Frente al individualismo constitucional, la «persona»; y frente a la instrumentalización positivista del «Estado totalitario», Conde insistió en la idea de destino y en la doctrina tomista como fundamentos de una organización política que debía reducir a «unidad» toda la pluralidad de actos sociales antagónicos[62]. La doctrina oficial consideraba a los individuos como «células vivas y orgánicas» que conducen «una doble vida: la propia y la de la comunidad». El individuo sólo es comprensible en el marco del *servicio* a un «destino colectivo»[63]. En definitiva, un constructo ideológico similar a la comunidad homogénea y excluyente –aunque no biológica– del resto de fascismos, puesto que se ha «atrevido» a combatir a su enemigo, pero se justificaba con un contenido teológico.

Esta idea señalada de «comunidad» organicista tuvo su reflejo evidente en el Derecho penal, al entrecruzarse dos tendencias inversas. Por un lado, el «enemigo» existencial fue ilegalizado, la mera expresión de una personalidad izquierdista o masónica pasó a ser delictiva, y el propio Estado republicano fue declarado ilegal e ilegítimo, de ahí que fueran juzgados sus sostenedores como «rebeldes», llegando algunos a ser ejecutados por ello. Por otro lado, en determinadas esferas el delincuente común pasó a convertirse en «enemigo». Desde la criminalística, se desarrollaron nuevas teorías que defendían que el delito no era una aparición individual, sino un hecho social, pero sin veleidades socialistas, ya que «toda teoría sociológica del delito era profundamente subversiva»[64]. Aunque no se llegó al extremo nazi de un Derecho penal racial, ni al principio de analogía, los resultados en cuanto a los límites procesales, el fin retributivo de las penas, la valoración de la voluntad y no del hecho, fueron

61. Como explícitamente recogía el Fuero de los Españoles de 1945 en su artículo 33º, «el ejercicio de los derechos que se reconocen (...) no podrá atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España». La tarea principal del Nuevo Estado era articular la nueva relación con el «hombre íntegro», encuadrado de un modo orgánico en la comunidad. La naturaleza especial de las instituciones nacionalsindicalistas está para sus teóricos en que unen a los hombres mediante lazos no jurídicos, sino vínculos de «comunidad», por tanto también de «personas».

62. Conde, Francisco Javier, *Teoría y sistema de las formas políticas*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p. 81.

63. López García, José Antonio, *Estado y Derecho en el franquismo*…, p. 73.

64. Del Rosal, Juan "Política y criminalidad", *Revista de Estudios Políticos,* nº 4 (1941), p. 762.

comunes entre los Estados totalitarios, en un Derecho penal defensista y cercano al «Derecho penal de lucha»[65].

Algunos ejemplos de «Derecho penal del enemigo» en el primer franquismo

Estas teorías del Estado y la «comunidad» justificaron un determinado tipo de gobierno que se estaba poniendo en práctica. Antes de que fueran formuladas, existía ya un régimen de caudillaje, de partido único, y un Estado que trató de encuadrar y movilizar a toda la población en su esfuerzo bélico[66]. En lo represivo, esa «totalización de la guerra» se había traducido en una red para el control y el castigo del enemigo que, aunque modificándose de acuerdo con los intereses del régimen, se mantuvo invariable hasta el final de la dictadura. En el caso del «Derecho penal del enemigo» de posguerra, se puede hablar de un «Derecho penal del enemigo» *extraordinario* y otro *ordinario*. En el primero, aprobado *ad hoc* durante la guerra y la inmediata posguerra, reforzó una jurisdicción militar omnipotente, levantó nuevas jurisdicciones extraordinarias, y recurrió a reformas y nuevos decretos en materia de delitos políticos; en el segundo tipo, se crearon nuevos tipos delictivos de acuerdo con las ideas ultraconservadoras de orden público o moralidad, se adelantó la punición, aumentaron las penas y se relativizaron garantías contra malhechores nocivos al Estado, dentro de los delitos que se pueden considerar «comunes».

La jurisdicción militar fue el centro de la represión y obviamente es el mayor exponente de un Derecho penal que combate enemigos bajo cualquier contexto. El conflicto secular entre las dos jurisdicciones[67] se solucionó de forma fulminante con la aplicación de los bandos de declaración del estado de guerra del 17 de julio de 1936, pero lo que resulta interesante es que se siguiera empleando en aquellos delitos considerados sensibles para la estabilidad del Estado, una vez acabado el enfrentamiento armado –el Estado de Guerra continuó oficialmente hasta 1948–, fueran o no militares o políticos. Para que funcionara, tuvieron que obviar cualquier «normativismo», y mediante un criterio claramente extrajurídico se encajaron los delitos políticos que se perseguían en el Código de Justicia Militar. Así, se convirtió en «rebelde» a todo aquel que

65. El mismo Juan Del Rosal lo resaltaba en fechas tan tardías como en 1948, al analizar las reformas del Código penal de 1944, en «Estimación de la teoría del 'tipo de autor' en la legislación penal española», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo I, Fascículo I, Enero-Abril 1948, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, pp. 38-60.

66. Ranzato, Gabriele, «The Spanish Civil War in the Context of Total War» en Baumeister, Marti y Schüler-Springorum, Stefanie (eds.) *"If you tolerate this..." The Spanish Civil War in the Age of Total War*, Frankfurt/Nueva York, Campus, 2008, p. 237.

67. Ballbé, Manuel, *Orden Público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.

se opusiera a los rebeldes, como es de sobra conocido. El bando de 28 de agosto significó una extensión sin precedentes de mecanismos punitivos e incluyó la motivación política entre los delitos. Produjo un adelantamiento de la tutela penal al ampliar la definición de las conductas punibles, como actitudes de simple pasividad ante el golpe, aumentó las penas de los delitos comunes al ser la justicia castrense tradicionalmente más dura en ese sentido, y minimizó (o directamente hizo desaparecer) las garantías procesales[68].

Un ejemplo claro de la preponderancia militar en el «nuevo Estado», lo aporta la «Ley de 12 de julio de 1940 restableciendo, en todo su vigor, el Código de Justicia Militar», y que supuestamente devolvía a la «normalidad» al Derecho castrense. Restablecía del proceso sumarísimo y anulaba el Decreto nº 55 que creó el sumarísimo abreviado «de urgencia». En la práctica, no hubo tal «restauración», sino que se normalizaba un derecho de excepción militar a delitos no militares, ni flagrantes o que les correspondiera pena capital, como hubiera sido preceptivo según la legislación existente. Destaca también como ejemplo extremo de Justicia de excepción la Ley para la Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, acogida por algún jurista de entonces como un buen ejemplo del «defensismo» totalitario[69]. Aunque redundante, pretendía rellenar algunas lagunas legales para la lucha contra el maquis y los sabotajes en un contexto internacional convulso, atrayendo a la jurisdicción militar toda una serie de delitos comunes que podían tener consecuencias políticas.

En lo que se refiere a las jurisdicciones especiales encargadas de combatir «enemigos», son de sobra conocidas la de Responsabilidades Políticas[70] y

68. Se ha destacado también el incumplimiento de las Leyes de Guerra de la época en ANDERSON, Peter, «Francisco Franco, ¿criminal de guerra?» en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, nº 10 (2012) [http://hispanianova.rediris.es]. Procesalmente destacan las acusaciones colectivas, la elección y formación del defensor, la imposibilidad de preparar una defensa, la parcialidad evidente de todos los juzgadores y testimonios, la importancia desigual que se daba a estos últimos, o la mera duración de los consejos de guerra. Cualquier trabajo que estudie los Consejos de Guerra llega irremediablemente a la conclusión de que eran más cercanos a una representación que a un juicio justo y serio. La bibliografía es extensa, ver por ejemplo GIL VICO, Pablo, "Derecho y ficción", en ESPINOSA MAESTRE, Francisco (ed.), *Violencia Roja y Azul*, Barcelona, Crítica, 2010, p. 259 y ss., o una síntesis en MARCO, Jorge, "«Debemos condenar y condenamos»... Justicia Militar y represión en España", en ARÓSTEGUI, Julio (coord.), *Franco: La represión como sistema*, Barcelona, Flor del Viento, 2012, pp. 190-229.

69. GONZÁLEZ LLANA, José, «La seguridad del Estado y la Ley de 29 de Marzo de 1941», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, nº 170 (1941), p. 113.

70. ÁLVARO DUEÑAS, Manuel, *Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo. La Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. Una aproximación a los primeros capítulos de esta obra se pueden ver en el artículo «Los militares en la represión política de posguerra: la Ley de Responsabilidades Políticas hasta la reforma de 1942», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), nº 69 (julio-septiembre 1990), pp. 141-162.

la de Represión de Masonería y Comunismo[71]. En la primera, a pesar de las sorprendentes dudas formales que mostraron algunos ministros ante la Ponencia previa de la Ley[72], se confirmaba que las ideas delinquen, como afirmaba el propio Blas Pérez, ante el «mentís rotundo» de la «insuperable realidad trágica»[73]. También surgieron discrepancias en cuanto a la posibilidad de quebrar el *non bis in idem*, pero ni siquiera se nombró el principio de irretroactividad en el Derecho penal cuando calificaron de delictivos hechos legales en el pasado. Aunque nacía de la aplicación de una larga tradición jurídica española, por la cual los autores de hechos criminales eran a su vez responsables civilmente, lo cierto es que fue otra legislación represiva que se complementaba con la militar. Se aplicó en su gran mayoría como continuación a los Consejos de Guerra, y mediante medidas de seguridad y multas económicas, completaba la depuración y marginación socioprofesional, además de infringir un daño económico sobre el «enemigo». Respecto a la de Represión de Masonería y Comunismo, cumplía la misma función que estaban realizando ya los tribunales militares de persecución política –aunque sin imponer penas de muerte–, pero cubría el agujero legal que dejaba el caso de los miembros de las logias masónicas, ya que en ocasiones no podían calificar de delito de rebelión militar la simple pertenencia a una logia, pese a que se empleó como elemento de cargo de forma repetida, incluso para la aplicación de la pena de muerte. La nueva Ley eliminó por completo el principio del hecho e imponía castigos que podían llegar a los 30 años de prisión a través de un Derecho claramente «de autor». En ninguna otra Ley quedaba tan claro que formar parte de la representación del «enemigo» pasaba a ser delictivo.

En el que hemos llamado «Derecho penal del enemigo» *ordinario*, hay que hacer referencia al agravamiento de penas como la de la Ley de 5 de julio de 1938[74], que reintroducía la pena de muerte en la escala general. Se consideró que era lo propio de la «seriedad de un Estado fuerte y justiciero», ya que, como

71. Portilla Contreras, Guillermo, *La consagración del Derecho Penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo,* Granada, Comares, 2010, y en su artículo "Orígenes de la Ley de 1 de marzo de 1940 y criterios penales y procesales adoptados por el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo", en Fernández-Crehuet López, Federico y García López, Daniel J. (coords.): *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, pp. 327-366.
72. Archivo General de la Administración, PG/4022.
73. Pérez González, Blas, «Prólogo», en Benítez de Lugo y Reymudo, Luis, *Responsabilidades civiles y políticas. Indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el Frente Popular y sus afines en España y su exigibilidad jurídica por el Estado Nacional*, Barcelona, Bosch, 1940, p. XIV.
74. BOE de 7 de julio de 1938.

afirmaba el anteproyecto de Código penal de FET y de las JONS de 1938, un Estado fuerte debía contar con un endurecimiento y ampliación de la penalidad, para amparar, no sólo con las armas, sino «con el imperio de las leyes, la existencia de la Patria organizada jurídicamente bajo una nueva forma de Estado»[75]. Por otro lado, la nueva «política racial», que se manifestó en toda una serie de nuevos mecanismos de control de la sexualidad y la natalidad, elevó el castigo y adelantó la punición del delito de aborto y del uso o la publicidad de anticonceptivos, quedando insertos también en la categoría de Derecho penal del enemigo, al considerarse un «delito social». Lo hizo mediante la Ley de 24 de enero de 1941 «para la protección de la natalidad contra el aborto y 1a propaganda anticoncepcionista»[76]. Por último, pueden citarse otros ejemplos que, como en el caso de la persecución del aborto, registran un adelantamiento de la punición a la mera tentativa, un agravamiento de penas desorbitado o la relativización de garantías, como en la serie de leyes contra el estraperlo de 1939-1941[77] y la de 1941 sobre accidentes ferroviarios[78]. Además de crear nuevos delitos, podían convertirse en delitos de rebelión militar dependiendo de su gravedad, pasando a la jurisdicción castrense, de acuerdo con elementos valorativos del autor.

A modo de conclusión

La elección de categorías analíticas no es nunca un hecho neutro, y en el caso de Jakobs parece evidente que ha decidido emplear conceptos polémicos para defender la escalada punitiva contra cierto tipo de delincuentes. No obstante, eso no debería impedir que el debate jurídico mantenga el rigor terminológico exigible o que se centre en hechos contrastados, y no en descalificaciones morales o en paralelismos que simplifican o mezclan significantes con significados. Guste más o menos, sea legítimo o ilegítimo, una hipérbole de amenazas más retóricas que reales; el actual Derecho penal del enemigo se enmarca en una teoría general del Derecho penal positivista, y se presenta a sí mismo como respetuoso con los puntos críticos del Estado de derecho. El «enemigo» en Jakobs no es «existencial» como en el modelo schmittiano –o nacionalcatólico–, sino normativo, definido jurídicamente. La Constitución sigue defendiéndose «neutra», por lo que no se pretende facilitar el reingreso del «decisionismo». No

75. *Anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS,* p. 3.
76. BOE de 2 de febrero de 1941.
77. Leyes de 26 de octubre de 1939, 30 de septiembre de 1940, 4 de enero y 24 de junio de 1941, contra delitos relacionados con el estraperlo y de creación de la Fiscalía de Tasas.
78. Ley de 18 de febrero de 1941, BOE de 19 de febrero de 1941.

está vinculado a una racionalidad política totalitaria que trata de construir un *consenso* o una comunidad política en el enfrentamiento contra el enemigo, a pesar de que tenga elementos simbólicos propios de una extensión demagógica del punitivismo. Tampoco reintroduce el *homo sacer*. En teoría, los límites a la punición se respetan, y aunque se relajen las garantías, se funda en el hecho delictivo, si bien en su enjuiciamiento puedan incluirse elementos valorativos del autor.

En definitiva, el Derecho penal de los regímenes totalitarios es necesariamente un Derecho penal que combate enemigos, pero es *otro* Derecho penal, un «Derecho penal del enemigo» paroxístico, fundado en una excepción permanente, que establece la norma y que divide radicalmente a la población de acuerdo con el criterio «amigo»-«enemigo». Un reingreso político al «decisionismo» implicaría una extensión desorbitada de ese tipo de Derecho de dos velocidades, o la desaparición del «Derecho», sin más. Ninguno de los límites que afirma respetar el actual «Derecho penal del enemigo» fueron respetados en los regímenes totalitarios, «decisionistas». En la realidad de los regímenes de excepción históricos, existió una amplia tolerancia con la punición extrajudicial, policial o parajudicial. La sustitución durante la Guerra Civil de los asesinatos «en caliente» por ejecuciones judiciales fueron un cambio cualitativo importante, pero se emplearon instrumentos legales preexistentes para poder continuar con las ejecuciones de varios miles de «enemigos existenciales», con apariencia de legalidad. Asimismo, y en aquellos casos donde la interpretación de la Ley no fue suficiente, se crearon nuevas jurisdicciones y reformas *ad hoc* para hacer cumplir el principio del Derecho penal máximo de «ningún delito sin pena».

Por otro lado, la propuesta de definición de Jakobs de un «Derecho penal del enemigo» resulta útil para analizar características clave de un aspecto del Derecho tan sensible a los cambios políticos como es el Derecho penal. En el caso del Derecho penal totalitario, además de los atajos extrajurídicos y del empleo de la *nuda* fuerza, es un «Derecho penal del enemigo» que se caracteriza por la defensa de una comunidad encuadrada en un Estado de excepción permanente, y que en algunos casos puede salpicar al Derecho penal ordinario. El caso español es, en cuanto a su génesis, distinto a los regímenes totalitarios coetáneos, pero eso no debe llevar a separar la violencia en guerra de la represión vista como un fenómeno complejo de eliminación –física o sociopolítica– del enemigo. La legislación igualmente levantó límites entre su población, separando, clasificando y controlando, e incluso comunicando a través de todos los tipos de Derecho (penal, civil, laboral, etc.) la nueva «norma».

En los casos más extremos, esta gobernabilidad pudo desarrollar una «tanatopolítica»[79], una política de eliminación física contra los elementos considerados nocivos para el «cuerpo sano» de la población, sea por motivos raciales, políticos, sociales, religiosos, etc. Es por eso que no debe estudiarse la política penal como un elemento aislado de la «gobernabilidad», ya que es una consecuencia pero a la vez un indicador de las políticas que aplica cada tipo de racionalidad gubernamental, del tipo de discursos y prácticas que se desarrollan en las relaciones entre un Estado y su población. Un estudio comparativo de los diferentes Derechos penales del enemigo coetáneos, así como el de la evolución del mismo «defensismo» franquista, podría resultar interesante a la hora de analizar la evolución de los espacios de la ciudadanía, e incluso de la compleja genealogía del Derecho penal internacional durante el siglo XX hasta la actualidad.

79. Cayuela Sánchez, Salvador, "¿Biopolítica o Tanatopolítica? Una defensa de la discontinuidad histórica", *Δαι'μων. Revista de Filosofía*, nº 43 (2008), pp. 33-49.