

JUSTIFICACION DE LA SANCION PENAL. EL DEBATE DOCTRINAL EN
ITALIA Y ESPAÑA ENTRE LA POSGUERRA Y LOS AÑOS OCHENTA

TESIS DOCTORAL presentada por Josep Cid Moliné
y dirigida por el prof. Juan Bustos Ramírez.

Departament de ciència política i dret públic

Facultat de Dret

Universitat Autònoma de Barcelona



1.5.2.2. Propuestas para someter el derecho penal a un rol de última ratio: las alternativas de tutela a la tutela penal. Limitación de la privación de libertad en el espacio remanente del derecho penal

Durante el período histórico que analizamos se advierte una evolución de aquel sector doctrinal que durante la época de la excepcionalidad había sustentado una posición garantista hacia un nuevo reformismo en el que la palabra clave no será la reforma de la pena, en la dirección prevista por el paradigma reeducativo, sino su reducción. Esta evolución hay que situarla en el siguiente contexto:

En primer lugar, la conciencia por parte de estos autores de que la "salida de la excepcionalidad" permitía superar las posiciones exclusivamente garantistas y proponer, de nuevo, una vía de reforma del derecho penal, sobre el cual seguía pesando la acusación en el plano de su legitimación que había dado lugar al movimiento de reforma durante la postguerra⁹⁵, con nuevos contenidos a partir de 1968⁹⁶.

En segundo lugar, también estos autores serán conscientes de que era necesario replantearse un modelo de reforma, como el que sustentaba el nuevo paradigma reeducativo, sometido a condiciones demasiado elevadas. Se asumirá, en definitiva, la crítica de Marinucci al nuevo paradigma reeducativo, basada en argüir la posibilidad de un modelo de reforma del derecho penal en el cual la transformación social basada en el desarrollo de

⁹⁵ He intentado exponer la formación de esta corriente reformista en el cap. 2. En particular sobre la "crisis de conciencia" frente al derecho penal proveniente de la época fascista, v. supra I.2.1.3. y I.2.4.

⁹⁶ Al respecto, v. supra I.3.1.1.

las relaciones conflictuales no fuera requisito sinequanon⁹⁷,

Y, en tercer lugar, las dificultades advertidas por parte de este sector de la doctrina de sustentar una reforma en la prevención especial. Definitivamente implanteable una reeducación de tipo individual, como la del viejo paradigma reeducativo, al no haberse superado la crítica que diera lugar a la formación de una concepción social de la reeducación⁹⁸, también se consideraba inviable un modelo de reeducación social, como el propuesto por el sector de la doctrina que he analizado anteriormente, por considerar que la crisis del modelo conflictual de sociedad no sólo afectaba a un modelo de reeducación basado en el conflicto⁹⁹ sino también a otro basado en la solidaridad.

Una exposición global de la propuesta de reforma de este sector doctrinal, puede articularse de la siguiente forma. El derecho penal se justifica por su finalidad de tutela de bienes jurídicos; el medio que utiliza esta esfera del derecho para proteger bienes jurídicos es el sacrificio de un bien de relevancia fundamental para el individuo, la libertad personal, a la que se unen otras consecuencias negativas. Teniendo en cuenta esta tensión entre la necesidad social de tutela de bienes jurídicos y la necesidad de sacrificar en la menor

⁹⁷ He analizado la crítica de Marinucci expuesta en "L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", ponencia al debate "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo", en *QC*, 1981, pp. 297-318, en *supra* 1.4.3.3.

⁹⁸ He analizado el paso de un modelo individual a un modelo social de reeducación en *supra* 1.3.1.2.

⁹⁹ *Ibidem*.

medida posible al individuo, los autores se plantean dos interrogantes, de cuya respuesta surge la propuesta reformista: en primer lugar ¿son posibles formas de tutela de bienes jurídicos que no deban recurrir al derecho penal?. Y, en segundo lugar, ¿dentro del derecho penal, es posible la utilización de medios -medidas cautelares y sanciones- no privativos de libertad?¹⁰⁰.

Comenzando por el primer interrogante, relativo a la existencia de formas de tutela no penales de bienes jurídicos, y haciendo un análisis pormenorizado de la respuesta, cabe decir que su punto de partida estriba en considerar la existencia de un conjunto de bienes, intereses o valores que deben ser tutelados o protegidos. Tales bienes, vendrán determinados, o encontrarán su punto de referencia, -más adelante analizaré la polémica- en la Constitución. Admitida una obligación constitucional de tutela, la discusión que realizaban estos autores radicaba en determinar cuándo debe optarse por el instrumento penal y cuándo por otros instrumentos sancionatorios de tutela, no planteándose, a diferencia de lo que ocurría en el marco del nuevo paradigma reeducativo, la exigencia de utilizar medios no sancionatorios de tutela de bienes jurídicos¹⁰¹.

¹⁰⁰ Plantea la cuestión en tales términos, en referencia al primer interrogante señalado, Bricola, "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", en AA.VV. Funzione e limiti del diritto penale, Padova, Cedam, 1984, p. 4 y también Padovani, "La distribuzione (...)", cit., passim y, respecto del segundo interrogante, también de Padovani, "Sospensione e sostituzione (...)", cit., passim. Un planteamiento global, en el mismo sentido, Marinucci, op. cit., pp. 308-309.

¹⁰¹ Manifiesta claramente un abandono de esta temática Bricola, "Tecniche di tutela (...)", cit., passim, quien en años anteriores -es decir, en el marco del dominio del nuevo paradigma reeducativo- había aludido reiteradamente a su necesidad (al respecto, v. supra I.3.2.).

La opción debería realizarse, de acuerdo a estos autores, en atención a las indicaciones constitucionales: el art. 13 de la Const. atribuye un valor preeminente a la libertad personal, de ahí que sólo esté legitimada su afectación en clave punitiva para proteger frente a ofensas graves a bienes jurídicos de naturaleza primaria (criterio de proporcionalidad) y siempre que no existan otros medios de tutela igualmente eficaces (criterio de subsidiariedad)¹⁰².

El criterio de proporcionalidad planteaba una doble cuestión: la primariedad del bien jurídico y la gravedad de la ofensa. En relación al bien jurídico, la tesis planteada por Bricola en 1973, que limitaba los bienes tutelables penalmente a los explícita o implícitamente reconocidos en la Carta

¹⁰² Es una interpretación del art. 13 de la Constitución que tiene su origen en Bricola, voz "Teoria generale del reato", en NDI, 1973, pp. 15-16, que tuvo éxito en el marco de esta corriente doctrinal; así: Dolcini, "Sanzione penale e sanzione amministrative: problemi di scienza della legislazione", en RIDPP, 1984, pp. 611-612, Padovani, "La distribuzione (...)", cit., pp. 954-955. Tal interpretación también se acogió, como vimos (supra I.5.1.2.) en la circular 19-XII-1983, relativa a los criterios de opción entre sanciones penales y administrativas. Crítico de esta interpretación del art. 13, al no admitir esa vinculación entre tal artículo y el art. 25 (referido a las garantías del ilícito penal), Fiandaca, "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", en RIDPP, 1982, pp. 49-56. Le replicaba Bricola, "Tecniche di tutela (...)", cit., p. 26, nota 82. Pienso que la crítica de Fiandaca a la tesis de Bricola se basaba en la identificación que las tesis de este último comportaban entre privación/restricción de libertad personal con contenido desvalorativo y derecho penal (he hecho este análisis en supra I.3.2.). No aceptando Fiandaca que el derecho penal sacrificara sólo al bien de la libertad personal, sino más en general los derechos fundamentales del hombre o la dignidad de las personas (op. cit., pp. 51-52) era reticente a una tesis que se fundamentaba en tal identificación para fundamentar una limitación del ilícito penal. Es cierto, como decía Fiandaca, que el propio Bricola en 1980 había matizado su tesis (en "Legalità e crisi: l'art. 25 c. 2º e 3º rivisitato alla fine degli anni 70", en GC, 1980, pp. 170-275) al afirmar -en atención a la SCC que había considerado inconstitucional la conversión de pena pecuniaria incumplida en pena privativa de libertad (SCC nº 131, 21 noviembre 1979, en GC, 1979, I, pp. 1046-1069)- que las sanciones pecuniarias no penales, no convertibles en privación de libertad, realizaban un juicio de desvalor incidente sobre la dignidad de la persona, valor que también tendría una relevancia constitucional y que, por tanto, también exigiría ser sacrificado sólo para tutelar bienes de rango constitucional. Pero el autor establecía una jerarquía entre sanciones que sacrificasen la libertad personal y sanciones que incidieran sólo sobre la dignidad de la persona que el legislador había de utilizar al tutelar los bienes (pp. 226-227, nota 85). Esta distinción que hacía el autor devenía innecesaria cuando en la ley 689/1981, se establecía que la pena pecuniaria no cumplida se convierte en libertad controlada (art. 102) y que la violación de las prescripciones de la libertad controlada llevaban a la privación de libertad (art. 108), puesto que ellas volverían a ser convertibles. Y podía seguir identificándose el derecho penal con la privación/restricción de la libertad personal.

constitucional¹⁰³ encontraba reservas en el seno de esta corriente doctrinal fundamentalmente en la dificultad de establecer una jerarquía de bienes que tuvieran como único punto de referencia la Constitución¹⁰⁴, aún cuando a la hora de delimitar los bienes primarios se proponían clasificaciones coincidentes con las derivables de la Constitución¹⁰⁵.

Entre éstos se encontraban intereses difusos (ambiente, seguridad en el trabajo, seguridad de la circulación) que, según Padovani, uno de los autores más representativos de este sector doctrinal, planteaban problemas desde el punto de vista de su identificación por cuanto ellos eran objeto de numerosos tipos penales que incriminaban modos particulares de afectarlos y tomaban en cuenta los intereses en conflicto (v.gr. descargas contaminantes autorizadas y constituyendo delito en caso de que

103 Bricola, voz "Teoria generale del reato", cit., pp. 16-17.

104 En este sentido, Padovani, "La distribuzione (...)", cit., pp. 953-954; también la circular 19-XII-1983, cit.

105 Es el caso de la propuesta en la circular 19-XII-1983, a la que he aludido en supra I.5.1.2. La polémica sobre la tesis de Bricola afectaba a muchas más cuestiones relativas a su capacidad de constituirse en límite al legislador (además de por la dificultad que existía de establecer una jerarquía, por la inclusión de los bienes de reconocimiento implícito), a la vez que a la limitación no justificada, en ciertos casos, a la que le sometía (no tener en cuenta los nuevos valores emergentes, valores primarios sin reconocimiento constitucional). Para un planteamiento de tal discusión me baso en Fiandaca, op. cit., passim, y en González-Rus, Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría), Madrid, Fundación Juan March, 1983, passim. A la crítica contestaba Bricola en "Tecniche di tutela (...)", cit., pp. 21-34. No insisto mucho en esta discusión por cuanto no observo que ella tuviera gran trascendencia en el debate sobre la reducción del derecho penal que planteaba este sector doctrinal: en primer lugar, porque no se planteaba la tutela de un bien importante que no tuviera, según la tesis de Bricola, reconocimiento constitucional y, en segundo lugar, porque donde sí podrían plantearse grandes problemas era en el plano de delitos menores que no encontrarán reconocimiento constitucional —que no tuvieran como referente un bien jurídico significativo constitucionalmente— pero no me parece que la discusión girase justamente sobre ellos, quizás porque en tales supuestos entraba en juego más fácilmente el criterio de la subsidiariedad. Téngase en cuenta que según la tesis reiterada de Bricola, y admitida por esta corriente doctrinal, no existían obligaciones penales de tutela (Bricola, voz "Teoria generale del reato", cit., p. 18 y, del mismo autor, "Tecniche di tutela (...)", cit., p. 9).

no existiera autorización). Para determinar la proporcionalidad se deberían tomar en juego los intereses en conflicto¹⁰⁶.

En relación a la gravedad de la ofensa, el tema que Padovani suscitaba, era el relativo a aquellas formas de anticipación de la tutela respecto de bienes individuales sometidos a riesgos (v.gr. vida e integridad personal en relación a seguridad del tráfico); en tales supuestos, y dado que tales bienes de por sí no tenían significación constitucional (es el caso de la seguridad del tráfico), se debía exigir, para la existencia de proporcionalidad, y con criterio general, formas de peligro concreto para bienes jurídicos individuales¹⁰⁷.

La subsidiariedad planteaba, siempre según este sector doctrinal, la necesidad de utilizar medios de tutela distintos del derecho penal cuando éstos fueran igualmente eficaces. Para discutir esta problemática la doctrina centraba su atención en dos cuestiones: las garantías del ilícito penal frente a otros ilícitos y las sanciones utilizadas por el derecho penal frente a las utilizadas por otros ámbitos del derecho.

Por lo que se refiere al primer aspecto -garantías del derecho penal y garantías de otros ilícitos- se señalaba que en la medida en que el derecho penal afectase a un bien fundamental, desde un punto de vista constitucional, era exigible que sólo se afecte a tal bien cuando ello esté justificado por razones de subsidiariedad y de proporcionalidad. Para que el derecho penal actuara sólo cuando

106 Padovani, "La distribuzione (...)", *cit.*, pp. 957-959.

107 Padovani, "La distribuzione (...)", *cit.*, pp. 959-961.

se cumplieran tales condiciones -y en especial la condición de proporcionalidad- era necesario que existieran unas garantías con el objetivo de impedir posibles intervenciones arbitrarias sobre el individuo. De ahí que en la Constitución, según la interpretación mantenida por Bricola, se exijan para el ilícito penal los requisitos de reserva legal, de taxatividad, de lesividad, de personalidad, de presunción de inocencia¹⁰⁸. Siguiendo el razonamiento del mismo autor, desde un punto de vista constitucional eran admisibles otros medios sancionatorios de tutela de los bienes jurídicos, el ilícito civil y el ilícito administrativo. En la medida en que tales ilícitos sacrifican bienes de menor importancia que la libertad personal -siendo su ámbito de afección principal el patrimonio- la Constitución les dota de menores garantías que al derecho penal¹⁰⁹, posibilitando una mayor probabilidad de intervención. Este sector doctrinal mantendrá que en ciertos supuestos tales ilícitos, al ser menos garantistas tendrán mayor capacidad de responsabilizar que el ilícito penal y, por tanto, podrán ser

108 Bricola planteaba de nuevo estos requisitos como vínculos constitucionales para el ilícito penal pero con nuevos contenidos para los principios, v.gr. en el requisito de la taxatividad cuya premisa necesaria la delimitaba en el carácter "aferrable" del valor tutelado, para ello el legislador debería construir la fisonomía del bien constitucionalmente significativo en la dimensión sociocultural que asumía en la colectividad (ejemplo de bien no aferrable sería el de "orden público") y planteaba, críticamente, la no aceptación respecto de la jurisprudencia constitucional de su tesis (en "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, pp. 29-31 y pp. 53-67).

109 Según la interpretación de Bricola, el ilícito administrativo, regulado en el art. 23 Const., no requiere reserva absoluta de ley, no fija el carácter de taxatividad del tipo, no fija el principio de lesividad y de notoriedad, no excluye técnicas de control basadas en la inversión de la carga de la prueba. Podría pensarse en parámetros no personalistas (pero no en una responsabilidad basada en formación del riesgo por hecho ajeno, en el supuesto que la sanción tuviera contenido de desvaloración para la persona del autor, pues aquí existe el amparo del art. 2 de la Constitución -derechos inviolables del hombre, en "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, pp. 76-80-. Por lo que se refiere al ilícito civil, no está sometido a reserva legal, no exige ni taxatividad, admite responsabilidad por riesgo, cabe la inversión de la carga de la prueba, en "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, pp. 80-83.

funcionales a la tutela eficaz de bienes jurídicos¹¹⁰.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión -sanciones penales frente a sanciones utilizadas en otros ámbitos del derecho- se partía de la distinción entre sanciones restitutorias (reparatorias y resarcitorias) y sanciones punitivas, mientras que las primeras tendrían como fin primario la restauración de la situación jurídica anterior a la comisión del ilícito, las segundas tendrían como fin primario la evitación de la comisión de ilícitos. La idea de punición- basada en que el responsable de la ofensa venga afectado en un bien que no esté en relación funcional con el bien ofendido- tendría una finalidad de prevención general, tanto en su sentido intimidatorio cuanto persuasivo. La conclusión que se extraía es que esta sanción punitiva -y, por tanto, capaz de servir, primariamente, a la tutela preventiva de bienes jurídicos- es configurable en todos los ámbitos del derecho por cuanto la sanción penal -privativa o restrictiva de libertad- será sólo una de las subespecies de las sanciones punitivas¹¹¹.

A partir de estas dos premisas -sintetizando, es admisible constitucionalmente la configuración de ilícitos de tipo administrativo y civil con menores garantías que el ilícito penal y es posible configurar una responsabilidad, en todos los ámbitos del derecho, de tipo punitivo- este sector de la doctrina se plantea la efectiva reducción del derecho penal

110 En este sentido, Dricola, "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, pp. 81-82.

111 Realiza esta delimitación de las sanciones y extrae tales consecuencias, Padovani, "Lectio brevis sulla sanzione", en AA.VV., Le pene private, Actas del congreso de título homónimo, Pisa, 30-31 marzo 1984, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 55-70.

mediante la tutela de bienes jurídicos -que desde un punto de vista de proporcionalidad podrían ser incluíbles en el ámbito del derecho penal- por otras ramas del derecho, como el derecho privado y el derecho administrativo.

Antes de exponer, concretamente, las propuestas, conviene aludir que para este sector doctrinal las menores garantías de los ilícitos civil y administrativo -condiciones, en ciertos supuestos, de su mayor eficacia que el derecho penal- se debían, desde un punto de vista constitucional, a afectar a derechos del individuo de menor importancia que la libertad personal, ello implicaba que si tales sanciones afectaran a otros derechos individuales, necesariamente serían exigibles otras garantías¹¹². En segundo lugar, en la configuración de estas sanciones no podría desentenderse el requisito de proporcionalidad de la sanción a los bienes jurídicos tutelados y a la ofensa realizada¹¹³. Y, también se verían afectados por aquellos principios constitucionales que afectan al ordenamiento jurídico en su globalidad¹¹⁴.

Una primera propuesta era la relativa a la protección de bienes jurídicos por medio de la tutela administrativa. Esta era la vía iniciada por el capítulo de la despenalización de la

112 En este sentido, Bricola, "La riscoperta delle 'pene private' nell'ottica del penalista", en AA.VV., Le pene private, cit., pp. 47-53.

113 *Ibidem*.

114 En este sentido, la ley 689/1981, cit., en el aspecto relativo a la regulación del ilícito administrativo, establecía como criterio para la aplicación de las sanciones administrativas pecuniarias, entre otras, las condiciones económicas del infractor (art. 11).

ley de "Modifiche al sistema penale" de 1981¹¹⁵, respecto de la cual algunos autores de este sector doctrinal habían criticado tanto su timidez en los supuestos despenalizados cuanto su falta de adecuación a un criterio de proporcionalidad constitucional¹¹⁶, críticas ambas que parecen querer superarse en la circular 19-XII-1983 sobre "criterios para la opción entre sanciones penales y administrativas"¹¹⁷, que coincide fundamentalmente con la propuesta sobre proporcionalidad y subsidiariedad planteada por este sector doctrinal¹¹⁸. En este sentido, la propuesta de los autores partía de la premisa de considerar que la tutela administrativa no debía reducirse al ámbito de funciones de gobierno de la administración pública sino que debía extender sus potencialidades de tutela a la generalidad de bienes jurídicos¹¹⁹. Esta opinión es matizada por aquellos autores que consideraban que el ámbito natural de la tutela administrativa era el relativo a los intereses de ordenación y organización de los intereses económicos y sociales y que en la esfera de los bienes individuales consideraban más adecuado que la alternativa fuera entre la

115 Que he expuesto en supra I.4.2.1.3.

116 Al analizar la cuestión (en supra I.4.2.1.3.) aludí a esta crítica formulada por Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, Cedam, 1986, pp. 182-183 y Bricola, "La depenalizzazione nella legge 28 novembre 1981: una svolta reale nella politica criminale", en *PD*, 1982, p. 362.

117 Que he analizado en supra I.5.1.2.

118 V. al respecto Padovani, "La distribuzione (...)", *cit.*, y Dolcini, *op. cit.*, *passim*.

119 En este sentido, Dolcini, *op. cit.*, p. 602.

tutela penal y la tutela civil¹²⁰.

Más allá de esta polémica -que tiene repercusión en la crítica de Bricola a la regulación parapenal del ilícito administrativo por parte de la ley 689/1981¹²¹- lo cierto es que la propuesta de sustitución de la tutela penal por la administrativa se dirigía fundamentalmente a los intereses de tipo supraindividual (o difusos) y a los intereses públicos, según la terminología acuñada por la circular 27-XII-1983¹²². Para realizar la opción entre la tutela penal y la administrativa (y la opción sería sólo posible frente a aquellas ofensas significativas a bienes primarios; es decir, frente a supuestos que por proporcionalidad admitieran la tutela penal) deberían ser valorados el conjunto de la disciplina sustancial y procesal de ambos instrumentos de tutela. Se señalaba en este sentido que la posibilidad de configurar una responsabilidad no personal, permitía responsabilizar a las personas jurídicas en los supuestos en que a ellas les fuera atribuible la afcción a los bienes jurídicos, como hacía, aunque de forma insuficiente, la ley 689/1981¹²³. En relación a tal extensión de la

120 En este sentido, Bricola, "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, p. 74.

121 En "La depenalizzazione (...)", *cit.*, *passim*. Frente a otro sector de la doctrina favorable: Dolcini, *op. cit.*, *passim* y Pagliero, "La legge 689 del 1981: prima 'codificazione' del diritto penale amministrativo in Italia", en *PQ*, 1983, pp. 117-164, *passim*.

122 V. *infra* 5.

123 La doctrina crítica que la ley 689/1981 establezca una responsabilidad solidaria entre el autor del ilícito y el ente, en vez de una responsabilidad directa que al tener en cuenta las condiciones del ente sería más efectiva desde el punto de vista de la prevención general: Bricola, "La depenalizzazione (...)", *cit.*, pp. 360-369.

responsabilización, se señalaba que para que la sanción tenga efecto preventivo debe recaer sobre el sujeto que ha realizado el ilícito¹²⁴.

Por lo que se refiere al plano sancionatorio, se señalaba que las sanciones pecuniarias podían ser suficientes instrumentos de tutela para evitar las afecciones a las que eran sometidos en la actividad económica y social ciertos intereses supraindividuales -tutela anticipada de bienes individuales-¹²⁵, se argüía, además, la existencia de otras sanciones administrativas afectantes al patrimonio, más intimidatorias que la sanción penal (dada la posibilidad de ser suspendida en supuestos de violación de intereses que por motivos de proporcionalidad, tenían una protección leve), y con capacidad para proteger bienes de carácter público como el territorio¹²⁶.

124 En este sentido, Padovani, "Lectio brevis (...)", *cit.*, p. 64. Bricola señalaba que desde un punto de vista constitucional no sería admisible una responsabilidad por asunción del riesgo por hecho ajeno en cuanto en la sanción confluyeran determinados aspectos de estigmatización de la conducta del autor, lo cual sería contrario a la prohibición de instrumentalización de la persona, en "Tecniche di tutela (...)", *cit.*, pp. 57-76. Me parece que pueden sintetizarse las opiniones de Padovani y Bricola diciendo que una responsabilidad administrativa con finalidad de tutela preventiva de bienes jurídicos, debería cuando menos configurarse como consecuencia de una propia asunción del riesgo para los bienes jurídicos tutelados.

125 Padovani cita al respecto las puestas en peligro concreto de bienes jurídicos en el ámbito de los intereses difusos (seguridad de la circulación, seguridad en el trabajo, tutela del ambiente). Ponia como ejemplo, en el ámbito de la seguridad del tráfico, el supuesto de violaciones que el resto de conductores no pueden percibir -en las que existe una confianza ciega en el comportamiento ajeno- en los cuales se debería demostrar -para utilizar la sanción penal- que la pena pecuniaria, la suspensión del permiso de conducir, serían insuficientes para evitar tales conductas (en "La distribuzione (...)", *cit.*, pp. 957-961).

126 Galgano es quien señalaba que la "pérdida del derecho" en el supuesto de abuso del derecho podía ser una amenaza más terrible que la privación de libertad personal y ponía como ejemplo la ley n.º 10, de 28 enero 1977 (normas para la edificación del suelo) la cual, en el supuesto de construcción sin licencia, sancionaba con la pérdida del derecho sobre la cosa a favor del ente local. En "Civile y penale nella produzione di giustizia", en *FCBP*, 1983, pp. 65-67.

En relación a lesiones a intereses individuales, el énfasis de este sector de la doctrina se dirigía hacia la posible suficiencia de los instrumentos tradicionales del derecho civil, consistentes en una restitución del mal causado, en los cuales, para que pudieran cumplir una función de tutela preventiva de bienes jurídicos -es decir, para que pudieran tutelar no sólo restituyendo la situación jurídica anterior a la ofensa sino, además, evitando que se realicen tales ofensas- se consideraba que se les debía añadir una nota punitiva -es decir, no se trataba de restituir la ofensa: reparar, indemnizar daños, perjuicios de tipo patrimonial, moral, sino de algo más: afectar al responsable en un bien personal que no servía ni para restituir la situación jurídica- por lo cual se influía sobre aquel autor potencial del daño que no encontrara en la obligación de resarcimiento, establecida civilmente, una razón suficiente para abstenerse del comportamiento dañoso¹²⁷.

Al igual que las consideraciones realizadas en relación a la tutela administrativa, se opinaba que la mayor ductilidad de las técnicas de tutela civil -la falta de la exigencia de tipicidad en este ilícito, la posibilidad de asunción de una responsabilidad por riesgo, la posibilidad de prescindir del requisito de la culpabilidad (en el sentido de dolo o culpa), la posibilidad de invertir la carga de la prueba- podían hacerla más eficaz que la técnica de tutela penal, al alcanzar

¹²⁷ Bricola, "La riscoperta (...)", *cit.*, p. 30. Respecto de tal cuestión existía, no obstante, una polémica entre Bricola y Padovani, mientras el primero consideraba que una sanción que tuviera en cuenta el resarcimiento de daños no patrimoniales sería punitiva (p. 37), Padovani, de acuerdo con la definición expuesta por él de punición, no la consideraba punitiva ya que tal restitución entraría en relación funcional con la ofensa realizada y servía para restituir la situación jurídica anterior a la ofensa (mediante el equivalente económico) (Padovani, "Lectio brevis (...)", *cit.*, pp. 63-64).

a sujetos más lejanos de las fuentes materialmente causadoras del daño o al permitir considerar la variabilidad de factores productivos del daño que no podían serlo en la forma de la tipificación penal¹²⁸.

Esta devolución de los conflictos a los particulares¹²⁹, se planteaba fundamentalmente en sectores, respecto de los cuales la naturaleza de intereses en juego, hacía viable la tutela a través del recurso a sanciones punitivas privadas. En este sentido se señalaba la tutela del honor y la intimidad, en los cuales podía configurarse un tipo de sanción independiente-esto es añadida a- los daños no patrimoniales que con tal ofensa se había causado y de los beneficios que se hubieran conseguido¹³⁰, también el delito de cheque en descubierto, remitiendo el conflicto a la propia institución bancaria, v.gr. a partir de sanciones suspensivas de la facultad de emitir cheques¹³¹. Bricola también aludía a la eficacia de tales técnicas frente a la violación de lo que él consideraba intereses colectivos, como el relativo al derecho a la salud del ciudadano consumidor, con la condición de acoger su

128 Bricola, "La riscoperta (...)", cit., p. 33.

129 Expresión de Padovani, "Lectio brevis (...)", cit., pp. 68-69.

130 Insistían en tal sector: Bricola, "La riscoperta (...)", cit., pp. 21-30; Padovani, "Lectio brevis (...)", cit., p. 69.

131 En este sentido, Vignale, "Decriminalizzazione e pena privata a proposito del reato di emissione di assegni a vuoto", en AA.VV., Le pene private, cit., p. 71-78, quien se basa en la Recomendación del Consejo de Europa (Comite Europeen per les problemes criminelles, Rapport sur la décriminalisation, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1980), la cual -según la autora- establece la obligación de la banca de pagar tales cheques, cuando no superen cierta cantidad, obligándole a imponer sanciones interdictivas a aquéllos que emitieran cheques en descubierto (pp. 75-78).

concepción, de que no se incluyeran ámbitos de protección correspondientes a la sanción administrativa, como sería el interés en la organización de ciertos sectores productivos¹³². De ello podía concluirse que la naturaleza de tales intereses en juego -y, seguramente, ello era extensivo a muchos otros- permitía configurar sanciones en que el bien patrimonial era el medio de tutela (sanciones patrimoniales o de interdicción del ejercicio de ciertos derechos patrimoniales). Se trataba de ilícitos en los que el ofensor normalmente -y casi necesariamente- venía cualificado por una posición de cierto poder económico y ello permitía configurar medios de tutela consistentes en disminuir tal poder. Respecto de esta cuestión, que afectaba a la mayoría de los supuestos, especialmente los del ilícito civil, pero también los del ilícito administrativo, algún autor en buena parte identificado con tales posiciones, planteaba problemas desde el punto de vista de la igualdad, señalando que existía el peligro de afectar a la libertad personal sólo en aquel tipo de ofensas en que se identificara un potencial ofensor que careciera de un poder económico significativo¹³³. También se señalaba como otro posible límite a tal posición la tendencia a la aseguración de la responsabilidad civil que, ciertamente, de cubrir también las puniciones, serían ineficaces para cumplir la función

132 Bricola, "La riscoperta (...)", *cit.*, pp. 35-36.

133 En este sentido, Galgano, "Civile e penale (...)", *cit.*, pp. 64-65.

preventiva¹³⁴. Además el mismo Galgano señalaba que si lo que se pretendía con este tipo de reducción era, además de una no utilización del derecho penal cuando no fuera necesario, la mejor tutela de ciertas conductas de delincuencia económica -en especial en el ámbito de los delitos tributarios y monetarios- no podía dejar desconocerse que las mismas razones de ineficacia que afectaban al derecho penal, por la existencia de mecanismos legales de evadir la aplicabilidad de la norma, seguirían existiendo mientras no se actuaran aquellas reformas civiles que llevaran a la transparencia del mercado¹³⁵.

Por lo que se refiere a la segunda propuesta que emergía de esta corriente reduccionista, consistente en limitar, dentro del derecho penal, los medios basados en la privación de libertad, la cuestión se planteaba en dos ámbitos formalmente distintos: el ámbito de las medidas cautelares y el de las sanciones condenatorias. Por lo que se refiere a las medidas cautelares, ya he señalado la valoración positiva que hacían procesalistas como Illuminati y Grevi de las reformas penales del periodo 1982-1984- consistentes en reducir -por diversos mecanismos, el uso de medidas cautelares privativas de libertad cumplidas en la institución penitenciaria-¹³⁶. En este sector, el reduccionismo era plenamente coincidente con una tradición garantista, basada en exigir que se respetasen los principios

134 Galgano, "Civile e penale (...)", cit., p. 64.

135 Es la propuesta de Galgano en "Civile e penale (...)", cit., passim.

136 Illuminati, op. cit., p. 368; Grevi, op. cit., p. 86.

constitucionales, y fundamentalmente, el de la presunción de inocencia, al reconocer que sólo exigencias procesales (peligro de fuga, peligro de adquisición de pruebas) podían determinar el recurso a medidas cautelares afectantes a la libertad personal. Bien se podía decir, como hacia Ferrajoli, que en este sector, la utopía era el derecho penal (aplicar penas privativas o restrictivas de libertad sólo cuando una persona hubiera sido condenada por un delito)¹³⁷. Las reformas procesales de 1982-1984 no llegaban a este extremo pero sí, ciertamente, avanzaban en el camino de limitar y garantizar la privación de libertad en vía cautelar, de ahí que su valoración por la corriente doctrinal reduccionista fuese positiva¹³⁸.

En segundo lugar, tal sector de la doctrina proponía una racionalización sancionatoria basada en reducir el uso de las sanciones privativas de libertad en base a recuperar la eficacia preventiva -mediante su fuerza punitiva- de aquellas sanciones no privativas de libertad, como las medidas de suspensión de la pena, cargas de contenido sancionatorio de las penas pecuniarias y de las sanciones sustitutivas y, ya en el

137 Ferrajoli, "Il diritto penale minimo", en *DP*, 1985, pp. 517-520. En este artículo -que se parece de notable importancia por su aclaración de la distinción conceptual entre fines y funciones de la pena (pp. 493-500)- el autor propugna una minimización del derecho penal basada en añadir al requisito tradicional del utilitarismo -la mínima pena necesaria para evitar la ofensa al bien jurídico- otro requisito que permite, según el autor, superar la crítica kantiana relativa a la utilización del hombre como un medio, basado en exigir el mínimo castigo necesario para evitar la reacción de la víctima, con lo cual el castigo cumpliría un fin para el individuo: evitar castigos mayores.

Si no doy importancia fundamental a este artículo es porque su polémica se ejerce contra el movimiento abolicionista que en el ámbito concreto italiano no se parece que pudiera considerarse, en ese período, como una de las alternativas que en el debate doctrinal fueran tomadas en consideración. Sobre esta cuestión me baso en Pavarini, "Introduzione", a Christie, Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale, Torino, Abele, 1984, pp. 5-28.

138 Además de la obras señaladas en nota 136, valora positivamente tal legislación Gamberini, "Espunti di riflessione sulla riforma penale degli anni 80", en *DP*, 1984, pp. 340-342.

plano penitenciario, de las medidas alternativas. La forma de operar tal racionalización sería atendiendo a la vinculación entre mayor o menor necesidad de la pena, desde un punto de vista preventivo-general y, en sus márgenes, también de prevención especial, y mayor o menor contenido punitivo de las sanciones. Ello hacía necesaria una reforma de todo el sistema sancionatorio que, en parte, realizaba el proyecto de ley 2609/1986 que he analizado anteriormente¹³⁹ y cuya inspiración principal -coincidente con la opción de este sector doctrinal- era la de pensar que la sanción privativa de libertad podría ser limitada en cuanto las otras medidas tuvieran efectividad en la tutela de bienes jurídicos¹⁴⁰. Los autores legitimaban tales sanciones no sólo por su eficacia preventivo-general sino también por sus mayores capacidades desde el punto de vista preventivo-especial y ante la conciencia adquirida de la eficacia estigmatizante de la institución carcelaria, pero debe tenerse en cuenta que la apelación a la prevención especial no se daba en el plano de la reeducación, en el que no se creía, sino en el de la menor potencialidad destructiva. Hacer el menor daño posible era la única consigna por la que se defendía la prevención especial. Y de ello me parece enormemente significativo que un autor como Bricola, que, en años anteriores había formulado una concepción de reforma del derecho penal, que tenía como uno de sus elementos centrales la

139 V. supra I.5, I.2.

140 Esta concepción está claramente expuesta en Padovani, "Sospensione e sostituzione (...)", *ibid.* passim.

concepción reeducativa de la pena¹⁴¹, considere en el nuevo marco del debate doctrinal que la reeducación no debía operar como fin justificador de la pena sino como un mero límite¹⁴².

Las características que permiten sintetizar esta posición doctrinal reduccionista son las siguientes:

En primer lugar, me parece que debe destacarse una ruptura importante con las directrices de reforma del derecho penal dominante desde la postguerra. Si es cierto que objetivo fundamental de la concepción reeducativa de la pena -de aquel sector doctrinal que definí bajo el nombre de paradigma reeducativo- era compatibilizar una concepción reeducativa de la pena con una finalidad de prevención general, lo cierto es que esa aspiración reformista se abandona. Para la nueva concepción el único criterio de justificación de la sanción penal es la tutela de bienes jurídicos merced a su eficacia de prevención general.

El nuevo reformismo de esta corriente tenía como criterio guía la reducción del derecho penal. El derecho penal debía ser reducido porque desde un punto de vista constitucional, no era admisible sacrificar el bien de la libertad personal cuando estuvieran al alcance otros medios sancionatorios de tutela. Con ello este sector doctrinal se desinteresaba, en el marco de su doctrina de justificación del derecho penal, de los medios no sancionatorios de tutela en los que había insistido el nuevo

141 V. supra I.J.J.

142 Bricola, "Tecniche di tutela (...)", cit., pp. 45-60.

paradigma reeducativo, y optaba por una alternativa reformista que, por definición, era parcial.

Este límite es importante también por tener una idea de reducción que, como hemos visto, afectaba a determinados bienes jurídicos frente a determinadas ofensas, no era, pienso, un criterio de reducción para todos los bienes jurídicos. Quizá sí se planteaba como criterio de reforma para todos los bienes jurídicos, la otra forma de reducción, la de las medidas privativas de libertad, pero en ello, no obstante, se seguía estando dentro del derecho penal.

Por último, a la pregunta de por qué el reduccionismo no sufrió la crisis que afectaba al nuevo paradigma reeducativo- la del modelo conflictual de sociedad -y de ahí que pueda considerarse una concepción doctrinal dominante frente a otras existentes (y el nuevo replanteamiento del paradigma reeducativo) debe responderse atendiendo a la idea de que así como para el nuevo paradigma reeducativo era necesario contar con un dominio del modelo conflictual de sociedad -o de otro tipo de agregación social capaz de dar sentido a la idea de reeducación social- la opción reduccionista sólo necesitaba que se superara, en cierta medida, el alarmismo que había sido dominante en la época de la excepcionalidad, que exigía una política de progresiva ampliación del derecho penal. Superada tal situación no me parece que fueran necesarias nuevas condiciones. De ahí que los juristas de esta corriente, con notable sensibilidad hacia el contexto social, planteasen una vía de reforma que estaba en interacción con las tendencias más avanzadas de la sociedad italiana.

1.5.2.3. Oposición de la corriente reduccionista a las opciones que propugnaban la premialidad como sustituto de la penalidad en la consecución de las finalidades preventivas del derecho penal

La legislación excepcional había utilizado una doble estrategia para enfrentarse a las formas de delincuencia que consideraba alarmantes: el endurecimiento de la respuesta represiva en los niveles policial, procesal y penal y penitenciario, en perjuicio de los derechos individuales, y la premialidad para favorecer la disociación activa y, fundamentalmente, la colaboración con la justicia. Esta segunda estrategia, prevista principal pero no exclusivamente para el terrorismo, no podía considerarse como opuesta a ella sino que era complementaria a la primera, merced a estar respecto de ella en relación de excepción a la regla, esto es, la premialidad, cuando su motivo fuera la colaboración, había de permitir una mayor aplicación de la regla¹⁴³.

Durante los años ochenta, se advierte un interés prioritario de la doctrina por el tema de la premialidad. ¿Cuáles eran los factores -podemos preguntarnos- que llevaban a tal interés en una fase que se decía de salida de la excepcionalidad, que habría debido dejar anclado el tema?. En primer lugar, se señalaba que la legislación premial había dejado sin solucionar el problema de un buen número de disociados del terrorismo que no estaban en grado de prestar ningún tipo de colaboración

¹⁴³ Me expuesto la legislación excepcional y discutido sus opciones político-criminales en supra I.4.2.2.

procesal¹⁴⁴. En segundo lugar, desde sectores políticos y, fundamentalmente, desde sectores de la judicatura, se planteaban propuestas extensivas de la premialidad. El punto de partida de tales propuestas estaba en considerar que la legislación de arrepentidos había sido determinante en la lucha contra el terrorismo -y ello frente a las opiniones de autores que consideraban que la legislación de arrepentidos intervino sobre un fenómeno ya en crisis¹⁴⁵- y que dada la existencia de otras formas de criminalidad alarmantes, como el tráfico de droga, la criminalidad organizada y la corrupción política, se extraía la consecuencia que la premialidad también podía ser eficaz en la lucha contra tales fenómenos¹⁴⁶.

El debate doctrinal sobre la cuestión¹⁴⁷ permite identificar dos posiciones generales, favorables con condiciones, y desfavorables a la premialidad, aún cuando dentro de ellas deban señalarse diferencias de consideración entre los diversos autores.

Por lo que concierne a los autores que califico de

144 Plantea esta cuestión: Padovani, "Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità", en RIDPP, 1986, p. 414.

145 En este sentido, Padovani, "Il traffico (...)", cit., pp. 423-425 y Musco, "La premialità nel diritto penale", en AA.VV., La legislazione premiale, Milano, Giuffrè, 1987, p. 120.

146 Inf. sobre tales propuestas: Bricola, "Il pentimento del terrorismo, il perdono all'evasore e i silenzi della legge n.º 646 del 1982" (editorial) en PD, 1982, pp. 493-497.

147 Para analizarlo me he servido, fundamentalmente, de alguna de las contribuciones -las que cito en el texto- de dos congresos dedicados específicamente a la materia: AA.VV., Diritto premiale e sistema penale, "Atti del settimo simposio di studio di diritto e procedura penale", Como, 26-27 junio 1981, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 284 y AA.VV., La legislazione premiale, "IV Convegno Enrico de Nicola", Courmayeur, 18-19 abril 1986, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 335.

favorables, con condiciones, a la premialidad los unen los siguientes argumentos: en primer lugar, la valoración histórica de que, en efecto, -como argüía aquel sector de la magistratura que era decididamente partidario de la extensión de la legislación premial-, las normas premiales que estimulaban la colaboración habían tenido una importante función en la derrota del terrorismo¹⁴⁸ y, en segundo lugar, una valoración teórica sobre la criminalidad organizada, que veía en la fuerza de tales organizaciones -su unidad, la existencia de una ley del silencio- una dificultad para conseguir pruebas con los medios tradicionales de la investigación policial¹⁴⁹ y que, en consecuencia los estímulos a la colaboración -mediante la atenuación de pena o incluso la no punibilidad- podían llevar a incluir el temor entre las bandas criminales. Es decir, la inserción de técnicas premiales aumentaría la certeza del castigo y, por tanto, la prevención. La premialidad venía vista como una forma distinta de la penalidad para conseguir las finalidades de prevención general del derecho penal¹⁵⁰.

Pero, ciertamente, estos autores también advertían de los inconvenientes que tenía la obtención de finalidades punitivas

148 En este sentido, Neppi Modona, "Dichiarazione dei pentiti e problemi della prova", *cit.*, pp. 248 y Pulitano, "Tecniche premiali fra diritto e processo penale", en AA.VV., La legislazione premiale, *cit.*, p. 75.

149 Alude, en diversos aspectos, a la impenetrabilidad que caracteriza a tales organizaciones: Amodio, "I pentiti nelle common law", en RIDPP, 1986, *passim* (particularmente en p. 1001) y Pulitano, *op. cit.*, p. 97.

150 Eso da sentido al título del subepígrafe que he desarrollado, para cuya elaboración me he guiado en Pasella, "Diritto penale premiale e funzione della pena", en AA.VV., Diritto premiale (...), *cit.*, pp. 238-239.

por medio de la premialidad; en base a ello surgían diferencias en cuanto al ámbito y forma de premialidad aceptada.

Una primera posición planteaba, fundamentalmente, los problemas de premialidad desde el punto de vista de la formación de la prueba, conscientes de las arbitrariedades a las que se podría llegar en atención al interés del arrepentido en colaborar; para evitarlas, Amodio proponía simplemente que se introdujera el sistema anglosajón de la "cross examination"¹⁵¹ y otros autores, como Neppi y Vasalli, exigían una garantía mayor de que las pruebas basadas en la declaración acusatoria no fueran suficientes para condenar, reclamando la necesidad de pruebas distintas¹⁵². Superando estos requisitos, tales autores no ponían obstáculos a que la legislación premial se extendiera:

(...) háganse otras leyes premiales para los arrepentidos si de verdad se piensa que pueden llevar a resultados concretos también en la lucha contra la mafia y la camorra, que pueden hacer descubrir canales del tráfico de la droga, "covi", depósitos de armas y de materiales; pero a condición de que no se proceda a arrestos únicamente sobre la base de declaraciones de arrepentidos, se admita que el defensor asista al interrogatorio de los coimputados y sobretodo no se olvide en el momento de las decisiones los principios inderogables relativos a la valoración de la prueba¹⁵³.

Una segunda posición, personalizada por Pulitano, planteaba los mismos problemas desde el punto de vista de la prueba pero además consideraba que, junto a los efectos positivos para la

151 Amodio, op. cit., pp. 1002-1003.

152 Neppi, "Dichiarazione (...)", cit., pp. 254-255 y Vasalli, "Considerazione conclusive", en AA.VV., La legislazione premiale, cit., p. 334.

153 Vasalli, "Considerazione conclusive", cit., p. 334.

prevención general, esta técnica premial tenía también efectos negativos, tanto para la prevención general en sentido intimidatorio (la teoría del "puente de plata") como para la prevención general en sentido de convalidación de las normas (la norma perdía validez en la conciencia de los ciudadanos)¹⁵⁴. Por ello el autor, además de exigir que la colaboración no alterase las reglas de un proceso dialéctico¹⁵⁵, proponía una limitación de su esfera de acuerdo a la siguiente clasificación: 1) una premialidad a la colaboración sólo sería admisible en casos excepcionales (v.gr., terrorismo); 2) frente a otros fenómenos delictivos alarmantes sólo sería admisible una premialidad a una conducta que tuviera un sentido reparatorio ("reintegratorio") respecto de la ofensa realizada (v.gr., declaraciones que en el ámbito procesal puedan servir para impedir la realización del hecho, liberar al rehén o disolver la organización); 3) frente al resto de situaciones, la colaboración podría ser premiada, al igual que cualquier conducta subsiguiente al delito, con una mera atenuación de pena, justificada en base a la menor necesidad de pena desde el punto de vista preventivo-especial¹⁵⁶.

Para la exposición de la posición desfavorable a la premialidad, me centraré, por parecerme la más integral, en la

¹⁵⁴ Pulitano, op. cit., pp. 89-93 y 96-97.

¹⁵⁵ Pulitano, op. cit., pp. 89-90.

¹⁵⁶ Pulitano, op. cit., *passim*.

contribución de Padovani¹⁵⁷, sin por ello dejar de aludir a las opiniones de otros autores.

Los argumentos del autor para oponerse a la premialidad eran de doble alcance, en primer lugar, Padovani consideraba, respecto al tema de la formación de la prueba, que lo que estaba en verdad en juego con el "premio a la colaboración" era el tipo de proceso penal, el cual a partir de esta legislación tendía a transformarse de proceso contradictorio a proceso inquisitorio, distinto sólo del proceso pre-iluminista en que la lógica inquisitiva no era la del dolor sino la del placer: la inquisición devenía suave¹⁵⁸. Consideraba el autor que en este proceso, la colaboración pasaba a ser la técnica privilegiada de investigación, tendiéndose por ello a la formación de unas reglas de credibilidad indiscutible del colaborador, perjudicándose el derecho al silencio -de ahí que en el lenguaje periodístico los no colaboradores hayan pasado a llamarse, los irreducibles¹⁵⁹- y alterándose la independencia del juez, la regla de estar por encima de las partes¹⁶⁰.

Junto a los argumentos relativos a la tendencia hacia un

157 Expuesta en dos artículos: "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento", RIDPP, 1981, pp. 529-545 y "Il traffico (...)", cit., (este artículo es la contribución realizada del autor al congreso sobre "La legislazione premiale", cit., de abril 1986).

158 De ahí el título del artículo de Padovani "La soave inquisizione (...)", cit. El razonamiento está expuesto en p. 541.

159 Padovani, "Il traffico (...)", cit., p. 421.

160 Padovani, "Il traffico (...)", cit., p. 423. Planteamientos semejantes en: Bricola, "Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale", en AA.VV., Diritto premiale e sistema penale, cit., p. 133; Musco, op. cit., pp. 131-132 y Resta, "Il diritto penale premiale: nuove strategie di controllo sociale", en EP, 1983, pp. 50-55.

proceso inquisitorio, Padovani planteaba la oposición de la premialidad a la función racional del derecho penal, que él identificaba en la tutela de bienes jurídicos. En este sentido, el autor consideraba que el derecho penal ejercitaba tal función al valorar cuál era el significado que una ofensa había representado para el ordenamiento jurídico y actuar la respuesta punitiva de acuerdo a tal valoración. En las hipótesis premiales en clave de colaboración previstas en la legislación de excepción, no era éste el criterio que se seguía puesto que la respuesta punitiva, en los supuestos de colaboración, era independiente de la ofensa realizada. A partir de la técnica premial -que lógicamente tendía a penalizar menos a aquél que por haber participado más en la ofensa tenía más que confesar- se alteraban las funciones sociales del derecho penal, tanto en el aspecto de la prevención general, en su aspecto de convalidación de las normas, pues la exigencia de reafirmarla no disminuía por el hecho de que hubiera una colaboración- y de intimidación -que venía disminuida por el premio-, cuanto de prevención especial, pues no podía decirse que un arrepentimiento premiado expresara una reeducación del individuo¹⁶¹.

La tesis de Padovani, relativa a la distinción entre tipos Premiales en clave de ofensividad y tipos premiales en clave de

¹⁶¹ Padovani, "Il traffico (...)", *cit.*, pp. 417-421. A este razonamiento Musco añadía que, mediante la premialidad a la colaboración, se producía una deslegitimación de la democracia en la conciencia de millones de personas, *op. cit.*, p. 124. También Muvolone criticó desde el punto de vista de la prevención general, en el sentido de reafirmación de los valores, esta legislación premial: "Politica criminale e pentimento del reo", en *IP*, 1982, p. 148.

colaboración procesal¹⁶², que le llevaba a distinguir netamente la premialidad en el Código Rocco de los tipos premiales en de colaboración de la legislación excepcional -pues el autor identificaba también en la legislación de excepción tipos en clave de ofensividad-, había sido criticada por Bricola, en el ámbito de los delitos asociativos, ya que según este último autor cuando la colaboración procesal se traducía en una desarticulación de la organización, debía decirse que la conducta era "reintegratoria" o "reparadora" respecto de la ofensa realizada¹⁶³.

Con esta crítica Bricola no pretendía defender la premialidad sino atacarla por lo que consideraba sus verdaderos peligros identificados en el ámbito de la prueba¹⁶⁴. Pero, ciertamente, era una polémica importante ya que con la tesis de Bricola se daba legitimidad a la concepción de Pulitano, expuesta anteriormente, relativa a aceptar la extensión de la premialidad a ciertas formas de criminalidad organizada en relación a conductas reintegratorias. Obsérvese que con la tesis de Padovani, aún cuando se superan los problemas de la prueba -pero, me parece, que según la exposición del autor entre premialidad y proceso inquisitorio había relación de funcionalidad- permanecía la de la alteración de la función racional del derecho penal.

162 A ello me he referido en supra I.4.2.2. El autor expresa esta tesis en "Le soave inquisizione (...)", cit., passim.

163 Bricola, "Funzione promozionale (...)", cit., pp. 132-133.

164 Bricola, "Funzione promozionale (...)", cit., p. 134.

Desde mi punto de vista, la concepción de la prevención general de Padovani, compartida por otros autores como Musco¹⁶⁵ tampoco en el ámbito de los delitos asociativos podía aceptar que una colaboración tenida en el momento del proceso fuera una conducta asimilable a la actuación no estimulada de uno de los concurrentes para disolver la organización. Mientras que en el primer caso la ofensa estaba plenamente realizada -el mensaje del derecho penal había fracasado- en el segundo caso el ordenamiento no podía dejar de considerar que su mensaje había sido atendido en cierta medida.

Esta posición de Padovani relativa a las funciones racionales del derecho penal opuesta a la premialidad podía caer en crisis frente a un fenómeno como el terrorismo en que, si era cierto que se asistía a un proceso de crisis de organizaciones terroristas podía ser que la premialidad no alterara las funciones intimidatorias -pues no existiría riesgo de que el premio fuera estímulo a la realización de actos de ese tenor- ni de la convalidación de las normas, puesto que la propia disociación de esa actividad por parte de quien la había realizado servía de por sí a convalidar las normas que antes se habían vulnerado. Es por esto que, respecto de las personas disociadas del terrorismo, existentes en las cárceles, Padovani planteaba " (...) sedar el tumulto olvidar las culpas". En definitiva, no tanto un problema de premialidad cuanto de amnistía¹⁶⁶. Y era ciertamente la valoración de los otros

¹⁶⁵ Musco, op. cit., pp. 127-130.

¹⁶⁶ Padovani, "Il traffico (...)", cit., p. 424.

fenómenos, respecto de los que se planteaba la extensión de la premialidad, lo que llevaba a Padovani a negar su compatibilidad con las funciones racionales del derecho penal:

Contemporáneamente la multiplicación de los arrepentidos ha determinado una expectativa de 'premio' que pide ser reconocida y satisfecha. Una vez más, como en el caso de los primeros colaboradores salidos de la subversión, la realidad precede a la ley; sólo que esta vez no se trata ya de poner en movimiento procesos disgregativos en acto, de favorecer "salidas de la emergencia", sino de enfrentarse con fenómenos criminosos muy distintos, cuyos protagonistas y cuyos gregarios no tienen proyectos políticos para abandonar, ideologías que repudiar, sino venganzas que acometer, sumas a extorsionar o, aún peor, órdenes que ejecutar¹⁶⁷.

Pienso que esta posición desfavorable de los autores que sustentaban una posición reduccionista hacia la premialidad respondía, entre otros posibles motivos, a una clara derivación de la concepción reduccionista. Por cuanto, si era cierto que esta posición doctrinal sustentaba la utilización de medios de tutela menos garantistas que el derecho penal, como medio de reducción del derecho penal, lo era igualmente que tal disminución de garantías sólo encontraba legitimación si efectivamente el tipo de bien o derecho que se afectaba del individuo eran de menor importancia que los sacrificados por el derecho penal. Ciertamente con la premialidad se buscaba una mayor eficiencia del derecho pero ello -con independencia de que fuera posible o no- se pretendía realizar dentro del propio derecho penal. Lo cual desde el reduccionismo era injustificable.

1.5.3. Bibliografía

¹⁶⁷ Padovani, "Il traffico (...)", *cit.*, p. 425.

I.5.3.1. Bibliografia original

- AA.VV., Lo stato di attuazione della riforma penitenziaria e il ruolo degli enti locali. Actas "del Seminario promosso dall'Assessorato agli affari istituzionali del comune di Venezia", Venezia, 20 Enero 1979, Venezia, Marsilio, 1979, pp. 145.
- AA.VV., "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo". Actas del debate organizado por la revista "La Questione Criminale" sobre el tema homónimo, Bologna, 16-17 Enero 1981, en QC, 1981, pp. 1-174 y 249-322.
- AA.VV., Diritto premiale e sistema penale. "Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale", Como, 26-27 Junio 1981, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 284.
- AA.VV., Carcere, società, istituzioni. Congreso organizado por "Centro Riforma dello Stato", "Comitato Regionale toscano del P.C.I., Federazione fiorentina del P.C.I.", 18-19 Junio 1982, ponencias mecanografiadas.
- AA.VV., Strutture e funzione delle carceri: ruolo dell'Ente locale. "Atti del Convegno regionale", Parma, 4-5 Diciembre 1981, Parma, 1983, pp. 215.
- AA.VV., Funzione e limiti del diritto penale. Alternative di tutela. Actas del congreso de título homónimo, Abaso Terve, 10-12 Diciembre 1982 (ed. de M. de Acutis y de G. Palombarino), Padova, Cedam, 1984.
- AA.VV., Le pene private. Actas del congreso de título homónimo, Pisa, 30-31 Marzo 1984, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 424.
- AA.VV., La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale, Padova, Cedam, 1985, pp. 1-95.
- AA.VV., "Sistema carcerario e umanizzazione delle pene", en DD, 1986, pp. 157-184.
- AA.VV., La legislazione premiale. "XV Convegno 'Enrico de Nicola'", Couravageur, 18-19 Abril 1986, Milano, Giuffrè, 1987.
- AMODIO, Ennio, "I 'pentiti' nella common law", en RIDPP, 1986, pp. 991-1003.
- BRICOLA, Franco, "La depenalizzazione nella legge 29 novembre 1981 n.º 689: una svolta 'reale' nella politica criminale?", en PD, 1982, 359-372.
- " , "Il pentimento del terrorismo, il perdono all'eversore e i silenzi della legge n.º 646 del 1982"

(editorial), PD, 1982, pp. 493-497.

- " ", "Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale", en AA.VV.- 1983, Diritto premiale (...), cit., pp. 121-136.
- " ", "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", en AA.VV.- 1984, Funzioni e limiti (...), cit., pp. 3-84.
- " ", "La riscoperta delle 'pene private' nell'ottica del penalista", en AA.VV.- 1985, Le pene private, cit., pp. 27-53.
- BRUTTI LIBERATI, Edmondo, Intervención, en AA.VV.- 1986, Sistema carcerario (...), cit., pp. 157-184.
- " ", "Dieci anni di riforma penitenziaria", en QG, 1987, pp. 611-624.
- DAGA, Luigi, "Prime osservazioni sulla applicazione della legge n° 66S/1986", en QG, 1987, pp. 625-649.
- DOLCINI, Emilio, "Sanzione penale o sanzione amministrativa: problema de scienza della legislazione", en RIDPP, 1984, pp. 589-625.
- FASSONE, Elvio, "Luci ed ombre della legge Gozzini", en QG, 1987, pp. 651-661.
- FERRAJOLI, Luigi, "Il caso '7 aprile' lineamenti di un processo inquisitorio", en DP, 1983, pp. 167-205.
- " ", "Il processo penale diffuso (ancora sul 'caso 7 aprile')", en DP, 1983, 381-387.
- " ", "Il diritto penale minimo", en DP, 1985, pp. 517-520.
- FIANDACA, Giovanni, "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio de politica criminale", en RIDPP, 1982, pp. 42-81.
- GALGANO, Franco, "Civile e penale nella produzione di giustizia", en RCDC, 1983, pp. 65-67.
- GAMBERINI, Alessandro, "Spunti di riflessione sulla riforma penale degli anni 80", en DP, 1984, pp. 533-545.
- " ", "Lotta al crimine organizzato e cicli processuali. 'Riconoscibilità' dell'intervento giudiziario e 'praticabilità' della funzione difensiva", en DP, 1986, pp. 63-74.
- " ", "Responsabilità ne reato associativo e concorso nei reati-fine", en EI, 1986, extracto.

- ILLUMINATI, Giulio, "Il tribunale della libertà", en DP, 1983, pp. 363-379.
- INGRAD, Pietro, "Intervención", en AA.VV.- 1986, "Sistema carcerario (...)", cit., pp. 170-174.
- GOZZINI, Mario, MARGARA, Alessandro, "Politica e amministrazione penitenziaria tra centro e periferia", en AA.VV.- 1982, Carcere, società, istituzioni, cit., mecanografiado, pp. 26.
- GREVI, Vittorio, "Introduzione. Le 'novelle' del luglio 1984: verso un recupero di garanzie in tema di libertà personale", en AA.VV.- 1985, La nuova disciplina (...), cit., pp. 1-95.
- MARGARA, Alessandro, "Le misure alternative alla detenzione", en AA.VV.- 1979, Lo stato di attuazione (...), cit., pp. 49-71.
- " ", "La riforma carceraria in rapporto alle strutture esistenti, necessarie e non realizzate. Prospettive di superamento della situazione attuale", en AA.VV.- 1983, Struttura e funzione (...), cit., pp. 59-72.
- MARINUCCI, Giorgio, "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 297-318.
- MOSCONI, Giuseppe, "Riferimenti per una alternativa reale al carcere", en DP, 1986, pp. 277-315.
- MUSCO, Enzo, "La premialità nel diritto penale", en AA.VV.- 1987, La legislazione premiale, cit., pp. 115-132.
- NASCETTI, Gian Paolo, PAVARINI, Massimo, "Autonomie locali ed esecuzione penitenziaria: situazione e prospettive agli inizi degli anni ottanta", en Devianza ed Emarginazione, 1982, 4, pp. 81-86.
- NEPPI MODONA, Guido, "Le istituzioni penitenziari: dalle leggi di riforma alla prassi della restaurazione", en AA.VV.- 1982, Carcere, società, istituzioni, cit., ponencia mecanografiada.
- " ", "Dichiarazione dei pentiti e problemi della pena", en AA.VV.- 1987, La legislazione premiale, cit., pp. 247-257.
- NUVOLONE, Pietro, "Politica criminale e pentimento del reo", en IP, 1982, pp. 143-148.
- PADOVANI, Tullio, "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento", en RIDPP, 1987, pp. 529-545.
- " ", "La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni

- amministrative secondo l'esperienza italiana", en RIDFF, 1984, pp. 952-961.
- " , "Lectio brevis' sulla sanzione", en AA.VV.- 1985, Le pene private, cit., pp. 55-70.
- " , "Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio", en RIDFF, 1985, pp. 983-996.
- " , "Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità", en RIDFF, 1986, pp. 398-436.
- PALAZZO, Francesco, La recente legislazione penale, Cedam, 1980 (2a ed. 1982), pp. 359-372.
- PALIERO, Carlo Enrico, "La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia", en FD, 1983, pp. 117-164.
- PASELLA, Roberto, "Diritto penale premiale e funzione della pena", en AA.VV.- 1987, Diritto premiale (...), cit., pp. 238-239.
- PAVARINI, Massimo, "Ricerca su una ipotesi operativa di organizzazione territoriale dell'esecuzione penale in Emilia Romagna all'interno del quadro di competenze, funzioni e possibilità offerte al governo locale dalla legge penitenziaria del 1975, dall'art. 23 del decreto 616/77 e in particolare dallo stato di attuazione delle misure alternative e della pena sostitutiva della semidetenzione", 1984, mecanografiato, pp. 111.
- " , "Introduzione" a Christie, Nils, Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale, Torino, Abele, 1985, pp. 5-28.
- " , "Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre n° 663)", en MS, 1987, pp. 102-126.
- PAVARINI, Massimo, SAVELLI, Irene, VALERIANI, Pier Giorgio, Governo locale ed esecuzione penitenziaria. Linee programmatiche di intervento proposte dalla Regione Emilia-Romagna nell'esecuzione delle misure private e limitative della libertà, Bologna, ed. Regione Emilia-Romagna, Dipartimento Sicurezza Sociale. Studi e Documentazione, 1985, pp. 81.
- PULITANO, Domenico, "Tecniche premiale fra diritto e processo penale", en AA.VV.- 1987, La legislazione premiale, cit., pp. 75-103.
- PRESUTTI, Adonella, Profili premiale dell'ordinamento penitenziario, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 162.
- RESTA, Eligio, "Il diritto penale premiale: Nuove strategie

di controllo sociale", en DP, 1983, pp. 41-69.

- VASALLI, Giuliano, "Intervención", en AA.VV.- 1986, "Sistema carcerario (...)", cit., pp. 162-169 y 178-180.

- " ", "Considerazione conclusive", en AA.VV.- 1987, La legislazione premiale, cit., pp. 334.

- VIGNALE, Lucia, "Decriminalizzazione e pena privata (A proposito del reato di emissione di assegi a nuoto)", en AA.VV.- 1985, Le pene private, cit., pp. 71-78.

1.5.3.2. Bibliografía crítica

- GONZALEZ RUS, Juan, Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría), Madrid, Fundación Juan March, serie universitaria, 1983, pp. 53.

1.5.3.3. Legislación

1.5.3.3.1. Legislación penal y procesal penal

- CONSEJO DE EUROPA, Recomendación 80 (11) de 27 Junio 1980.

- l. nº 532, 12 Agosto 1982. "Disposizioni in materia di riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti di sequestro- Misure alternative alla carcerazione preventiva" (GU, 14 Agosto 1982).

- c. 19 Diciembre 1983. "Criteri orientativi per la scelta tra sanzione penali e sanzioni amministrativi" (GU, 23 Enero 1984).

- l. nº 397, 27 Julio 1984 (GU, 1 Agosto 1984).

- l. nº 398, 28 Julio 1984 (GU, 1 Agosto 1984).

- l. nº 400, 31 Julio 1984 (GU, 31 Julio 1984).

- "Disegno di legge" nº 2609, 1 Marzo 1985. "Modifiche alla disciplina della sospensione condizionale della pena e delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi", en RIDPE, 1985, pp. 945-978 (texto y exposición de motivos).

1.5.3.3.2. Legislación penitenciaria

- l. nº 663 , 10 Octubre 1986. "Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure private e limitative delle libertà" (GU, 16 Octubre 1986)

I.5.3.3. Jurisprudencia constitucional

- SCC nº 131, 21 Noviembre 1979, en GC, 1979, pp. 1046-1069.
- SCC nº 95, 14 Junio 1973, en Le sentenze (...), cit., pp. 657-664.
- SCC nº 167, 22 Noviembre 1973, en Le sentenze (...), cit., pp. 665-673.
- SCC nº 264, 7 Noviembre 1974, en Le sentenze (...), cit., pp. 685-687.
- SCC nº 131, 21 Noviembre 1979, en GC, 1979, pp. 1046-1069.

II.1. DEBATE (IMPLICITO) ENTRE DOCTRINAS DE JUSTIFICACION DE LA GANCIÓN PENAL BASADAS EN LA ACEPTACION DEL SISTEMA PUNITIVO EXISTENTE Y DOCTRINAS INDEPENDIENTES DE TAL SISTEMA, SIN QUE SE ARTICULE UNA POSICION REFORMISTA (1939-1970)

II.1.1. Introducción

La guerra civil supuso para España el inicio de un nuevo régimen político de carácter dictatorial, caracterizado por su no aceptación de los principios básicos de la democracia liberal y, en particular, por la represión, por muy diversas vías, de aquellas personas que hubieran defendido o defendieran ideas, no sólo políticas, contrarias a un régimen que, como ha expresado Payne, llevó a término una contrarrevolución cultural sin precedentes en la Europa del siglo XX¹.

En mi opinión, la premisa básica para comprender las posiciones doctrinales de la cultura jurídica durante el régimen franquista es la radical ruptura que se producía con el período anterior, el de la segunda república, en la medida en que se pasaba de un régimen político que admitía la libertad de expresión de las ideas a otro que será intolerante, sobre todo durante este período respecto de aquellas ideas contrarias, en frase del propio régimen, a los principios del movimiento nacional. Un movimiento que admitirá exclusivamente aquel pluralismo² que derivaba de las diversidad de fuerzas

¹ Payne, El régimen de Franco, 1936-1975, Madrid, Alianza Editorial, 1987, p.133. Esta obra es mi referencia histórica básica para analizar el debate sobre la pena durante el franquismo.

² La existencia de este pluralismo limitado, tal como lo define Carr en España 1908-1975, Barcelona, Ariel, 1982 (4ª ed. 1988), p. 665):

Dentro del régimen entre aquellos que aceptaban los títulos de Franco para gobernar -la legitimidad del 18 de julio de 1936- había un pluralismo domesticado, limitado, hace más ajustada la calificación del régimen de autoritario que la de totalitario, lo cual tiene importancia para el objetivo de este trabajo en cuanto da cuenta mejor de la relativa continuidad del derecho penal del régimen respecto del derecho penal anterior.

Esta tesis viene defendida por Payne el cual, como conclusión de su investigación arguye que el régimen nunca intentó controlar la totalidad de la vida económica del país ni todas las instituciones sociales,

políticas y sociales que habían contribuido al éxito de la rebelión militar del 18 de julio de 1936³.

En este sentido, las consecuencias del nuevo régimen se manifestarán no sólo en el exilio de un sector considerable de la cultura jurídica, mayoritariamente formado por personas partidarias de alguna de las opciones políticas defensoras del régimen republicano⁴ -sector doctrinal que no será tomado en consideración en este trabajo por cuanto considero que su obra no puede ser valorada en atención al contexto histórico de la España franquista, criterio que es decisivo en la interpretación que realizo sobre la evolución de la doctrina jurídico-penal en la cuestión de la justificación de la sanción penal sino también respecto del sector doctrinal que permanecerá en España -incluyendo a aquellos penalistas que se formarán con posterioridad-, el cual deberá operar en el marco de un régimen que exigirá fidelidad al intelectual respecto de

culturales y religiosas. Incluso en la fase de mayor alineamiento con la Alemania nazi y la Italia fascista -en el período intermedio de la guerra mundial- se mantuvo como contrapunto el componente religioso (op. cit., pp. 656-657; más detalladamente pp. 99-409).

³ Bailbé en su libro Orden público y militarismo en la España constitucional, 1812-1936 (Madrid: Alianza Editorial, pp. 317-376) destaca el componente autoritario de la segunda república española en cuanto mantenía la tendencia del liberalismo español consistente en dotarse de una legislación de orden público que limitaba el ejercicio de los derechos políticos plasmados en la Constitución. Esta tesis, que me convence, no me parece que contradiga lo que sostengo en el texto en el sentido de que la legislación de excepción del período republicano (y en particular la ley de defensa de la república de 21 octubre de 1931, BOE, 22 Octubre 1931) garantizaba una libertad de opinión mucho mayor de la que concederá la legislación del régimen franquista.

⁴ Entre los penalistas es obligado destacar en primer lugar a Luis Jiménez de Asúa y también a Bernardo de Quirós, Manuel López Rey y entre los procesalistas a Niceto Alcalá-Zamora Castillo.

los principios básicos del nuevo sistema político⁵.

Divido este primer capítulo en dos partes básicas, en el primer epígrafe (II.1.2.) analizo el marco legislativo y las prácticas punitivas del periodo reseñado -esto último con menor profundidad⁶-, para, a continuación (II.1.3.), reflexionar sobre el debate existente entre la doctrina jurídico-penal sobre la cuestión de la justificación de la pena. Realizo tal clasificación por considerar que para valorar la posición de un autor sobre la pena debe conocerse su posición respecto del sistema punitivo existente.

II.2.1. Legislación y prácticas punitivas que contextualizaban la reflexión sobre la justificación de la sanción penal por parte de la doctrina penal. El derecho penal del régimen franquista: un derecho penal general liberal acompañado de un derecho penal excepcional (es decir, no respetuoso de todos o alguno de los principios liberales) frente a determinadas modalidades delictivas.

II.2.1.1. Institucionalización del sistema punitivo sobre la base de los principios del movimiento, en la fase de formación del régimen (1936-1950)

II.2.1.1.1. Introducción: continuidad entre la legislación punitiva del régimen franquista y la legislación liberal

Las fuerzas sociales que protagonizaron o apoyaron el alzamiento contra el régimen republicano constituían una

⁵ Como indica Tzannes (*La república. La era de Franco*, Madrid, Alianza Universidad, 1973 (10 ed. 1983), p. 550) La ley de responsabilidades políticas, la ley de represión de la masonería y el comisariado (leyes a las que me referiré con atención en II.1.2.1.3.2.1 y las disposiciones sobre depuración de funcionarios, fundamentalmente el decreto de 10 de febrero de 1939 diezmaron los cuerpos de docentes en España. Debe tenerse en cuenta, además, que esta legislación pesaba, como espada de Damocles, sobre las personas no afectas al nuevo régimen. Ello fue especialmente cierto en los primeros quince años del régimen (1936-1950), en el periodo sucesivo, y coincidiendo con la estabilización del régimen, la represión de hecho sobre los no identificados con el nuevo régimen fue menor (sobre lo cual me baso también en Tzannes, *op. cit.*, pp.544-555).

⁶ Como se advertirá con la lectura del trabajo, las investigaciones sobre la aplicación de las normas penales son muy escasas, cuando no sesgadas políticamente, de ahí que mis referencias a tal cuestión siempre adolezcan de cierta pobreza.

pluralidad (una buena parte del ejército, la mayoría de la Iglesia católica, sectores sociales conservadores católicos, monárquicos tradicionalistas, la derecha autoritaria y la falange, fundamentalmente⁷) que dió vida a una ideología compuesta de las diversas aportaciones, que operó, en primer lugar, como justificación del alzamiento contra la república y, en segundo lugar, como fuente de las transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales que llevó a término el régimen franquista.

Una descripción de esta ideología⁸, que denominaré, de acuerdo al lenguaje oficialista de la época, principios del movimiento nacional, será útil para valorar las transformaciones que realizó el régimen franquista en el ámbito del sistema punitivo. A medida que tales transformaciones se iban llevando a cabo la citada ideología operaria, como veremos, como justificación de ellas.

El primer elemento de esta ideología era la defensa de la autoridad frente a la libertad. Ello se manifestaba en el rechazo por parte los ideólogos del régimen, y en primer lugar por el propio Franco, del liberalismo del siglo XIX español. Desde la Iglesia se decía que el liberalismo llevaba a que los hombres no se formaran en las verdades eternas. Se criticaba el desorden de la segunda república y que, según esta opinión:

⁷ Para hacer esta enumeración me baso en Payne, op. cit., pp. 99-241, quien no alude a la cuestión concretamente sino en diversos comentarios.

⁸ Para lo cual tomo en consideración las siguientes obras: Payne, op. cit., pp. 99-409 y 651-677; de AA.VV., Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939-1945), Zaragoza, Libros pórtico, los artículos de Tello, "La revista Ecclesia (1941-1945)", pp. 121-146, Montero, "El boletín de la asociación católica nacional de propagandistas", pp. 81-120, Portero, "La revista de estudios políticos (1941-1945)", pp. 27-54; Carr, op. cit., pp. 662-731; Díaz, El pensamiento español en la era de Franco (1939-1975), Madrid, Tecnos, 1983, pp. 19-41.

justificaba un alzamiento en nombre de la legítima autoridad⁹.

El segundo elemento venía constituido por la defensa de un moralidad católica por la que debían regularse las relaciones humanas. La Iglesia justificaría el alzamiento como una cruzada, una guerra justa contra un régimen al que se acusaba de ser responsable del anticlericalismo violento que se vivió durante la guerra civil en el sector republicano. Franco siempre fue consciente de lo importante que era para su causa y después para su régimen el apoyo de la Iglesia, de ahí que desde los inicios de la guerra civil defendiera con la Iglesia el objetivo de recristianizar España¹⁰.

El tercer elemento venía constituido por el anticomunismo. Se defendía que el alzamiento había servido para evitar una revolución preparada por parte del partido comunista. Y el comunismo era visto como un mal amenazante para cuyo combate era necesario un Estado autoritario capaz de infundir en los ciudadanos una obediencia a los principios morales del conservadurismo católico y, también, de utilizar medios

⁹ Por lo que se refiere a Franco me baso en Payne (op. cit., p. 87) y en Carr (op. cit., p. 663) quien afirma:

La imagen de la sociedad que tenía Franco siguió siendo la de un soldado profesional y patriota.

Las tropas, cuando se mandan bien, obedecen; sino lo hacen se las debe castigar por amotinamiento.

Por lo que se refiere a los juicios de la Iglesia me baso en el análisis que realiza Tello de "Ecclesia", órgano oficial de la iglesia católica, op. cit., p. 137.

¹⁰ Por lo que se refiere a la justificación del alzamiento como cruzada, me baso en Payne, op. cit., pp. 210-215 y 219. En cuanto a la importancia dada por el régimen a la religión, me valgo de Payne, op. cit., pp. 99-354, en donde el autor defiende que el régimen nunca abandonó su clericalismo. El objetivo de la Iglesia de recristianizar venía defendido en "Ecclesia" tal respecto Tello, op. cit., pp. 125-133), al cual el régimen daría satisfacción en diversos ámbitos entre los que destaca el de la educación (sobre lo cual Payne, op. cit., p. 363). También Portero en su análisis de la Revista de estudios políticos, revista que se creó como centro de elaboración ideológica (en tal sentido, Tuñón, op. cit., p. 444), considera que la ideología dominante en los años iniciales fue la católica, la defensa de un Estado católico (op. cit., p. 35). No me parece convincente el juicio de Tuñón respecto de que tal revista buscaba una fundamentación sólida del totalitarismo (op. cit., p. 444), tanto Portero (op. cit., pp. 35-40) como Díaz (op. cit., pp. 28-32) aluden a que incluso en los escritos de 1941 defendían un estado con un componente religioso.

represivos cuando la mera prevención no fuera suficiente¹¹.

El cuarto elemento de esta ideología era el nacionalismo, entendido como identificación con la fase imperial de la historia de España y propulsor de un Estado centralizado y unificado.

Por último, dentro de lo que considero los aspectos fundamentales de esta ideología, debe destacarse el capitalismo social, entendido como sistema que aceptando como naturales las desigualdades sociales, atribuía al Estado una función de favorecer condiciones de dignidad en el trabajo¹².

Este programa ideológico que surgía de la confluencia de diversas fuerzas en el bloque defensor del nuevo régimen estaba bastante alejado de un programa totalitario de marca fascista. Existieron fuerzas más decisivas que la falange en la configuración del nuevo régimen, como el ejército, con Franco a la cabeza, que nunca aceptó verse eclipsado por un partido ni por cualquiera otra fuerza, y la Iglesia. El resultado de ello sería, como ha explicado Payne, un programa bastante semejante al defendido por la derecha autoritaria que se había formado en la fase final de la dictadura de Primo de Rivera y que siempre se había opuesto al sistema más democrático surgido con la

11 Los análisis de Montero del Boletín de la Asociación católica nacional de propagandistas (*op. cit.*, pp.98-102) y de Tello de Ecclesia (*op. cit.*, pp.137-141) dan muestra de tal anticomunismo entre la Iglesia y las organizaciones políticas católicas. Con el final de la segunda guerra mundial, anticomunismo y catolicismo serían las banderas políticas del régimen frente al resto de las naciones (sobre ello Payne, *op. cit.*, p. 333).

12 Sobre la defensa de tal concepción por parte de los representantes falangistas en los gobiernos de Franco, Payne, *op. cit.*, pp. 192-196 y, en relación a la defensa de tal concepción por la Iglesia, Tello, *op. cit.*, pp. 132-133 y 135-136.

segunda república¹³.

A partir de la descripción de esta ideología pienso que es posible pasar a realizar una confrontación entre ella y el sistema jurídico-penal que el nuevo régimen heredaba del liberalismo español que había florecido, con interrupciones, durante el siglo XIX y primer tercio del siglo XX. Esta confrontación deberá servir para dar una explicación general del tipo de sistema jurídico-penal y de las prácticas punitivas de las que se dotará el régimen franquista y, en particular, para afonter la cuestión de la continuidad o ruptura entre la legislación penal liberal y la franquista.

Para realizar tal tarea un primer paso consiste en analizar el sistema jurídico penal del liberalismo español, lo cual acometeré tomando como punto de referencia el modelo de derecho penal liberal que surge del proceso de codificación del derecho que se inicia con los regímenes de absolutismo ilustrado y que tiene su expresión más acabada en el derecho penal codificado surgido de la revolución francesa.

Partiendo del análisis de Tarello sobre la codificación del derecho, puede decirse que las características esenciales de un derecho penal de carácter liberal-burgués son las siguientes: en primer lugar, y como rasgo general de todo el sistema jurídico, una superación del particularismo jurídico, en segundo lugar, una unificación del sujeto de derecho que, en el ámbito penal se traducía en una delimitación de los delitos y de las penas sin atender a las condiciones personales o sociales de los individuos, en tercer lugar, una secularización

¹³ Sobre todo lo anterior se baso en Payne, op. cit., pp. 39-409 y, sintéticamente, pp. 651-677.

del derecho penal basada en limitar su objeto de protección a bienes que tuvieran una dimensión social y no exclusivamente individual, en cuarto lugar, una proporción de las penas a la gravedad de los delitos y, en quinto lugar, una garantía del individuo frente a la intervención punitiva del Estado, merced al principio de legalidad (que incluía el castigo de hechos y no de conductas o estados) y de juicio legal con garantías de defensa¹⁴ (tutela judicial efectiva). Una última cuestión que en el análisis de Tarelló queda, a mi entender, menos profundizada es la relativa al tipo de sanciones que son características de una codificación del derecho de tipo liberal. Para resolver tal cuestión partiré del análisis realizado por Padovani, para quien la asunción de una determinada relación de proporción entre delito y pena responde a que la ilustración penal, en cuanto inspiración cultural del movimiento codificador, propugnaba una concepción preventiva de la penal que sólo podía realizarse adecuadamente mediante una relación de proporción (en el sentido de que sólo una pena proporcionada es capaz de evitar más la realización de delitos más graves). Padovani sostiene, además, que diversas razones, intrínsecas al modelo de reforma penal propugnado por la ilustración, contribuían a que la pena elegida por la reforma fuera la privativa de libertad: la igualdad de la tal pena la hacía ser la más capaz de proporcionarse al delito y, en

14 Tarelló, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol 1, *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 15-59, fundamentalmente, y 224-258, 383-392, 488-557. Quiero aclarar que extraigo tales principios del punto de referencia que Tarelló utiliza para enjuiciar la mayor o menor modernidad de un determinado proyecto o código de los que surgen en el periodo absolutista (con monarcas ilustrados) que, si no he entendido mal, no es otro que el de los códigos surgidos en un momento revolucionario y, por tanto, "plenamente liberales". Este punto de referencia es lo que yo llamo "modelo de codificación liberal".

segundo lugar, la eficacia preventivo especial, fin no ajeno al pensamiento ilustrado, venía garantizada por la virtualidad de la pena de privación de libertad para ejercitar una actividad continua sobre el reo¹⁵.

El sistema liberal español se había ido construyendo desde inicios del siglo XIX entre iniciales retornos al absolutismo, períodos de liberalismo moderado y otros de liberalismo radical, hasta llegar con la segunda república a su expresión más avanzada.

Si hacemos especial mención a los códigos penal y procesal penal¹⁶, podemos observar que existe una sustancial adaptación de la legislación española al modelo de codificación liberal antes descrito¹⁷.

El c.p. de 1848, y con él todos los sucesivos, cumplía con el requisito de derogación de todo el derecho penal anterior,

¹⁵ Padovani, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 8-15. El autor con tal interpretación no se opone sino que simplemente quiere complementar las razones propuestas por quienes han vinculado el surgimiento de la pena privativa de libertad a una determinada estructura económica o política.

¹⁶ Me refiero al código penal de 1932 (l. 27 Octubre 1932), el código penal republicano, que no era más que una reforma del código de 1870 (r.d. 30 Agosto 1870), el cual, a su vez, reformaba el de 1848 (r.d. 18 Marzo 1848), que tuvo una reforma de cierta importancia en 1850 (r.d. 30 junio 1850). La codificación procesal penal sólo se llevó a cabo con la ley orgánica del poder judicial de 15 Septiembre 1870 y con la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 (r.d. 14 Septiembre 1882). Para la comparación de estos códigos me ha sido de utilidad el "Índice analítico de concordancias", y también la edición conjunta de todos los códigos, de la obra de López Barja de Quiroga, Rodríguez Ramos y Ruiz de Gorpejuela, Códigos penales españoles 1882-1944. 1822-1844-1850-1870-1928-1932-1944. Recopilación y concordancias, Madrid, Akal, 1988.

¹⁷ Mis fuentes para hacer las siguientes consideraciones son: Tomás y Valiente, El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII), Madrid, Tecnos, 1969, pp. 153-200 y 317-326; Tomás y Valiente, Manual de historia del derecho español, Madrid, Tecnos, 1979 (3ª ed., 1983), pp. 493-505 y 520-535; Antón, Derecho penal, Madrid, Gráfica administrativa, 1949, pp. 59-68; Antón, "El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", en ADPCP, 1965, pp., Barbero, Política y derecho penal en España, Madrid, Jucar, 1977, pp. 27-61, Ballbe, op. cit., pp. 25-396; Virto, El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el código penal de 1848, Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1984, pp. 51-54, Gallego, El sistema español de determinación de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal, Madrid, Icaí, 1985, pp. 67-82 y 130-177; Peset, "Derecho y propiedad en la España liberal", en DE, 1976-1977, n. 5-6, pp. 463-507.

siendo el único código penal del territorio español¹⁸ (pero, como veremos más adelante, la excepción vendrá constituida por el derecho penal militar).

En segundo lugar, el c.p. de 1848 rompía con la tradición del derecho penal feudal consistente en atribuir diferentes calificaciones jurídicas a los comportamientos, y, por tanto, también distinta penalidad, en función del estamento al que perteneciera el sujeto¹⁹.

En tercer lugar, por lo que se refiere a los bienes protegidos, el código de 1848, y los sucesivos se estructuraban sobre la protección del Estado (delitos políticos) y de los derechos individuales, y fundamentalmente, la vida e integridad personal, la libertad y la propiedad²⁰. Antón señala como desviación del liberalismo la importante protección a la religión católica del código de 1848, lo cual quedó corregido en los códigos de 1870 y 1932, mediante la supresión de la protección particularizada a tal religión, pasando a protegerse la libertad de cultos²¹. El mismo Antón señala que también puede calificarse de autoritario la dureza con la que el código

18 Sobre tal cuestión Virfo, *op. cit.*, pp. 51-54, quien ubica el c.p. de 1848 en el proceso de unificación del derecho. Téngase en cuenta que en el sistema penal anterior pese a que, como señala Tomás y Valiente (*Manual [...]*, *cit.*, p. 495) con el decreto de nueva planta ya se había iniciado el camino hacia la unificación del derecho, seguía existiendo una multiplicidad de fuentes que podían integrar el derecho real.

No tomo en consideración el primer código liberal, el de 8 de Junio 1822, en atención a que el precedente directo del código de 1932 es el de 1848. Por lo que se refiera al código de 1828 (r.d. 8 Septiembre 1928), promulgado en el periodo de la dictadura de Primo de Rivera), tampoco lo considero, en esta cuestión, al ser un código nuevo, y no una reforma del de 1870, que sería derogado por el régimen republicano.

19 Sobre esta cuestión, y respecto del derecho penal castellano de los siglos XVI-XVIII, me baso en Tomás y Valiente, *El derecho penal [...]*, *cit.*, pp. 317-326, quien lo denomina principio de desigualdad personal ante la ley penal.

20 Destaca la importante protección que atribuye a la propiedad el c.p. de 1848, Peset, *op. cit.*, pp. 500-501.

21 Antón, *Derecho penal*, *cit.*, pp. 62-63.

de 1848 castigaba los delitos políticos, que se moderaría en los códigos de 1870 y 1932²². La expresión de Antón me parece acertada en el sentido de que el liberalismo español, ni siquiera en sus fases más avanzadas, los periodos 1868-1874 y 1931-1933, llegó a asumir plenamente los principios del liberalismo político, es decir, el reconocimiento pleno de los derechos políticos de los ciudadanos, dicho lo cual, me parece conveniente afirmar que, si sólo fuera esa la desviación de los principios liberales, podríamos afirmar que la evolución del derecho penal en el liberalismo fue de progresiva adaptación a los principios del liberalismo político²³.

En cuarto lugar si en el derecho penal de la monarquía absoluta, y muy especialmente por parte de la inquisición, se había llegado a juzgar la esfera interna, al castigar estados interiores del individuo considerados contrarios a los principios religiosos, el derecho penal codificado, que inicia con el código de 1848, tomará como uno de sus principios, el castigo del individuo en función del hecho externo realizado.

En quinto lugar, no parece haber polémica en que el código penal de 1848, y sus sucesores, se basaban en un rígido proporcionalismo entre los delitos y las penas, lo cual se manifestaba en la abstracta determinación del tipo y duración de la pena de acuerdo a la gravedad abstracta del delito y en un sistema de determinación judicial de la pena en el que el margen de arbitrio judicial venía limitado por un sistema de

²² Antón, Derecho penal, cit., pp. 63-63.

²³ Esta es, en cierta medida la tesis de Barbero (Política (...), cit., *passim*) quien observa un progreso (o regresos) de los diversos códigos penales en atención a su adaptación al momento político.

medición de la pena en atención a la concreta gravedad del delito²⁴.

En sexto lugar, por lo que se refiere a la construcción de un sistema punitivo que diera seguridad jurídica al individuo frente a la intervención punitiva del Estado no parece cuestionarse el reconocimiento del principio de legalidad en los códigos de 1848, 1870 y 1932, garantía del ciudadano que lo sería tal si, en el plano procesal, venía juzgado por tribunales independientes y a través de un juicio basado en la presunción de inocencia y en el derecho a la defensa, principios ambos que sólo se acogerían plenamente con la ley orgánica del poder judicial de 1870 y con la ley de enjuiciamiento criminal de 1882²⁵.

Por último, por lo que se refiere al tipo de sanciones, la opción por la pena privativa de libertad, como pena básica del

24 Sobre tal cuestión me baso en Gallego, *op. cit.*, pp. 75-82, quien destaca la influencia de la doctrina de la ilustración en el sistema de determinación de la pena del código. Antón (en *Derecho penal*, *cit.*, p. 62), contradiciendo la opinión de Silveira que caracterizó al código de retributivo, dice:

Creo, por el contrario, que si bien predomina el principio de la retribución no está ausente el de la intimidación general.

Esta frase de Antón pienso que debe ser interpretada de la siguiente forma: el término "retribución" es utilizado por el autor como sinónimo de proporción y cuando el autor habla de "intimidación general" se está refiriendo a aquellos supuestos en que la pena que el código determina va más allá de la proporción con el delito, seguramente, por razones de ejemplaridad. Esta interpretación viene avalada por los ejemplos que el autor pone para justificar su opinión: preceptos de ejecución de pena ejemplaristas, dura penalidad aplicada a delitos políticos, casos en que se aplica la pena de muerte como pena única, supuestos de responsabilidad objetiva (p. 62). Como conclusión de todo ello, y acogiendo la opinión de Antón, habría que decir que el código está fundamentalmente inspirado en el principio de la proporción, pero que se desvía de él en algunas cuestiones atendiendo a razones de ejemplaridad.

Como muestran el propio Antón (*Derecho penal*, *cit.*, pp. 64-68) y Barbero (*Política (...)*, *cit.*, pp. 39-46 y 58-61), los códigos de 1870 y 1932 corrigieron algunas de estas cuestiones en el sentido de la proporcionalidad.

Es cierto que Antón, además, utiliza la calificación de "retributivo" en atención a que el código de 1848 no era sensible a la prevención especial (en *Derecho penal*, *cit.*, p. 61). Esta cuestión tampoco contradice que para Antón la expresión retribución es sinónima de proporción. Por otra parte, como se verá más adelante, coincido con Antón en considerar que una correcta concepción preventiva (entiéndase: aquella concepción preventiva adecuada al modelo liberal de derecho penal descrito) debe tomar en consideración la prevención especial, lo cual supone moderar en cierta medida la rígida proporción delito-pena.

25 Sobre lo cual me baso en Tomás y Valiente, *Manual (...)*, *cit.*, pp. 521-527.

sistema punitivo es característica de los códigos analizados. También la legislación penitenciaria del período se adaptaba a la concepción liberal en la medida en que daba entrada, mediante una concepción aflictiva de la pena, a una flexibilización de la ejecución que tomaba en consideración el comportamiento del recluso en el interior de la institución²⁶. Más adelante, en los inicios del siglo XX, esta línea se vería enfatizada por la introducción en el ordenamiento de instituciones como la suspensión condicional de la pena (l. 17 Marzo 1908) y la libertad condicional (l. 23 julio 1914), las cuales moderaban el proporcionalismo en atención a consideraciones de prevención especial, que llevaban, con el primer instituto, a facultar a los jueces la suspensión de la ejecución de las penas cortas de delinquentes primarios y a facultar la concesión anticipada de la libertad, con el segundo. Ambos institutos serían incorporados al código penal de 1932.

Como conclusión de todo lo anterior podría afirmarse que el liberalismo español había dado vida a un sistema jurídico-penal sustancialmente armónico (sobre todo con el c.p. de 1932) con los principios inspiradores de la codificación penal europea. No obstante, otros ámbitos de la legislación penal española del período, y preferentemente la forma de abordar los problemas de orden público y las formas de intervención punitiva predelictual, junto a otras cuestiones a las que me referiré

²⁶ Sobre la evolución del derecho penitenciario en la época liberal se baso en Bueno Arús, "Cien años de legislación penitenciaria", en *REP*, 1981, pp. 63-84. El régimen franquista heredaria, como código penitenciario, el r.d. 14 Noviembre 1930, Reglamento orgánico de los servicios de prisiones, si bien en el período de la segunda república se habían dictado disposiciones de contenido humanizador (a todo lo cual me referiré más adelante).

más adelante, deben ser tomadas en consideración para realizar un juicio más ponderado sobre el sistema punitivo que heredaba el régimen franquista.

La primera cuestión que considero básica en orden a efectuar esta valoración es la relativa a la forma en que el liberalismo español trató los problemas de orden público. A partir de la investigación realizada por Ballbé²⁷, es posible afirmar que los diversos regímenes que existieron en el marco del liberalismo español, desde el periodo de Cádiz hasta la segunda república, se identificaron en el tratamiento excepcional -es decir, mediante instrumentos distintos de los generales- que dieron a formas de delincuencia política, un tratamiento excepcional consistente, fundamentalmente, en la utilización del ejército, o de fuerzas de orden público militarizadas, para la represión de conductas que afectaban al orden público.

La investigación de Ballbé conduce, si interpreto bien, a hacer una valoración del liberalismo español como un régimen que, en todas sus fases, aunque es cierto que en algunas de forma más acentuada, intentó excluir del juego político a los que en cada momento se presentaron como adversarios extremos de los diversos regímenes (los cuales, como es lógico, iban cambiando en cada época: los liberales progresistas, los liberales radicales, los demócratas, los republicanos, los anarquistas, los monárquicos,...). Esta exclusión es la que explica la utilización de instrumentos marciales (piénsese en la frecuente uso en las ordenanzas militares del término

²⁷ Ballbé, op. cit., *passim*

"enemigo interior") que suponían una efectiva limitación de los derechos políticos (y fundamentalmente los de reunión y manifestación pero también en diversas fases los de expresión y asociación) como medio de garantizar el orden público. El protagonismo atribuido al ejército en la cuestión del orden público (a través de la militarización de las fuerzas de orden público y mediante las competencias, nunca eliminadas, de la jurisdicción militar en relación a conductas delictivas realizadas por civiles -pero téngase en cuenta que, en determinadas ocasiones, su carácter delictivo surgía exclusivamente de que el orden público limitaba enormemente el ejercicio de derechos característicos del liberalismo político hasta convertirlos en delitos-) suponía una reducción de garantías tan elevada (pues los militares pasaban a ser garante del orden público y juez) que bien puede concluirse, con Ballbé, que, en este ámbito, el liberalismo español mantuvo una herencia del absolutismo que, en términos modernos, lo hacía adjetivable de autoritario²⁸.

Coincidiendo con la tesis de Ballbé, la calificación de autoritario no deriva de que en el curso del liberalismo ciertos derechos no vinieran reconocidos (pues es indudable que el liberalismo español, como el resto de ellos, tuvo un proceso ascendente, aunque con fases de inflexión, en el reconocimiento de tales derechos) sino en que siempre se mantuvieran, como espada de Dámocles, los instrumentos excepcionales que creaban una inseguridad sobre su ejercicio impropia de un sistema

²⁸ Todo lo anterior no es más que un resumen personalizado del libro de Ballbé repetidamente citado. No cito concretamente porque sus valoraciones globales, a las que yo me he referido, se van formulando a lo largo del trabajo. Las páginas en relación al periodo del liberalismo son 37-316.

liberal.

La desconfianza del liberalismo español en el sistema judicial ordinario para resolver los conflictos de orden público era, pues, debida al temor, seguramente fundado, de que la independencia de este sistema beneficiaría a los adversarios políticos. A partir de tales temores el franquismo construiría su sistema punitivo.

Una segunda cuestión a la que es obligado referirse para realizar un juicio ponderado sobre el sistema punitivo que el franquismo heredaba del liberalismo es la utilización de instrumentos excepcionales frente a la delincuencia común.

En este ámbito hay que aludir en primer lugar a que durante determinadas fases del liberalismo se usó la jurisdicción de guerra frente a modalidades graves de delincuencia común y, aunque sólo en determinadas fases del liberalismo, de una legislación (como la ley de fugas de 1870) que propiciaba vías de hecho para combatir el problema. También aquí, el liberalismo renunciaba a los mecanismos ordinarios (liberales) para combatir problemas (como el bandolerismo) que también debía considerar una amenaza al orden público²⁹.

En tercer lugar debe ser considerada toda la temática relativa a las medidas de seguridad. Una primera cuestión hace referencia a la existencia de mecanismos de intervención excepcional frente a sectores sociales que expresaban, en terminología de la escuela positiva italiana, peligrosidad social. El liberalismo continuaba sustancialmente unas prácticas de intervención punitiva existentes durante el

²⁹ Inf. en Barbero, *Política (...)*, cit., p. 48 y Ballbé, *op. cit.*, pp. 204-205.

periodo absolutista caracterizadas por utilizar (preferentemente en el ámbito militar pero también en el ámbito civil) a personas no integradas en el sistema económico de la sociedad (y preferentemente los denominados "vagos" y "pobres") a través de la coacción, que llegaba en determinados supuestos al internamiento forzoso³⁰.

La ley de vagos y maleantes de 1933 (que analizaré más adelante) -la cual, respecto de la vagancia había sido precedida por su tipificación como delito en el código de 1948³¹- suponía una continuación de esta tendencia en el sentido de intervenir punitivamente -pero ahora con una nueva legitimación cientifista- sobre personas consideradas peligrosas. Las modificaciones respecto de las formas de intervención del periodo absolutista radicaban en las mayores garantías de la intervención, que venía judicializada. No obstante, seguía siendo una forma de intervención de menores garantías -y de ahí que la considere excepcional- que la intervención prevista en el código penal, que castigaba hechos y no estados.

Aun cuando quede fuera del marco formalmente penal no puede dejarse de señalar por su clara vinculación con la intervención punitiva predelictual otra normativa creada por el estado

30 La información al respecto de tales prácticas de internamiento durante la época del absolutismo y en particular durante el siglo XVIII la obtengo de: Álvarez-Uría, Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX, Barcelona, Tusquets, 1983, pp. 21-63 Escobar, Tesis doctoral, Casabó, "Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva", en AA.VV., Peligrosidad social y medidas de seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de agosto de 1970), Valencia, Publicaciones Universidad de Valencia, 1974, pp. 61-89 (en especial 69-70). Por lo que se refiere al tratamiento de la vagancia en el siglo XIX, además de en el estudio de Casabó arriba citado, me baso en Terradillos, Peligrosidad social y Estado de Derecho, Madrid, Akal, 1981, pp. 38-43.

31 Inf. extraída de Casabó, "Actualidad (...)", cit., pp.61-68 y Terradillos, op. cit., pp. 38-43.

liberal que establecía privaciones de libertad por motivos ajenos a la comisión de un delito. En este sentido me parece destacable la normativa relativa al internamiento psiquiátrico y en particular la evolución que se produce desde 1885 hasta 1931. Como ha mostrado Bercovitz, mientras que la legislación de 1885 se basaba en el control judicial del internamiento, la de 1931 traspasará, fundamentalmente, el poder a la autoridad gubernativa y a la médica, en base a una ideología cientifista basada en la investigación sobre la enfermedad mental y en su curación³².

También esta legislación difería sustancialmente del modelo liberal antes descrito, el cual era reactivo a que la libertad de la persona se sacrificara por motivos ajenos a los previstos en el código penal.

Una segunda cuestión se plantea en relación a las medidas de seguridad postdelictuales en los supuestos de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. Partiendo de la premisa de que una adecuada concepción liberal había de someterse al principio de proporcionalidad también en los supuestos de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida, aun cuando fuera admisible que fueran diversificados los modos de ejecución para tomar en consideración las características del sujeto³³, resulta la siguiente conclusión. Mientras que el código de 1822 no preveía ninguna medida de seguridad para tales supuestos (a excepción de una medida de corrección -sometida a un límite máximo- para

³² Bercovitz, La marginación de los locos y el derecho, Madrid, Taurus, 1976, pp. 125-184.

³³ Esta es la tesis sostenida por Musco, La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè, 1978, p. 7, quien hace una consideración semejante en su análisis del código liberal italiano de 1889 (el codice Zanardelli).

(los menores sin discernimiento), a partir del código de 1848 se inaugurará una regulación que respecto de la enajenación mental, en los supuestos de delitos graves, establecerá medidas de internamiento indeterminado³⁴.

También debe ser considerada la cuestión de las medidas de seguridad postdelictuales para imputables. El liberalismo español, desde su primer código, el de 1822, dió un tratamiento punitivo a determinadas formas de reincidencia que anticipaban, claramente, la generalización de la doble vía (pena más medida de seguridad) para delincuentes imputables peligrosos de la ley de vagos y maleantes. Este sistema suponía una vulneración del principio liberal de la proporcionalidad³⁵.

En su conjunto toda la regulación relativa a las medidas de seguridad, aunque con diferencias sustanciales entre las diversas modalidades, suponía la entrada de una ideología cientifista que a la vez que clasificaba diversas situaciones de anormalidad (desde la locura hasta la peligrosidad social) planteaba formas de solución que conducían a desatender algunos de los principios básicos de un derecho penal liberal: el principio de proporcionalidad en determinados casos y el de legalidad en otros.

Un cuarto sector excepcional creado en el marco del Estado liberal fue el relativo a la creación de una jurisdicción especial para los delitos y estados de peligrosidad relativos a

³⁴ Inf. extraída de Terradillos, op. cit., y de Olesa, Las medidas de seguridad, Barcelona, Bosch, 1951, pp. 315-336.

³⁵ La información sobre el tratamiento de la reincidencia por parte de los códigos penales del liberalismo del siglo XIX la extraído de Asúa Batarrita, La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1982, pp. 106-121, 218-237 y 419-461.

menores que, como tendré ocasión de mostrar más adelante, será calificable de excepcional por la disminución de garantías respecto de la jurisdicción ordinaria³⁶. En este sector, la ruptura con el principio de generalidad de la ley se producía a partir de una ideología paternalista y moralizante que, también en este caso, se ponía por encima del principio garantista.

Como conclusión de todo lo anterior, me parece posible afirmar que el sistema jurídico penal que heredaba el régimen franquista del liberalismo se caracterizaba por la existencia de dos sectores diferenciados; un primer sector, al que denominaré general, sustancialmente identificado con los principios característicos del liberalismo en materia penal; y un segundo sector, que denominaré excepcional, integrado por diversos ámbitos, de los cuales el más importante era el relativo al orden público, caracterizado por configurar la intervención punitiva del Estado con garantías menores (cuando no casi inexistentes) respecto de las del sector general. Por una parte, este sector excepcional expresará la incapacidad del liberalismo español de configurarse como sistema general o, con otras palabras, de incluir en su seno a las diversas opciones políticas y, en el ámbito de la delincuencia común, a las manifestaciones delictivas consideradas más graves. Por otra parte, sobre el sistema liberal influirán nuevas ideologías, como la del positivismo cientifista del siglo XIX, que llevarán a alterar el originario sistema garantista propio de la Ilustración, y que informará la codificación penal, recuperando, ahora con una nueva legitimación, formas de

³⁶ Sobre la evolución de la legislación de menores se baso en Antón, Derecho penal, cit., pp.

intervención punitiva ya existentes en el período Absolutista.

Analizada, en sus rasgos generales, la legislación punitiva del liberalismo que heredaba el régimen franquista, estamos en condiciones de afrontar, con carácter general, la medida en que el nuevo régimen, en atención a sus principios fundamentales debía aceptar o repudiar el legado del liberalismo.

Ninguno de los principios del movimiento aludidos llevaba a mi entender a derogar el sector general del sistema punitivo heredado del liberalismo; el régimen se estructuraría de acuerdo a sus principios como un sistema de economía liberal al cual le era funcional el sistema punitivo garantista heredado del liberalismo. Como tendremos ocasión de observar, las reformas del código penal de 1944 no alteraban sustancialmente -aun cuando, indudablemente, fueran expresión de la ideología de nuevo régimen- el sentido garantista de la codificación penal del liberalismo.

Por lo que se refiere al sector excepcional del ordenamiento punitivo debe destacarse, en primer lugar, que el franquismo en cuanto sistema político que negaría todos los derechos fundamentales del liberalismo político, en especial durante sus dos primeras décadas, llevará a generalizar la exclusión de la vida política de todos sus adversarios. La utilización de recursos excepcionales frente a la ampliada delincuencia política tendrá el mismo sentido que encontraba en el liberalismo, esto es, conseguir que tal exclusión fuera eficaz, para lo cual nada mejor que los mecanismos expeditivos de la ley marcial; en última instancia el franquismo lo que haría es ampliar enormemente, al menos respecto de las fases más

avanzadas del liberalismo, el recurso a la excepcionalidad en el sector del orden público.

Por lo que se refiere a los otros ámbitos del sector excepcional, la tendencia de la legislación franquista iría en sentido semejante al de su herencia liberal, aunque también en ellos la ideología del régimen repercutirá respecto de la ampliación de los sectores a los que, en particular con la aplicación de medidas de seguridad, se buscará excluir del sistema social.

Las anteriores conclusiones deberán encontrar una matización importante por lo que se refiere a los primeros años de la posguerra en los cuales habrá que tomar en consideración un elemento decisivo como fue la represión, no sólo por vías penales, de los vencedores sobre los vencidos, situación que, mientras duró, impedía calificar al régimen de liberal en ninguno de los sentidos posibles de tal palabra.

En conclusión, el régimen, haciendo salvedad de lo dicho en el anterior párrafo, aceptaría la herencia legada por el liberalismo y su contribución más importante se daría, pienso, de acuerdo a su categoría de régimen dictatorial, en la sustancial ampliación de la esfera de la excepcionalidad o, lo que es lo mismo, de aquellos a los que se quería excluir de la vida política y social³⁷.

³⁷ Todas las anteriores consideraciones, y en general toda esta introducción está notablemente influida por Ballbé, *op. cit.*, *passim*.

II.1.2.1.2. El derecho penal general

II.1.2.1.2.1. Premisa. Razones del fracaso del anteproyecto falangista de código penal de 1938: las reformas inspiradas en el nazismo chocaban con el componente religioso de los principios del movimiento

El contexto histórico del anteproyecto de código penal de 1938³⁹ era la voluntad de falange de asumir un predominio en el movimiento, en base a lo cual la ideología fascista fuera la que inspirara las reformas del nuevo régimen. Durante los primeros años del régimen, en particular durante el periodo de guerra, funcionaron las delegaciones nacionales de falange, cuya pretensión era ser los verdaderos ministerios del nuevo Estado⁴⁰. Como ha explicado Casabó⁴¹, fue en el marco de la delegación de justicia y derecho donde, por obra principal de dos juristas, Antonio Luna y Federico Castejón, el primero de los cuales falangista radical -radical en el sentido de querer un movimiento basado en el falangismo- que, como consecuencia de ello, caería en desgracia política⁴², se elaboró tal anteproyecto como parte de una nueva codificación del derecho que incluía, además, un nuevo código procesal penal, un reglamento penitenciario y un código civil.

Por lo que se refiere al anteproyecto de nuevo código penal

³⁹ F.E.T. y de las J.O.N.S.- Delegación nacional de justicia y derecho, "Anteproyecto de código penal", 1938, en Casabó, El anteproyecto de código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.. Estudio preliminar y edición, Murcia, Universidad de Murcia, 1975, pp. 42-

³⁹ Al respecto de esta pretensión de falange: Payne, op. cit., pp. 199-200.

⁴⁰ Casabó, "Estudio preliminar", en El anteproyecto (...), cit., pp. 2-4.

⁴¹ inf. en Payne, op. cit., p. 320.

-pues no tomaré en consideración el resto de proyectos⁴²-
pienso que sus características fundamentales eran las
siguientes⁴³.

Destacaba una ruptura radical con alguno de los principios de la codificación liberal anteriormente enunciados. En primer lugar, el principio de protección individual frente a la intervención punitiva del estado y, en particular, el principio de legalidad, venía vulnerado por la introducción de la analogía como complemento de la tipificación legal de los delitos. En segundo lugar, aun cuando no fuera una modificación de tanta envergadura, destacaba la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción al delito cometido en nombre de un defensismo extremo (entiendo por defensista un sistema que en aras a la prevención de delitos extremiza la represión hasta niveles que no guardan una relación de proporcionalidad). Tal defensismo era patente, fundamentalmente, en la previsión de un sistema de doble vía (pena más medida de seguridad) establecido en el art. 60:

Los tribunales tienen obligación de prevenir la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la medida de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable, por plazo no inferior a la privación de libertad impuesta y a cumplir después de extinguida esta o simultáneamente, si fuera posible. Este acuerdo en todo tiempo es reformable y revocable en vistas de la finalidad perseguida en relación con la corrección del reo, ya en sentido favorable, ya perjudicial para el mismo.

y en otros institutos del anteproyecto, entre los que

42 Pese que a Casabó ("Estudio preliminar", en op. cit., p. 8) indica que fueron imprimidos yo no he podido acceder a ellos.

43 Para este análisis el punto de referencia crítico será el "Estudio preliminar" (cit.) de Casabó.

destacaban, la obligación por parte del juez de aplicar las agravantes y sólo la facultad de aplicar las atenuantes (art. 59); el castigo igual de actos meramente preparatorios que del delito consumado; en el mismo sentido, el castigo igual del autor y del cómplice; y la regulación de la reincidencia en consideración también a los delitos no condenados a la vez que una regulación muy rígida de tal instituto que extendía el ámbito de la reintroducida pena de muerte.

Un segundo tipo de reformas del anteproyecto eran aquellas que también suponían una vulneración de los principios liberales, aunque no de tamaña consideración, en nombre de principios como el tradicionalismo hispano y el patriotismo. En este sentido destacaba la vulneración del principio de igualdad mediante la introducción de la atenuante de obrar por motivos de amor a la patria y de honor, entre otros, que, como ha señalado Casabó, suponía difuminar los límites entre moral y derecho⁴⁴. Implicaba una renuncia al monopolio del Estado de la violencia, la admisión, en determinados delitos contra el honor, de la venganza del padre o cónyuge agraviados.

En tercer lugar, también era una reforma alejada del principio de protección de intereses generales la introducción del delito de matrimonio con persona de raza inferior.

Por último, era importante, como reforma de sentido contrario a las anteriores, por su liberalismo, poco sensible al clericalismo del nuevo estado, el que no existiera una protección particular de la Iglesia católica sino de la libertad de culto.

⁴⁴ Casabó, "Estudio preliminar", *cit.*, pp. 13-15.

Una valoración global del anteproyecto debe destacar su inspiración defensista a la que se añade la asunción de algunas reformas operadas por el nazismo. El resultado de la unión de ambas concepciones era un código que generalizaba lo que en la tradición liberal española había sido una respuesta para una parte de la delincuencia⁴⁵.

Las razones de que el citado anteproyecto no fuera adelante pienso que deben buscarse, en primer lugar, en su distancia respecto de los principios del movimiento nacional. Si es cierto que el régimen buscó desde el inicio de la guerra el apoyo de la iglesia católica, parece lógico que no diera vida a un proyecto que copiaba algunas reformas del régimen nazi, régimen respecto del cual, al menos a partir de un determinado momento, la iglesia española manifestaría sus distancias⁴⁶, siguiendo las indicaciones que marcaba el Vaticano⁴⁷.

En segundo lugar, el hecho de que el anteproyecto

45 Casabó (en "Estudio preliminar", *cit.*, passim y, en particular p. 12) sostenía que el anteproyecto objeto de estudio se caracterizaba por una extremización de los postulados positivistas de la defensa social y conectaba Escuela positiva y totalitarismo:

Los partidarios de la prevención vinieron a ofrecer en bandeja la justificación doctrinal de tales planteamientos.

Esta opinión del autor -y no el conjunto de su interpretación, que comparto- me parece matizable por cuanto el anteproyecto más bien lo que hacía era instrumentalizar los postulados clásicos (la proporcionalidad de la pena al delito) y los positivistas (la sanción como medio de combatir la peligrosidad individual) mediante un sistema de doble vía que no se ajustaba a ninguna de ambas corrientes. En efecto, para una concepción clásica la única pena sería la resultante de la proporcionalidad al delito cometido, y el anteproyecto añadía las medidas de seguridad indeterminadas, y para una concepción positivista la sanción debería cesar cuando hubiera cumplido sus objetivos de prevención especial, y el anteproyecto no se establecía que el cumplimiento de la pena cesara por tal fin. Sobre la cuestión de la evolución histórica, en los planos legal y doctrinal, de las medidas de seguridad, ve algo de Musco, La misura di sicurezza: Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè 1978, pp. 1-86.

46 Payne hace alusión a la pastoral colectiva del episcopado español de 1 de julio de 1937 en la que, a la vez que aprobaba el alzamiento, instaba al nuevo estado a no identificarse con modelos extranjeros (en alusión implícita a los regímenes alemán e italiano) (en *op. cit.*, p. 215).

47 Me refiero a la encíclica de Pio XI, "Mit brennender Sorge", de condena del nazismo, de 14 de marzo de 1937.

generalizara formas de intervención excepcional (como suponía la derogación del principio de legalidad) me parece no ajustada a un estado que se iría configurando como régimen en el cual las garantías liberales seguirían cumpliendo un papel relevante dada la identidad, al menos por lo que se refiere al modelo económico de sociedad, con el liberalismo. En última instancia, alguno de los institutos de este anteproyecto parecían sólo posibles en el marco de una sociedad configurada en base al totalitarismo, que no era la opción acogida por el movimiento nacional. La escasa fortuna del anteproyecto era consecuencia del papel subordinado que los principios de la falange tendrían en la configuración del nuevo estado⁴⁸.

II.1.2.1.2.2. Las innovaciones del código penal de 1944 respecto del código penal de 1932: transformaciones influidas por los principios del movimiento que no llegaban a romper el carácter liberal del código

Frente al fracaso señalado del proyecto de falange, se inició una vía de adaptación del código de 1932 a las características del nuevo estado. El nuevo código aprobado por decreto de 23 de diciembre de 1944 era, en buena parte, la incorporación al texto de 1932 de leyes especiales que habían sido aprobadas durante los años de la guerra y de la inmediata posguerra⁴⁹.

Las transformaciones más significativas del código de 1944

⁴⁸ Con lo que coincide con la tesis de Casabó quien califica al código de revolucionario, contrastante con la línea autoritaria de corte tradicional (en "Estudio preliminar", *cit.*, p. 5).

⁴⁹ Como informa Casabó ("Estudio preliminar", *cit.*, pp. 5-6) existió anteriormente un proyecto del ministerio de justicia de 1939, al que no he podido acceder, en la línea del definitivo código.

respecto del código penal anterior eran las siguientes⁵⁰.

Destacaban, como más importantes, las reformas inspiradas en la protección penal de valores esenciales del movimiento nacional. En este sentido, deben considerarse, en primer lugar, las referidas a la tutela del valor de la autoridad frente a la libertad política de los ciudadanos, que se manifestaba en un generalizado endurecimiento de las penas para los delitos políticos y, en la nueva regulación de las asociaciones ilícitas (arts. 172-173), los nuevos tipos de propagandas ilegales (arts. 251-253) y de desacato al movimiento nacional (art. 253), mediante los cuales los derechos de asociación y expresión, y, por su influencia, los de reunión y manifestación, pasaban a ser constitutivos de delito cuando supusieran alguna oposición a los principios del movimiento.

En segundo lugar, se procedía a introducir, y en algunos casos a modificar, un conjunto de preceptos dirigidos a tutelar la moral católica, en los planos religioso, familiar (preferentemente en el aspecto sexual) y social. Los preceptos más importantes eran, en el plano religioso, la tutela de la religión católica como religión de estado (arts. 205-212), a diferencia de la tutela de la libertad de cultos en el código anterior; en el plano familiar se protegía, por diversas vías,

50 Para cuya exposición me valgo de las siguientes obras: Antón, Derecho penal, cit., pp. 70-75, pp. 535-535; Barbero, Política (...), cit., pp. 67-80, del mismo, "La reforma penal española en la transición a la democracia" en AA.VV., "Politique criminelle et droit penal", Actas del "Premier colloque regional espagnol" de la Asociación internacional de derecho penal, Madrid-Plasencia, 19-23 Octubre 1977, en RIIDP, 1978, 1, pp. ; Castejón, "Genesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944", en RBLJ, 1944, t. 177, pp. 170-181, 327-346, 457-477, 634-657 y RBLJ, 1945, t. 178, pp. 142-157 y 464-468; Casabó, Comentario a arts., en AA.VV., Comentarios al código penal, t. II, (Arts. 23-119), Barcelona, Ariel, 1972, pp. 9-18; del Rosal, "Ideas histórico-dogmáticas del código penal de 1944", en IJ, 1947, n. 54 (republicado en Cosas de derecho penal, Madrid, Publicaciones Universidad Complutense, 1973, pp. 97-132); Terradillos, op. cit., pp. 116-118; Olesa, op. cit., pp. 325-329.

que la familia fuera el ámbito exclusivo de las relaciones sexuales, así mediante la reintroducción (tras la despenalización del código de 1932) del delito de adulterio (arts. 449-452) y la ampliación de las modalidades ofensivas respecto del delito de estupro (arts. 424-436), se ampliaba la penalidad para el delito de aborto (arts. 411-417), y se penaba el abandono de familia (art. 487); por último, por lo que se refiere a la moral social, se penaba la blasfemia (art. 239).

Se tutelaba, en tercer lugar, el nacionalismo español mediante el nuevo delito de ultrajes a la nación española (art. 123) y el llamado tradicionalismo hispano con la inclusión, al igual que el anteproyecto de 1938, de la venganza de la honra (art. 428), que suponía una renuncia del estado al monopolio del castigo.

Una reforma importante, inspirada en parte en los principios del moralismo católico y del nacionalismo era la nueva atenuante del art. 9/7:

La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia

que suponía una cierta atenuación del principio liberal del objetivismo.

Un segundo tipo de reformas se inspiraba en una mayor rigidez represiva que o bien suponían un proporcionalismo más estricto o, en otros supuestos, eran calificables de defesistas, y pretendían conseguir un mayor sometimiento de los individuos a las prohibiciones penales, como se decía en la Exposición de motivos, en relación al sentido de las reformas:

(...) eficaz sanción de la ley para los que se aparten de las reglas de moralidad y rectitud que son normas de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos

de la historia por los reparadores principios del cristianismo y del sentido católico de la vida.

Reformas inspiradas en la mayor rigidez proporcionalista eran la aplicación obligatoria de las agravantes en la determinación de la pena (art. 61) y reformas con mayor tendencia al defensismo eran: la anticipación de la tutela punitiva a los actos preparatorios (art. 3); el castigo del delito imposible que suponiendo, como indica Antón, una reforma en la línea del derecho penal de la voluntad⁵¹, afectaba al principio de proporcionalidad en relación al hecho; la mayor tendencia hacia los supuestos de responsabilidad objetiva⁵²; la regulación más rígida de la reincidencia y la doble reincidencia (art. 61/6); el notable incremento o mayor dureza de las penas que iba desde la reintroducción de la pena de muerte hasta la elevación de las penas de privación de libertad, en particular, en relación a aquellos valores del movimiento nacional que venían tutelados penalmente, como era patente en la regulación de los delitos políticos; por lo que se refiere a medidas de seguridad, el defensismo se manifestaba en la nueva medida de seguridad indeterminada con la que se facultaba a los jueces para sustituir la pena del mayor de 16 años y menor de 18 (art. 65).

En otra línea, alguna de las reformas del código, como la facultad concedida a los tribunales de ampliar la suspensión condicional de la pena a dos años en los supuestos de atenuante muy cualificada (art. 93) y la redención de penas por el

⁵¹ Antón, Derecho penal, cit., p.71.

⁵² Como indica Antón, (Derecho penal, cit., pp. 71-72), eso se conseguía a través de nuevos delitos cualificados por el resultado.

trabajo, que analizaré más adelante, eran acordes con una concepción preventiva que diera mayor entrada a la prevención especial.

Una valoración global de las reformas del código penal de 1944 respecto de sus precedentes⁵³, y en particular respecto del código de 1932, pienso que debe admitir la tesis de la continuidad. En efecto, si se considera que la legislación procesal penal del liberalismo no fue alterada con carácter general, se deberá admitir que las reformas anteriormente señaladas no tenían la virtualidad suficiente para romper la etiqueta de liberal atribuible al código. Es cierto que las reformas aludidas en el sector de los bienes jurídicos suponían eliminar el adjetivo político al nombre liberal y que también reducían la libertad moral del individuo, pero con el citado código seguía siendo atribuida al individuo una esfera de libertad basada en los límites que el código fijaba al estado respecto de la intervención punitiva. Con el código de 1944 seguía vigente, a diferencia de en el anteproyecto falangista de 1938, el principio de legalidad.

Esta valoración también puede sostenerse respecto de las reformas que he calificado de defensistas por cuanto si bien eran poco respetuosas del principio de proporcionalidad no llegaban, a mi entender, a configurar un defensismo extremo como el que se preveía en el anteproyecto falangista.

En conclusión, visto el código de 1944, y las leyes procesales herencia del liberalismo que no fueron modificadas,

⁵³ No he ido citando mis fuentes para la exposición de las reformas más significativas del código penal de 1944 porque la sistematización la realizo en base a la consideración de todas ellas (*cit.* nota 50); no obstante mi referencia principal es Antón, Derecho penal, *cit.*

en cuanto derecho penal general, resulta que el franquismo mantenía del liberalismo un sistema basado en la unificación del derecho, en el objetivismo (aunque con ciertos límites por la inclusión de la motivación moral), en la protección de intereses generales de una sociedad liberal (aunque este sí era un principio bastante limitado por el moralismo católico y por la exclusión del liberalismo político), en el proporcionalismo (pese a ciertas aperturas al defensismo), en la opción preferente por la privación de libertad (pero con la reintroducción de la pena de muerte) y en las garantías derivadas del principio de legalidad y de juicio garantista (que era un principio mantenido en medida semejante a la de los códigos anteriores). El mantenimiento de este último principio junto al parcial acogimiento de los demás es lo que, a mi entender, permite concluir que por lo que se refiere al derecho penal general el régimen franquista no derogó los principios heredados del liberalismo.

II.1.2.1.2.3. La legislación penitenciaria del nuevo estado (reglamentos de 1930 y 1948): modelo de ejecución penal basado en la aflicción y en la disciplina. La nueva institución de la redención de penas por el trabajo.

En los primeros meses de la guerra civil el régimen restablecía en toda su integridad el Reglamento de prisiones de 1930²⁴, que había sido promulgado durante la "dictablanda" de Berenguer, derogando todas las disposiciones normativas de contenido humanizador, que se habían aprobado durante la segunda república. La única reforma de importancia del nuevo

54 d. 22 Noviembre 1936 [BOE, 24 Noviembre 1936].

Estado a este reglamento -pero en su misma línea- sería la institución de la redención de penas por el trabajo.

Comenzaré analizando el reglamento de 1930, aludiendo a continuación a las reformas del régimen republicano que fueron derogadas, con el único objetivo de dar mayor información sobre la concepción de la ejecución de la pena por la que optaba el régimen franquista, para después señalar las razones históricas de la redención de penas por el trabajo y finalizaré comentando las escasas reformas a este sistema por parte del reglamento de 1948.

El reglamento penitenciario de 1930⁵⁵ establecía, con carácter general, un tipo de ejecución basada en la aflicción (es decir: en un conjunto de privaciones complementarias a la privación de libertad en relación a los individuos que gozaban de libertad) y buscaba la sumisión a tal modo de vida por parte del recluso -entiéndase preso y penado⁵⁶- a partir de métodos disciplinarios ,es decir, de premios y castigos, que se traducían en una mejora de las condiciones de vida en la institución (y de una reducción del tiempo de estancia en ella) para el recluso sumiso y en un empeoramiento de ellas para aquel desadaptado. Bien claramente lo decía el epílogo de las

55 R.d. de 14 Noviembre 1930 (S. 21 Noviembre 1930).

56 Es cierto que el reglamento establecía un régimen especial para los presos preventivos (y para los detenidos) (arts. 85-92) y que, como veremos, todo el sistema de progresión en la condena, hasta llegar a la libertad condicional, sólo afectaba a los penados, pero los presos preventivos también estaban afectados por el sistema disciplinario (arts. 96-107) y existían disposiciones del reglamento, a las que me referiré, que toleraban una diversificación de sus condiciones de vida en la prisión en atención a su conducta penitenciaria. Incluso lo que en principio habría de ser la diferencia más significativa entre penados y presos preventivos -la imposibilidad de estos últimos de beneficiarse de lo que suponía una reducción de la estancia en la institución (libertad condicional) y reducciones de condena- venía relativizada por admitir el Reglamento tales beneficios también para los preventivos (condicionado, lógicamente, a que fueran condenados) (sobre ello volveré más adelante).

"Instrucciones que debe cumplir el recluso que ocupe esta celda" que debería ser fijado en la puerta de las celdas de los departamento celulares (art. 35):

Del cumplimiento de estas obligaciones depende la duración de su permanencia en celda y la buena preparación de su expediente para disfrutar de la libertad condicional.

No olvide nunca que su buena conducta le ha de abrir, primero, la puerta de esta celda, y después, si tiene propósito de ser un ciudadano honrado, las puertas del establecimiento anticipándole la libertad.

Analizando concretamente la estructuración de este sistema de ejecución, la primera cuestión a señalar es la previsión por parte del reglamento de un modo aflictivo de vida en prisión que se manifiesta en dos aspectos básicos.

El primero de ellos consistía en la estructuración de un sistema de subordinación absoluta del recluso a la institución, lo cual se advertía en aquellos preceptos que obligaban al recluso a obedecer a los funcionarios (art. 34/8ª), y fundamentalmente en que una lectura atenta del reglamento mostraba, con escasísimas excepciones referidas a los presos preventivos, que los reclusos carecían de derechos ya que todos los preceptos del reglamento establecían facultades para la administración penitenciaria. Salvo los derechos a la vida (que incluía un mínimo derecho a la alimentación -existía sanción a pan y agua (art. 100/5ª)- previsto en los arts. 238-264) y a la salud (arts. 141-144)) y a que la duración de estancia en la cárcel no sobrepasara el tiempo establecido por la condena, que venían protegidos por las leyes penales, y a no ser matratado físicamente si se respetaba el orden penitenciario (art. 106), costaba encontrar algún otro precepto que concediera derechos al recluso, por cuanto en todo lo demás, circulación por la

institución, comunicaciones con el exterior, acceso al trabajo y la cultura, etc., el régimen del interno dependería de la valoración que la administración realizara sobre su conducta. Es cierto que el reglamento establecía, como veremos, criterios (aunque muy flexibles) para efectuar la clasificación de los reclusos, pero la inexistencia de una institución como el juez de vigilancia hacía que la discrecionalidad de la administración fuera máxima y que, en última instancia, el recluso se viera ante la necesidad de someterse a las exigencias de quienes gobernaban la institución⁵⁷.

El segundo aspecto de este régimen de vida aflictivo consistía en la previsión de las condiciones, materiales y sociales, de vida en la institución. Comenzando por lo más básico, el reglamento no era muy celoso en la tutela de la salud de los reclusos⁵⁸, parecía admitir una alimentación deficiente⁵⁹, establecía un régimen de explotación del trabajo⁶⁰, podía disponer absolutamente sobre la utilización

⁵⁷ La excepción a la que antes se refería en relación al tratamiento de detenidos y presos se debía al reenvío a la L.E.Cr. (art. 85), y afectaba al derecho a comunicación con abogados (art. 198).

⁵⁸ Era necesario que se observara un caso "verdaderamente claro" de enfermedad contagiosa para que se procediera al aislamiento (arts. 141 y 144).

⁵⁹ Por dos motivos: primero, porque establecía raciones de alimentación suplementarias para el recluso-trabajador (pagada con la remuneración de su trabajo) (art. 174) y, segundo, por la existencia de un economato en la prisión con participación en los beneficios por parte de la administración penitenciaria (arts. 272/38 y 290). El rancho, efectivamente escaso, estaba previsto en el art. 245.

⁶⁰ Ciertos trabajos no venían retribuidos, como los auxiliares de los profesores (art. 154), y cuando eran retribuidos lo eran de forma discriminatoria en relación al trabajo libre, como establecía el art. 184: (...) los jornales de los penados nunca podrán exceder el 50% de los señalados a los libres, en la misma relación de aptitudes y conocimientos profesionales.

del tiempo por parte del recluso⁶¹, permitía un aislamiento completo con el mundo exterior⁶², cuando admitía contactos -muy restringidos- con el mundo exterior impedía la intimidad⁶³, censuraba el acceso a la cultura (art.160), obligaba a los penados a una uniformidad⁶⁴, y otras limitaciones que sería largo enumerar.

Por lo que se refiere a este segundo aspecto, la previsión de unas condiciones aflictivas de vida en prisión, debe tenerse en cuenta que, en verdad, tales condiciones podrían verse moderadas, aunque no eliminadas, en relación a determinados reclusos. Esto significaba que los reclusos se encontrarían con situaciones de vida distintas, situadas, como a continuación mostraré, entre un mínimo y un máximo de aflicción. Ahora bien, incluso respecto de los reclusos en mejores condiciones, su régimen podía calificarse de aflictivo en atención a que, primero, se mantenía la absoluta subordinación y, segundo, a que el reglamento no admitía un régimen de vida carente de un componente de aflicción.

61 Por cuanto, como veremos a continuación, el régimen de aislamiento del recluso en relación a la institución venía determinado por la administración penitenciaria a través de la clasificación. Junto a ello debe señalarse la obligación del recluso de someterse a los horarios establecidos (art. 34/42).

62 Por cuanto el régimen de comunicaciones (escritas y orales) de los reclusos no era un derecho de ellos sino una facultad de la administración su concesión en atención a su conducta (arts. 95-210). Otros preceptos establecían concretamente que se debía impedir el contacto del recluso con el mundo exterior (art. 209). Tampoco las instituciones de patronato (arts 211-218) estaban reguladas para contactar al recluso con el mundo exterior sino que sus funciones eran, fundamentalmente, de beneficencia y de moralización y sólo cumplían una función de facilitar el contacto con el mundo exterior -pero con las particularidades a las que me referiré- en relación a los liberados (art. 211/52).

63 Dado que sometía a censura tanto las comunicaciones orales como las escritas (arts. 195-210). Incluso respecto de los preventivos admitía la censura de la correspondencia en caso de sospecha de que estaba dirigida a penados (art. 203).

64 Tanto en la forma de vestir (art. 305), como en relación al cuidado del propio cuerpo (arts. 130 y 132).

La segunda cuestión del sistema penitenciario previsto por el Reglamento de 1930 era la configuración de un sistema disciplinario como medio de conseguir la adaptación por parte del recluso a este sistema aflictivo de vida en prisión.

El objetivo de este sistema disciplinario era la obtención de lo que puede denominarse "recluso modelo", esto es, de un individuo, en primer lugar, subordinado y, en segundo lugar, que participara en aquellas actividades que se consideraban convenientes para su reeducación (aspecto que algunos preceptos del reglamento podían dar a entender referido exclusivamente a penados pero que, como veremos, no dejaba de afectar a los preventivos), en la medida en que la institución lo considerara. En este sentido, la idea de reeducación que plasmaba el reglamento era la de una institución capaz de corregir al individuo, que al delinquir se había dejado dominar por los vicios, mediante su moralización, es decir, su encarrilamiento hacia un modo de vida basado en el respeto a la autoridad, el trabajo, la instrucción y la religión, como se desprende, entre otros, del art. 162:

Definida la privación de libertad para el cumplimiento de la pena como sometimiento forzoso del penado a tutela con el fin de evitar la reincidencia mediante un tratamiento reformador, la escuela en los establecimientos penales se organizará no sólo para proporcionar la mera enseñanza alfabética mencionada, sino para que el penado adquiera conocimientos de utilidad práctica y pueda desenvolver la inteligencia como fortificante de la voluntad, y en tal sentido todas las actividades penitenciarias deben reputarse como prácticas escolares sometidas a un mismo sentido educador⁶⁵.

⁶⁵ El subrayado es mío. En la misma línea que este art. estaban el que propiciaba la lectura moralizadora (art. 157) y, en relación a los establecimientos denominados escuela de reforma y reformatorios (previstos para menores de, en determinados casos, hasta 23 años), el art. 73 que preveía un tratamiento reformador basado en el elemento disciplinario "severamente ejercido", la instrucción en la escuela y el trabajo en los talleres.

El "hombre nuevo" que la institución debería lograr sólo necesitaría contar con un pequeño apoyo, a su salida de la institución, que le daría el patronato de presos y liberados, consistente en facilitarle el acceso al "mundo honesto" al que la institución le había orientado**.

El medio de conseguir tal objetivo era un sistema disciplinario, basado en diversificar el régimen de vida en la institución de los reclusos (y en relación a los penados también la duración de la condena) como estímulo a que presos preventivos y penados se conformaran al "recluso modelo".

En relación a los penados, la sustancia de este sistema disciplinario era el llamado sistema progresivo que se basaba en la descripción de cuatro regímenes de vida distintos, el primero de mayor aislamiento, con dos subregímenes, uno de aislamiento absoluto y otro de aislamiento del exterior, el segundo, basado en la integración plena en la vida de la prisión y con posibilidad de comunicación con el exterior, el tercero basado en admitir la situación de jerarquía en relación con el resto de reclusos, al poder desempeñar funciones de auxiliares de los funcionarios, en la mayor libertad de movimiento dentro de la institución y otros privilegios en el régimen de vida, así como en las mayores posibilidades de comunicación con el exterior y, por último, el régimen de libertad condicional.

El progreso o regreso en el ámbito de los tres primeros regímenes (y sus respectivos subregímenes) venía previsto en

** Las funciones de las instituciones de patronato venía previstas en los arts. 211-218 y concretamente sus funciones en relación a los liberados en el art. 211/52.

atención a la conducta del recluso en la institución, sin que el periodo de condena cumplido fuera un factor significativo- lo era en muy escasa medida⁶⁷- y, respecto de la libertad condicional, se exigía, además del requisito de buena conducta, que el condenado estuviese en la última fase de condena⁶⁸. Este sistema progresivo se veía acompañado por otros premios extraordinarios, basados en adelantar el goce de la libertad condicional o en reducciones de condena, para aquellos reclusos que se distinguieran ejemplarmente con conductas máximamente identificadas con las del recluso modelo⁶⁹. Asimismo, se preveían situaciones de máxima aflicción para aquellos reclusos más distanciados del recluso modelo, como era la prisión central de incorregibles, basada en el mayor aislamiento (art. 84).

Además del sistema progresivo, pero con una finalidad semejante, existía un capítulo dedicado formalmente al "régimen penitenciario", cuya particularidad estribaba en que afectaba también a los presos preventivos, basado en sancionar la mala conducta con una disminución de las condiciones de vida en prisión (incluso la alimentación), así como en aumentar el aislamiento interior y exterior, y en premiar la buena conducta, justamente, con lo contrario, mejores condiciones materiales de vida, mayores contactos con el exterior, cargos

⁶⁷ Sólo el primer periodo establecía unos límites mínimos que no podían reducirse y que en los supuestos de penas graves era de 80 días (art.42). De todas formas los dos subregímenes del primer periodo hacían que el plazo perdiera importancia.

⁶⁸ Todo ello estaba previsto en el art. 42.

⁶⁹ Arts. 54-55. El acortamiento de condena venía concedido por el tribunal sentenciador a propuesta de la junta de disciplina.

jerárquicos en relación a los otros internos, propuestas de reducción de condena y de adelantamiento del período de libertad condicional. Premios, estos últimos, que, téngase en cuenta, el reglamento no limitaba a los penados sino que afectaban también a los preventivos, quedando implícito que se computarían una vez que el individuo fuera, si lo era, condenado (arts. 99 y 100).

En conclusión, el sistema de ejecución penal previsto por el reglamento de 1930 tenía como notas características la aflicción y, como medio de mantenerla, la disciplina; a la vez que se configuraba una institución penitenciaria perfectamente separada de la sociedad, a la que se le impedía conocer y participar en la vida penitenciaria⁷⁰. En última instancia, el reglamento no sólo buscaba aislar al recluso de la sociedad sino también aislar a la sociedad de las cárceles.

Todo lo anterior puede encontrar ulterior confirmación en el hecho de que el nuevo régimen derogara determinadas disposiciones de la época republicana, la mayoría de ellas del período en que la dirección general de prisiones fue asumida por Victoria Kent, que habían reformado el reglamento de 1930 en un sentido de una pequeña moderación del sistema aflictivo de ejecución previsto en la citada norma⁷¹.

Concretamente, las disposiciones derogadas por el nuevo estado en 1936 suponían una limitada reducción de la aflicción

⁷⁰ Además de los arts. señalados anteriormente el art. 439/II sancionaba como falta grave al funcionario que, sin autorización del director general de prisiones, acudiera a la prensa tratando asuntos relacionados con el servicio penitenciario.

⁷¹ La información general sobre la política penitenciaria de la segunda república la obtengo de Buenafuente, "Cien años (...)", cit., pp. 78-79.

(o, en otras palabras, una cierta humanización) al establecer una mejora de la alimentación⁷², cerrar los establecimientos más caducos⁷³, prohibir algunos métodos corporales de aflicción⁷⁴, intentar fijar algún límite a los aislamientos en celda superiores a 6 meses⁷⁵, prohibir las celdas sin luz natural⁷⁶, atribuirse el ministerio los gastos de ropa y viaje del liberado⁷⁷ y admitir algún acercamiento de la sociedad a la cárcel⁷⁸.

En su conjunto estas disposiciones -aunque no puede ignorarse que en el mismo periodo republicano se dictaron algunas de signo opuesto⁷⁹- iniciaban una vía de cierta

72 Así la o. 12 mayo 1931 (en G., 13 Mayo 1931), que aumentaba la ración alimenticia, y, en el mismo sentido, la o. 22 Septiembre 1931 (en G., 23 septiembre 1931).

73 Así el d. 10 de Septiembre 1931 (en G., de 11 Septiembre 1931).

74 La orden de 13 mayo 1931 (G., de 14 mayo 1931) establecía:

A fin de hacer desaparecer la existencia en algunos establecimientos de hierros de sujeción, como vestigio de épocas de incultura en que se aplicaba al aseguramiento del preso.

Esta Dirección general ha acordado que se proceda con la mayor urgencia a retirar de las prisiones de todas clases cuantas cadenas de las llamadas "blancas", grillos y demás hierros análogos existan (...).

Por otra parte, la o. de 24 septiembre 1931 (G., de 25 Septiembre 1931) prohibía que los traslados de reclusos se hicieran a pie.

75 En este sentido la c. de 18 Octubre 1933 (en G., de 20 Octubre 1933), que obligaba para prolongar tales aislamientos a que lo autorizase la dirección general.

76 ibidem.

77 c. 30 Noviembre 1931 (G., 3 Diciembre 1931).

78 El d. de 4 Agosto 1931 que las necesidades religiosas fueran satisfechas por religiosos ajenos a la institución (a la vez este decreto disolvía el cuerpo de capellanes penitenciarios). En otro ámbito, la o. de 5 Agosto 1931 establecía que la junta administrativa de los economatos fuera integrada, además de por miembros de la institución, por tres concejales del municipio.

79 Y concretamente la c. de 17 Junio 1932 (G., 19 Junio 1932) que exigía disciplina a los funcionarios respecto de sus superiores como medio de buen funcionamiento de la institución. También referente a los funcionarios era la o. de 5 Junio 1933 (G., 7 Junio 1933) que quería impedir los contactos de los funcionarios con los órganos de información recordando la vigencia del art. 439/XI del reglamento de 1930, que castigaba como falta grave del funcionario el acudir a la prensa, sin autorización, refiriendo sobre asuntos del servicio; precepto que, como ya dije anteriormente, buscaba un aislamiento de la sociedad respecto de las cárceles.

contención generalizada de la aflicción en las cárceles. No alteraban la esencia del sistema de ejecución penal pero sí ponían algún límite a un sistema cuya máxima de funcionamiento era la de poder ubicar al recluso en una situación de máxima aflicción como una de las formas (luego estaban las premiales) de lograr la sumisión del privado de libertad. Que el régimen no acogiera las reformas de la segunda república era un indicio de una forma de entender el castigo que ponía en primer lugar el fin de subordinación del individuo y que, en consecuencia, no problematizaba la sanción aplicable al que hubiera delinquido.

La única innovación importante del nuevo estado respecto de la legislación penitenciaria heredada de la época liberal fue la institución de la redención de penas por el trabajo. Tal institución -valga como primera aproximación- se caracterizaba por operar una reducción de pena equivalente al número de días trabajados por el penado.

El contexto histórico de la nueva institución⁸⁰ era el de la guerra civil que dio lugar a que el número de personas en privación de libertad, como prisioneros de guerra o estrictamente como presos políticos alcanzara cifras astronómicas⁸¹. Desde los primeros tiempos de la guerra el régimen intentó sacar provecho de los presos de guerra y de los presos políticos facilitándoles en cuanto derecho-obligación el

80 Para lo cual se valgo de Payne, *op. cit.*, pp. 237-239; y Bueno Arés, "Cien años (...)", *cit.*, pp. 80-82.

81 Tengase en cuenta que, según indica Payne (*op. cit.*, p. 239), un año después del final de la guerra, en la primavera de 1940, el número de reclusos superaba el cuarto de millón, de una población absoluta de algo más de 25 millones de personas (véase, en Tamayo, *op. cit.*, p. 381).

trabajo, con el fin de que contribuyeran al buen éxito de la guerra y de que no supusieran una carga para el erario público⁸².

Más tarde, pero también durante la guerra, el régimen dio vida a un nuevo sistema capaz de estimular más el trabajo de los reclusos, a la vez que de servir de instrumento de progresiva disminución del número de personas recluidas. Como decía el propio Franco en un discurso meses después de finalizar la guerra:

Es preciso acabar con los odios y pasiones que quedan de nuestra guerra pasada. Pero este perdón no debe hacerse a la manera liberal, con amnistías monstruosas y funestas que más bien son engaño que gesto de perdón. Debe ser cristiano, mediante la redención por el trabajo, acompañado de arrepentimiento y penitencia⁸³.

La institución de la redención de penas por el trabajo se caracterizó en su inicio, de acuerdo a la orden de 7 Octubre 1938⁸⁴, por lo siguiente. Podían beneficiarse de ella los reclusos condenados por delitos políticos (art. 1) y excepcionalmente los condenados por delitos comunes (art. 11). El beneficio consistía en un día de condonación de condena por un día de trabajo (art. 5/69) y las condiciones para su concesión eran, primero, que se realizara un trabajo productivo y, segundo, que se mantuviera durante la ejecución de la condena una intachable conducta. El trabajo que daba lugar a redención era remunerado, pero del jornal debido al recluso-trabajador, en el supuesto de que trabajara para empresas

82 En este sentido el d. 23 Mayo 1937 (BOE, 1 Junio 1937).

83 cit. en Payne, *op. cit.*, p. 237.

84 BOE, 11 Octubre 1938.

privadas, el estado se beneficiaba de una parte (art. 6). El decreto era suficientemente flexible para permitir que el lugar de realización del trabajo pudiera adaptarse a las exigencias económicas del momento (art. 11). La concesión del beneficio era competencia del gobierno a propuesta del patronato central para la redención de penas por el trabajo (art. 5/62) (este organismo tenía además encomendadas las funciones de moralización de los reclusos -a los principios del movimiento nacional- art. 5).

La institución de la redención de penas por el trabajo se fue perfilando en los años siguientes, en especial con un decreto de 1939 que vinculaba tal institución con la libertad condicional, haciendo que el tiempo de condena redimido fuera también computado a los efectos del tiempo necesario para obtener la libertad condicional (entiéndase: para determinar el cumplimiento de los 3/4 de condena necesarios para poder obtener la libertad condicional se debería sumar el tiempo de condena efectivamente cumplido a los días redimidos)⁸⁵.

También era importante la renovación del instituto que se hacía en 1940 al ampliar las causas de redención a la instrucción religiosa y cultural, con lo cual el instituto adquiría un alcance más global en cuanto mecanismo capaz de premiar a aquel recluso subordinado a los principios del movimiento nacional⁸⁶.

La definitiva consolidación de la institución se daría con el nuevo art. 100 del código penal de 1944, el cual, respecto

85 D. 9 Junio 1939 (BOE, 13 Junio 1939).

86 D. 23 Noviembre 1940 (en BOE, 29 Noviembre 1940).

del sistema diseñado hasta el momento, tenía como principal novedad la restricción del beneficio en diversos planos, el más importante de los cuales era la limitación del premio a un día de reducción por dos de trabajo; otras restricciones eran la exclusión del goce de la redención a reincidentes que hubieran gozado del beneficio en condenas anteriores y a los que hubieran sido declarados peligrosos sociales en la sentencia condenatoria, además, sólo las condenas superiores a dos años se beneficiarían del instituto.

Reforma de distinto sentido era la que generalizaba a cualquier tipo de delito (común y político) la posibilidad de gozar del beneficio, sin las limitaciones impuestas por la normativa anterior para las personas condenadas por delitos comunes.

La reforma de 1944 era indicativa, como intentaré justificar a continuación, de que la redención de penas por el trabajo pasaba a asumir un significado distinto del que tuvo desde su creación en los años finales de la guerra y durante la inmediata postguerra⁸⁷.

Las reformas en sentido restrictivo mostraban que ya no se quería que el instituto cumpliera un papel de reducir la población reclusa -papel que, por otra parte, siempre había sido cumplido mejor por otros mecanismos⁸⁸- en atención a la notable

87 Defiendo la misma tesis que la sustentada por Bueno Arés, "Conclusiones sobre la redención de penas por el trabajo", en *BIMJ*, 1978, n. 1123, pp. 3 y ss. (que es un resumen de la tesis doctoral del autor La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento español, leída en la Facultad de derecho de la U. Complutense de Madrid, el 23 Febrero 1973, a la que no he accedido).

88 El beneficio de la redención nunca fue suficiente para conseguir normalizar una cifra de población reclusa que llegaba a límites grandiosos a causa de la política enormemente represiva de los años de la guerra y postguerra; de ahí que la forma de reducirla fuera fundamentalmente la concesión de la libertad condicional, primero para personas condenadas por delitos políticos con penas menores y más tarde también a

moderación del número de encarcelados⁸⁷. La redención venía limitada en su capacidad de alterar la relación de proporción delito-pena (reduciendo el alcance del beneficio y limitándolo a condenas superiores a dos años), a la vez que se incluían otras limitaciones para salvaguardar el defensismo (la relativa a los peligrosos sociales y a los reincidentes).

Una reflexión global sobre la introducción por parte del nuevo régimen de la institución de la redención de penas por el trabajo, debe destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, como ha explicado Payne, la institución de la redención de penas por el trabajo debe ser ubicada en el marco de un régimen que ejerció una represión de proporciones muy importantes contra quienes habían defendido al régimen republicano pero que, finalizada la guerra, no tuvo la pretensión de instaurar en España un sistema de campos de concentración⁸⁸. Es cierto que el nuevo estado se configuraría como régimen de vencedores (y la represión penal contribuía a agravar la situación de partida de los vencidos) pero no llevó su victoria hasta hacer de los vencidos perpetuos prisioneros de guerra

condenados con penas mayores. En este sentido la l. 4 Junio 1940 (BOE, 6 Junio 1940) la concedía a condenados a penas inferiores a 6 años; la l. 1 Abril 1941 a condenas que no excedieran de 12 años; la l. 16 Octubre 1941 a condenas que no excedieran de 14 años; y la l. 30 Marzo 1943 (BOE, 31 marzo 1943) a condenados a penas que no excediesen los 20 años y el d. 17 Diciembre 1943 (BOE, 20 diciembre 1943) ampliaba el beneficio a cualquier condena por delito político, aunque establecía limitaciones en relación al delito cometido, al exigencia de buena conducta y al tiempo de condena cumplido, que no fuera inferior a 5 años (incluyendo el tiempo redimido). inf. global sobre todo el proceso, en clave de amnistia, en Payne, *op. cit.*, pp. 239-240.

El control de los liberados condicionales venía ejercido mediante la institución de la libertad vigilada (regulada en el d. 22 Mayo 1943, BOE, 10 Junio 1943) que tenía la función de observar la conducta política social de los liberados (art. 31).

⁸⁷ Según indica Tzannes (*op. cit.*, p. 324) en 1944 el número de reclusos había disminuido a menos de 50.000.

⁸⁸ Payne, *op. cit.*, p. 239.

Represión y redención eran, ambas, coherentes con los principios del movimiento nacional. La primera estaba justificada por el propio fin del alzamiento -cuyos protagonistas siempre utilizaron maniqueísmos para definir al otro sector- y la segunda era coherente con una ideología que quería dar posibilidad de participación a todos los que respetaran los principios del movimiento nacional.

En segundo lugar, es indudable que la institución estuvo determinada en sus inicios por una finalidad de explotación de la fuerza de trabajo. Pero, así como el régimen no optó por un sistema basado en campos de concentración, tampoco lo hizo por mantener un importante contingente de la población sometido a trabajo en régimen esclavista. Es cierto, como muestran las memorias del patronato para la redención de penas por el trabajo, que los reclusos fueron utilizados en diversas actividades económicas, entre ellas obras de infraestructura, pero esta fue una actividad en progresiva disminución, en atención no sólo a la disminución del número de personas recluidas sino también a la menor capacidad profesional de la población reclusa remanente⁹¹.

Si lo dicho anteriormente es cierto resulta que a la institución de la redención se le debe atribuir un significado

⁹¹ Del análisis de las memorias del patronato de nuestra señora de la Merced para la redención de penas por el trabajo (que era una institución dependiente del Servicio nacional de prisiones del ministerio de Justicia que, junto a actividades de beneficencia y moralización sobre presos y familiares de presos- proponía al gobierno la concesión de redenciones de pena, como quedaba establecido en la o. citada de 7 Octubre 1938) se observa que el trabajo en destacamentos penales (en donde se construían tales obras de infraestructura) fue progresivamente disminuyendo y transformándose en trabajo en granjas (que presumiblemente satisfacía necesidades de la propia institución) y en talleres. En las memorias es constante el lamento por la falta de personal trabajador cualificado. He consultado las memorias de 1940, 1942, 1944-1957 y 1959-1970 (que están citadas en la bibliografía de final de capítulo. En el texto me referiré a ellas aludiendo exclusivamente a la palabra "Memoria" y al año al que va referida). Las memorias restantes, del período que analizo en este capítulo, las de 1939, 1941, 1943 y 1958 no he conseguido localizarlas.

distinto según se analicen sus orígenes, determinados por la política represiva/redentora del régimen y por un interés de explotación de la fuerza de trabajo reclusa, y su consolidación a partir de su inserción en el código penal de 1944, en la cual, pienso, influyen motivos distintos.

El primer motivo de tal inserción es, a mi entender, estrictamente penitenciario y esta en línea con la legislación penitenciaria que el régimen franquista heredaba del liberalismo. Así, si el reglamento de 1930 utilizaba las reducciones de condena como mecanismo de premio excepcional, y por tanto poco estimulante para la colectividad de reclusos, con la redención el premio estaba al alcance de todos y, lo que es también importante, al ser de valoración diaria, serviría para que el individuo tuviera cada día un nuevo estímulo por el cual conformarse al rol de recluso modelo (y ello explica que el nuevo art. 100 del c.p. generalizara el beneficio, sin condición particular al condenado por cualquier tipo de delito).

En segundo lugar, la redención era una institución que, en cierta medida, recogía la ideología del nuevo régimen respecto de lo que debía ser la reeducación del condenado. En efecto, si se observa la formación de la nueva institución se advierte que junto a la importancia atribuida al trabajo, en la reglamentación de la nueva institución se dio mucha relevancia a la moralización del recluso a una vida acorde a los preceptos morales de la Iglesia así como a la ideología política antiliberal (preferentemente en el plano político) que defendía el nuevo estado. En cierta medida el modelo de "hombre nuevo"

del régimen franquista tenía ciertas particularidades respecto de lo que se plamaba en la legislación penitenciaria anterior, lo cual también influía, a mi entender, en que, pese a la progresiva pérdida del sentido originario de la institución, ésta se mantuviera en la reforma de 1944 (y en las sucesivas). El régimen daba un colorido propio a una ejecución penal que, en lo sustancial, seguía siendo la característica de la época liberal.

El reglamento penitenciario de 1948⁹² era, como veremos a continuación, un texto que tenía como base el reglamento de 1930, al cual le incorporaba la nueva institución de la redención de penas por el trabajo, además de algunas modificaciones no sustanciales que coloreaban el texto de acuerdo a los principios del movimiento nacional y otras reformas que, sólo respecto de la cuestión de la alimentación, limitaban el carácter aflictivo del anterior reglamento.

El reglamento de 1948 -para cuya exposición tomaré como punto de referencia el de 1930, seguiré el mismo orden que el utilizado para describir éste y sólo analizaré las cuestiones reguladas diversamente en ambos reglamentos- mantenía un sistema de ejecución penal basado en la aflicción al que los individuos venían sometidos por medio de la disciplina.

Respecto del sometimiento del recluso a un sistema aflictivo de vida en prisión, principio caracterizado por la subordinación total del recluso a la institución y por la previsión de condiciones materiales de vida de carácter aflictivo, las únicas particularidades respecto del reglamento

⁹² d. 5 Marzo 1948 (BOE, 12 Junio 1948).

de 1930 eran, respecto de lo primero, que se acentuara el carácter militar de la subordinación del recluso a los gobernantes de la institución (art. 35) sin que en nada el nuevo reglamento alterara el principio de que el recluso carecía de cualquier derecho (salvo las excepciones señaladas para el reglamento de 1930) que la institución debiera respetar en todo caso y, respecto de lo segundo, las únicas innovaciones eran la eliminación de la sanción a pan y agua (art. 158), y una regulación del trabajo penitenciario que limitaba un poco la explotación⁹³, a la vez que le atribuía cierta aseguración⁹⁴.

Por lo que se refiere al sistema disciplinario, respecto del objetivo de conseguir un recluso modelo, las únicas modificaciones de interés respecto del reglamento de 1930 estaban influidas por los principios del movimiento que llevaban a enfatizar el carácter militar de la subordinación del individuo (art. 35), y a poner más el acento en la transformación religioso -hacia un moralismo católico- del individuo (art. 43) respecto de las formas de comportamiento y

93 Respecto del trabajo en talleres penitenciarios el reglamento (art. 91) se remitía al d. de 8 Febrero 1946 (BOE, 6 Marzo 1946), el cual, en su art. 31, establecía para encargados y oficiales el jornal sobre la base del de los braceros de la comunidad y le añadía un porcentaje (lo que significaba una explotación -pues el parámetro de determinación del salario no era el del trabajador libre de idéntica profesión- aunque quizás menor que en el reglamento de 1930, donde la remuneración no podría superar el 50% de la del trabajador libre. Los educandos en talleres (art 31, del d. de 1946) y los trabajos de servicios en las cárceles (arts. 87-90) no eran remunerados.

Pero téngase en cuenta que la explotación se manifestaba, además, en que solo una parte del salario iba a manos del trabajador ya que, entre otras deducciones, estaban las relativas al mantenimiento del recluso (art. 98)

94 Así lo establecía el art. 92:

El trabajo de los penados que sea retribuido tendrá idéntica protección de las leyes sociales que el de los trabajadores libres. Sin embargo, teniendo en cuenta la modificación de su capacidad jurídica, como consecuencia de la condena, el ministro de justicia, a propuesta del patronato, determinará en cada caso las excepciones que procedan a estas normas generales.

actividades encaminadas a lograr la reeducación del recluso.

Por lo que se refiere a los medios de este sistema disciplinario, el reglamento de 1948 se seguía configurando en base a la doble articulación constituida por el sistema progresivo y por el régimen de recompensas y castigos.

En relación al sistema progresivo (arts. 55-56) la única modificación de interés era que el nuevo reglamento fijaba un límite de cumplimiento de condena (la mitad) para que un penado pasara al tercer período, pero tal reforma, que era coherente a un sistema de ejecución más ajustado al principio de proporcionalidad, venía moderada por la posibilidad, prevista como recompensa, de un adelantamiento de período (art. 157).

En cuanto al sistema de castigos y recompensas, el reglamento de 1948 mantenía los dos tipos de premios, disminución de la aflicción en la institución y reducción de condena, pero incluía como única institución de reducción la redención de penas, que podía ser ordinaria, basada en tener un comportamiento adaptado al del recluso modelo (téngase en cuenta que tanto el trabajo, de cualquier tipo, como la instrucción, posibilitaban la redención) (arts. 84 -108) y extraordinaria (es decir, añadida a la ordinaria), como consecuencia de un comportamiento ejemplarmente sometido al del recluso modelo (arts. 97 y 157). Además de esta particularidad -sobre cuyo significado ya me he expresado anteriormente- el reglamento de 1948 parecía empeorar la situación de los preventivos, por ser la redención de penas una institución de la que, según el código penal, sólo podían gozar los penados. No obstante, también los preventivos podrían gozar de

redenciones extraordinarias de acuerdo a lo previsto en el art. 157, relativo a las recompensas, que se refería genéricamente a los reclusos. No había particularidad digna de mención, salvo la ya citada de la eliminación de la sanción de pan y agua, respecto de la cuestión de las sanciones, consistentes en un aumento de las condiciones de aflicción.

Una conclusión global sobre el sistema de ejecución penal previsto por la legislación del nuevo estado franquista del periodo 1936-1950 pienso que debe destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, debe resaltarse que esta legislación asumía la premisa de un modelo de derecho penal liberal, por el cual era admisible que la proporcionalidad delito-pena, que obligaría a que el sistema de ejecución para cada individuo se distinguiera exclusivamente por la duración de la condena (o, al máximo, que estableciera diversos sistemas de ejecución en atención al tipo de delito), fuera moderada en atención a la finalidad de prevención especial, tanto en relación al tipo de ejecución como a la duración de ella.

En segundo lugar, la legislación del nuevo estado mantenía del liberalismo español un modelo de ejecución basado en la aflicción. El hecho de que la forma en que el individuo podía conseguir unas mejores condiciones de vida en la prisión, a la vez que una reducción de condena, fuera un comportamiento que respondiera al objetivo de hombre reeducado (esto es, subordinado a la autoridad, obediente a la religión católica, laborioso en el trabajo y en la instrucción: a lo que el reglamento se refería con la expresión buena conducta) permite

afirmar que para el reglamento "recluso modelo" y "hombre nuevo" eran una misma cosa, es decir, que el individuo reeducado (que debería ser premiado por motivos de prevención especial) era justamente aquel que se conformaba al rol de recluso modelo.

Las consecuencias de lo anterior son dos: en primer lugar, que el reglamento preveía una forma de reeducación basada en el sometimiento del individuo a un sistema aflictivo de vida en prisión y, en segundo lugar, que el modelo de reeducación que venía propugnado era de tipo individual, es decir, basado en que la prevención especial se conseguiría como consecuencia del cambio del individuo, que debería ser transformado en un hombre nuevo y que, por tanto, ya no delinquiría tras su salida de la institución. Sólo debería contar con una pequeña ayuda por parte de las instituciones de patronato, bien para completar su transformación (vgr. respecto de los liberados condicionales), bien para garantizar a la sociedad la transformación producida.

Por último, en mi opinión, las innovaciones atribuibles al régimen franquista respecto de la anterior legislación, esto es, los nuevos matices en cuanto a la configuración del hombre nuevo (o recluso modelo) no tenían la capacidad suficiente como para alterar el modelo de ejecución característico de un derecho penal liberal, por el cual, en última instancia, se veía a la ejecución penal como un lugar de disciplinamiento basado en la subordinación del individuo a un sistema de comportamiento basado en la satisfacción de las necesidades mediante el trabajo, aspecto este que también en el modelo de hombre nuevo del régimen franquista que plasmaba la legislación

penitenciaria era fundamental.

II.1.2.1.3. El derecho penal excepcional

II.1.2.1.3.1. Mantenimiento de una lógica de guerra en las prácticas punitivas de la inmediata posguerra (1939-1945)⁹⁵

Para explicar el derecho penal del régimen franquista he partido de la distinción entre un derecho penal general de carácter liberal y un derecho penal excepcional de carácter no liberal. Esta distinción, que contribuye a sostener que el régimen franquista tuvo una esfera en la que fue liberal (aunque en el sentido exclusivamente económico de la palabra), no puede mantenerse respecto de los primeros años de existencia, tras la guerra civil, del nuevo régimen, en los cuales estuvieron ausentes los requisitos mínimos de un sistema liberal.

La razón de esta ausencia de liberalismo en los primeros años de la posguerra se debió a la promulgación de un conjunto de normas, a la par de su efectiva implementación, dirigidas a reprimir a quienes durante la guerra (e incluso anteriormente) hubieran tenido un comportamiento no favorable al nuevo régimen. Una buena explicación del sentido de esta legislación estaba en la exposición de motivos de la ley de responsabilidades políticas⁹⁶:

Próxima la total liberación de España, el Gobierno (...)

⁹⁵ Dentro de esta legislación de posguerra no he considerado la de tipo económico (y fundamentalmente la relativa a delitos monetarios y a acaparamiento de bienes) por considerar que ellas, utilizando instrumentos de máxima excepcionalidad, no caracterizan tanto al régimen franquista sino a necesidades contingentes surgidas de la situación de posguerra. Para hacer tal consideración me baso en Antón, Derecho penal, cit., p. 81. Tomo en consideración el análisis que realiza de tal legislación, Berdugo, op. cit., pp. 108-112.

⁹⁶ L. 9 Febrero 1939 (BOE, 13 Febrero 1939).

considera llegado el momento de dictar una ley de responsabilidades políticas, que sirva para liquidar las culpas de este orden contraídas por quienes contribuyeron con actos u omisiones graves a forjar la subversión roja, a mantenerla viva durante más de dos años y a entorpecer el triunfo, providencial e históricamente ineludible del movimiento nacional [con la cual ...] borren sus yerros pasados mediante el cumplimiento de sanciones justas y la firme voluntad de no volver a extraviar, puedan convivir en una España grande y rindan a su servicio todos sus esfuerzos y todos sus sacrificios⁹⁷.

Esta legislación dirigida a "liquidar las culpas" estaba constituida por un conjunto de disposiciones de carácter administrativo y penal que sancionaban la participación en el bando perdedor de la guerra civil. La primera de ellas fue el bando declaratorio del estado de guerra de 28 de Julio de 1936⁹⁸, que castigaba como rebelión militar conductas de oposición militar y política al nuevo régimen (a las que me referiré con mayor precisión a continuación en II.1.2.1.3.2.).

Más adelante vendría la citada ley de responsabilidades políticas, verdadera ley de expolio de los vencidos, por cuanto establecía sanciones económicas (que podían llegar hasta la privación total de bienes), sanciones de privación de derechos (de inhabilitación), y restrictivas de libertad (arts. 8-17) para las personas que a partir de octubre de 1934 hubieran tenido comportamientos externos de apoyo a alguna de las organizaciones políticas integrantes del frente popular (las que combatirían a favor de la república) (arts. 1-4). Las garantías procesales de la ley venían disminuidas por ser el tribunal que debía juzgar de composición tripartita: ejército,

⁹⁷ El subrayado es mío.

⁹⁸ La información sobre este bando -al que no he podido acceder directamente- la obtengo de Ballbé, *op. cit.*, pp. 406-409 y de Berdugo, "El derecho represivo en España durante los periodos de guerra y postguerra (1939-1945)", en *RFDC*, 1980, monográfico 3, pp. 115-118.

falange, poder judicial (art. 19) y por admitir la denuncia como uno de los instrumentos de inicio del procedimiento (art. 35). Todo lo cual enfatizaba el carácter político del juicio.

La citada ley de responsabilidades políticas vendría acompañada por diversas disposiciones de depuración de funcionarios que hubieran tenido un comportamiento no favorable al movimiento nacional⁹⁹.

El conjunto de tales normas, en base a las cuales se sancionaban conductas tenidas en un estado en el que existía otra legislación (el territorio republicano durante la guerra), o incluso conductas tenidas antes del comienzo de la guerra- violando, en ambos supuestos, el principio de irretroactividad de la ley penal-, fueron efectivamente aplicadas, como muestran diversas obras históricas, dando lugar a una cantidad no inferior a 30,000 personas ejecutadas en tales años, índices de reclusión que superaron las 250,000 personas, expropiaciones económicas, y notables procesos de depuración en todos los ámbitos de la función pública, desde el ejército, hasta la Universidad, el cuerpo de maestros nacionales, etc.¹⁰⁰.

La situación de excepcionalidad que creaban tales normas era de una envergadura tal que resulta muy difícil calificar de liberal al régimen durante este período en ninguno de los sentidos posibles de tal expresión. En efecto, resultaba que el ámbito de personas que se veía sometido a la inseguridad de que

⁹⁹ v. supra nota 5 de este capítulo.

¹⁰⁰ La información sobre la represión llevada a cabo sobre personas partidarias del régimen republicano la extraigo de Payne (op. cit., pp. 231-241), quien informa sobre ejecuciones y encarcelamientos, de Ballbé (op. cit., pp. 402-409), quien alude, en particular a las sentencias por rebelión militar y de Tasseres (op. cit., pp. 544-555) y Berdugo (op. cit., pp. 101-104) sobre la depuración de funcionarios.

alguna de tales normas le fuera aplicada era tan grande (todos aquellos que desde el inicio no favorecieron el éxito del alzamiento) que es difícil afirmar que se cumpliera el mínimo requisito liberal de que una generalidad de la población goce de libertad de actuación en cuanto tenga seguridad de que será respetada (por el resto de individuos y por el Estado) su esfera de derechos individuales¹⁰¹.

Esta inseguridad potencial sobre un elevado contingente de la población —que venía notablemente enfatizada por el clima de venganza de la guerra y postguerra que se canalizaba jurídicamente mediante las denuncias ciudadanas¹⁰²— sólo podrá considerarse en fase de superación a partir de 1944-45, cuando, por una parte, fueran promulgados diversos indultos que redujeron notablemente la población reclusa y se derogase en 1945 la ley de responsabilidades políticas. Es cierto, como indica Ballbé, que los delitos de la fase de la guerra no prescribieron hasta 1969¹⁰³, pero no parece dudoso que ya en la segunda mitad de los años cuarenta existía una seguridad para

101 Sobre la relación entre libertad y seguridad en el modelo liberal de sociedad véase en Larrauri, Libertad y amenazas, Barcelona, Promoción Publicaciones Universitarias, 1998, pp. 43-65.

Es esta cuestión la que se hace más convincente el juicio de Payne en el sentido de que entre 1939 y 1945, el régimen español debe ser calificado de semifascista (en op. cit., pp. 651-677).

102 El procesalista Alcalá-Zamora señalaba en un artículo publicado en 1938 (el art. fue publicado en RSCDPC, 1938, pp. 633-671 y después recopilado, añadiendo algunas notas, bajo el título "Justicia penal de guerra civil" en Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia argentina, 1944, pp. 252-294, 292-293, respecto de lo siguiente) que por parte de la administración franquista se fomentaba durante la guerra (y no hay indicios para suponer que finalizara acabada ésta) las denuncias incluso anónimas de los no-nacionalistas. Así en la c. de la Dirección general de orden público de 14 Noviembre 1937, que el autor comenta con las siguientes palabras:

(...) consagrando así de manera pública y oficial una de las más terribles plagas de la guerra civil: la ola de soplonería repugnante que devasta España desde julio de 1936.

103 Ballbé, op. cit., pp. 404-405. Aunque el autor cita algún caso en que en 1938 se condenó a una persona por delito de rebelión militar cometido durante la guerra. Pero la escasez de ejemplos aportada por el autor confirma la rareza de tales prácticas punitivas.

una mayoría de los españoles de que no serían represaliados (y fundamentalmente de que no serían represaliados de nuevo) por conductas tenidas durante la guerra civil. Con esto no quiero decir, obviamente, que los vencidos no pagaran las consecuencias de la derrota (y que sus efectos no perduraran durante todo el régimen) pero sí, que a partir de un determinado momento, y en base al status-quo creado como consecuencia de la guerra civil, se readquiriría una relativa libertad de actuación (aunque sólo fuera en el ámbito económico) que autoriza a hablar, a partir de un momento, de un relativo liberalismo del nuevo estado.

II.1.2.1.3.2. Derecho penal dirigido a la delincuencia política

En la introducción a este subepígrafe (en II.1.2.1.1.) conceptuaba la excepcionalidad como una intervención penal distanciada de los principios liberales en esta materia y, como aspecto principal, del principio del juicio con garantías de defensa.

La excepcionalidad en relación a la delincuencia política -y utilizaré la distinción entre delincuencia política pacífica (la que supone un ejercicio de los derechos individuales y sociales característicos del liberalismo político) y delincuencia política violenta (la que ofende bienes jurídicos, sin que tal ofensa pueda considerarse manifestación de un derecho político del liberalismo, como medio de conseguir objetivos políticos)- fue, recordando lo dicho anteriormente, una constante del liberalismo español (1812-1936), el cual utilizó el orden público para limitar el ejercicio de los

derechos políticos. Tal limitación se hizo efectiva, como ha mostrado Ballbé, merced al protagonismo militar en la cuestión del orden público¹⁰⁴.

La segunda república, etapa última del liberalismo, dio un paso hacia la reducción de la competencia militar en cuestiones de orden público al dar vida a una ley excepcional, la ley de defensa de la república¹⁰⁵, cuyo fin era la limitación de los derechos políticos pero utilizando un mecanismo menos riguroso que la ley marcial como era el de las sanciones administrativas (aunque garantizadas con sanciones privativas de libertad). Posteriormente esta ley sería sustituida por la ley de orden público¹⁰⁶ que, entre otras cuestiones, también establecía sanciones administrativas (de tipo pecuniario) para reprimir determinados atentados al orden público en el ejercicio de derechos políticos.

No obstante, no debe pensarse que la segunda república eliminara las competencias militares en materia de orden público, las mantuvo merced a la militarización de las fuerzas de orden público que llevaba a que los frecuentes enfrentamientos entre quienes ejercían derechos políticos (vgr. de manifestación) y las fuerzas de orden público pudieran ser constitutivos del delito militar de insulto a fuerza armada. Además la segunda república hizo uso frecuente de la declaración de estado de guerra, que llevaba a ampliar enormemente las competencias de la jurisdicción militar (y ello

104 Ballbé, op. cit., passim.

105 l. 21 Octubre 1931 (6).

106 l. 21 Julio 1933 (6, 30 Julio 1933).

en la fase liberal de este régimen, 1931-1933, porque luego la excepción fue la regla)¹⁰⁷.

Lo anterior permite concluir que respecto de la delincuencia política el mecanismo principal que el liberalismo utilizó para reducir las garantías liberales fue el de la militarización. Ello se advierte en dos niveles, el primero en el estrictamente policial (al tender el ejército a tratar los problemas de orden público como problemas de guerra)¹⁰⁸ y segundo, en el judicial, al dar preferencia en el tratamiento de la delincuencia política a una jurisdicción en que las garantías judiciales del liberalismo venían notablemente reducidas. En ella, en efecto, el juzgador era juez y parte (los consejos de guerra venían integrados por militares), el defensor debía ser (con alguna excepción en algunas leyes penales militares) militar y se daba una cabida notable al juicio sumarísimo en que las garantías de defensa venían ulteriormente reducidas. Las reformas de la segunda república a la jurisdicción militar corrigieron levemente la especialidad de esta jurisdicción al establecer como última instancia un tribunal integrado en la estructura judicial general, pero la eficacia de tal reforma venía disminuida en atención a la rigidez del sistema de recursos que

107 Sobre todo ello me baso en Ballbé, *op. cit.*, pp. 317-396. La investigación de este autor ha llevado a que ya no pueda mantenerse lo defendido por investigaciones anteriores que habían reivindicado que la segunda república había reducido el ámbito de la jurisdicción militar a los delitos estrictamente militares (en este sentido, Berdugo, *op. cit.*, pp. 114-115). Para la defensa de la tesis de Ballbé es clave el análisis del delito de insulto a fuerza armada, que la jurisprudencia del tribunal supremo siguió interpretando en el sentido de que incluía las ofensas y las agresiones a las fuerzas de orden público (vgr. la guardia civil), lo cual servía como vía de que tal jurisdicción interviniera en cuestiones estrictamente civiles como era el ejercicio de los derechos políticos (sobre esta cuestión, en particular, pp. 354-356).

108 Sobre lo cual me baso en Ballbé, *op. cit.*, *passim*.

limitaba enormemente el derecho del defensor a recurrir¹⁰⁹.

En conclusión, la intervención del ejército en las cuestiones de orden público suponía una limitación efectiva de los derechos políticos del liberalismo en base a la inseguridad que había de crear en el ciudadano la intervención policial en clave de enfrentamiento marcial a la vez que la intervención judicial carente de las garantías de un proceso justo.

Respecto del liberalismo, el franquismo se caracterizará por el reconocimiento de derechos políticos pero no con carácter general sino limitándolos a su ejercicio en el marco del movimiento nacional. Este es el sentido del fuero de los españoles¹¹⁰, que reconocía los derechos de expresión (art. 12) y de reunión y asociación (art. 16) siempre que se ejercitaran respetando los principios del movimiento nacional. Esto significa que el franquismo, al menos en el período que analizo en este subepigrafe (1936-1950), no jugó, como el liberalismo, la dialéctica reconocimiento de derechos/orden público, lo cual no es óbice, como veremos, para que la excepcionalidad cumpliera una función semejante a la desempeñada en el liberalismo.

La excepcionalidad con la que el régimen franquista trató la cuestión de la delincuencia política se manifestó en diversos

¹⁰⁹ Mi fuente principal para determinar la organización y procedimiento de la jurisdicción militar es Alcalá-Zamora, *op. cit.*, pp. 276-277. El autor explica en nota 85 (p. 283) que las sentencias de los consejos de guerra solo podían ser impugnadas, por el defensor o el fiscal, si se producía disenso por parte de la autoridad militar o por parte del auditor militar.

niveles¹¹¹.

El nivel más importante se dió en la utilización de diversas jurisdicciones especiales para juzgar esta delincuencia. De ellas la más importante sería, como veremos, la jurisdicción militar. Una jurisdicción que el nuevo estado reformaría para disminuir aún más las garantías; eran significativas en este sentido, la extensión del juicio sumarísimo a todas las causas militares¹¹², la generalización del defensor militar¹¹³ y la composición estrictamente militar de la instancia última de tal jurisdicción¹¹⁴.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la delincuencia política pacífica, el ámbito de intervención de jurisdicciones especiales para reprimir el ejercicio de derechos políticos fue el siguiente.

El ejercicio de la libertad de expresión venía penalizado y sometido a la jurisdicción de guerra respecto de la emisión de noticias falsas o tendenciosas con el fin de quebrantar el prestigio de las fuerzas militares en base al bando de guerra de 28 Julio 1936. El citado precepto fue mantenido en la ley de 2 Marzo de 1943¹¹⁵, que daba una nueva configuración al delito de rebelión militar, considerando incursos en tal delito:

19 Los que propalen noticias falsas o tendenciosas con el

111 Las fuentes de las que se sirvo para realizar el siguiente análisis son las siguientes: Balibé, op. cit., pp. 397-415; Bordugo, op. cit.; Barbero, Política (...), cit., pp. 60-70; Alcalá-Zamora, op. cit.; Y Antón, Derecho penal, cit., p. 69.

112 d. 31 Agosto 1936, cit. en Alcalá-Zamora, op. cit., p. 281.

113 d. nº 55, 1 Noviembre 1936, cit. por Alcalá-Zamora, op. cit., p. 286.

114 d. nº 42, 24 Octubre 1936, cit. por Alcalá-Zamora, op. cit., p. 278.

115 BOE, 16 Marzo 1943.

fin de causar trastornos al orden público interior, conflictos internacionales o desprestigio del Estado, ejércitos o autoridades.

Debe señalarse que la citada ley estuvo vigente hasta 1960. Más adelante la ley de represión de la masonería y el comunismo de 1940¹¹⁶ castigaba, con carácter general, cualquier propaganda contraria a los principios del movimiento (art. 3) y establecía para su enjuiciamiento un tribunal militar (si los procesados eran militares) (art. 11) o un tribunal administrativo en los demás supuestos (compuesto por un militar, un jerarca de falange y dos letrados) (art. 12). Aparte de la audiencia al interesado la ley carecía de garantías procesales. Este tribunal de la ley de represión de la masonería y el comunismo estuvo vigente hasta 1963. En el mismo sentido de la ley de la masonería y el comunismo, la ley para la seguridad del estado¹¹⁷ atribuía a la jurisdicción militar (art. 69) la competencia para juzgar los delitos en ella previstos entre los que estaban los relativos a propagandas subversivas (arts 29 y 31). La ley, respecto de esta cuestión, estaría vigente hasta la entrada en vigor del c.p. de 1944.

Por lo que se refiere a los delitos consistentes en el ejercicio de las libertades de reunión y de manifestación, el bando de 1936 las consideraba como rebelión militar cuando fueran realizadas sin permiso de la autoridad¹¹⁸, y la ley anteriormente citada de 2 Marzo de 1943 consideraba como conducta constitutiva del delito de rebelión militar:

116 l. 1 Marzo 1940 (BOE, 2 marzo 1940).

117 l. 29 Marzo 1941 (BOE, 11 Abril 1941).

118 inf. en Berdugo, op. cit., pp. 115-118.

Los que conspiren por cualquier medio o tomen parte en reuniones, conferencias o manifestaciones con los mismos fines expresados en el apartado anterior. [referido, entre otras cuestiones, a causar trastornos al orden público interior] (art. 10/20)

En relación a los delitos consistentes en el ejercicio de la libertad de asociación, la excepcionalidad se manifestaba con la ley de represión de la masonería y el comunismo que sometía al tribunal especial antes reseñado los asociados en la masonería y organizaciones comunistas, troskistas, anarquistas o similares (así decía la ley en su art. 40).

Por último en relación a delitos consistentes en el ejercicio del derecho de huelga, el bando de 1943¹¹⁹ y la ley de 2 marzo de 1943 (art. 10/40) definían tal conducta como rebelión militar.

Todo lo anterior suponía un régimen de intervención penal excepcional en referencia al ejercicio de los derechos más característicos del liberalismo político. Ciertamente, respecto del régimen liberal anterior, y en particular respecto de su fase más avanzada, el período liberal de la segunda república (1931-1933), se producía un notable aumento de la excepcionalidad por cuanto los derechos anteriormente limitados en base a la militarización de las fuerzas de orden público ahora venían excluidos de plano. En última instancia ello suponía una ampliación del ámbito y una mayor intensidad de la intervención excepcional¹²⁰.

119 inf. en Berdugo, *op. cit.*, pp. 115-116.

120 El régimen franquista mantuvo la vigencia de la ley de orden público (LOP) de 1933 (basada en la limitación de los derechos políticos a través de las sanciones administrativas, aunque convertibles en privación de libertad por impago) pero toda la anterior legislación es una prueba de que el instrumento por el que optaba el régimen era el más radical de la militarización y de uge, en consecuencia, en esta fase del régimen (la situación será distinta más adelante) la LOP era utilizada al adáxio como instrumento secundario

En segundo lugar, en cuanto a la delincuencia política violenta ya desde el bando de 1936 venía atribuida su competencia a la jurisdicción militar, a través de los delitos de atentado, delito contra las personas o propiedad por móviles políticos o sociales y el de posesión de armas de fuego (que incluía la banda armada)¹²¹.

La ley para seguridad del estado reafirmaba tal atribución de competencia a la jurisdicción militar. A partir de la vigencia del c.p. de 1944, la competencia de la jurisdicción militar en esta materia se basaba fundamentalmente en lo establecido en el art. 1º de la ley de 2 Marzo 1943, que consideraba como reos de rebelión militar (además de los supuestos tradicionales previstos en el CJM¹²²) entre otros a:

3º Los que sin licencia ni justificación posean armas de fuego o sustancias inflamables o explosivas.

4º Los que atenten contra las personas o causen daños a la propiedad por móviles políticos, sociales o terroristas, cualquiera que sea el resultado o consecuencia de estos hechos.

El decreto ley de bandidaje y terrorismo de 1947¹²³

en la lucha contra la delincuencia política (esta consideración está basada en Bailbé, op. cit., pp. 397-457).

La reforma de la LOP realizada por l. 17 Julio 1948 (BOE, 18 Julio 1948) que, entre otras cuestiones, no obligaba a utilizar la vía de apremio como medio de exacción de las multas antes de decretar el arresto sustitutorio. Esta reforma me parece un inicio del proceso, que se materializaría a finales de la década siguiente consistente en una reducción de la excepcionalidad frente a la delincuencia política pacífica (sobre lo cual v. infra II.1.2.2.3.1.).

La l. 15 de Junio de 1954 (BOE, 15 Julio 1954), de reforma de la ley de vagos y maleantes, creaba un nuevo supuesto de peligrosidad relativo a:

(...) los que, de cualquiera manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública. (art. 2/11)

que también me parece significativo en la misma tendencia hacia la limitación de la competencia de la jurisdicción militar respecto de la delincuencia política pacífica.

¹²¹ inf. en Berdugo, op. cit., pp. 115-118.

¹²² Que también venía reformado por otra ley también de 2 Marzo 1943 (en BOE, 16 marzo 1943).

¹²³ d.l. 18 Abril 1947 (BOE, 3 Mayo 1947).

reafirmaba lo establecido en la esta ley de 1943 por cuanto atribuía a la jurisdicción militar la competencia sobre los delitos de atentado (art. 1), de formación de banda armada (art. 5) y de robo y secuestro (arts. 3 y 4).

El principio liberal de juicio legal con garantías de defensa (proceso justo) podía también venir vulnerado, respecto de este sector de la delincuencia, por algunas normas de la legislación anteriormente citada que premiaban de forma decisiva la colaboración con la justicia y, en particular, la delación. En este sentido la ley de represión de la masonería y el comunismo, introducía la atenuante de suministrar información útil a la actividad represiva (art. 89) y la ley de bandidaje y terrorismo de 1947, más radical, establecía una exención de punibilidad para el integrante de una banda armada que facilitara la captura de la partida (art. 8). Si se tiene en cuenta la denuncia que hacía Alcalá-Zamora en el sentido de que se había instaurado en la España nacionalista, durante la guerra, una práctica de delaciones incluso anónimas se comprenderá la capacidad de tales normas de llevar a sentencias sin pruebas confrontadas en el juicio¹²⁴.

Otro principio de un derecho penal liberal que aparecía vulnerado por tal normativa dirigida a reprimir la delincuencia política pacífica y violenta era el de proporcionalidad. El fin de ejemplaridad que estaba implícito en toda esta normativa llevaba a que se conminaran muchos delitos con la pena de muerte, haciendo que conductas desigualmente ofensivas (desde un punto de vista liberal) fueran castigadas con una pena

¹²⁴ Alcalá-Zamora, op. cit., pp. 292-293.

igual. Paradigmático de tal concepción era la configuración que se hacía de la rebelión militar en la ley de 2 de Marzo 1943, al incluir en ella conductas que podían carecer incluso de violencia, facultando a que su castigo fuera la pena de muerte.

Las mismas razones de ejemplaridad influían la previsión de una penas privativas de libertad tan altas que, en relación al derecho penal general, alteraban notablemente la jerarquía de bienes protegidos. Quizás el ejemplo más significativo de ello estuviera en la ley de represión de la masonería y el comunismo, en base a la cual una actividad de propaganda de tales ideologías, y de otras contrarias a los principios del movimiento nacional, podían ser castigadas con penas de hasta treinta años de privación de libertad (art. 39), mientras que en el c.p. de 1944 el delito de propagandas subversivas podía ser castigado con un máximo de 6 años de privación de libertad (art. 251).

Una reflexión global sobre el tratamiento que el nuevo régimen dió a la delincuencia política pienso que debe destacar los siguientes aspectos.

En primer lugar, resulta del análisis de esta legislación que el nuevo estado configuraba para la delincuencia política pacífica y violenta, durante todo el período histórico objeto de análisis (1936-1950), una respuesta punitiva en la que los límites de la intervención -fundamentalmente por la falta de previsión de un juicio justo- eran escasos y donde, en consecuencia, la inseguridad que el ciudadano había de tener sobre los supuestos y la medida de la intervención era máxima.

Es cierto, en segundo lugar, que el régimen, al menos en

esta época, no tenía, como el liberalismo, el problema de utilizar instrumentos excepcionales como medio de impedir el ejercicio de derechos políticos reconocidos a determinados adversarios políticos. No reconociendo derechos políticos a la generalidad (sino sólo a quienes participaban del movimiento) no debía limitarlos. No obstante, la pretensión del régimen al utilizar tales instrumentos era justamente la de impedir que pudiera organizarse una oposición política. Mientras que los instrumentos excepcionales del liberalismo pretendían poner freno a las opciones políticas más adversarias, el franquismo intentará, más radicalmente, impedir el propio surgimiento de la oposición política, de ahí que, respecto del liberalismo, el franquismo (aun cuando sin dar un salto cualitativo) amplie en forma notable los instrumentos excepcionales. La garantía de seguridad que podía ofrecer el derecho penal liberal no se quería admitir respecto de la oposición política. Frente a ella habría que estar siempre en estado de guerra.

11.1.2.1.3.3. Derecho penal frente a formas consideradas graves de delincuencia común

El régimen liberal español no sólo había utilizado instrumentos excepcionales frente a la delincuencia estrictamente política sino que también había considerado amenazante para el orden público formas de delincuencia que aparecían vinculadas, en cierta medida, a movimientos sociales o, al menos, a situaciones de malestar social. Este es el caso del bandolerismo andaluz del siglo XIX. Ello sea, quizás, una explicación de que en el periodo de la segunda república, durante el bienio derechista, se promulgara una ley que

regulaba conjuntamente comportamientos de delincuencia política violenta con otros, aparentemente de delincuencia común, como la asociación para delinquir o el robo con violencia sobre las personas realizado por dos o más individuos¹²⁵, previendo en determinados supuestos la pena de muerte, que venía restablecida tras su abolición por el c.p. de 1932. Parecía que la regulación conjunta de conductas delictivas distintas obedecía a ver en ellas capacidad semejante de vulneración del orden público.

El nuevo régimen desde sus inicios estableció un tratamiento semejante a ambos tipos de delincuencia. Si bien en los primeros años del régimen (1936-1943) el objetivo de la legislación excepcional contra tales modalidades de delincuencia común no parecía tener un claro destinatario. Más tarde (entre 1944 y 1950) esta legislación adquiría mayor sentido con la penetración en el norte de España de los maquis -españoles republicanos que se habían exiliado tras la guerra civil y que, con el impulso del éxito aliado en la segunda guerra mundial, pretendían establecer formas de lucha contra el régimen mediante guerrillas-. Los maquis, en la medida en que estaban establecidos en un determinado territorio llevaban a cabo, además de otras acciones, tales formas de delincuencia común, que no tenían estrictamente una finalidad política, las cuales bien podían ser el objetivo de la legislación excepcional contra el bandidaje¹²⁶.

125 l. 11 Octubre 1934 (S., 17 Octubre 1934).

126 Todo lo anterior es una interpretación que se basa en la explicación dada por Payne (op. cit., pp. 356-358 y 386-389) sobre las actividades opositoras durante el periodo 1939-1950).

El nuevo régimen mantuvo la vigencia de la ley, anteriormente citada, de 11 de Octubre 1934, una ley cuya excepcionalidad estaba no sólo en el restablecimiento de la pena de muerte (creando los consiguientes problemas con la legislación penal general en el plano de la proporcionalidad) sino en que atribuía la competencia, en el supuesto de declaración de estado de guerra, a la jurisdicción militar.

La excepcionalidad de esta ley sería notablemente ampliada por su sustituta, la ley de seguridad del estado, de 29 marzo 1941, que tipificaba el intento de robo a mano armada (art. 53), el intento de secuestro (art. 56) y la asociación para delinquir (art. 54), cuyas características más sobresalientes en orden a su excepcionalidad eran: una afección al principio de proporcionalidad, en atención a la previsión de la pena de muerte para conductas que no podían ser consideradas las más graves¹²⁷, a la escasa consideración al grado de participación en el delito¹²⁸ y a su grado de ejecución¹²⁹ y, fundamentalmente, una afección al principio de juicio con garantías de defensa, merced a la competencia atribuida para el enjuiciamiento de tales delitos a la jurisdicción militar (art. 69).

La ley de la seguridad del estado fue parcialmente incorporada al c.p. de 1944, y en particular la mayoría de

127 Así el art. 53 conalaba con la pena de muerte el intento de robo a mano armada ejecutado por tres o más 'malhechores'.

128 También el art. 53 castigaba con la misma pena que a los ejecutores a los cooperadores, cualquiera que fuese su intervención en el delito. En idéntico sentido la regulación para el delito de intento de secuestro (art. 56).

129 Pues el castigo de los hechos de robo y secuestro era al intento.

preceptos ahora considerados, los cuales recibieron una regulación que vulneraba menos el principio de proporcionalidad¹³⁰ a la vez que los sometía a la jurisdicción ordinaria. No obstante los preceptos de la ley de seguridad del estado que atribuían la competencia a la jurisdicción militar (art. 69) no habían sido explícitamente derogados por la disposición derogatoria del art. 604 del c.p.

Esta duda sobre cual era la jurisdicción competente -que según la apreciación de Ballbé de que la ley para la seguridad del estado fue escasamente aplicada parece que se resolvía a favor de la jurisdicción ordinaria¹³¹- sería resuelta a partir de 1947, en el momento de mayor importancia del fenómeno de los maquis¹³², a favor de la jurisdicción militar. En efecto, la ley de represión de los delitos de bandidaje y terrorismo, de 18 de Abril de 1947, mantenía la tónica de la ley de seguridad del estado en lo que se refiere a la vulneración del principio de proporcionalidad en relación a las conductas de robo a mano armada, secuestro de persona y formación de banda armada, aunque en algunas cuestiones de forma menos ostensible¹³³.

Además de la excepcionalidad derivada de la atribución de

130 El nuevo art. 502 del c.p. suprimía vgr. la pena de muerte por el mero hecho de que el robo fuere realizado en cuadrilla. Pero seguía siendo afectiva del principio de proporcionalidad en relación a la escasa consideración del grado de ejecución (art. 502/2º párrafo).

131 Ballbé, op. cit., pp. 410-411 (nota 25).

132 Tal como explica Payne, op. cit., p.386.

133 En la regulación del robo a mano armada no se obligaba a la aplicación de la pena de muerte, aunque sí se facultaba a ello, en supuestos en que no se producía ni muertes ni lesiones (art. 39). Igualmente desproporcionada era el castigo con la pena de muerte al jefe de la banda armada en el delito consistente en la formación de partidas o grupos de gente armada para dedicarse al merodeo, al bandidaje o a la subversión social (art. 52/1º a)).

competencia a la jurisdicción militar¹³⁴, la ley premiaba la delación con una exención de pena a los integrantes menores de la banda armada (art. 82 b)) (y téngase en cuenta que la pena con la que se conminaba su mera participación en la banda era de 20 a 30 años de privación de libertad), medio de conseguir la efectividad de la ley que, además de afectar al principio de proporcionalidad, en última instancia, debería repercutir negativamente en las ya reducidísimas garantías que concedía el juicio sumarísimo del consejo de guerra (art. 9).

Una valoración global de esta legislación excepcional frente a ciertas modalidades de delincuencia común me parece que, partiendo del tratamiento semejante que recibían tal forma de delincuencia y la estrictamente política, debe destacar la amenaza importante que, desde el punto de vista del nuevo régimen, representaba para el orden público tal delincuencia.

Este temor bien podía estar fundado en que lo que venía denominado como bandidaje eran formas de delincuencia que buscaban un apoyo de la población. Ello explica la utilización de la excepcionalidad como medio de aislar del contexto social tal forma de delincuencia y, concretamente, como medio de eliminarla.

Que el régimen no utilizara la respuesta excepcional frente a la generalidad de la delincuencia se explica en que ella hubiera sido una opción poco funcional con los principios mínimos del liberalismo que obligaban a que la generalidad de la población tuviera una confianza en el respeto por parte del

¹³⁴ La cual podía reenviar a la jurisdicción ordinaria en los supuestos en que la conducta no tuviera la gravedad suficiente para ser calificada de bandidaje (art. 9).

estado de las esferas individuales de derechos, algo que difícilmente se habría podido conseguir si la jurisdicción de guerra y los otros instrumentos de excepcionalidad se hubieran convertido en la regla de intervención.

II.1.2.1.3.4. Sistema de medidas de seguridad pre y post-delictuales

Un ámbito importante de excepcionalidad creado en el marco del estado liberal fue el relativo a medidas de seguridad. En el análisis que a continuación realizaré seguiré la siguiente sistemática: aludiré en primer lugar a las medidas de seguridad predelictuales previstas en la ley de vagos y maleantes (con una referencia a otras formas no penales de intervención sobre la libertad); después tomaré en consideración las medidas de seguridad postdelictuales, distinguiendo entre aquellas referidas a inimputables y semiimputables, previstas en el código penal, y las concernientes a sujetos imputables peligrosos, previstas, fundamentalmente, en la ley de vagos y maleantes.

Las medidas de seguridad predelictuales -esto es, sanciones penales (dado su contenido afectivo al bien de la libertad personal adoptadas como medio de evitación de delitos) que no requieren la comisión de un delito para ser aplicadas sino la existencia de un individuo en un estado de peligrosidad que llevará, según un juicio de predicción, a conductas delictivas en el futuro- venían previstas por la ley, promulgada durante la vigencia del régimen republicano, denominada de vagos y

maleantes¹³⁸.

Las medidas de seguridad predelictuales encuentran su origen cultural en los planteamientos de la escuela positiva italiana. En el marco de esta escuela se elaboró la teoría de las causas de la criminalidad individualizándose diversos factores, antropológicos, físicos y sociales, que explicaban la producción de la delincuencia. La medida en que los individuos se veían sometidos a las diversas causas permitía a los autores de esta escuela llevar a identificar diversas tipologías delictivas que deberían servir, en cuanto diagnóstico, para plantear las respuestas correctas a los diversos supuestos.

La gama de respuestas (punitivas y no punitivas) que los autores positivistas propugnaron para combatir la delincuencia incluían desde medios de prevención social (los sustitutivos penales de Ferri) hasta medios de prevención penal, anteriores a la comisión del delito y posteriores a él. Tales medios de prevención -cualitativamente distintos- eran en el modelo político-criminal de la escuela positiva, y en particular el de Ferri, actuables simultáneamente. La sociedad debía defenderse del delito y para ello todas las vías eran necesarias. La importancia de las causas biológicas del delito hacía que nunca fueran suficientes las medidas de prevención social y de que, en consecuencia, la sociedad estuviera legitimada para combatir la criminalidad cuando su producción era inminente (mediante las medidas de seguridad predelictuales) y cuando ya se hubiera

138 l. 4 Agosto 1933 (5, 5 Agosto 1933).

realizado (mediante las penas)¹³⁶.

La ley de vagos y maleantes¹³⁷ se inspiraba en tal filosofía en cuanto castigaba a personas que se encontraran en una situación considerada peligrosa, esto es, capaz de propiciar la delincuencia.

La ley delimitaba diversos estados peligrosos que, atendiendo a Antón, podían clasificarse en estados de vicio (vagos habituales, mendigos profesionales, ebrios y toxicómanos habituales), de explotación (de la prostitución, de la mendicidad, de juegos prohibidos, de alcoholismo), de sospecha de delito (por posesión de dinero o bienes no justificados, por ocultación de identidad o domicilio, por inclinación al delito), de tráfico ilícito (con objetos de ilícito comercio, con personas), de extranjero peligroso, de peligrosidad política¹³⁸.

La predelictualidad de todos estos derivaba de que para la aplicación de la sanción no se requería la comisión de delito. Es decir, con independencia de las particularidades de los diversos estados, todos ellos tenían en común el ser considerados situaciones que propiciaban la comisión de

136 Mis fuentes para las consideraciones anteriores sobre la escuela positiva son las siguientes: sobre la escuela en general, Spirito, Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni, Roma, C. de Alberti, 1925 (3a ed., Firenze, Sansoni, 1974), pp. 119-170; en particular sobre la concepción de las causas de la delincuencia y las tipologías delictivas de Ferri, Ferri, Sociologia criminale, 3a ed., Torino, Fratelli Bocca, 1892, pp. 1-47, 163-185 y 203-242; y sobre la concepción de tal autor de los diversos medios de prevención de la criminalidad, y en particular de las medidas de seguridad predelictuales, Muvolone, "Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale", en RIDPP, 1957, pp. 3-23.

137 Para cuya exposición la fuente crítica fundamental es Antón, Derecho penal, cit., pp. 589-596.

138 art. 2 de la ley y art. 1 del reglamento de ejecución (d. 3 mayo 1935, BOE, 5 Mayo 1935) que delimitaba algunos supuestos. La conducta de peligrosidad política -que no nos interesa en este apartado- fue incluida por l. 23 Noviembre 1935 (G., 28 Noviembre 1935). La sistematización de Antón que he seguido en el texto está expuesta en Derecho penal, cit., pp. 589-592.

delitos. No era para nada decisivo que algunos estados tuvieran cierta coincidencia con delitos previstos en el código penal- como el estado de explotación de la prostitución con el delito del art. 438 del c.p. y el de explotación de juegos prohibidos con el del art. 349- por cuanto la comisión de tales delitos (entiéndase: la comisión declarada en un juicio penal con todas las garantías de defensa) no era requisito necesario para incurrir en el supuesto de peligrosidad. El estado era la situación global de la que surgen (que causa) los delitos y no la comisión de delitos, que podían existir (entiéndase: en la realidad) o no y que, en todo caso, en ningún caso debían de acuerdo a la ley ser probados, lo único que había que probar era el estado. La proclividad a delinquir era el supuesto paradigmático de la ley de vagos y maleantes.

Las consideraciones anteriores encuentran una confirmación en el art. 29 de la ley, el cual al establecer:

Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente ley. (el subrayado es mio)

ponía de manifiesto que los presupuestos para la aplicación de una medida de seguridad (que a continuación se enunciaban) eran la identificación genérica del individuo con uno de los estados (vgr. la ebriedad habitual) y la específica de que tal estado, en relación a otros factores situacionales del individuo, hiciera probable la comisión de delitos.

El procedimiento previsto por la ley para la declaración de un individuo como peligroso era de tipo garantista (aunque de

menores garantías que las previstas en la LECr.¹³⁹) ya que se realizaba ante los tribunales ordinarios y el imputado tenía ciertas garantías de defensa (arts. 9 y 10).

La excepcionalidad se encontraba, no obstante, en la ausencia de taxatividad de la norma incriminatoria, que era consustancial a un enjuiciamiento de estados (o, lo que es lo mismo, de conductas de vida, de formas de ser) y no de hechos. Por mucho que el procedimiento fuera mínimamente garantista nunca podría suplirse la deficiencia de que en él debería dilucidarse algo, la situación de peligrosidad, que era notablemente incierta. Sólo podría afirmar lo contrario quien creyera en los postulados positivistas de que el comportamiento estaba determinado y de que el hombre (en este caso el juez) tenía perfecta capacidad de vincular el estado del individuo a un comportamiento futuro¹⁴⁰.

Las medidas de seguridad previstas en la ley (art. 6) consistían, en la mayoría de los supuestos, en la privación de libertad que venía complementada sucesivamente con medidas restrictivas de libertad y, en algunos supuestos, además, con medidas de restricción de derechos y económicas¹⁴¹.

139 Por diversos motivos entre los que destacaban: la limitación de las pruebas de defensa (art. 13) y la reducción de plazos para preparar la defensa (art. 13)

140 La citada valoración de la ley coincide con el juicio que hacía Antón en 1949 (Derecho penal, cit., p. 596):

(...) Toda la ley adolece de falta de garantías. Se ha buscado éstas en la aplicación jurisdiccional. En cambio, no pueden ser más indeterminadas las categorías de estado peligroso antes del delito...).

141 Los supuestos de peligrosidad que venían castigados con una medida de internamiento y sucesivamente con medidas restrictivas de libertad (como la prohibición de residencia, a la libertad vigilada) eran: vagos habituales, rufianes y proxenetas, mendigos profesionales, explotación mendicidad, no justificación de posesión de bienes, explotación juegos prohibidos, ebrios y toxicómanos habituales, traficantes de armas y personas, ocultación personalidad o domicilio para enmascarar una actividad criminal, inclinación al delito. Algunos estados solo venían sancionadas con medidas restrictivas de libertad: ocultación de personalidad

Las medidas de internamiento, nominalmente diversas¹⁴², recibían una regulación unificada en el reglamento de ejecución de la ley el cual respondía a un modelo de ejecución penal que no podía distinguirse del previsto en el reglamento penitenciario de 1930 (sobre el cual v. supra II.1.2.1.2.3.). Ello se advertía en la posibilidad de que las medidas se cumplieran en los centros penitenciarios (art. 4), en que fuera el personal de prisiones el que tuviera encomendada la función de gobierno de la institución (art. 5) y en que el modelo de ejecución previsto por el reglamento se basara también en el sistema progresivo (arts. 11 y 12). Ciertamente, el reglamento atribuía mucho énfasis a los mecanismos de reeducación, que venía entendida como moralización de los internos, en base a la instrucción y el trabajo, y cuyo objetivo final era la transformación del individuo en un ser útil a la sociedad (art. 5).

En última instancia, el modelo de ejecución del reglamento de la ley de vagos y maleantes sólo se distinguía del reglamento penitenciario de 1930 en que era mayor la flexibilidad en la duración de las medidas (que sólo en algún

y domicilio y el tráfico ilícito (a excepción del de armas y personas).

Los supuestos de tráfico ilícito venían sancionados además con la pérdida de los efectos incautados. El mismo trato recibían la conducta de posesión no justificada de dinero o efectos y la explotación de juegos prohibidos.

La multa se preveía, además, para la explotación de juegos prohibidos y las conductas de tráfico ilícito.

Las conductas de tráfico ilícito se sancionaban además con la prohibición de ejercicio de los derechos de industria, comercio y profesión.

142 El establecimiento de trabajo y colonia agrícola, de duración máxima de tres años, venía previsto para todos los supuestos en que se preveía el internamiento salvo para los ebrios y toxicómanos habituales (internamiento en casa de templanza de duración indeterminada) y los de tráfico de armas y personas y ocultación de personalidad o domicilio para enmascarar una actividad criminal (establecimiento de custodia de uno a cinco años).

caso requerían el cumplimiento del periodo mínimo¹⁴³) y en que quien tenía el poder para determinar la duración concreta era la autoridad judicial.

El régimen franquista mantendría la vigencia de la ley de vagos y maleantes con una modificación en 1948 relativa a las conductas de especulación¹⁴⁴.

La ley de vagos y maleantes podría ser vista como una normativa que autorizaba una intervención no garantista sobre cualquier tipo de delincuencia, lo cual debilitaría la hipótesis que defiende sobre el carácter no general de la intervención excepcional en el sistema punitivo del nuevo régimen. Pero, a mi parecer, es más plausible una lectura de la ley que observe quiénes eran sus potenciales sujetos pasivos y llegue a la conclusión de que la mayoría de supuestos de peligrosidad estaban referidos a formas de supervivencia en la sociedad no basadas en la participación en el mercado lícito de trabajo (mendicidad, vagancia, prostitución, juegos prohibidos, tráfico ilícitos). Lo mismo puede concluirse si se tiene en cuenta que el tratamiento que debían recibir quienes eran objeto de una medida de seguridad estaba dirigido a transformarlos en personas que mediante la instrucción, la moral y el aprendizaje de un trabajo se convencieran de que la forma de satisfacer sus necesidades era el trabajo lícito. Nada habían de temer de esta ley quienes estuvieran insertos en la sociedad no marginal pues ellos nunca cumplirían con la

143 El cual sólo venía previsto en la medida de seguridad de internamiento en casa de custodia (1 año).

144 L. 4 mayo 1948 [BOE, 5 Mayo 1948].

tipología de que era la falta de instrucción, el contacto con los vicios, el acercamiento a formas marginales de vida, lo que llevaba a la delincuencia. El objetivo de la ley marcaba claramente su ámbito de aplicación excluyendo de ella a la sociedad de "buenos modales". Era, por tanto, también esta una ley que delimitaba un sector social que no habría de participar en la sociedad en igualdad de condiciones a la generalidad de la población.

Hemos calificado de penales a las medidas de seguridad previstas en la ley de vagos y maleantes porque utilizaban sanciones afectantes a la libertad encaminadas a la prevención de delitos. El ordenamiento jurídico de la época facultaba para otro tipo de intervenciones sobre la libertad de las personas, no orientadas (al menos en la mayoría de sus supuestos) a la prevención de delitos, que podían suponer una vulneración de los principios liberales en materia penal, en cuanto principio característico de este modelo de derecho penal no era sólo que la intervención penal se ajustara a los principios de juicio legal, de proporcionalidad, etc., sino que fuera del ordenamiento penal no existieran afecciones de los derechos de las personas idénticas a las penales pero carentes de los presupuestos legitimadores de la sanción penal.

El primer sector en el que se advertía tal afección a los principios de un derecho penal liberal era el relativo al internamiento psiquiátrico involuntario. El régimen franquista mantendría la vigencia del decreto republicano de 1931¹⁴⁵, el

¹⁴⁵ d. 3 Julio 1931 (B., 7 Julio 1931); para su comentario me baso en Bercovitz, *op. cit.*, pp. 125-184 y en Cobreros, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), Bilbao, Instituto vasco de administración pública, 1988, pp. 369-376.

cual con la voluntad de permitir un desarrollo sin restricciones de la medicina autorizaba un internamiento psiquiátrico involuntario por indicación médica, sin que los jueces tuvieran un papel relevante en la decisión o control de él¹⁴⁶. Además el decreto admitía un internamiento por orden gubernativa basado en que los enfermos mentales fueran peligrosos para las personas o bienes propios o ajenos, medida de claro paralelismo con la intervención penal de tipo predelictual. Tampoco este sector excepcional debía considerarse afectante a la generalidad de la población, por cuanto, como afirma Bercovitz, la institución psiquiátrica pública siempre ha estado dirigida a los enfermos mentales de escasos recursos económicos¹⁴⁷, es decir, quienes carecían de los recursos suficientes (de tipo económico, familiar, social) para conseguir afrontar sin la exclusión su problemática personal.

Otro sector excepcional, en este caso de creación por el nuevo estado, fue el relativo al tratamiento de la prostitución femenina. Esta conducta no venía considerada como delito ni por el código penal de 1932 (vigente hasta 1944) ni por el de 1944 y tampoco estaba incluida entre los supuestos de peligrosidad de la ley de vagos y maleantes. El nuevo estado, en base a un decreto de 1941 que creaba "establecimientos para regeneración de mujeres extraviadas"¹⁴⁸, establecía el internamiento en unas instituciones, a las que denominaba prisiones (art. 2), por un

146 Tal como afirma Bercovitz, op. cit., p.156.

147 Bercovitz, op. cit., p. 166.

148 d. 6 Noviembre 1941 [BOE, 20 Noviembre 1941].

plazo de 6 meses a dos años (art. 3), de aquellas mujeres:

(...) que reiteradamente cometan infracciones reglamentarias o de policía relacionadas con el ejercicio de la prostitución (...)

El objetivo del internamiento era de tipo regenerador:

El régimen de estas prisiones será apropiado al fin de reforma y de regeneración moral y física de las reclusas, para lo cual se establecerán talleres diferentes y escuelas de trabajo, así como enfermerías adecuadas regidas por médicos especialistas.

Si se toma en consideración que este internamiento tenía un carácter administrativo, es decir, era decidido por la autoridad policial (art. 3) se podrá concluir con que la vulneración de garantías, en relación a un derecho penal liberal, era máxima, ya que no sólo se privaba de libertad por meras infracciones de policía (vulnerando así el principio de proporcionalidad) sino que, y era aun más importante, eso se hacía sin ningún tipo de procedimiento judicial.

Como resulta obvio, tampoco las medidas represivas contra la prostitución afectaban a la generalidad de la población sino exclusivamente al sector social de mujeres habitantes de zonas en las que públicamente se ejerciera la prostitución.

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad postdelictuales, cabe distinguir entre las relativas a inimputables y semiimputables y las relativas a imputables.

El c.p. de 1944 mantuvo de la anterior regulación del estado liberal el sistema de medidas de seguridad indeterminadas para las personas que cometieran un delito y fueran declaradas inimputables, por motivo de enajenación mental (art. 8/19) y por sordomudez (art. 8/30). Como advertirá recientemente un sector de la doctrina (a lo cual me referiré en el cap. 4), tal

regulación hará posible una afección al derecho individual de la libertad más gravosa para los inimputables que para los declarados imputables y es a mi entender plausible afirmar que con ello se vulneraba el principio liberal del objetivismo, que partía de la igualdad entre los individuos y era, por tanto, reacio a admitir que pudieran existir causas de tanta envergadura que llevaran a distinguir a los hombres entre imputables e inimputables y, consiguientemente, a establecer para estos últimos un régimen excepcional¹⁴⁹.

También respecto de la cuestión del internamiento de inimputables pienso que deben valer los mismos argumentos que respecto del internamiento psiquiátrico no penal permitían afirmar la vinculación de tal respuesta segregadora a condiciones sociales de marginación de los individuos, sin que existan motivos para pensar que el internamiento que tenía como presupuesto la comisión de un delito debiera responder a un principio distinto de aquel por el cual sólo debía producirse el internamiento de aquellos individuos que carecieran de otros instrumentos de resolución de sus problemas.

Respecto de la cuestión de la semiimputabilidad, el código de 1944 introducía un nuevo precepto, el art. 65, que establecía un tratamiento diferenciado, de doble vía, para los menores de 18 años y mayores de 16. El estudio de tal precepto lo reenvío

¹⁴⁹ Parto para hacer tales consideraciones de Padovani (*op. cit.*, pp. 63-64) quien defiende la hipótesis de que el modelo de derecho penal liberal estaba fundamentado en una premisa igualitaria que exigía una transformación igualitaria de la sociedad y que, por la dificultad de ser llevada a cabo, el autor califica de utópica. La falta de igualdad en la que se desarrolla el derecho penal liberal es lo que da sentido al título del libro del autor: "La utopía punitiva". También me baso en Musco (*op. cit.*, p. 7) quien destaca el respeto del principio de proporcionalidad por parte del código penal liberal italiano de 1889. La hipótesis que mantengo en el texto sobre la cuestión de la inimputabilidad -que no está defendida explícitamente por ninguno de estos dos autores- me parece que encuentra base en tales obras.

al subpunto siguiente (II.1.2.1.3.5.) por considerar que su excepcionalidad debe ser estudiada en el marco genérico relativo a los menores.

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad frente a imputables, deben ser analizadas, en primer lugar, las previstas en la ley de vagos y maleantes, cuyo art. 3 decía:

También estarán sometidos a los preceptos de esta ley.

Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal.

Segundo. Los criminalmente responsables de un delito cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del agente.

A ellos, de acuerdo al art. 7, se les aplicaría la medida de seguridad de la casa de custodia, de una duración mínima de un año y máxima de 5 años.

Con este precepto se introducía en el ordenamiento punitivo español un sistema de doble vía, es decir, de pena más medida de seguridad (art. 7), cuyo precedente se encontraba en determinadas agravantes por reincidencia previstas en los códigos penales del liberalismo¹⁵⁰, el cual suponía una clara

150 Sobre esta cuestión me baso en Asúa Batarrita (*op. cit.*, pp. 106-121, 218-237, 419-461) la cual muestra como todos los códigos penales del siglo XIX (en tendencia mantenida por los códigos de 1928, 1932 y 1944) atribuían efectos agravatorios a la reincidencia y reiteración. Como sostiene la autora, ello suponía una afeción al principio de proporcionalidad cuando mediante tal agravación se llegaba a superar el límite máximo de pena previsto para el delito, lo cual ocurría, con carácter general en el c.p. de 1822 y para la segunda reincidencia en el c.p. de 1944 (art. 61/69). Los c.p. de 1844, 1870 y 1932 limitaban tal vulneración a los efectos agravatorios de la reincidencia en relación a determinados delitos contra la propiedad.

De las consideraciones de Asúa Batarrita también puede deducirse el carácter liberal del principio de proporcionalidad:

Los autores de la Ilustración y sus seguidores apenas si dedicaron algunas palabras a la reincidencia. Lardizabal, Bentham, Marcos Gutiérrez, aunque de forma breve, la consideraron causa justa de modificación de la pena, pero siempre sin superar la proporción y analogía con el delito cometido. (p. 120) (el subrayado es mío)

La autora considera que el fundamento de la agravación en la legislación y doctrina española del siglo XIX era la necesidad de combatir la mayor inclinación al delito del individuo. Como ya he defendido anteriormente (en supra II.1.2.1.1.) era adecuado a un derecho penal liberal el que a partir del fin de

vulneración del principio liberal de proporcionalidad de la pena al hecho cometido y también el de legalidad, es decir del principio por el cual para determinar la sanción sólo debía considerarse el hecho y no hechos anteriores o la personalidad criminal del individuo.

Tampoco en base al sistema de doble vía debía considerarse afectado el derecho penal general por cuanto su ámbito de incidencia venía reducido a aquel sector de personas con una clara vinculación al sistema penal, lo cual era advertible no sólo con el requisito objetivo de reincidencia o reiteración (que no era decisivo) sino, fundamentalmente, con los de peligrosidad o habitualidad, los cuales lógicamente exigían, para ser aplicados un conocimiento del individuo por parte de los organismos encargados de la represión penal.

La única medida de seguridad para inimputables de alcance más general que introducía el código penal en el art. 67 era la relativa al destierro de personas que hubieran cometido delitos contra determinados bienes individuales fundamentales. No obstante, también aquí el presupuesto de la peligrosidad del delincuente parecía sólo advertible a partir del conocimiento del individuo por parte de los agentes de la represión penal. En todo caso el destierro temporal, en cuanto restricción de libertad, tenía menor gravedad que las otras medidas de seguridad.

Como conclusión de todo lo anterior pienso que debe

Prevenición especial se modificará la pena que derivaría de la estricta proporción con el delito (pero sin superar el límite superior de tal proporción).

destacarse que la introducción de medidas de seguridad en el ordenamiento punitivo tenía un carácter de respuesta excepcional, en cuanto, las medidas de seguridad predelictuales, vulneraban el principio de legalidad y, consiguientemente, el de proporcionalidad de la sanción al hecho realizado, y las medidas de seguridad postdelictuales vulneraban el principio de proporcionalidad. Además existían otras intervenciones excepcionales sobre la libertad de los ciudadanos, como las relativas al internamiento psiquiátrico y al tratamiento de la prostitución, que se asimilaban a las predelictuales en cuanto intervención sobre la libertad, sin las garantías de la proporcionalidad, a lo que se añadía la vulneración del principio de juicio legal.

Todas las medidas de seguridad analizadas, y las otras medidas no penales, tenían en común la nota de ser intervenciones excepcionales (con menores garantías que la intervención general) que no eran potencialmente aplicables a toda la población sino sólo a determinados estratos de ella, que tenían en común su falta de participación de un sistema de vida en el que el trabajo era la fuente de satisfacción de necesidades. Sólo frente a ellos se alzaba una respuesta que tenía la capacidad de impedir desarrollar una vida con la seguridad de que vendrían respetados los principios mínimos de una sociedad liberal.

II.1.2.1.3.5. Régimen punitivo en la legislación de menores

El punto de partida del que pienso debe partirse para abordar la cuestión de la utilización de instrumentos penales

excepcionales en relación a los menores es la consideración de que un derecho penal liberal debía cumplir en la intervención sobre los menores con dos requisitos.

En primer lugar, con el de que cualquier persona que fuera sometida a la jurisdicción penal debía gozar de las garantías generales que atribuía el derecho penal. Ello era una consecuencia clara del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley. Es cierto que en el sistema jurídico liberal los menores han tenido siempre enormemente limitados los derechos pero resultaba también cierto, en tal sistema jurídico, que en caso de que ellos vinieran sancionados por sus comportamientos correspondía atribuirles igualdad de garantías que al resto de ciudadanos. La sociedad debía impedir que un ciudadano viera dificultada injustamente (es decir, mediante una intervención no garantista) su participación futura, en igualdad de condiciones, en la sociedad.

Los códigos penales españoles del siglo XIX cumplían en cierta medida con tales principios en cuanto no distinguían el enjuiciamiento de los delitos de los menores respecto del de los adultos.

La única distancia respecto del modelo liberal de derecho penal se daba en la respuesta a los menores irresponsables. Los menores irresponsables (bien por ser menores de cierta edad -7 años en el c.p. de 1822 y 9 en los de 1844 y 1870- bien por esta comprendidos entre tales edades y una edad superior -15 años en los códigos de 1844 y 1870 y 17 en el de 1822- pero considerar el tribunal que no discernían) podían, en los códigos de 1822 y 1870, ser sometidos a medidas de corrección

en régimen de internamiento (calificables de medidas de seguridad para inimputables) que no podían sobrepasar una determinada edad adulta (20 años en el c.p. de 1822) pero que no venían obligadas a respetar la relación de proporcionalidad con el delito cometido. En cambio el c.p. de 1844 no preveía ninguna sanción para el menor irresponsable¹⁵¹.

Resultaba, entonces, que mientras que el c.p. de 1844 era plenamente respetuoso, en esta cuestión, de un modelo de derecho penal liberal, los códigos de 1822 y 1870 se distanciaban de tal modelo en la vulneración del principio de proporcionalidad. Podría arguirse, es cierto, que el principio de proporcionalidad adquiría pleno sentido liberal sólo respecto de los adultos, es decir de los capaces de comprender las valoraciones de la ley penal (en base a la derivación del principio de proporcionalidad de la finalidad preventiva de la pena, sobre lo cual v. supra II.1.2.1.1.) pero me parece importante para defender, desde un punto de vista liberal, la importancia del principio de proporcionalidad, también para los menores irresponsables, el hecho de que con la intervención penal se pondría en juego la capacidad del menor de participar en la sociedad (y también de participar de los valores) en el futuro.

En los códigos de 1822 y de 1870 quedaba sólo como garantía el que la medida no pudiera continuar tras el cumplimiento de cierta edad por parte del menor.

Sí era respetuoso con un modelo liberal de derecho penal, de

¹⁵¹ Para todo el resumen anterior de la evolución de la legislación de menores las fuentes han sido: Antón, Derecho penal, cit., p. 284 y Terradillos, op. cit., pp. 38-43.

acuerdo a la definición que he dado de él (en supra II.1.2.1.1.), el que las sanciones frente a los menores irresponsables persiguieran una finalidad reeducativa, ello era plenamente coherente con una justificación de tales medidas en base a motivos de prevención especial (positiva y negativa).

Este modelo liberal de intervención penal sobre los menores (con la desviación señalada en los códigos de 1822 y 1870 en la cuestión de la proporcionalidad) se vería notablemente afectada cuando, a partir de finales del siglo XIX, según narra Antón¹⁵², existieron diversas iniciativas privadas dirigidas a establecer mecanismos de intervención sobre los menores con miras a prevenir la delincuencia. Se dieron vida a instituciones que pretendían la corrección y el buen encarrilamiento de niños vagabundos y viciosos.

Este sistema de intervención -que encontraba sus precedentes en la legislación del período absolutista contra la vagancia- adquiría ahora renovada legitimación en atención a las concepciones positivistas -que pretendían dar una validez científica a las sanciones predelictuales- y al correccionalismo español que destacaba con mayor énfasis que los positivistas la importancia de la enmienda¹⁵³.

Fueron estos los precedentes prácticos y culturales de la nueva legislación sobre menores surgida a partir de 1918¹⁵⁴,

¹⁵² Antón, Derecho penal, cit., pp. 597-600.

¹⁵³ Sobre los precedentes positivistas y correccionalistas de la nueva legislación de menores véase en González Zorrilla, "La justicia de menores en España", "Epílogo" a De Leo, La justicia de menores, Barcelona, Teide, 1985, pp. 120-123.

¹⁵⁴ L. de bases de 3 Agosto 1918, desarrollada por d.l. de 28 Noviembre del mismo año, cit. por Antón Oñeca, Derecho penal, cit., p. 285.

cuya filosofía de fondo sería sustancialmente mantenida durante el resto del periodo liberal y durante todo el régimen franquista.

El nuevo sistema se estructuraba en base al principio de que los menores de cierta edad (en un principio 15 años, más adelante 16) no debían ser sometidos al sistema penal ordinario ya que, decían los inspiradores del nuevo sistema¹⁵⁵, los actos o conductas contrarios a las normas por parte de los menores sólo pueden ser explicados por la carencia de educación de tales menores. No tenía sentido, argüían, castigar a quien carecía de responsabilidad por sus actos (en base al argumento tautológico de que todo menor que delinque, o realiza otras conductas consideradas negativas, está necesitado de educación). El irresponsable debía ser educado o corregido, para lo cual no se requerían los instrumentos del c.p. destinados a castigar. Frente a individuos no responsables el juez debería operar como el sustituto del padre. La actitud del padre frente a la mala conducta del hijo pasaba a ser el modelo de esta nueva jurisdicción. No había que preocuparse de las garantías del menor porque, como explica Gonzalez Zorrilla, se partía de que "en el bien no hay exceso"¹⁵⁶.

Al principio tal concepción (que suponía distinguir radicalmente entre la esfera de los adultos y la de los menores) se mantuvo con un matiz importante en cuanto también los tribunales de menores venían obligados a utilizar el criterio del discernimiento para aplicar las diversas medidas y

155 De acuerdo a lo que señala Gonzalez Zorrilla, op. cit., pp. 120-123.

156 Gonzalez Zorrilla, op. cit., p. 123.

a que la falta de constitución de los nuevos tribunales hizo que hasta el código republicano de 1932, se siguiera viviendo en una situación en la que convivían los nuevos tribunales (con jurisdicción sobre los delitos y otras conductas cometidos por menores de 15 años -16 a partir del d.l. de 14 Noviembre 1925-) con la jurisdicción ordinaria (que a partir del citado decreto-ley de 1925 estableció la condena condicional para todos los menores comprendidos entre 9 y 15 años que obraran con discernimiento)¹⁵⁷.

A partir del código de 1932 se impuso plenamente la nueva filosofía por la cual todos los delitos cometidos por menores de 16 años serían competencia de la jurisdicción de menores que venía regulada por el decreto-ley que había modificado en 1929 la ley de 1918¹⁵⁸. El nuevo régimen mantendría idéntica filosofía y, a través del c.p.de 1944 y de la legislación de menores (que vendría modificada, no sustancialmente, con una nueva ley de 1940 y su reglamento de 1942, las cuales serían refundidas mediante un decreto de 1948¹⁵⁹) consolidaba un sistema basado en establecer dos formas sustancialmente distintas de tratar la delincuencia y otras formas de peligrosidad: la de las adultos y la de los menores¹⁶⁰.

Tomando en consideración al decreto de 1948 por la mayor comodidad de aludir a una única norma (pero téngase en cuenta

¹⁵⁷ Todo lo anterior es un resumen de lo explicado por Antón, Derecho penal, cit., pp. 285-286.

¹⁵⁸ r.d.l. 3 Febrero 1929 (G. 6 Febrero 1929); que fue modificado por d. 16 Junio 1931 y d. 30 Junio 1931, estos últimos cit. por Antón, Derecho penal, cit., p. 286.

¹⁵⁹ l. 13 Diciembre 1940 (BOE, 23 Diciembre 1940); d. 22 Julio 1942 (BOE, 10 Agosto 1942); d. 11 Junio 1948 (BOE, 19 Julio 1948).

¹⁶⁰ inf. sobre todo lo anterior extraída de Antón, Derecho penal, cit., p. 286.

que él era una mera refundición de la ley de 1940 y el reglamento de 1942), resulta que las características más importantes de la legislación del nuevo estado, en continuidad con la legislación del período liberal, eran las siguientes¹⁶¹.

La competencia de los TTM (tribunales tutelares de menores) comprendía los delitos cometidos por personas que, en el momento de la realización tuvieran menos de 16 años¹⁶², los estados de peligrosidad predelictual de los menores de 16 años (menores prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos), ambas incluidas en lo que se llamaba competencia reformadora, y de los estados de inadecuado ejercicio de la educación en referencia también a menores de 16 años, en su competencia protectora (art. 9)¹⁶³.

Los componentes de los TTM venían nombrados por el ministro de justicia entre personas que tuvieran una moralidad personal y familiar intachable; sólo una parte de sus miembros debían ser licenciados en derecho (salvo el supuesto de juez unipersonal) (arts. 1 a 6).

161 Utilizo como referencias críticas Antón, Derecho penal, cit., pp. 601-604 y Bonzález Zorrilla, op. cit., pp. 124-129.

162 El c.p. de 1944 establecía una excepción, no contenida en el c.p. de 1932, redactada de la siguiente manera:

(...) en los casos en que, excepcionalmente, la jurisdicción tutelar declinase su competencia respecto a un mayor de dieciséis años, por entender que desde el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos, o por razón de circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice (art. 8/2º).

Lo que no quedaba claro (al menos a mí) era a qué tipo de medidas de seguridad se refería el citado precepto.

163 El citado art. 9 atribuía también competencia a los TTM de las faltas cometidas por mayores de 16 años contra menores de 16, tipificadas en el art. 584 del c.p., que no nos interesa en este contexto, y de las infracciones cometidas por menores de 16 años consignadas en las leyes provinciales y municipales, competencia que tiene menor interés porque, de acuerdo al art. 10, por tal motivo no podían ser adoptadas sanciones privativas de libertad.

El régimen procesal de actuación se distinguía notablemente del previsto en la jurisdicción penal ordinaria por cuanto se carecía del derecho a asistencia letrada y, fundamentalmente, porque al tribunal se le concedía cierta discrecionalidad para determinar el procedimiento a seguir, los mecanismos de verificación de los hechos, en que la convicción moral parecía ser el decisivo, y para la calificación jurídica de ellos. De lo cual daban buena prueba los arts. que a continuación transcribo:

Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en las Leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en los que los menores las hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código penal y en las mencionadas Leyes especiales. (art. 16)

La instrucción y la investigación que el Tribunal practique no estarán [sujetas] a las formalidades procesales vigentes que regulan el enjuiciamiento criminal en las demás jurisdicciones disponiendo el Tribunal de absoluta libertad para utilizar en ellas todos cuantos medios juzgue más adecuados a la finalidad de la función tuitivo-correccional que le está confiada, oyendo al efecto a las personas que estime mejor capacitadas para ilustrarle en conciencia acerca de los extremos a que se refiere el artículo anterior. (art. 68)

Por lo que se refiere a las sanciones, el decreto del TTM las establecía de tres tipos, morales, restrictivas de libertad (como la libertad vigilada) y privativas de libertad, parcial (semi-libertad) o total (internamiento) (art. 17). El tribunal tenía absoluta libertad de criterio para decidir la sanción a aplicar, sin que, en el supuesto de comisión de delito, se viera sometido a la obligación de determinar la sanción en

atención a la gravedad del delito cometido. La intervención de los TTM no tenía límite mínimo y su máximo venía dado por la mayoría de edad del menor (art. 19); entre tales márgenes la sanción era indeterminada.

Una cuestión muy importante a señalar es que la sanción de internamiento (que en el decreto se llamaba medida) podía ser adoptada tanto en la competencia correctora del TTM (delitos/estado de peligrosidad predelictual) cuando en su competencia protectora (indebido ejercicio de la educación).

Las sanciones (y entiendo también por sanciones las medidas de internamiento que podían adoptarse sobre menores que estaban en situación de abandono educacional por cuanto la privación total de libertad que autorizaba el decreto de 1948 no era equiparable a las sanciones que de acuerdo al código civil podía adoptar un padre respecto de sus hijos, además de por darse en una institución que no era el medio normal de convivencia y que, en consecuencia, podía tener un contenido de desvaloración personal para el menor) deberían ser determinadas concretamente por los TTM en atención a las necesidades de educación del menor, estableciéndose, para la competencia correctora, que las medidas de internamiento sólo se actuarían cuando, por la rebeldía o desmoralización del menor, las demás no tuvieran capacidad para conseguir su corrección (art. 16/58).

Como conclusión de todo lo anterior pueden hacerse dos valoraciones globales sobre el régimen de intervención penal sobre los menores.

En relación a los principios de un derecho penal liberal, la

legislación de TTM, y en concreto el decreto de refundición de 1948, en su regulación de la peligrosidad predelictual, vulneraba, al igual que la legislación de medidas de seguridad predelictuales, el principio de legalidad, en atención a la falta de taxatividad de la que, por definición, adolece el enjuiciamiento de estados y no de hechos. Pero la mayor distancia respecto del derecho penal liberal se daba con la vulneración del principio de juicio legal con garantías de defensa lo cual toleraba que un menor fuera sancionado en supuestos en que, con las garantías del proceso penal ordinario, quizás hubiera sido absuelto. Se vulneraba también el principio de proporcionalidad no sólo en la posibilidad de sanciones indeterminadas de internamiento (hasta la mayoría de edad) para corregir los estados de peligrosidad y los estados de abandono educacional, vulneración que derivaba de que el parámetro para determinar la proporcionalidad no pudiera ser el estado sino el hecho, sino también en la posibilidad de las mismas sanciones indeterminadas como sanción por la comisión de cualquier delito. En todo lo anterior estaba implícito la vulneración de uno de los principios más importantes del derecho penal liberal, el del objetivismo, es decir, el de tratar a los ciudadanos por igual, con independencia de sus condiciones personales y sociales, pues, como ya dije, la gravedad de la intervención penal llevaba, desde un punto de vista liberal, a que las garantías de su intervención debieran generalizarse a todos los que quedaban sometidos a él. Por mucho que el fin educativo de la intervención del TTM fuera plenamente coherente con una concepción liberal del derecho penal, no era cierto que

fueran justificables los medios, que sólo podían ser legítimamente utilizados como sanción de un delito cuya demostración fuera realizada en un tribunal con los medios de defensa pertinentes.

La segunda valoración que creo importante realizar respecto de los TTM es que también en tal intervención puede ser mantenida la hipótesis de la que parto para analizar la legislación excepcional, esto es, que la norma excepcional no tenía un ámbito de afectación general. En relación a los menores ello se advierte en que las sanciones previstas en el decreto de TTM tenían una finalidad de educación, de sustituir la recta educación familiar, lo cual debía llevar a que los TTM en el ejercicio de su amplia discrecionalidad (en todos los niveles) optaran por las medidas más afectivas al bien de la libertad personal respecto de aquellos menores cuyo ámbito familiar y social más se alejaba del de una familia modelo. Ello, que no creo que admita dudas respecto de la competencia protectora y la de estados de peligrosidad predelictuales, también puede afirmarse en relación a la competencia de enjuiciamiento de delitos por parte de menores de 16 años. La propia filosofía de las normas de los TTM llevaba a considerar, como regla general, menos necesarios de intervención los supuestos en que mayor era la participación del menor de un núcleo familiar moralizado. En última instancia también la legislación excepcional para los menores tenía un campo de aplicación que no se extendía a todos los menores sino sólo a aquellos que formaban parte de estratos sociales que tradicionalmente han recibido la etiqueta de la menor moralidad, esto es que, como

regla general, excluía a los menores pertenecientes a las clases bienestantes de una sociedad, es decir a aquellas que, por definición, se consideran más identificadas con la moral burguesa del culto al trabajo y del respeto al orden.

Sólo me queda, para finalizar, aludir a la reforma que el c.p. de 1944 realizó respecto de los menores calificables de semiimputables. Mientras que en los códigos penales de 1844, 1870 y 1932, respecto de los menores que superaban moderadamente la edad de la responsabilidad (mayores de 16 y menores de 18 en el c.p. de 1932), se establecía una atenuación de la sanción (rebaja de la pena en uno o dos grados en el c.p. de 1932, art. 71), atenuación explicable en atención a la consideración de menor responsabilidad, en el c.p. de 1944 se mantenía la misma regulación pero se añadía un nuevo párrafo; decía así el renovado art. 65:

Al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en Institución especial de reforma por tiempo indeterminado hasta conseguir la corrección del culpable.

Esta regulación posibilitaba, como se advierte, una vulneración del principio de proporcionalidad en aras a una finalidad correctiva o educadora. Si se toma en consideración la filosofía de la legislación de menores analizada anteriormente se podría concluir que este tratamiento excepcional de la semiimputabilidad de los menores tampoco debería tener un alcance general ya que sólo una parte de los jóvenes semiimputables habian de ser los potenciales sujetos de tal sustitución mientras que los demás, menos necesitados de

educación, podrían gozar del régimen más favorable, en relación a la proporcionalidad, de la atenuación de pena.

II.1.2.2. Continuidad en el sistema punitivo, pese a la tendencia a una moderación de la respuesta excepcional frente a la delincuencia política, en la fase de consolidación del régimen (1951-1968)

II.1.2.2.1. Introducción¹⁶⁴

Las dificultades que el régimen franquista tuvo en la década de los cuarenta, en especial tras el final de la segunda guerra mundial, se empezaron a superar con el paso a la nueva década de los cincuenta.

Destacaba en primer lugar el fin del ostracismo internacional con el acercamiento militar a los EE.UU., el concordato firmado con el vaticano y, más adelante, la admisión del estado gobernado por el régimen franquista en la ONU. En el plano interior, la oposición que encontraba sus raíces en las fuerzas del bando republicano existentes en la guerra civil se podía considerar, a fines de los años 40, derrotada por la estrategia represiva puesta en marcha por el régimen. En esta situación de dominio absoluto, el régimen permitió que en ciertos ámbitos, como el de educación, bajo el ministerio de Ruiz Giménez, se llevara a cabo una política de cierta reconciliación en relación a quienes habían sido depurados con el final de la guerra.

Los nuevos problemas vinieron a partir de la segunda mitad de los años cincuenta, en los cuales, a la par de los inicios de una nueva oposición política, que venía de parte de personas

164 Esta introducción está basada fundamentalmente en Payne, *op. cit.*, pp. 392-532.

que no habían combatido en la guerra civil, el régimen debió afrontar la crisis de la política económica autárquica, que había limitado enormemente el crecimiento económico. La resolución dada, a final de la década, a esta cuestión, consistente en la apertura de las fronteras económicas con Europa, sería una fuente de nuevos problemas para el régimen en la medida en que, como ha explicado Payne, era inevitable la penetración en España de las corrientes culturales y políticas allí dominantes, lo cual, en última instancia, tuvo una influencia importante en el alejamiento de una buena parte de la sociedad española de los principios del movimiento nacional¹⁶⁵.

Este acercamiento (económico) a Europa, a la par que creaba una base para el alejamiento entre la ideología del movimiento y la sociedad (en especial respecto de los sectores sociales que habían estado identificados con el movimiento), era causa de que el régimen debiera ser más sensible a las críticas, que nunca habían cesado, provenientes de las corrientes políticas europeas más democráticas.

Ambos factores explican que, en el curso del tiempo, se fueran delimitando en el seno del régimen dos posiciones diferenciadas sobre la actitud que había que tomar frente a este alejamiento progresivo de la sociedad española respecto de los principios del movimiento: mientras que un sector,

¹⁶⁵ Payne, *op. cit.*, pp. 511, donde dice:

Aunque la figura de Franco nunca se vio seriamente amenazada mientras vivió, a su muerte los miembros del gobierno que le sobrevivió se encontraron con que el tipo de sociedad y cultura en que el régimen se había basado principalmente había dejado de existir en gran parte, lo cual imposibilitaría que el régimen se reprodujese. Por último los logros culturales que se alcanzaron bajo el régimen, tal como se desarrollaron, intencionalmente o no, le privaron de su razón de ser.

calificable de aperturista, pensaba que para evitar el aislamiento del régimen se debía admitir un mayor pluralismo, otro sector, calificable de integrista o duro, consideraba que cualquier permisivismo llevaría a dar mayor cabida a la oposición y, en última instancia, significaría un debilitamiento del régimen¹⁶⁶.

En el curso de los años sesenta el sector aperturista influiría algunas reformas políticas del sistema entre las cuales destaca una actitud más permisiva en el ámbito de la libertad de expresión en relación a la oposición más moderada y que tendría su manifestación más importante en la nueva ley de prensa de 1966 que eliminaba la censura previa de la prensa escrita¹⁶⁷.

Es en el marco de esta polémica en el seno del régimen entre la línea aperturista y la línea integrista donde se encuadran algunas transformaciones que se produjeron en los años sesenta del sistema punitivo en el sector de la delincuencia política, que era el más comprometido por la polémica¹⁶⁸. Como he explicado anteriormente (en supra II.1.2.1.3.), el régimen franquista había institucionalizado en su fase de formación un derecho penal frente a la delincuencia política cuya fuente principal de excepcionalidad era el uso de la jurisdicción militar. Esta jurisdicción basada, como su nombre indica, en una lógica de guerra, del enfrentamiento frente al enemigo

166 Hasta aquí lo que es un resumen, personalizado, de Payne, op. cit., pp. 392-552. El argumento sobre los dos sectores del régimen está expuesto, concretamente, en pp. 527-547.

167 inf. en Payne, op. cit., pp. 534-535.

168 Sobre la evolución de la política de orden público en los años sesenta mi fuente crítica fundamental es Bailbé, op. cit., pp. 419-429.

interior, y cuyo ámbito se extendía hasta abarcar los comportamientos de oposición política pacífica al régimen, parecía poco apta si la opción del régimen era admitir un mayor pluralismo en la sociedad. Si lo que se quería era tolerar una oposición o reprimir moderadamente a quienes se consideraba que, pese a su oposición, podían ser integrados en el seno del régimen, se requería un instrumento más adecuado a una delincuencia que ya no se quería eliminar (pues no se veía posible) sino sólo contener. Para dar una respuesta contenida a la delincuencia política se requería disminuir la excepcionalidad, es decir adoptar una línea en la que el ciudadano no se encontrara frente a la gran inseguridad, por su falta de garantías y su dureza ejemplar, que proporcionaba la jurisdicción militar.

En el curso de los años sesenta la oposición iba creciendo, por una parte los sectores sociales opuestos al régimen aumentaba (no sólo el sector estudiantil universitario y la clase obrera industrial sino también sectores de la iglesia), por otra la cantidad de actos de delincuencia política realizados se incrementaba. Así frente a unos años cincuenta relativamente calmados, en que los actos más destacados fueron las reivindicaciones estudiantiles por la sindicación libre en 1956 (pues las iniciativas de oposición del PCE del periodo final de los años cincuenta fueron un fracaso), durante los años sesenta empezaron a ser frecuentes las huelgas, las reivindicaciones estudiantiles serían menos esporádicas, el clero del norte de España se manifestaría cada vez más opositor, los sectores más moderados de la oposición, junto a

sectores de la izquierda moderada, manifestaban públicamente su oposición al régimen (en lo que desde el movimiento se llamó el "contubernio de Munich"). En la medida en que tales actos no dejarían de ir en aumento hasta el final de la década¹⁶⁹, se replanteaba la polémica entre los dos sectores del régimen. Ello explicará que la línea acogida fuera vacilante y, pese que a la larga el sector aperturista parecía tener más fuerza en el seno del régimen, el sector duro impusiera, en determinados periodos, su estrategia rigidamente represiva, volviendo a la opción eliminadora de la primera fase del régimen.

A continuación analizaré la evolución del sistema punitivo entre 1951 y 1968, distinguiendo, para seguir la armonía con el subepígrafe anterior, entre el sector general y el excepcional del ordenamiento jurídico penal. Si no me he ocupado del sector general en esta introducción ha sido debido a que, como veremos, las modificaciones que se operarán en el durante este periodo serán de escasa entidad. El sector general, aquel que he calificado de liberal, tenía una vinculación profunda con un sistema económico-social que en el curso de los años cincuenta y sesenta no haría más que consolidarse. El régimen, tras las limitaciones que había producido un sistema autárquico en los años cuarenta, reafirmó su opción (presente desde los inicios del régimen) por un sistema liberal en el plano económico. Ningún interés existía desde el régimen por alterar tal sector del sistema punitivo.

Por otra parte, el régimen no se mostró excesivamente preocupado por el importante crecimiento de la criminalidad

169 Inf. extraída de Payne, op. cit., 451-469 y 515-522

fundamentalmente respecto de los delitos contra la propiedad (y los realizados mediante el uso de vehículos de motor) que se produjo entre 1958 y 1967 -si este dato puede deducirse de que el número de sumarios incoados, por delitos contra la propiedad, aumentara entre tales años en un 74%- fundamentalmente en las zonas que tenían mayor desarrollo económico, como lo demuestra que el número de condenas se mantuviera sustancialmente estable en tal período de tiempo y que los índices de encarcelamiento fueran en progresivo retroceso entre 1951 y 1968 (pasando de 30.000 a 10.500 reclusos)¹⁷⁰.

Las únicas modificaciones de interés se darán al final de este período con la reforma penitenciaria de 1968, con la cual la voluntad del régimen de acercarse a Europa se traducía también en el ámbito penitenciario aunque, como veremos, la entrada en España de la ideología del tratamiento se haría en una dimensión que excluía la carga reformista con la que venía defendida por algunas corrientes culturales europeas.

¹⁷⁰ Los datos relativos a sumarios y condenas (en primera instancia) están extraídos de Toharia, Cambio social y vida jurídica en España, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1974, pp. 79-141. A diferencia de lo sostenido en el texto (más sumarios como indicio de aumento de la criminalidad) el autor explicaba este desfase entre sumarios y condenas arguyendo que:

(...) en el terreno de la criminalidad clásica (y sobre todo en lo referente a la propiedad) aumenta, de modo marcado, el número de actos o conductas en apariencia delictivas o que, de cara a la conciencia penal de la sociedad, merecerían serlo. Y ello explicaría el incremento del número de sumarios abiertos. Pero al mismo tiempo tenemos que la ley ha permanecido en tanto in cambiada y que estos nuevos actos o conductas presuntamente delictivos no pueden ser en realidad plenamente tipificados como tales de acuerdo con las normas penales en vigor, sencillamente porque estos no los prevé (pp. 108-109).

Tal interpretación no me resulta convincente por la dificultad de hacerse una idea de estos actos percibidos como dañinos pero no tipificados por el código penal a los que el autor alude. De ahí que me parezca más apto interpretar los datos proporcionados por el autor en el sentido de que el incremento de sumarios expresaba un aumento real de criminalidad y que la estabilización de las condenas (sin que el aumento se diera tampoco de la población en prisión preventiva) mostraba una escasa preocupación por tal tipo de delincuencia, en tal período, por parte del régimen.

Los datos de población carcelaria están extraídos de las memorias de la dirección general de prisiones (años 1951-1969), citadas en la bibliografía del final del capítulo.

II.1.2.2.2. El derecho penal general

II.1.2.2.2.1. Reformas del código penal: ampliación de la redención de penas por el trabajo en la reforma de 1963.

La reforma del c.p. de 1963¹⁷¹ fue de escasa entidad y no suponía ninguna alteración sustancial al modelo punitivo del c.p. de 1944.

Algunas de las modificaciones eran coherentes con el principio de proporcionalidad porque o bien suponían una penalización de conductas que se advertían graves para la sociedad, como era el caso de diversas conductas de lesiones (mutilación imprudente (art. 419), lesiones como resultado de imprudencias en el ámbito del trabajo (art. 427), esterilización (art. 418)), del cheque en descubierto (art. 535 bis), del intrusismo (art. 321). En el mismo sentido la moderación de la pena para los propagandas ilegales (art. 252) era una expresión del tratamiento más moderado que el régimen daría a la delincuencia política pacífica. También podía considerarse adecuada al principio de proporcionalidad la elevación de la cuantía de las multas.

En segundo lugar, era importante también, como muestra de cierta sensibilidad a los cambios de la realidad social, que se derogara la exención de pena privativa de libertad para el padre o marido que matare o lesionare a la hija o mujer, o a sus respectivos amantes, sorprendiéndolos en adulterio (art. 428). Aunque, en la pretensión del legislador, el sentido de la

171 d. n.º 168, de 24 Enero 1963 (BOE, 5 marzo 1963). Mis fuentes críticas para analizar esta reforma son Barbero, *Política (...)*, op. cit., pp. 81-82 y Bueno Arás, "La reforma del código penal español de 1963", en *REP*, 1963, pp. 511-574.

reforma de un precepto -tan poco acorde a los principios liberales de monopolio del poder punitivo por parte del Estado y de proporcionalidad- venía atenuada al decir la exposición de motivos que las mismas finalidades de exención de penalidad podrían conseguirse mediante las eximentes de transtorno mental transitorio y de legítima defensa.

De distinto tenor eran la irrelevancia concedida al consentimiento en las lesiones (art. 428), poco sensible al principio liberal de la libertad, y la tipificación más ampliada de las conductas de tercería en relación a la prostitución (arts. 452 bis a)-452 bis f)), que manifestaba la continuación en el moralismo represivo del régimen.

Eran estas reformas que estaban en la línea liberal del código (y que, respecto de algunos supuestos corregían puntualmente reformas no liberales del c.p. de 1944). La penalización de determinadas conductas (como la esterilización, art. 418) y la moderación en la penalización de otras suponía atender cuestiones nuevas (como el mayor intervencionismo estatal en el ámbito del trabajo) que no podían considerarse ajenas a una concepción que tuviera en cuenta el principio de proporcionalidad en derecho penal.

La reforma más significativa era la nueva regulación de la redención de penas por el trabajo, de contenido ampliatorio, por cuanto, en primer lugar establecía como condenas redimibles las superiores a 6 meses (antes dos años) y, en segundo lugar, eliminaba las exclusiones para redimir a los que hubieran disfrutado del beneficio en condenas anteriores y a quienes hubieran sido declarados por el tribunal como peligrosos

sociales y, en consecuencia, debieran cumplir, finalizada la pena, una medida de seguridad (art. 100).

Del examen de este texto difícilmente podía especificarse el sentido de la reforma que dependería de la aplicación que se le diera. Ello explica que un autor como Bueno Arús (de cuya posición me ocuparé concretamente al analizar la evolución doctrinal) lamentara la ampliación temiendo que ella se aplicara de forma meramente clemencial o automática llevando a desconsiderar su sentido preventivo especial¹⁷².

Lo que no podía dudarse es que la reforma aumentaba la flexibilidad de la ejecución, lo cual, en principio, era coherente con la importancia atribuida a los mecanismos premiales como medio de conseguir la prevención especial. Desde tal punto de vista, la nueva regulación debe ser vinculada a modificaciones posteriores del reglamento penitenciario, la de 1968, que bajo nuevas ideas, revitalizaba la prevención especial.

En su conjunto, como decía en la introducción, la reforma no suponía ninguna alteración sustancial del c.p. de 1944, salvo algunos preceptos que, puntualmente, suavizaban la influencia de los principios del movimiento sobre la codificación liberal española. En su mayoría las modificaciones eran coherentes con el principio liberal de la proporcionalidad.

Tampoco la reforma de 1967¹⁷³ tenía un interés excesivo, por cuanto su aspecto más importante consistía en introducir un

172 Bueno Arús, "La reforma del código penal de 1963", op. cit., pp. 529-530.

173 l. nº 3, de 8 Abril 1967 [BOE, 11 Abril 1967]. Sobre ella tomo en consideración como fuente crítica Barbero, Política (...), cit., pp. 82-83.

proceso abreviado para los delitos de tráfico -tégase en cuenta que en 1967 los delitos automovilísticos representaban el 40% del total de sumarios incoados y el 50% de las condenas impuestas en primera instancia¹⁷⁴.

Otras de sus modificaciones, en concreto las relativas a la delincuencia política pacífica (en particular la libertad de expresión), introducían en el c.p. conductas anteriormente tipificadas en la ley de represión de la masonería y el comunismo y respondían al proceso de reducción de la excepcionalidad al que me referiré más adelante¹⁷⁵.

II.1.2.2.2. Nuevos reglamentos de prisiones de 1956 y 1968: continuidad del primero con la legislación anterior y entrada con el segundo de una nueva concepción de la reeducación que no alteraba, sustancialmente, el modelo anterior de ejecución penal

El reglamento penitenciario de 1956¹⁷⁶ no puede llamarse "nuevo" porque carecía de cualquier modificación sustancial de la regulación de la ejecución penal establecida por el reglamento de 1948. Como bien decía la exposición de motivos, con el "nuevo" reglamento se pretendía exclusivamente adaptar la normativa penitenciaria a la ley de funcionarios civiles del estado de 15 de julio de 1954.

174 inf. en Tcharia, *op.cit.*, pp. 94 y 102-103.

175 Barbero (en Política (...), *cit.*, pp. 82-83 señala la oposición que tal modificación suscitó incluso en la prensa más moderada. Ello es una muestra de que el aperturismo era débil (seguía estando penalizado el ejercicio de la libertad de expresión) pero no había duda de que se avanzaba respecto de la regulación de tal conducta en la ley de masonería y el comunismo en relación a las penas previstas, más moderadas en la nueva legislación (La ley de la masonería y el comunismo estuvo vigente hasta 1971 pero el tribunal especial fue suprimido en 1963, ello lleva a pensar que la citada reforma estaba pensada para que el nuevo tribunal especial -el tribunal de orden público- aplicara el código penal respecto de tales cuestiones).

176 d. 2 Febrero 1956 (BOE, 15 Marzo 1956).

Esto significa que el reglamento de 1956 -al igual que los de 1930 y 1948 (a cuya exposición me remito)- mantenía un modelo de ejecución basado en la aflicción, tanto por la subordinación absoluta del recluso a la institución como por la dureza de las condiciones de vida en la institución (y respecto de ello la única modificación de cierto interés era la relativa a la salud de los reclusos, en base al art. 191, que preveía un tratamiento sin demoras de las enfermedades infecciosas) y en la disciplina (cuyas únicas modificaciones eran, en el sistema progresivo, la disminución a 1/4 del tiempo de pena necesario para pasar al tercer grado (art. 50), mientras que en el reglamento del 48 era de 1/2. Lo cual suponía generalizar una mayor flexibilidad de la ejecución que antes podía conseguirse mediante las recompensas de adelantamiento de período, y una regulación más limitada de las redenciones extraordinarias de pena, que dejaban de ser consideradas como recompensa general (arts. 71 y 109)). Nada cambiaba respecto del objetivo de tal sistema de premios y castigos: conseguir un recluso modelo, es decir, subordinado a la institución, cumplidor en el trabajo, respetuoso de la moralidad y la religión, etc., que, al finalizar la pena, sería ya un hombre nuevo reeducado.

Las principales disposiciones penitenciarias del periodo 1956-1968 pueden ser clasificadas entre aquellas que trataban la cuestión del trabajo penitenciario y las referentes a una nueva concepción de la reeducación en la línea del futuro reglamento de 1968.

En relación a las primeras un decreto de 1964¹⁷⁷ reafirmaba

177 d. nº 2705, de 27 Julio 1964 (BOE, 10 Octubre 1964).

que el trabajo penitenciario había de considerarse como algo sustancialmente distinto del trabajo libre y, en consecuencia, establecía la discriminación respecto del salario (el art. 3 d) del decreto hablaba de que la retribución había de "tender a la equiparación con el trabajo libre" lo que no es lo mismo que decir "será equiparada"), negaba el acceso al recluso a magistratura del trabajo al no calificar la relación entre recluso e institución de contractual (exposición de motivos). En lo único en que el reglamento regulaba de forma no aflictiva el trabajo penitenciario era en el reconocimiento a los reclusos trabajadores de los beneficios de la seguridad social (art. 3). Pero debe tenerse en cuenta que en la prisión se realizaba trabajos de servicios que no venían considerados como trabajo (sino sólo a efectos de redención) de lo cual resultaba que durante los años posteriores a este decreto (1964-1968) sólo un máximo del 40% de la población penitenciaria realizaba trabajos retribuidos¹⁷⁸.

En la misma línea un decreto de 1967¹⁷⁹ limitaba a accidentes de trabajo y enfermedad profesional los beneficios de la seguridad social de los reclusos que realizaran trabajos de formación profesional (art. 4).

En segundo lugar, respecto de las disposiciones que eran indicativas de una nueva concepción de la reeducación se encuentra una orden de 1957 que establecía la creación de la

¹⁷⁸ Como muestran las memorias de la dirección general de prisiones (cit. en la bibliografía del final del capítulo) de 1964 a 1968.

¹⁷⁹ d. nº 578, de 16 marzo 1967 (BOE, 31 marzo 1967).

central de observación¹⁸⁰ ubicada en la prisión madrileña de Carabanchel, con la función de

(...) completar la labor de los equipos en materia de observación, clasificación y tratamiento (...)

Con la creación de esta central general de observación se ponía de manifiesto que algo estaba cambiando en cuanto a la concepción de la reeducación por cuanto hasta el reglamento penitenciario de 1956 el comportamiento del recluso en la institución era suficiente para valorar su grado de adaptación a la prisión o, lo que para estos reglamentos era lo mismo, su grado de reeducación. No parecía necesario, desde tal concepción, ninguna central general de observación que conociera algo distinto del comportamiento exterior del individuo y, por tanto, la nueva institución era un indicio de que para los responsables penitenciarios del régimen debían llevarse algunos cambios en la ejecución penal.

El proceso de plasmación de este cambio, que ya se advertía en 1957, sería largo, pues hasta 1968 no se daría vida a un reglamento inspirado en las nuevas concepciones. La palabra mágica de la nueva orientación era "tratamiento", la cual reflejaba una evolución de la cultura penitenciarista europea, desde finales de la segunda guerra mundial (he analizado ya esta cuestión en I.2.2.3.), por la cual la ejecución penal había de tomar en consideración la personalidad del individuo, mediante su observación, para formular un plan de tratamiento capaz de ser desarrollado durante la ejecución. Respondía tal

180 o. 22 Septiembre 1957 (BOE).

concepción, como ha puesto de manifiesto Tagliarini¹⁸¹, a una evolución de la criminología europea que tras la segunda guerra mundial abandonaría una concepción exclusivamente biológica del delincuente que era fatalista respecto de la transformación del individuo- para destacar que la personalidad se formaba como resultado de la confluencia de factores endógenos y exógenos y que, en consecuencia, la conducta criminal podía ser corregida si durante la ejecución penal el individuo venía sometido a un proceso de socialización distinto (y contrario) al que había llevado a la formación de una personalidad capaz de desarrollar una conducta criminal. Resultaba claro, como se verá a continuación, que la cultura penitenciaria española, aquella más vinculada a la dirección general de prisiones, participará también de tal nueva concepción, consiguiendo reformar el reglamento penitenciario en la nueva dirección.

El reglamento penitenciario de 1968¹⁸² no era un reglamento nuevo sino una reforma del de 1956 y ello, más allá de la cuestión formal, era un buen indicio de que lo que cambiaba era sólo un aspecto de la ejecución penal. En efecto, con carácter general, puede decirse que el reglamento de 1968 mantenía del de 1956 una ejecución penal aflictiva, conservaba el sistema disciplinario (pero se mejoraban los premios) y lo único que realmente cambiaba era el nuevo objetivo de este sistema disciplinario: el nuevo recluso modelo no era sólo el de antaño, aquél cuyo comportamiento externo correspondía al del

¹⁸¹ Tagliarini, "Rapporti tra difesa sociale e orientamenti criminologici dagli anni 30 ad oggi", en OC, 1976, pp. 301-315.

¹⁸² d. nº 12, 25 Enero 1968 (BOE, 3 Febrero 1968).

hombre subordinado, trabajador, moralizado, etc., sino que ahora venía identificado en el hombre que había transformado su personalidad, aquel cuya esfera interna se correspondía con la del individuo psicológicamente capaz de respetar la ley penal.

Algunos nuevos artículos del reglamento eran perfectamente claros al respecto:

Art. 49 El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

a) Será de carácter continuo y dinámico, dependiendo en extremo de las incidencias en evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

b) Estará basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento social del sujeto a tratar, con la variable utilización de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno en la aplicación de los correspondientes.

(...)

Art. 50 El régimen general de los establecimientos de cumplimiento responderá a las siguientes bases:

(...)

b) Utilización de procedimientos tendentes a la modificación del sistema de actitudes del interno y su escala de valores.

(...)

Esto significaba que en la prisión además de existir instrumentos de cambio para el comportamiento exterior del individuo (el trabajo, la escuela, las prácticas religiosas aunque, como consecuencia de la ley de libertad religiosa de 1967, el recluso no venía obligado a recibir enseñanza de una religión que no profesara-, la relación con los funcionarios, etc.) deberían existir instrumentos para la modificación del comportamiento interior (el servicio psicológico, el servicio pedagógico, el servicio psicosocial), que constituirían propiamente los instrumentos de tratamiento.

La provisión de estos nuevos instrumentos de tratamiento

significaba un cambio en la concepción del recluso modelo, el cual, ahora, además de tener un comportamiento externo correcto, como determinaba el art. 50:

El régimen general de los establecimientos de cumplimiento responderá a las siguientes bases:

(...)

f) Un régimen disciplinario tendente a conseguir que los internos adquirieran buenos hábitos de orden, disciplina espontánea, de interés por el trabajo y sentimiento de la propia responsabilidad.)

habría de llevar a término un cambio interior lo cual se manifestaría participando de tales actividades de tratamiento. Para esta nueva concepción del recluso modelo seguramente se partía de la reflexión de que el individuo podría tener un comportamiento externo modélico y no estar realmente reeducado sino simplemente manifestar una voluntad de reducir la aflicción que soportaba; de ahí que, para evitar esto, ahora se exigía la transformación interior.

No debe pensarse que el tratamiento fuera concebido como una oferta sino que su participación en él, al igual que antes la participación en los instrumentos de cambio exterior, determinaría el grado de aflicción en la cárcel, como claramente manifestaba el art. 48:

(...)

La regresión en grado procederá cuando se advierta en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo.

En última instancia, el grado de exigencia era mayor que anteriormente, pues el nuevo recluso modelo (es decir aquel que gozaría de los premios que concedía la institución) habría de tener un comportamiento externo correcto y, además, una actitud interior propia de una persona psicológicamente llevada al

respeto a las normas penales.

Por lo que se refiere a los medios del sistema disciplinario las novedades principales eran la continuación en la línea de flexibilización de la ejecución, al no exigirse ningún transcurso de condena para gozar del segundo o tercer grado (art. 48) -lo que antes sólo podía conseguirse por vía de recompensas- y, fundamentalmente, que el tercer grado penitenciario fuera concebido como una especie de semilibertad (art. 48). Eran ambas modificaciones importantes y en particular la segunda, la introducción en el sistema penitenciario español del régimen abierto, suponía dar un salto cualitativo en el sistema premial, ya que mientras que antes a la libertad sólo podía llegarse tras la mitad de la condena cumplida (tomando en consideración la redención de penas) ahora podía llegarse a la semilibertad desde el inicio de la condena.

Nada cambiaba respecto de los estímulos negativos (consistentes en un aumento de aflicción en la cárcel).

Respecto de los reglamentos anteriores no se alteraba el que la reeducación fuera concebida como individual por cuanto se pensaba que la institución podría conseguir un hombre nuevo. Esta idea ahora aún se reafirmaba más ya que la transformación del individuo sería más profunda, afectando a su propia personalidad. Acabada la reclusión, el recluso modelo se convertiría automáticamente en un hombre nuevo capaz de vencer cualquier estímulo a la delincuencia. Si la delincuencia debía ser explicada por la formación de una personalidad criminal con el tratamiento que se recibiría en la institución el individuo adquiriría una personalidad nueva frente a la cual los factores

estrictamente sociales de la delincuencia serían, como respecto de la mayoría de la población, insuficientes.

En lo único que había cierta variación era en la posibilidad que existía con el nuevo reglamento de que se diera un tratamiento en régimen de semilibertad. Ahora bien tal posibilidad no alteraba el que el individuo debiera cumplir para gozar del tercer grado con el tipo de recluso modelo. Ello venía demostrado, como he puesto de manifiesto anteriormente, por aquellos artículos que consideraban el comportamiento externo "correcto" como parte integrante del tipo de recluso modelo.

En conclusión el modelo de ejecución penal concebido en el reglamento penitenciario de 1948 tenía las siguientes características.

En primer lugar, concebía una ejecución aflictiva (recuerdo que por aflicción entiendo un conjunto de privaciones ulteriores a la privación de libertad; a ellas me he referido al comentar el reglamento de 1930) que iba desde un grado sumo de aflicción (consistente en el máximo aislamiento interior y exterior del individuo) hasta un mínimo de aflicción (el régimen de semilibertad).

En segundo lugar, su modelo de reeducación consistía en hacer un individuo (un recluso modelo) cuyo comportamiento externo fuera "correcto" (subordinado, moralizado, trabajador) y cuya actitud interior se hubiera transformado (cuestión advertible en base al juicio que se haría sobre el individuo mediante su participación en las actividades de tratamiento).

En tercer lugar, los medios disciplinarios, los premios y

castigos (consistentes en ubicar al individuo entre los márgenes máximo y mínimo de aflicción) seguían siendo el instrumento básico para que el individuo fuera recluso modelo.

En cuarto lugar, el recluso modelo sería acabada la ejecución un hombre nuevo. Concepción de la reeducación de tipo individual (cambiado el individuo se eliminaba el problema de la recaída en el delito) e institucional (porque la reeducación se daría en la institución o al máximo en régimen de semilibertad -pero no debe olvidarse la naturaleza premial del régimen abierto que reafirmaba el carácter reeducativo de la institución).

Una matización final debe ser realizada: durante la exposición anterior me he referido a la palabra genérica "recluso", lo que significa admitir que el modelo de ejecución no era sustancialmente distinto para penados y para preventivos -que también en los años que analizo fueron un contingente importante de la población reclusa¹⁸³-. Ello es fundamentalmente cierto, como explico en nota, salvo en la cuestión de los premios, por cuanto los reclusos preventivos no podrían gozar ni del régimen abierto ni de las redenciones de pena, pero sí de los premios consistentes en la disminución de las condiciones de aflicción en el interior de la institución¹⁸⁴.

[83] Entre 1951 y 1968, según muestran las memorias de la dirección general de prisiones los porcentajes de preventivos sobre el total de la población reclusa estuvieron entre el 35 y el 50%.

[84] El reglamento de 1956 y su reforma de 1968 establecían un capítulo dedicado al tratamiento de detenidos y presos, no obstante una lectura global de tales normas llevaba a concluir que el régimen establecido para ambas categorías de privados de libertad (penados y preventivos) era semejante.

En efecto, en primer lugar las condiciones aflictivas de vida en prisión eran iguales para ambas categorías, como lo demostraba el que el cap. VIII del reglamento, ("Regimen general de las prisiones") fuera referido genéricamente a los reclusos. En segundo lugar, también los preventivos estaban sometidos a

11.1.2.2.3. El derecho penal excepcional

11.1.2.2.3.1. Proceso de sustitución de la jurisdicción militar por una jurisdicción civil especial en el ámbito de la delincuencia política pacífica (1959-1968)

En 1957 se promulgaba una nueva ley de orden público¹⁸⁵ que sustituía a la anterior que databa de 1933, fruto del régimen republicano.

La ley de orden público (LOP) de 1933 se caracterizaba por distinguir entre un sistema ordinario de tutela del orden público y unos sistemas extraordinarios.

Por lo que se refiere al sistema ordinario -en este contexto, como veremos, nos interesan menos los sistemas extraordinarios¹⁸⁶- establecía un sistema de tutela

unos medios disciplinarios para conseguir un comportamiento externo adaptado al del recluso modelo, como demuestra, entre otros el art. 12 del reglamento de 1968 (no reformado respecto del de 1956):

Estarán obligados [detenidos y presos] a cumplir escrupulosamente todos los preceptos de orden y disciplina, sanidad e higiene, buenas costumbres, vida regular y metódica, comedimiento y corrección en sus relaciones.

Los que faltaren a tan elementales principios serán objeto de un régimen especial de aislamiento, sin perjuicio de otras correcciones que puedan imponerseles con arreglo a las normas reglamentarias. (...)

Por lo que se refiere a la gran novedad del reglamento de 1968, el tratamiento, ciertamente los preceptos específicos de él estaban destinados a los penados pero este reglamento también reformaba el régimen específico de detenidos y presos para hacer posible también tomar en consideración la actitud interior del preso preventivo para delimitar su mayor o menor distancia respecto del recluso modelo. Así decía el art. 11 referido a detenidos y presos:

Los detenidos y presos [formarán] cuanto menos los siguientes grupos básicos:

- a) Los que presenten anomalías o deficiencias físicas o mentales que les impidan seguir el régimen normal del establecimiento.
 - b) Los que sean susceptibles de producir una influencia nociva sobre sus compañeros de internamiento
- (...)

En cada establecimiento habrá un equipo integrado por funcionarios penitenciarios penitenciarios especializados en la utilización de técnicas concretas de observación, conducentes a la separación de los internos en la forma antes indicada. (El subrayado es mío).

Todo lo anterior permite concluir, como digo en el texto, que la verdadera diferencia del modelo de ejecución penal que el reglamento preveía para penados y preventivos estaba en los menores incentivos positivos que estos tenían para transformarse en un recluso modelo.

¹⁸⁵ L. nº 45, de 30 Julio 1959, (BOE, 31 Julio 1959).

¹⁸⁶ Los medios de tutela extraordinarios se basaba en la declaración de los estados de prevención, de alarma y de guerra, basados en la suspensión de determinados derechos constitucionales y en la atribución de los delitos cometidos durante el estado de excepcionalidad a un tribunal especial.

administrativa del orden público, esto es de prescribir un conjunto de sanciones de carácter pecuniario (aunque sometidas a arresto sustitutorio por impago) como castigo de determinadas alteraciones que se causarían en el ejercicio de los derechos políticos contenidos en la constitución republicana de 1932. Como he explicado anteriormente, el régimen franquista no sólo se caracterizaría por convertir en delito cualquier ejercicio de los derechos políticos del liberalismo político (que el régimen republicano reconocía limitadamente) sino también por utilizar mecanismos excepcionales para su represión, y fundamentalmente la utilización de la jurisdicción militar. La intolerancia radical del régimen, en su fase de formación, frente a la delincuencia política pacífica llevaba a que la ley de orden público republicana fuera claramente un instrumento represivo demasiado débil frente a algo que se consideraba tan grave, de ahí que pese a mantener su vigencia la Ley de orden público fuera un instrumento muy secundario para el mantenimiento del orden público en el periodo 1939-1950¹⁸⁷.

Diversos factores contribuyeron a que en el curso de los años cincuenta la situación cambiara. Como he señalado en la introducción, el proceso de reconocimiento internacional del régimen, la insinuación de una nueva oposición sin directa vinculación con la guerra civil y las pretensiones de aperturismo económico por parte de algunos sectores del régimen, dificultaban ya desde los inicios de los años cincuenta que se mantuviera una política de máxima

187 Como queda implícito en el análisis de Ballbé (*op. cit.*, pp. 399-415), por cuanto el autor no hace mención a la utilización de la Ley de orden público como mecanismo de lucha contra la delincuencia política pacífica.

excepcionalidad frente a la delincuencia política pacífica. Más adelante, en la década de los sesenta, el distanciamiento progresivo de la sociedad española de los principios del movimiento planteaba mayores problemas de legitimación de tal sistema punitivo.

La LOP (Ley de orden público) de 1959, que había sido precedida por algunas normas que introducían mecanismos complementarios de intervención excepcional sobre la delincuencia política pacífica de carácter menos grave que los previstos en el sistema diseñado en la fase de formación del régimen¹⁸⁸, se caracterizaba por los siguientes principios¹⁸⁹.

Como la LOP de 1933 distinguía entre medios ordinarios y medios extraordinarios de tutela (estado de excepción, estado de guerra). A continuación analizaré exclusivamente los medios ordinarios de tutela, ya que son los que tenían sentido en el momento político que contextualiza el análisis. Como ha puesto de manifiesto Ballbé, el régimen franquista no había nunca necesitado de la excepcionalidad formal ya que el sistema se había configurado como de excepcionalidad permanente frente a la delincuencia política¹⁹⁰.

La ley describía, en primer lugar, un conjunto de actos que incluían el ejercicio de los derechos políticos del liberalismo

¹⁸⁸ Me refiero a la ley 17 Julio 1948 (BOE, 18 Julio 1948), que modificaba la LOP de 1933 en el sentido de no obligar a ejercitar la vía de apremio para satisfacer el pago de las multas, pudiéndose decretar el arresto sustitutorio tra transcurrir el plazo de pago (art. 1). Al d.l. de 4 Agosto 1952 (BOE, 26 Octubre 1952), que prescribía el arresto sustitutorio por impago de las multas impuestas por los gobernadores civiles de acuerdo a la ley de régimen local (art. 1). Y también a la l. 15 Junio 1954 (BOE, 17 Julio 1954), que establecía como nuevo supuesto de peligrosidad la "perturbación de la paz social o la tranquilidad pública" (art. 1).

¹⁸⁹ Mi referencia crítica para analizar la LOP es Ballbé (op. cit., pp. 420-421).

¹⁹⁰ Ballbé. op. cit., p. 420

(reunión, manifestación, expresión, huelga), en cuanto, al menos los tres primeros, no se dieran en el marco del movimiento, de su pluralismo limitado. La vaguedad en la descripción de los "actos contrarios al orden público" era suficientemente amplia para que cupiera cualquier ejercicio de los derechos arriba señalados (art. 2).

En segundo lugar la ley concedía un conjunto de facultades a la autoridad policial para reprimir tales actos que iban desde la detención policial por motivos de orden público (art. 12), hasta la violación del domicilio (art. 11), y el uso de la fuerza y de las armas para disolver manifestaciones (arts 13 y 14). Ninguna de tales facultades suponía una ampliación respecto de la normativa anterior (piénsese que en la medida en que cualquier ejercicio de un derecho político era delito la detención policial, de acuerdo a la LECr., era siempre posible y que el resto de facultades ya eran posibles con la LOP de 1933 y la extensa penalización por parte del régimen del ejercicio de los derechos políticos).

En tercer lugar la LOP preveía sanciones administrativas de carácter pecuniario, con cuantías de notable importancia (art. 19), graduadas de acuerdo a la gravedad del hecho, los antecedentes del infractor y su capacidad económica, regulación flexible que toleraba la individualización máxima de la sanción (art. 20). Frente al impago la autoridad administrativa podía disponer el arresto sustitutorio, de hasta 30 días, o instar al juzgado competente la exacción por vía de apremio (art. 30).

La entrada en vigor de la nueva LOP suponía la voluntad de revitalizar la tutela administrativa del orden público (aunque

atribuyendo a la autoridad administrativa facultades excepcionales de privación de libertad) frente a los otros medios de tutela. Con tal ley las posibilidades sancionatorias frente a la delincuencia política pacífica eran de tres órdenes, en primer lugar las facultades policiales y sanciones administrativas previstas en la LOP, en segundo lugar todos los delitos previstos en el c.p. cuando fueran reprimidos por la jurisdicción ordinaria y, en tercer lugar, la competencia sobre las mismas conductas que concedían las leyes especiales a la jurisdicción militar y a otras jurisdicciones especiales (el tribunal para la masonería y el comunismo). Sucedió que un mismo comportamiento, de acuerdo a la regulación de la LOP, podía ser sometido a las leyes que más vulneraban los principios liberales (las que atribuían competencia a las jurisdicciones especiales, que eran expresamente mantenidas en vigor por la disposición transitoria 2ª de la LOP) y a la mínima excepcionalidad de la sanción administrativa (aunque nada impedía la doble sanción). Es por ello que la LOP debe ser interpretada, de acuerdo a Ballbé, como un primer paso hacia la reducción de la excepcionalidad en la lucha contra la delincuencia política¹⁷¹.

La situación se mantenía estable con el decreto de 1960 de refundición de las normas de rebelión militar, bandidaje y terrorismo¹⁷², por cuanto su art. 2 mantenía la vigencia de la

¹⁷¹ Ballbé, *op. cit.*, p. 320, nota 38.

¹⁷² d. n.º 1794, de 21 Septiembre 1960 (BOE, 26 Septiembre 1960). Mis fuentes críticas para analizar tal decreto son Barbero, "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo", en AA.VV., Problemas actuales de derecho penal y procesal, Salamanca, Seminario de publicaciones e intercambio científico Universidad de Salamanca, 1971, pp. 143-167 y Ballbé, *op. cit.*, pp. 424-425.

ley de dos de marzo de 1943 (sobre la cual v. supra II.1.2.1.3.2.) que consideraba rebelión militar conductas que podían ser el mero ejercicio de derechos políticos. También seguía vigente la ley de masonería y comunismo y su tribunal respectivo.

La consolidación del cambio, en la línea de reducción de la excepcionalidad en relación a la delincuencia política pacífica se daría con la ley que creaba el TOP (tribunal de orden público)¹⁹³, la cual, como ha señalado Ballbé, surgía tras las críticas de la Comisión internacional de juristas a la extensísima competencia de la jurisdicción militar y a las protestas internacionales frente a la ejecución de Julián Grimau, dirigente comunista, condenado por rebelión militar por un tribunal en cuya formación, además, habían habido vicios sustanciales¹⁹⁴.

La ley de 1963 excluía la competencia de la jurisdicción militar, y del tribunal especial para la masonería y el comunismo que venía suprimido (disposición final 4ª), para juzgar la delincuencia política pacífica, atribuyéndola al tribunal de orden público. Ello se hacía merced a la derogación del art. 2 de la ley de 21 Septiembre 1960, que consideraba como rebelión militar el ejercicio de determinados derechos políticos (disposición final 5ª).

La nueva jurisdicción estaba formada por un tribunal, de composición semejante a una audiencia, y de un juzgado de instrucción, cuya especialidad se debía a tener competencia

193 l. nº 154, 2 Diciembre 1963 (BOE, 5 Diciembre 1963).

194 Ballbé, op. cit., p. 425.

privativa sobre todo el territorio nacional (art. 3) y al mayor control ministerial de sus miembros (art. 4).

Su competencia se extendía, entre otras cuestiones a las que me referiré más adelante, a todos los comportamientos de delincuencia política pacífica (art. 3). Respecto de ellos las jurisdicciones especiales (y fundamentalmente la militar) habían dejado de tenerla y sólo podían readquirirla, como había sido habitual en el liberalismo, mediante el delito militar de insulto a fuerza armada. No obstante, como muestra el análisis de Ballbé, durante los años 1963 a 1968, mientras que los juzgados de orden público funcionaron a ritmo pleno (incoación de 4.500 sumarios en sus primeros 4 años de existencia) los supuestos de intervención de la jurisdicción militar por conductas de delincuencia política pacífica fueron escasos¹⁹⁵.

Frente a la jurisdicción militar, los juzgados de orden público suponían una excepcionalidad mucho menor por cuanto su composición era, aunque controlada, estrictamente judicial, el inculpado tenía las garantías de defensa previstas en la LECr. y pese a elegirse el procedimiento de urgencia se mejoraba respecto del procedimiento sumarísimo militar. La prisión incondicional, obligatoria en aquel procedimiento, de acuerdo a la ley del TOP lo era mientras no se hubiera restablecido la situación alterada por los delitos (art. 9).

Esta situación de reducción de la excepcionalidad se realizó, retrocediendo, en 1968, en el marco político de notable aumento de la actividad opositora, fundamentalmente en la universidad, así como por parte de los trabajadores del

¹⁹⁵ Ballbé, *op. cit.*, pp. 426-427 (y nota 481).

norte industrializado, con una regularidad de las huelgas a partir de 1967, y con el inicio de atentados mortales por parte de la organización armada ETA¹⁹⁶. En este contexto la extrema derecha del régimen impondría la línea dura y, por el decreto ley de 16 agosto 1968¹⁹⁷, se restablecería en toda su integridad el d. de 21 Septiembre 1968, cuyo art. 2 atribuía a la jurisdicción militar la competencia para la represión de conductas que suponían el ejercicio de derechos políticos. En el período de ocaso del régimen (1969-1976) la dialéctica entre la línea dura y la aperturista se seguiría produciendo, pero su análisis ya forma parte del capítulo siguiente.

Por lo que se refiere a la delincuencia política violenta, cuya represión se había caracterizado en la fase de formación del régimen por la utilización de la jurisdicción militar, no se producirían cambios significativos en este período. El d. de 16 agosto 1960, de delitos de bandidaje y terrorismo, seguía considerando las conductas de atentado (art. 3), de formación de banda armada (art. 6), y de robo o secuestro (art. 8) como delitos sometidos a la jurisdicción militar, vulnerando el principio de juicio legal con garantías de defensa, y también idéntica era la vulneración del principio de proporcionalidad (por la gravedad de las sanciones y por la posibilidad de castigar conductas de distinta gravedad con penas igualmente graves, cuando no irreparables). En el mismo sentido, el premio que se concedía a la colaboración con la justicia (la exención de pena al delator) para los meros partícipes en la banda

¹⁹⁶ inf extraída de Payne, *op. cit.*, pp. 541-548 y de Bailbé, *op. cit.*, pp. 425-426.

¹⁹⁷ BOE, 17 Agosto 1968.

seguía teniendo una ulterior virtualidad ofensiva frente al principio de juicio legal.

Las únicas mejoras posibles en este ámbito venía de la posibilidad de que el TOP juzgara (bien directamente bien por inhibición de la jurisdicción militar) aquellos delitos de delincuencia política violenta sobre los tenían competencia, de acuerdo a sus respectivas leyes, tanto el TOP como la jurisdicción militar (detenciones ilegales, banda armada). Circunstancia que efectivamente se produjo en determinadas ocasiones¹⁹⁸.

II.1.2.2.3.2. Escasas modificaciones en los otros ámbitos de excepcionalidad

Las modificaciones en los otros sectores de excepcionalidad fueron escasísimas durante el período 1951-1968, por lo cual haré sólo una rápida reseña.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a las modalidades de delincuencia común consideradas más graves, la normativa anterior, contenida en el decreto de bandidaje y terrorismo de 1947 (analizado en supra II.1.2.1.3.3.) fue íntegramente mantenida por el ya citado decreto de bandidaje y terrorismo (decreto de refundición) de 1960. Los principios de juicio legal con garantías de defensa y de proporcionalidad seguían netamente vulnerados por tal normativa. Lo único que cabe observar al respecto es la ausencia durante el período analizado de formas de bandolerismo, tras el fin del movimiento maqui a finales de los años cincuenta, lo que hace pensar que

¹⁹⁸ Inf. al respecto en Payne, *op. cit.*, p. 521.

la utilización de la ley por parte de la jurisdicción militar para este sector de la delincuencia fuera escasa. Un indicio de ello viene dado por Ballbé cuando observa que durante los años 1963-1967 el número de civiles sometidos a la jurisdicción militar (en relación a todas sus competencias) fue de una media de 300 al año¹⁹⁹.

Por lo que se refiere a medidas de seguridad predelictuales ya he hecho referencia anteriormente a la ley de 15 de julio de 1954 que reformaba la ya comentada ley de vagos y malentes (supra II.1.2.1.3.4.). Aparte de la nueva tipología ya comentada de los perturbadores de la tranquilidad pública, la ley incluía la nueva tipología de homosexual. Expresión clara del moralismo católico familiar del régimen y de la consideración de la homosexualidad como una forma de perversión que debería traer ulteriores males. La regulación de la homosexualidad junto a los estados de explotación de la prostitución dejaba claro el sector social reducido al que se refería esta normativa excepcional.

De sentido distinto a estas era la modificación que se llevaba a cabo con la reforma del c.p. de 1963 que limitaba a 5 años el período máximo de internamiento para los ebrios y toxicómanos habituales.

Por lo que se refiere a otras modalidades (formalmente no penales) de intervención sobre la libertad, destaca el tratamiento de la prostitución femenina. En pleno paralelismo con la legislación de menores, la ley de 1952 de reordenación

¹⁹⁹ Ballbé, *op. cit.*, pp. 426-427.

del patronato de protección a la mujer²⁰⁰ autorizaba medidas de internamiento, impuestas por la autoridad administrativa, de mujeres comprendidas entre 16 y 25 años, indeterminadas durante tal periodo, dirigidas a la regeneración moral. Como lo decía claramente la citada ley, el ámbito de afectación de las citadas medidas era el "de aquellas mujeres que se desenvuelvan en medios moralmente nocivos o peligrosos" (art. 3). En el mismo sentido el decreto "abolucionista" de 1956²⁰¹, que declaraba la ilegalidad de los lugares de ejercicio de la prostitución, lo que llamaba "centros de tolerancia", establecía que:

La reeducación y adaptación social de las mujeres que hayan sido objeto del que se declara tráfico ilícito, corresponderán al patronato de protección de la Mujer (...).

Con este tratamiento excepcional de la prostitución femenina de las menores se acababan las reformas en el sistema de medidas de seguridad y en la legislación de menores que continuaban con su régimen excepcional.

200 l. 20 Diciembre 1952 (BOE, 22 Diciembre 1952).

201 d.l. 3 Marzo 1956 (BOE, 3 Marzo 1956).