

DERECHO PENAL DE LAS DICTADURAS EN EL SIGLO XX

*Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el
Nacionalsocialismo y en el Franquismo*



GRADO EN CRIMINOLOGÍA

2015/2016

Trabajo realizado por:

Andrea Iribarren Azparren

Dirigido por:

Javier García Martín

“El peligro desaparecería si pudiera ser definido”

- Sherlock Holmes

RESUMEN: *El siglo XX fue caracterizado por un desarrollo de las dictaduras, que, a través de un marco legal, realizaron políticas de exclusión y de represión contra aquellos que se mostraban opuestos al régimen. A partir de una definición de los “enemigos” como “peligrosos”, y a través de una lucha por la defensa de la comunidad, los gobiernos totalitarios crearon una legislación en base a estos términos, que propició el control social y en última instancia, el holocausto. El presente Trabajo tratará de abordar los orígenes de este Derecho, tanto en la dictadura nacionalsocialista, como en la franquista, la teoría y dogmática que las fundó y las políticas que se llevaron a cabo. Se realizará un análisis del mismo y una perspectiva actual a raíz de estos hechos.*

PALABRAS CLAVE: *Peligrosidad social, peligrosidad criminal, defensa social, extraños a la comunidad, inocuización, enemigos.*

ABSTRACT: *The Twentieth Century was characterized by the Dictatorships' development, which, through a legal framework, developed exclusion and repression policies against those who were against the System. On the basis of “enemies” “dangerousness” and “social defense”, totalitarian governments issued a variety of legal norms to that aim. Consequently, they made a hard social control, and at last, the Holocaust. A compararon will be made on this Project, which, analyses the origins of the criminal law, both in National socialism dictatorship, as in Franco dictatorship, the ideology they were founded and the policies that were taken place in this stage. Finally, an analysis will be made with a current perspective of this facts.*

KEY WORDS: *Social dangerousness, Criminal dangerousness, Social defense, Community strangers, enemies.*

Índice

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y CUESTIONES..... | 8 |
| 1.1 Introducción..... | 8 |
| 1.2 Objetivos..... | 11 |
| 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PELIGROSIDAD SOCIAL DEL DELINCUENTE..... | 12 |
| 2.1. Concepto de peligrosidad..... | 12 |
| 2.1 La escuela correccionalista. | 12 |
| 2.1.1. <i>Dorado Montero (1861-1919) y su Derecho protector de los Criminales (1915)</i> | 14 |
| 2.2 La escuela positivista italiana..... | 14 |
| 3. LA PELIGROSIDAD SOCIAL Y LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO, PREVIAS A LA DICTADURA NAZI..... | 18 |
| 3.1 La figura de Franz Von Liszt | 18 |
| 3.1.1 <i>El tratamiento de los delincuentes habituales</i> | 20 |
| 3.2. Orígenes y causalismo positivista de la teoría del delito en Alemania..... | 22 |
| 3.3. La escuela neoclásica o Neokantismo..... | 24 |
| 3.3.1. <i>El concepto de culpabilidad</i> | 25 |
| 3.4. El concepto de bien jurídico..... | 26 |
| 4. LA PELIGROSIDAD SOCIAL Y LA TEORÍA DEL DELITO, PREVIAS A LA DICTADURA FRANQUISTA..... | 27 |
| 4.1. La dictadura de Miguel Primo de Rivera | 27 |
| 4.1.1. <i>De las circunstancias agravantes, códigos 1870 y 1928</i> | 30 |
| 4.2. El concepto de “estado peligroso” en Luis Jiménez de Asúa..... | 31 |
| 4.3. La Segunda República Española (1931-1939)..... | 34 |
| 4.3.1 <i>La teoría del delito de la II República</i> | 35 |

| | |
|--|----|
| 4.5. El sistema penal en la guerra civil española | 37 |
| 4.5.1. <i>El estado de guerra</i> | 37 |
| 5. LA DOGMÁTICA JURÍDICA EN LA ÉPOCA DE LAS DICTADURAS..... | 38 |
| 5.1 Carl Schmitt (1888-1985) y las ideas penales de la escuela de Kiel..... | 38 |
| 5.1.1. <i>La distinción amigo-enemigo para Carl Schmitt</i> | 41 |
| 5.1.2. <i>El decisionismo de Carl Schmitt</i> | 42 |
| 5.2. Edmund Mezger (1883-1962)..... | 43 |
| 5.2.1. <i>La teoría del delito según Edmund Mezger</i> | 44 |
| 5.3. Influencia de la dogmática penal alemana en España..... | 46 |
| 5.3.1. <i>Derecho penal del enemigo</i> | 46 |
| | |
| 6. LEGISLACIÓN PENAL Y CODIFICACIÓN EN LAS DICTADURAS..... | 47 |
| 6.1. Legislación penal del nacionalsocialismo..... | 47 |
| 6.2. Anteproyecto de Código Penal de 1938 en España..... | 53 |
| 6.3. Código penal de 1944 en la dictadura de Francisco Franco..... | 57 |
| 6.3.1. <i>Circunstancias modificativas de responsabilidad en el Código de 1944</i> | 58 |
| | |
| 7. LEYES ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN DE LAS DICTADURAS..... | 62 |
| 7.1. La Ley de vagos y maleantes de 1933 en España..... | 62 |
| 7.1.1. <i>Reglamento para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933</i> | 65 |
| | |
| 7.2. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 agosto de 1970..... | 66 |
| 7.2.1. <i>Las medidas de seguridad de la Ley de peligrosidad y Rehabilitación social de 1970</i> | 71 |
| 7.3. Leyes de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935 en Alemania..... | 74 |
| 7.3.1. <i>Ley para la protección de la sangre y el honor</i> | |

| | |
|---|-----|
| <i>alemanes del 15 de septiembre de 1935</i> | 74 |
| 7.4. El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad” de 1944..... | 76 |
| 7.4.1. <i>La intervención de Edmund Mezger en el Proyecto</i> | 77 |
| 7.4.2. <i>Texto del Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad en su versión de 1944</i> | 78 |
| | |
| 8. LA PELIGROSIDAD DEL SIGLO XXI..... | 82 |
| 8.1. La peligrosidad como decisión judicial en la aplicación de medidas..... | 82 |
| 8.2. El cambio al término “valoración del riesgo”..... | 83 |
| 8.3. La peligrosidad criminal en el Código de 1995..... | 85 |
| 8.4. Función ideológica del concepto de peligrosidad..... | 88 |
| 8.5. Derecho penal del enemigo..... | 89 |
| 8.6. Las leyes penales “de lucha” en Alemania..... | 91 |
| | |
| 9. CONCLUSIONES..... | 91 |
| | |
| 10. BIBLIOGRAFÍA..... | 95 |
| | |
| 11. FUENTES..... | 103 |

1. Introducción, objetivos y cuestiones

1.1 Introducción

Las sociedades van cambiando y con ellas sus individuos, y viceversa. Se trata de una relación de reciprocidad donde el individuo influye en la sociedad y la sociedad influye sobre el individuo. De esta forma, se produce una evolución de la realidad social.

A pesar de todas estas transformaciones, el individuo, desde sus orígenes trajo consigo el descubrimiento de “el otro”, como ser diferente y diferenciado de uno mismo. Las fronteras sociales del grupo se marcan a través de la pregunta, ¿quiénes somos nosotros?, ya que para que exista un “nosotros”, debe existir un “ellos”.¹

De esta forma, el surgimiento del poder como forma de dominación de un grupo sobre otro, trajo como consecuencia lógica la idea de la “otredad”, entendida no ya como el otro diferente a uno mismo en sentido neutro, genérico, sino como aquel que no se adecua a la forma de pensar, de sentir, de percibir el mundo por el grupo dominante en un momento y contexto histórico determinado.²

En este contexto, el poder dirigirá todos sus esfuerzos y utilizará las herramientas que tenga a su alcance para neutralizar o eliminar la oposición: el peligro del enemigo que atente contra sus propios ideales y ose pensar de manera diferente; así como encontrar y reunir a otros que lo sigan. Intolerancia hacia los otros, aceptación para nosotros.

Si comparáramos los hechos acaecidos en las distintas épocas y en las diferentes sociedades del mundo, vemos claramente que esa intolerancia fue cambiando de objetivo a lo largo de la historia, sus víctimas fueron diversas, pero con una constante, se dirigió siempre contra aquellos que no compartían la forma de concebir el mundo por el grupo dominante.

Así pues, una de las herramientas más poderosas de control que ha tenido el Estado, grupo social dominante, a lo largo de la historia ha sido el Derecho. Este Derecho, a través de sus normas, da el marco de legalidad de prácticas y conductas que se consideren “aptas”

¹ SABIDO, OLGA, 2009, “El extraño”, en Emma León (ed.), Los rostros del otro. Reconocimiento, invención y borramiento de la alteridad, Barcelona, Anthropos, pp. 25-57.

² HERNÁNDEZ GUTIERREZ, J. (2013). ¿Qué tan extraño es el extraño? Consideraciones de la otredad en Simmel, Sennet y Bauman. *Revista estudiantil latinoamericana de ciencias sociales*, 3, 1-16.

para la convivencia en una determinada sociedad, y castiga aquellas que atenten contra las mismas.

Así por ejemplo, en lo que respecta al fenómeno del nazismo y su consecuencia más funesta, el Holocausto, nos dice Hannah Arendt: "...es innegable que los delitos se cometieron en el marco de un ordenamiento jurídico 'legal'. Esto último fue su más destacada característica".³

En este sentido, el ejercicio del poder de una manera u otra es aceptado en todas las sociedades humanas. Ha ido cobrando cada vez mayor importancia por ser un mecanismo de control y de coordinación necesario, para la consecución de los fines y la organización de una determinada sociedad.

De esta forma, el ejercicio de dicho poder varía dependiendo de la sociedad y el momento histórico en que nos encontremos. Se concentra en diferentes formas de gobierno que se constituyen como plasmación política de un proyecto ideológico.

Estas formas de gobierno adquieren denominación en función de la relación que existe con el resto de poderes (legislativo, ejecutivo o judicial), el grado de libertad, pluralismo y participación política de los individuos de dicha sociedad, y el carácter electivo o no de la jefatura del Estado.

Por lo tanto, el grupo dominante de una sociedad se constituye en una determinada forma de gobierno que, a través del Derecho y la Política, regularán las prácticas de convivencia en dicha sociedad.

Llegamos entonces a una forma de gobierno en la que el poder se concentra fundamentalmente, en torno a la figura de un solo individuo, que se caracteriza por una ausencia de división de poderes, una propensión a ejercitar arbitrariamente el mando, la independencia del gobierno, respecto al consentimiento de cualquiera de los gobernados, y la imposibilidad de que a través de un procedimiento institucionalizado la oposición llegue al poder: La dictadura.

³ ARENDT, HANNAH (1999), *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, Lumen, p. 438.

La dictadura es la forma de gobierno más intolerante con respecto a la oposición, vista como el enemigo, utilizando todos los mecanismos de control que están a su alcance para neutralizarla.

Como veremos, a través del Derecho, y en concreto del Derecho Penal, las dictaduras han conseguido ese control de la peligrosidad del individuo que se muestra contrario a las ideas del grupo dominante. Además, la visión de los políticos y juristas en cuanto a una separación entre la idea de Derecho y Moral, hace posible que determinadas conductas como el holocausto, fueran legales, al margen de esa moralidad.

Esa separación entre la idea de Derecho y Moral procede del siglo XIX, en el denominado positivismo jurídico, aunque su expresión última se encuentra en la obra del jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), “Teoría pura del Derecho” (1935). En ella, se entiende el Derecho como una ciencia, negando el dualismo entre el derecho natural y el derecho positivo.

De esta forma, el positivismo jurídico considera el conjunto de normas válidas evitando cualquier tipo de interpretación moral o de valores. Prescinde de la consideración de lo justo o injusto de la aplicación de una norma: el jurista simplemente se limita a acatar lo dictado por ella misma.

El positivismo jurídico plantea que el derecho es un conjunto de normas dictadas por los seres humanos (por el soberano), a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas.

Hans Kelsen puso todo su empeño en desprestigiar el Derecho natural como algo irracional frente a la superioridad del Derecho positivo. Los juicios de valor (entre ellos la idea de justicia) no pasaban de ser, para Kelsen, simples expresiones de irracionalidad según su teoría jurídica.

En cuanto a este concepto de separación del Derecho y la moral, Radbruch (autor que se mencionará posteriormente), se manifiesta y afirma que “El nacionalsocialismo supo encadenar a sus adeptos –en ocasiones los soldados, en otras los juristas- por medio de dos principios: “una orden es una orden” y “la ley es la ley”. El principio “la ley es la ley” imperó sin restricción alguna. Este principio era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que durante muchas décadas dominó casi sin rival a los juristas alemanes.

Así, durante el siglo XX en Europa, surgió el concepto de régimen fascista en el que diferentes regímenes políticos dictatoriales tuvieron el poder durante la época de entreguerras. Así, la dictadura alemana encabezada por Adolf Hitler y la dictadura española por Francisco Franco, serán los puntos de estudio en el presente Trabajo.

Planteo entonces los siguientes objetivos que serán trabajados a lo largo del presente Trabajo de Fin de Grado y que analizarán las ideas reflejadas en esta introducción.

1.2 Objetivos

Los objetivos principales de este trabajo son:

- Comparar la legislación penal de la época de las dictaduras española y alemana.
- Analizar la literatura jurídica de ambas dictaduras.
- Establecer posibles influencias y diferencias existentes entre los códigos de dichas dictaduras.
- Analizar la legislación de ambas dictaduras en cuanto al concepto de los “extraños a la comunidad”.
- Analizar posibles vestigios de discriminación de colectivos en el Derecho de la sociedad actual.
- Extraer conclusiones sobre la intolerancia, racismo y discriminación, tanto en la época de las dictaduras como en la sociedad actual.

2. Antecedentes Históricos de la peligrosidad social del delincuente

2.1. Concepto de peligrosidad

Por peligrosidad se entiende aquella cualidad de una persona que puede causar daño o puede cometer un acto delictivo. Esto implica que no es necesario que una persona cometa previamente un delito para ser considerada peligrosa, de esta forma existen dos tipos de peligrosidad:

- Peligrosidad social: Individuos que, sin haber cometido un delito, se encuentran próximos a cometerlo.
- Peligrosidad criminal: Individuo que, siendo delincuente, puede volver a violar la Ley penal.

La diferencia que existe entre estos dos términos es que la peligrosidad social aparece antes de que el hecho delictivo se produzca, y por el contrario, la peligrosidad criminal se establece cuando ya se ha producido la violación de la ley. ⁴

En España la definición de lo que se entiende por peligrosidad criminal, se encuentra en el art 95.1.2º del Código Penal, el cual define el término de la siguiente manera: “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.⁵

2.2 La escuela correccionalista.

La escuela correccionalista surge en Alemania a mitad del siglo XIX, a través de la figura de Stelzer, que formula su tesis de la “corrección jurídica”. Con ella, el principal objetivo se trataría entonces de mejorar al delincuente.

El propósito que busca la escuela es la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para que no vuelva a cometer delitos y por lo tanto prevenir la reincidencia y la peligrosidad social que puedan surgir a raíz de su conducta. ⁶

⁴ CHARGOY, J.E: (1999). Escala de respuesta individual criminológica: Un instrumento psicocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad. *Ciencias Sociales* 83, pp. 97-117.

⁵ España. Ley Orgánica 15/95 del Código Penal, 23 de Noviembre de 1995, Boletín Oficial del Estado núm. 281.

⁶ QUISBERT, ERMO. Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes. *Centro de estudios de Derecho*. (2008). P. 56

Se define entonces estos términos como “Corrección de su voluntad pervertida; cuidado o tutela para que cambie; y protección, una vez que ha cambiado, para que no vuelva a cometer otros delitos”.⁷

En cuanto a los conceptos fundamentales del Derecho penal como son el delito, el delincuente y la pena, la escuela correccionalista los define de la siguiente forma⁸:

- El delito es relativo, es decir, la valoración del delito varía por las condiciones sociales o las características del delincuente. Los penalistas de esta escuela no están a favor de establecer tipos fijos, ya que cada caso concreto debe corregirse de una determinada manera (Prevención especial).
- El delincuente se trata de un individuo a quien no se le han enseñado debidamente las nociones convencionales que crean el delito, y que por ello, demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta. Por ello, necesita ser sacado del estado de inferioridad en el que se encuentra, en relación a los demás ciudadanos, para poder vivir dentro del orden establecido.
- La pena sería un medio de corrección de la voluntad pervertida del delincuente. La pena se trata de un bien, no un deber, sino un derecho de los incapaces para “gobernarse” a sí mismos. Es decir, se encuentran en una sociedad en la que no tienen capacidad para una vida jurídica libre, y que tiene como consecuencia la realización de un delito. Por lo que con esa pena sirve como auxilio de aquellos que necesitan ser corregidos.

Como el fin de la pena es corregir, esta escuela aboga por la sentencia indeterminada y variable, en función del caso concreto. Indeterminada porque debe estar presente hasta que el sujeto se resocialice, y variable porque debe aplicarse la pena en función de la personalidad del autor.⁹

Se sigue la metáfora en la que el delincuente es como un enfermo que necesita curarse, y entra al hospital y permanece hasta que se ha curado.

⁷ QUISBERT, ERMO. Op.cit. P.57

⁸ GARRIDO, VICENTE; Stangeland, Per; Redondo, Santiago. Principios de Criminología. Tirant Lo Blanch. (2005). P. 175

⁹ GARRIDO, VICENTE; Stangeland, Per; Redondo, Santiago. Op.Cit. P.178.

2.2.1. Dorado Montero (1861-1919) y su Derecho protector de los Criminales (1915)

El autor español más significativo de la escuela correccionalista es Dorado Montero. Defiende los postulados descritos anteriormente en base a un Derecho protector en el que se debe proteger al delincuente de la reacción de la sociedad y de su ignorancia para castigar.¹⁰

De esta forma, Dorado Montero afirma que el delincuente comete un delito no por voluntad libre, sino por otras causas que el Estado debe combatir. Es por ello, que la pena no debe ser retributiva, sino correctiva en base a un estudio psicológico del delincuente, y no en base al delito. El tratamiento del delincuente debe ser individual, en base a su “peligrosidad criminal”.¹¹

Dorado Montero introdujo las primeras ideas sobre la peligrosidad criminal de los delincuentes, que posteriormente se vieron reflejadas en las obras de Luis Jiménez de Asúa durante la época Republicana, en su concepción de la prevención especial de los delincuentes.

2.3 La escuela positivista italiana

Posteriormente, a mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, la delimitación del concepto del delito y del criminal fue descrita por la escuela médico-jurídica italiana. Esta escuela, apoyada en evolucionistas, sociólogos y antropólogos, pasó a definir el delito en la sociedad, teniendo en cuenta, en qué medida era ésta atacada y cómo aquél debía ser reprimido.

Así, la constatación de ciertas enfermedades y anomalías físicas en delincuentes permitió a César Lombroso (1835-1909) construir una serie de teorías, que apuntaban a que el origen de la delincuencia en el individuo atendía a razones biológicas. La escuela italiana,

¹⁰ RENÉ BODERO, EDMUNDO. Pedro Dorado Montero, el desmitificador de Salamanca. *Doctrina penal* (2010). P. 33

¹¹ BLANCO RODRÍGUEZ, JUAN ANDRÉS. "El Pensamiento Sociopolítico de Dorado Montero" *Centro de Estudios Salmantinos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Salamanca, España, (1982)*. P. 8

afirmando un determinismo en el comportamiento criminal, ignoraba completamente que la delincuencia es un hecho social, dado que el individuo vive en sociedad y en relación con otros hombres.

A pesar de que Lombroso no atendía a planteamientos extraindividuales en sus obras, Enrico Ferri (1856-1929) y Raffaele Garófalo (1851-1934) no olvidaron los aspectos sociológicos del delito. El crimen es una realidad social que sólo puede entenderse bien, desde las relaciones entre los hombres, inmersos y estructurados en el grupo humano. Sin embargo, los trabajos de estos autores hacen que la consideración individual del delincuente, con muy amplias dosis de psicología y psiquiatría, deje en un segundo plano a la sociedad como responsable de la criminalidad.

La clasificación de los criminales se reducía esencialmente a dos grupos; el criminal puede ser habitual u ocasional. El primero es nato o inducido por las malas condiciones en que vivió su infancia, una mala educación, o malas compañías. El delincuente ocasional, permite una penetración más profunda de la realidad social, sin embargo, las concepciones positivistas alteran dicha realidad. Se infringe la ley entonces, por hambre y por miseria, realidades puramente fisiológicas, es decir, su comportamiento no reviste mala conducta, no tratan de hacer daño, pero se aprovechan de una ocasión cuando no tienen otro medio de subvenir a sus necesidades y a las de su familia¹².

Así, dicha clasificación no valora el crimen en cuanto a una manifestación de la vida colectiva. El delito se manifiesta por la sexualidad o por otras necesidades psicológicas como la gula, la embriaguez, la propiedad, el lujo; o por estados emotivos, como la cólera. Las realidades más evidentes se pierden en los enfoques lombrosianos. Se inició de esta forma, las conexiones con los factores sociales del crimen y más adelante, en Alemania, se desarrollaron orientaciones basadas en los factores naturales, como el clima, las estaciones, la raza, el sexo y la edad que se encuentran ligadas a la vida social de los delincuentes.¹³

Los dos juristas más relevantes de la escuela, tomaron la consideración social y jurídica de las ideas lombrosianas, dando nacimiento a una sociología criminal. Garófalo con su *Criminología. Studi sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione, (1885)*,

¹² SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Historia de la criminología en España, Madrid, *Dykinson*, 2007. P.357

¹³ PAVARINI. Massimo (2009), Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad, *Quito FLACSO*. P. 77

estudiaba el delito dentro de las características sociales, desde el enfoque del positivismo. A su vez, Enrico Ferri, iniciaría sus investigaciones en la nueva sociología jurídica.

Así, ambos autores continúan defendiendo las nuevas ideas del criminal congénito, del hombre delincuente lombrosiano. El delincuente fortuito, por tanto, es un ser dotado de cierta debilidad congénita, que no le hace abominar el delito. Para ambos autores, el criminal es un anormal, y deberá ser eliminado de la sociedad.

A finales del siglo XIX, la sociedad empieza a sentirse insegura. Se había establecido que el delito sólo se debía castigar mínimamente, cuando el autor fuese culpable y con cierta proporción en la pena asignada, pero todos estos principios resultan insuficientes para su defensa. De esta forma, Enrico Ferri y sus planteamientos están destinados a proporcionar nuevos instrumentos penales para la defensa de la sociedad, expresando la necesidad de una represión nueva, más eficaz.¹⁴

Tanto Garófalo como Ferri proponen una mayor represión por las sendas de la prevención o la eliminación del delincuente. Hay que inventar medios para atajar el delito antes de que se produzca. Como consecuencia de estos postulados, el principio de legalidad queda vulnerado, conforme al cual nadie podía ser castigado, sino cuando haya cometido un delito y con un tipo y una pena previamente determinados. La prevención rompe este respeto hacia las personas que quedan más a merced de los poderes públicos.

Para los criminales antropológicamente definidos que establecía con su clasificación Lombroso (criminales natos), es recomendable la eliminación (defensa de la pena de muerte), pues es la mejor forma de terminar con personas que están predestinadas a reincidir en el delito.

Como establece Garófalo “la sociedad reacciona contra los delincuentes, los aparta y elimina, si es posible. O se adaptan a sus sentimientos o ella procura alejarlos de la convivencia social”.¹⁵

En cuanto al repertorio de penas, estos autores ofrecen unas nuevas propuestas. Garófalo, examina los distintos tipos de criminales y diagnostica; a continuación establece la pena que considera más adecuada. Afirma que es posible reconocer a los grandes criminales

¹⁴ PETIT, Carlos (2007), Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science Americana, *Quaderni Fiorentini*, Giuffrè editore milano. Pp 801-900. P.807

¹⁵ GARÓFALO, Rafeale. (Primera edición 1885). *La Criminología, Estudio sobre el delito y la teoría de la represión. Nápoles: IBdef*. P. 229-239. P.231

instintivos por la naturaleza de los crímenes, la cual basta por sí sola para indicar la anomalía psíquica congénita del mismo, considerando entonces, la muerte, la pena propia para estos delincuentes. La ciencia criminológica positivista tomó prestado el lenguaje de la ciencia médica; el criminal fue considerado como enfermo, el método criminológico como diagnóstico y la actividad de control social como terapéutica.

Ferri, analiza con mayor cuidado las penas, estableciendo: medios preventivos o equivalentes a la pena, anteriores a la comisión del delito; medios reparatorios, que comprenden desde la anulación a la indemnización de daños; represivos o temporales y eliminatorios, como la pena de muerte o los manicomios y colonias agrícolas.

En definitiva, la escuela positivista defendió un endurecimiento de la represión sin duda. Lombroso, Garófalo y Ferri construyen un sistema nuevo para la represión penal y la defensa social basados en la medicina y la antropología, la estadística o la psicología, que se dirigen contra el criminal caracterizado por un gran determinismo biológico.

Así, el positivismo criminológico, se mostró como un formidable aparato de legitimación respecto de la política criminal de la época, y fue precisamente su aportación, la que hizo que el sistema represivo se legitimara como defensa social.¹⁶

El concepto de “defensa social” tiene una ideología subyacente cuya función es justificar y racionalizar el sistema de control social en general y el represivo en particular. El sistema penal estatal pudo justificarse en términos de defensa necesaria porque tutelaba los intereses sociales generales de la agresión de la minoría criminal.

Sin embargo, para que esta defensa sea legítima necesita que el sistema represivo pueda justificarse como positivo y por lo tanto deslegitimar la acción criminal como una acción simplemente negativa. Por ejemplo, la acción delictiva de un anarquista, se interpreta como la acción de un loco, de un individuo desequilibrado, determinado por aquella acción. La represión es legítima de esta manera como acción dirigida a neutralizar a quien es *socialmente peligroso*.¹⁷

¹⁶ PAVARINI, Massimo. (1983). Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. *Florencia: Siglo Veintiuno Editores*. P.49

¹⁷ ADELANTADO GIMENO, José. Orden cultural y Dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias. Dirigida por Juan José Bustos Ramírez. *Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de ciencias sociales y políticas, Bellaterra* 1991. P. 30.

Siguiendo el hilo de los postulados que venimos desarrollando, y analizando la relación entre este positivismo criminológico y el racismo propio de la dictadura Nazi, podemos establecer que el positivismo criminológico fue una de las ideologías que sentó las bases, entre otras, para lo que luego sería el Holocausto. Una de las ideologías pertenecientes a las ramas de la ciencia de la época, que abrazaron, directa o indirectamente, ese racismo de clase.¹⁸

Puede afirmarse que la eugenesia y la higiene racial, que aportaron al nazismo algunos fundamentos esenciales de su visión de mundo, provenían de ese determinismo científico que defendieron los autores de la escuela positiva, la criminalidad innata, causada por motivos raciales. El nacionalsocialismo extraía de esta tradición el lenguaje científico con el que reformuló su antisemitismo: los judíos eran asimilados a un “virus” generador de “enfermedades” y su exterminio a una medida de “limpieza”.¹⁹

3. La peligrosidad social y la teoría jurídica del delito, previas a la Dictadura Nazi

3.1 La figura de Franz Von Liszt (1851-1919)

Franz Von Liszt fue un famoso penalista y criminólogo alemán de finales del siglo XIX. Para este autor, una de las preocupaciones principales, influido por el positivismo criminológico lombrosiano, fue el delincuente incorregible. A este respecto afirma:

“La lucha contra la delincuencia habitual supone un exacto conocimiento de la misma. Hoy no disponemos de él. Se trata solo de un eslabón, ciertamente del más importante y peligroso, de esa cadena de patologías sociales, que solemos denominar con el nombre genérico de proletariado. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos

¹⁸ NAVONE, Karina. Positivismo Criminológico, racismo y holocausto. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires, *Lecciones y Ensayos*. P. 327.

¹⁹ NAVONE, Karina. Op.cit. P. 328

*constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el Estado mayor”.*²⁰

De esta forma, Von Liszt asignaba una triple función a la pena de prisión: corrección de los delincuentes que necesiten de esa corrección a través de una medida de seguridad, intimidación de los que no precisen de dicha corrección e inocuización (término vinculado al positivismo criminológico, hace referencia a la neutralización del sujeto potencialmente peligroso) a través de una pena y una medida de seguridad de los delincuentes no susceptibles de corrección.

Esta funcionalidad de la prisión se corresponde con la clasificación de los delincuentes que formuló Von Liszt en 1882: Delincuentes peligrosos pero susceptibles de corrección, ocasionales no necesitados de corrección y los delincuentes incorregibles.²¹

A pesar de que Von Liszt no era partidario de la pena de muerte ya que la consideraba innecesaria, no existen claras diferencias en cuanto a la finalidad de sus postulados. Von Liszt quería conseguir la inocuización de los delincuentes, y ese objetivo se alcanzaba con la prisión perpetua o la duración indeterminada en campos de trabajo como servidumbre penal. Es entonces cuando la pena de muerte deja de ser relevante para él, consiguiendo además aprovechar del delincuente la fuerza de trabajo.²²

El mismo fin se podía conseguir con la pena de muerte, como muchos otros autores defendían en la época. Karl Binding, representante de un Derecho penal retribucionista, propugnará abiertamente la pena de muerte o prisión perpetua para el delincuente habitual y la reincidencia criminal, para que tuviese un carácter más contundente elevando a un grado máximo la culpabilidad del sujeto.

En cualquier caso la finalidad de la pena en ambos autores es la misma: conseguir apartar/eliminar al sujeto incorregible, delincuente habitual, de la sociedad. Ya sea a través de una prisión perpetua, campos de trabajo o la pena de muerte.

²⁰ Citado en MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad". *Doctrina*, 42-58. P.45

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Valencia: *Tirant lo blanch*. P.40

²² Introducción de Enrique BACIGALUPO a la obra de Luis Jiménez de Asúa: La teoría jurídica del delito, Madrid, *Dykinson*, 2005. P. XV

3.1.1 El tratamiento de los delincuentes habituales

Von Liszt diseñó su sistema de sanciones penales en función de la peligrosidad del delincuente. Así, se crearon las medidas de seguridad postdelictuales como respuesta a esa delincuencia habitual tan temida. Aquellos autores de un delito que fuesen peligrosos para los miembros de una sociedad en cuestión, eran apartados mediante la aplicación de esta medida de seguridad como prevención a futuros hechos delictivos.

Pero un sistema estrictamente dualista, como el que se forjó en este periodo, en el que la pena limitada por la culpabilidad puede ser sustituida o complementada por una medida de seguridad de duración indeterminada, fundamentada en un concepto tan vago como el de la peligrosidad, traduce una concepción del Derecho penal muy vinculada a las tesis amigo/enemigo del Estado nacionalsocialista. Un Derecho penal con todas garantías, basado y limitado por el principio de culpabilidad para el delincuente ocasional, y un Derecho penal basado en la peligrosidad y sin ningún tipo de limitaciones para el delincuente peligroso.²³

De esto deriva el hecho de que este sistema de medidas de seguridad que se acogen en Proyectos de 1922, 1925, 1927 y 1930, no se convirtió en Derecho vigente hasta 1933, en pleno periodo nazi, con la Ley sobre el delincuente habitual de 29-11-1933.²⁴

A pesar de ello, en Alemania se procura destacar que su elaboración y los trabajos preparatorios a la misma se llevaron a cabo en el periodo de la República de Weimar, tratando de limitar el abuso que de la misma se hizo en el periodo nazi.

Así, en el Proyecto de Radbruch de 1922, las medidas ocupaban ya un lugar importante. No tanto para dar respuesta al necesario control de los inimputables o semiimputables que, por sus anomalías mentales, requerían del ordenado tratamiento y control de su peligrosidad, sino para dar respuesta a una de las preocupaciones ya señaladas en etapas anteriores como es el control de los delincuentes habituales, por tendencia, reincidentes.

En palabras de Radbruch:

“El Proyecto propone una contundente intervención contra la delincuencia habitual, aún mayor contra la profesional, que, como consecuencia de la guerra,

²³ SARAVIA, Gregorio (2012). Carl Schmitt: Variaciones sobre el concepto de Enemigo. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15. pp. 149-172. P. 154

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco op.cit, p. 1032.

ha adoptado las formas más amenazantes. Quien, por su repetida reincidencia, se convierte en un delincuente habitual peligroso para la seguridad pública, puede ser castigado en el Proyecto con severas penas de prisión que pueden llegar, en caso de delitos menos graves, a cinco años y, en el caso de delitos graves, hasta los quince años.

Aquí se prevé, por tanto, un marco penal especial contra una determinada clase de personas, sin consideración al tipo de delito; y la medición de la pena del hecho retrocede completamente ante el autor. Pero el Proyecto, no se da por satisfecho con esta agravación, aunque limitada, de la pena, y posibilita para que los delincuentes que no son corregidos por la pena de prisión agravada, sean retenidos para seguridad de la sociedad, una vez cumplida la pena, imponiendo un internamiento de seguridad por un tiempo no determinado en un principio.

Este proyecto no ha acogido, en cambio, la “sentencia indeterminada”. Cuando se impone una pena, la duración de la misma debe determinarse ya en la sentencia. Pero la idea fundamental de la sentencia indeterminada, hacer depender la mayor o menor duración de la pena de prisión del efecto que tenga su ejecución en el condenado, encuentra, sin embargo, suficiente consideración en el Proyecto. El internamiento por tiempo indeterminado que el Proyecto rechaza para las penas, encuentra en cambio, amplia acogida en las medidas de seguridad”.²⁵

Es en este sistema de relación entre las penas y las medidas de seguridad donde radica la actitud fundamental de una ley sobre el sentido y la misión de la pena. Especialmente, la respuesta que la ley dé a la cuestión del delincuente habitual peligroso. Así, no se trasladaron los planteamientos de Radbruch en los posteriores Códigos.

Solamente en 1933 se aprobó un estricto dualismo, tras el cual se oculta la palabrería nacionalsocialista de la función “expiacionista” de la pena (término que establece una liberación del alma tras el cumplimiento de la pena), que no podía ser perjudicada por la función de seguridad de la custodia. El nacionalsocialismo, pervirtió así el sentido de la idea de expiación, convirtiendo este concepto ético en pantalla de su terror penal.²⁶

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit, p. 1034. Citado del libro *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* de Entwurf Radbruch, publicado en 1952.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit, p. 1035

Como ejemplo de ello, es el uso que hizo el nacionalsocialismo de esta custodia de seguridad:

“Hasta 1939 se impuso la custodia de seguridad a más de 1000 personas por término medio al año e incluso en 1938 hubo un día en el que se encontraban sometidas a esta medida casi 4000 personas”. Entre 1934 y 1942 fueron condenadas a este internamiento de seguridad más de 16000 personas”.²⁷

Como dice Monika Frommel, probablemente fueron enviadas a campos de concentración, aunque hasta hoy apenas nadie se acuerde de los llamados criminales asesinados en esos campos de exterminio, ya que no se les considera víctimas del nacionalsocialismo, ni son identificados como grupo. Ello explica también que esta Ley contra delincuentes habituales no sea considerada ni siquiera hoy como un ejemplo característico de la política criminal nacionalsocialista.²⁸

3.2. Orígenes y causalismo positivista de la teoría del delito en Alemania

La teoría del delito tiene sus orígenes a finales del siglo XIX en Alemania con autores como Franz Von Liszt, como se ha descrito anteriormente. Esta teoría ha pasado por diversas fases desde su comienzo hasta la actualidad, teniendo en consideración diferentes formas de entender la autoría, la persona, la libertad o la responsabilidad o incluso la función del Derecho.

La evolución comienza desde la concepción de una teoría del delito basada en el causalismo positivista. A través de esta teoría, se plantea el delito y la responsabilidad como datos positivos y realidades que se explican a través de una relación de causalidad.²⁹

Con ello, el elemento de “acción” sería entendido como una actividad muscular (acción) o una ausencia de ésta (omisión) producida por un impulso psíquico y que como consecuencia se produce un efecto en el mundo exterior (Causa-efecto). Esa acción debe

²⁷ FROMMEL, Monika. La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo, traducción de Muñoz Conde, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, 1993, pág.50

²⁸ FROMMEL, Monika op.cit, p. 62

²⁹ FRANCO LOOR, Eduardo. La teoría del delito: Evolución histórica y sistemas. (2010) P. 3. Extraído de: https://www.academia.edu/7993194/LA_TEOR%C3%8DA_DEL_DELITO_EVOLUCI%C3%93N_HIST%C3%93RICA_Y_SISTEMAS

exteriorizarse y haber sido producto de la voluntad del propio sujeto. Es decir, los supuestos de fuerza irresistible, estados de inconsciencia, alteración de las facultades mentales, actos reflejos... etc. Quedan fuera de lo considerado como acción voluntaria.³⁰

Esta última consideración representó un gran avance científico ya que, para activarse la acción punitiva del derecho es necesario que se exteriorice un comportamiento humano voluntario que ocasione una lesión a un bien jurídico.

En cuanto al tipo penal, Beling estableció la tipicidad como el primer elemento que caracteriza la acción delictiva. De esta forma, y haciendo mención al principio de legalidad, Beling afirmaba que sólo puede calificarse como delito aquella acción que esté delimitada en los tipos descritos en la parte especial del Derecho Penal.³¹ Es decir, ninguna acción, que aunque pueda considerarse antijurídica o culpable, merecerá una pena, si no está descrita previamente en las leyes.

Por otra parte, Beling también establece, dentro de este causalismo positivista, que para que una acción típica se constituya en delito, debe ser, a su vez, antijurídica. Es decir, contraria al Ordenamiento Jurídico. Desde esta concepción, la antijuridicidad se establece como un presupuesto general de carácter objetivo. Por un lado, Beling distingue las “normas directas” que establecen como inadmisibles la acción que se describe, y por otro lado, las “normas mediatas”, que se refieren a estados o sucesos inadmisibles que no definen exactamente la propia acción³². En tal caso, lo que Beling afirma es que se trata de un juicio jurídico de valor lo que determina una acción como injusta.

En relación a la culpabilidad, Beling la diferencia de la tipicidad y la antijuridicidad como una manifestación de la voluntad del sujeto desde un ámbito subjetivo. Es decir, la culpabilidad hace referencia al foro interno de la acción en concreto, otorgando cierto contenido a la voluntad como tal. Esto se describe como el contenido reprochable de la voluntad, en una acción que es dolosa o imprudente, o la ausencia de dicha reprochabilidad.³³

³⁰ MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. *Buenos Aires*. (2003).P. 24.

³¹ CARDENAL MOTRAVETA, Sergi. El tipo penal en Beling y los Neokantianos. *Barcelona* (2002). P. 29

³² CARNEAL MOTRAVETA, Sergi. Op.cit. P.45

³³ CARNEAL MOTRAVETA, Sergi. Op.cit. P.46.

3.3. La escuela neoclásica o Neokantismo

La ciencia alemana del Derecho penal, alcanzó durante el periodo de la República de Weimar su punto álgido, reformulando fundamentalmente, la estructura dogmática de la teoría del delito. Algunos autores aplican una metodología propia de las ciencias del espíritu, en la línea marcada ya por la Escuela sudoccidental alemana del neokantismo.

En ella, se elaboró un sistema “científico” en el que cada una de las categorías básicas de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) debía ser comprendida por el penalista. Esta figura debía no solamente observar o describir los hechos, sino tratar de comprenderlos. Así, el neokantismo, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, propio de la época anterior, trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo, conforme a Dilthey, entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu.³⁴

Así, al dividir el estudio del delito en dos vertientes distintas con el mismo rango científico (la causal-explicativa de la criminología; y la comprensiva-axiológica de la dogmática), quedan delimitadas y se dan total independencia la una con la otra, dejando al penalista liberado del positivismo criminológico.³⁵

A partir de entonces, la Criminología y la Dogmática jurídico penal van a marchar cada una por su lado, sin relación entre sí. La separación entre dichas ciencias posteriormente repercutió en la actitud que muchos de los penalistas de la época adoptaron frente al régimen nacionalsocialista, donde elaboraron sus tratados basados en diferentes teorías dogmáticas, acogiendo postulados teóricos de las más puras esencias de la ciencia jurídica tradicional alemana. Como estudiaremos posteriormente, el ejemplo más significativo de Edmund Mezger.³⁶

La primera diferencia que se produce con respecto al modelo anterior positivista, es el hecho de que el injusto (antijuridicidad), no sólo es explicable en todos los casos

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. (1994). Política Criminal y Dogmática Jurídico penal en la República de Weimar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n15 y 16, vol II. Centro de Estudios Constitucionales, Alicante. P. 1027.

³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. 1028

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit, p. 1028.

únicamente por elementos objetivos, y de igual forma, la culpabilidad, como un hecho puramente subjetivo.³⁷

A pesar de ello, desde esta concepción del Neokantismo, se analiza una razón que se ajuste más a la diferencia entre el injusto propio de esa antijuridicidad y la culpabilidad. Así, se encontró la distinta forma de valoración de ambos conceptos. Mientras que la antijuridicidad es valorada desde el punto de vista de la dañosidad social del delito, la culpabilidad se valora desde un punto de vista de la “reprochabilidad” al sujeto por el hecho cometido. En cualquier caso, ambos conceptos contienen elementos objetivos y subjetivos. Por ejemplo, este último, entiendo la reprochabilidad como el elemento normativo de la culpabilidad.³⁸

3.3.1. El concepto de culpabilidad

Durante el periodo de la República de Weimar, los principales penalistas además, reformularon el concepto de culpabilidad.

A comienzos de los años 20, dominaba en la Dogmática jurídico penal alemana un “concepto psicológico” de culpabilidad que reducía ésta a la simple relación psicológica entre el autor imputable y el hecho por él realizado. Es decir, si esta relación era intencional, la culpabilidad era dolosa; si sólo era una relación imprudente, la culpabilidad, menos grave, era culposa. Dolo y culpa eran dos especies de culpabilidad basadas en la previa normalidad psíquica del autor del delito (la imputabilidad como factor fundamental).³⁹

Como consecuencia de todo ello se obtiene la exclusión de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva, es decir, excluir la culpabilidad cuando el resultado no es atribuible a una actuación dolosa o culposa de quien lo había causado.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. p. 1030.

³⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. p. 1041.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Valencia: *Tirant lo blanch*. P.23

El concepto de culpabilidad, fue entonces, una de las conquistas más importantes de la Dogmática jurídica penal alemana de aquella época, como límite y garantía frente al poder punitivo del Estado.

3.4. El concepto de bien jurídico

El concepto de bien jurídico es un término complejo de describir dentro de la ciencia penal, teniendo definiciones como autores han tratado el tema. De esta forma, Von Liszt por ejemplo, señala que el bien jurídico puede ser definido como “un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”.⁴⁰

De esta afirmación de Von Liszt, se deduce por tanto, que en la ciencia penal de la época, el bien jurídico es un interés vital que se encuentra definido antes de crear la norma penal, es decir, no son unos intereses creados por el Derecho, sino que es este último quien los reconoce como algo vital a defender, pero que ya existen previamente.⁴¹ Por otra parte, el concepto de sociedad determinada, señala que es posible que esos intereses sean fundamentales en una sociedad, pero quizá no lo sean en otras sociedades o en otros momentos históricos. Por último, el reconocimiento jurídico que adquieren dichos intereses fundamentales, se hace a través del Derecho en general de la sociedad. No concretamente con el Derecho penal, siendo éste el instrumento para perseguir aquellos que lesionan los bienes jurídicos, sino que el reconocimiento se hace expresamente a través del Derecho Constitucional o Internacional.⁴²

El concepto de bien jurídico trae consigo una serie de garantías. El legislador trata de proteger los bienes jurídicos y amenaza con penas las acciones que los vulneran.

Sin embargo, no es la única función que desempeñan los bienes jurídicos como garantía en el Derecho Penal, sino que además, suponen límites para el *ius puniendi*, de cara a dictar leyes penales.⁴³

⁴⁰ KIERSZENBAUM, Mariano. El bien jurídico en el derecho penal. algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, nro. 86, (2009). P.188.

⁴¹ KIERSZENBAUM, Mariano. Op.cit. P. 190.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio R. ALAGIA, Alejandro SLOKAR. Derecho penal. Parte general, 2ª ed., *Ediar, Buenos Aires*, (2002) p. 98.

⁴³ BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general, 2ª ed. *Hammurabi, Buenos Aires*, 1999, ps. 43 y 44.

El problema posterior que contrajo esta concepción del bien jurídico, es el hecho de que los intereses sociales que deben ser protegidos por el legislador, suponen una valoración subjetiva de lo que quiera considerarse como tal. De esta forma, por ejemplo, autores alemanes como Klee o Mezger, proponían considerar “las condiciones de vida del pueblo” como intereses fundamentales, es decir, como bienes jurídicos.⁴⁴ Esto supone que cualquier cosa aparece como “valiosa” a los ojos del legislador si se argumenta como algo fundamental a proteger dentro de una sociedad determinada.

El concepto de bien jurídico queda libre al pensamiento político-criminal de lo que deba considerarse como algo digno de protección por parte del Estado. Esto supuso que posteriormente en la época del Nacionalsocialismo, se dictaran bienes jurídicos como “la pureza de la sangre alemana” siendo totalmente argumentado como un interés fundamental digno a proteger dentro de la sociedad alemana del siglo XX.⁴⁵

Es entonces, el abandono del individualismo, lo que sostiene la época del Nacionalsocialismo, y donde el Estado pasa a defender los valores tradicionales que se encarnan en la Nación, frente a los intereses del propio individuo. Por lo tanto, la concepción del bien jurídico de la época, no se entendía necesariamente de forma individualista, sino que el colectivo y la comunidad pasaba a formar parte de los intereses principales del Estado.

4. La peligrosidad social y la teoría del delito, previas a la Dictadura Franquista

4.1. La dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930)

Durante la época de la dictadura del general Primo de Rivera se promulgó un nuevo Código Penal, modificación del Código liberal de 1870, que fue redactado por Eugenio

⁴⁴ FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. *Munich*. (1989). P.627.

⁴⁵ Recogido en las Leyes de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935. *Cátedra Hendler, Departamento de Derecho penal y Criminología*.

Cuello Calón, Galo Ponte y Quintiliano Saldaña.⁴⁶ De modo que, en 1928, entró en vigor un nuevo Código mucho más represivo que el anterior, incorporando el principio de defensa social, que endurecía la sanción en el comportamiento de un individuo peligroso, antes de cometer cualquier delito.

Para el derecho penal clásico la peligrosidad de un individuo, enfermo mental o no, no podía establecerse sino a partir del acto criminal, de la ruptura del pacto social establecido por la comunidad y sancionado por las leyes. La idea de “potencialidad” chocaba frontalmente con las concepciones jurídicas en vigor. Esta idea provenía de los postulados defendidos por la escuela positivista italiana y de su interés por localizar al individuo anormal”, fijar su grado de peligrosidad social y establecer los mecanismos de defensa social necesarios.⁴⁷

Con ello, una idea que la escuela positivista italiana trajo consigo e influyó en las apreciaciones de los penalistas de la época, fue la patologización de los comportamientos que atentaban contra el orden estatal, como podrían ser las ideas políticas. Así, Ruiz Maya, político y psiquiatra de la época consideraba como motivo de peligrosidad social del enfermo mental, la posibilidad de que actuase en política "con sus falsas concepciones de la vida, arrastrando a masas más o menos extensas a revueltas, motines y revoluciones, a actitudes pasivas contrarias a la conveniencia general"⁴⁸.

Esta actitud tenía un doble objetivo para los líderes que ostentaban el poder en el momento. Por una parte, se minimizaba la importancia de las protestas originadas por el descontento social que tenían lugar atribuyéndolas a un colectivo de desviados; y por otro lado, se descalificaba el comportamiento de aquellos que ponían en entredicho la organización de la sociedad, elevando dichas ideas a la categoría de enfermedades, y por lo tanto, de individuos peligrosos.⁴⁹

⁴⁶ COBO DEL ROSAL, Gabriela (2012). El proceso de elaboración del Código penal de 1928. *AHDE, tomo LXXXII*, pp. 561-602. P.582

⁴⁷ MARTÍN, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 36, tomo 1. P. 530

⁴⁸ RUIZ MAYA, Manuel (1928), La peligrosidad de los alienados en sus aspectos teórico y práctico. Segunda Reunión Anual de la Asociación Española de Neuropsiquiatras, Madrid, *Archivos de Neurobiología*, VIII, 63-97, p. 67

⁴⁹ CAMPOS MARTÍN, Ricardo. (1997). Higiene mental y peligrosidad social en España (1920-1936). Madrid, *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 39-59. P. 43

El código penal de 1928 fue redactado bajo el principio de defensa social, ya que tutelaba los intereses sociales generales contra una minoría que atentaba contra los mismos.

Este concepto, introducido por la escuela positivista italiana hizo que las herramientas que poseía el Estado para actuar contra la criminalidad se volvieran más represivas. Esta vez, no solo controlando los comportamientos de los individuos que infringían las normas establecidas, sino controlando también las actuaciones que todavía no habían tenido lugar, a través de las medidas de seguridad.

El código penal de 1928 fue el primer código penal español que introdujo la dualidad en el sistema penal. Por un lado, la pena como medio de castigo al delincuente que ha cometido un delito, y por otro lado, una medida de seguridad para aquél individuo potencialmente peligroso, que puede cometer en un futuro próximo, una acción que atente contra los intereses de la sociedad.⁵⁰

Estas medidas se encuentran reguladas en el Capítulo III del Código, “de las medidas de seguridad y sus clases”. Los artículos 90 a 107 explican los términos de aplicación de dichas medidas, las clases, duración, naturaleza... etc. En cualquier caso, la medida más utilizada es la de internamiento en manicomio.

Además, el artículo 97, establece que cuando “se decrete el internamiento de un irresponsable en un manicomio judicial o particular, no podrá salir del mismo sin previo informe de sanidad, lo acuerde así el Tribunal, pudiendo decretarse por éste de nuevo su internamiento, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de la familia del enfermo, si hubiese dado motivo a ello por la realización de actos que evidencien el peligro social”.⁵¹

Dicho artículo deja a disposición del Tribunal, la puesta o no en libertad de un sujeto que se encuentra internado en un manicomio en base a un concepto tan vago como es el de peligro social, que no define. De esta forma, el individuo, sin ningún tipo de garantías, podía ser recluido en un centro psiquiátrico por realizar actos que se alejen de lo mayoritariamente establecido.

Esto supone una clara tendencia de la época y de estos regímenes a conseguir la inocuización de los delincuentes (Von Liszt). No solamente se dispone de la prisión o la

⁵⁰ MARTÍN, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 36, tomo 1. P. 545.

⁵¹ España. Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el *Código Penal*. López, J; Rodríguez, L; Ruiz de Gordejuela, L; Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. Akal.

pena de muerte para apartarlos de la sociedad, sino que además, a través de esta medida de seguridad, se elimina esa peligrosidad social a través de un juicio futuro de criminalidad.

4.1.1. De las circunstancias agravantes, códigos 1870 y 1928

En relación a los supuestos de peligrosidad social que se manejan durante la dictadura de Primo de Rivera, el código de 1928 recoge en sus circunstancias agravantes, dos tipologías: “por las circunstancias de la infracción” y “por las condiciones del infractor”. Es en este último apartado, donde se establece la condición de vagancia como circunstancia agravante del hecho.⁵²

Ya es en el código de 1870 donde se incluye, en las circunstancias agravantes de la responsabilidad, el hecho de ser “vago el culpable”. Sin embargo, en el código de 1928 se hace una especial mención a esta circunstancia, dedicando prácticamente el artículo 67 del mismo, a describir las circunstancias personales del infractor que suponen mayor gravedad.⁵³

El hecho de que el código de 1928 generado durante la dictadura de Primo de Rivera, haga una especial mención a los conceptos de peligro y defensa social, hace destacable la extrema severidad con la que se promulgaron estas leyes, propias de una dictadura, y que no se ven reflejadas en el anterior código de 1870.⁵⁴

⁵² España. Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el *Código Penal*. López, J; Rodríguez, L; Ruiz de Gordejuela, L; Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. *Akal*

⁵³ “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. 23ª: Ser vago el culpable. Se entiende por vago el que no posee bienes o rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo” – Código penal 1870.

“Agravantes. Por las condiciones del infractor. Art.67: 1ª. La vida depravada anterior del delincuente, en la familia o en la sociedad; ser conocido como provocador o pendenciero o llevar habitualmente armas sin licencia. 5ª. La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, no tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia”. – Código penal 1928.

⁵⁴ MARTÍN, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 36, tomo 1. P. 551.

4.2. El concepto de “estado peligroso” en Luis Jiménez de Asúa (1889-1970)

Luis Jiménez de Asúa fue un jurista y político español, miembro desde 1931 del Partido Socialista Obrero Español (PSOE), siendo elegido para elaborar la Constitución Republicana. Sus numerosas investigaciones en el ámbito del Derecho penal, le llevaron también a participar en la redacción del Código Penal de 1932, perteneciente a la llamada “ala moderada” del PSOE.

Jiménez de Asúa elaboró su tesis doctoral sobre *La Sentencia Indeterminada*. Dicha tesis, más extensa y documentada de lo por entonces habitual, debió ser factor decisivo para conceder, en virtud de concurso, una pensión para estudiar Derecho Penal en Francia y Suiza. Esto le llevó a querer investigar sobre la dirección político-criminal de Ginebra, y puesto que fue dirigida por Von Liszt, solicitó la prórroga de su pensión para trasladarse a Berlín a estudiar con el mismo.⁵⁵

Posteriormente, viajó a Sudamérica donde realizó diversas investigaciones sobre la legislación penal de Perú y Argentina. Es en este último donde adopta como visión del futuro el neopositivismo, derecho protector de los criminales, como el preconizado por el antiguo maestro salmantino Dorado Montero. Y, dado que en ese momento, apuntaba, que sería imposible de realizar, se contenta con un sistema de dos Códigos, preventivo y sancionador. Ambos códigos complementados entre sí en áreas de: la prevención de la delincuencia habitual, tema que por entonces era de gran preocupación para la sociedad; y un código sancionador en el que se incluían los diferentes castigos y delitos.⁵⁶

Luis Jiménez de Asúa, vivió en una época en la que se ofrecieron numerosos indultos generales muy amplios, que pusieron en libertad a multitud de delincuentes profesionales. Esto ocasionó una gran preocupación por la criminalidad en la sociedad. Este penalista, motivado por los acontecimientos, elaboró un proyecto en el que se sustituían las figuras del delito por estados de peligrosidad y las penas por medidas de seguridad, y que fue denominada como la Ley de Vagos y Maleantes en 1933, dentro del periodo republicano.

⁵⁵ ANTÓN ONECA, José. (1970). La obra penalista de Jiménez de Asúa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 547.

⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, *Editorial Losada*. S.A. 1950. P. 313

Posteriormente y con una serie de enmiendas desfavorables a la misma, fue adoptada por el régimen franquista, de la que hablaremos posteriormente.

En cualquier caso, Luis Jiménez de Asúa, no fue partícipe de la elaboración de dicha Ley como tal que fue adoptada por Francisco Franco durante la dictadura, sino que adoptó los preceptos en su idea dualista de un código preventivo y otro sancionador. Como pudo plantear el penalista y político Radbruch en el código de Alemania en 1922.

Luis Jiménez de Asúa publica en 1922 la obra *El Estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. En ella trata sobre el estado peligroso, concepto creado por la escuela penal positivista y no introducido aún en España.

En su concepción, la peligrosidad se concibe como el estado subjetivo que permite formular un pronóstico sobre las posibles actividades antijurídicas de quien se encuentra en dicho estado. Se exterioriza por tanto, por la conducta del sujeto que se encuentra en ese estado peligroso.

Esta conducta y el síntoma de la misma, pueden ser o no un hecho delictivo, por lo que existen dos tipos de peligrosidad: predelictual y posdelictual. La peligrosidad predelictual estaría integrada por aquellas personas que no habiendo cometido ningún delito, realizan una serie de conductas manifiestamente antisociales. La peligrosidad posdelictual estaría compuesta por aquellos que ya han cometido algún hecho delictivo previamente.⁵⁷

Luis Jiménez de Asúa, explica en su obra el paso en las escuelas penales del interés por el acto delictivo, a la importancia del delincuente. Como establecía Von Liszt “no debe pensarse al acto, sino al autor”. Es la escuela de la defensa social, la que apunta dicho interés por el sujeto delincuente. Autores norteamericanos, también afirmaban que “el delincuente debe ser encarcelado, no por lo que hizo, sino por lo que es”.⁵⁸

Poco a poco se va abandonando el antiguo criterio de responsabilidad e intencionalidad de los hechos cometidos, ese clásico Derecho Punitivo, y se va sustituyendo por el concepto del estado peligroso. Este concepto viene a sustituir además, los términos de imputabilidad moral y de libre albedrío, propios de la escuela clásica.

⁵⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. (1975). El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 33-52. P.39

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1920). El Estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal Moderno. Madrid: *Reus*, p. 9

Así como muchos penalistas se detienen en los problemas filosóficos que el concepto de libre albedrío y la voluntad del sujeto suponen, Jiménez de Asúa sostiene una serie de teorías que se abstienen de discutir dichos conceptos y aprecia la delincuencia en el peligro que el delincuente supone en ese “estado peligroso”.

Es decir, lo que les interesa a los penalistas es esa peligrosidad que el delincuente presenta para la sociedad. Desde el momento en el que ese estado peligroso se comprueba en un sujeto, existe la necesidad por parte de la sociedad de defenderse. Y es entonces al fijar la medida con la que vaya a actuar la defensa, donde se tendrá en cuenta la condición de sujeto peligroso, y a su vez, se individualizará el tratamiento.

Jiménez de Asúa explica además que se requiere de un mayor empleo de las “medidas asegurativas” para la prevención del delito. A diferencia de las penas clásicas donde se buscaba una represión del delincuente, con estas medidas y con la individualización del tratamiento, se busca una prevención del delito para evitar futuras conductas.

Si se acepta la fórmula del estado peligroso, la pena será reemplazada por una medida de seguridad, y ésta no consistirá en una venganza, ni una expiación, ni tan siquiera una medida correccional, será una medida que aplique un sentido intimidatorio, correctivo e inocuizador, una pena adaptada al carácter y naturaleza del agente.⁵⁹

Con ello, el delincuente deberá estar sometido al tratamiento hasta que cese su estado peligroso y no deberá alargarse más de lo que reclame su peligrosidad. Por lo tanto, debe sustituirse la sentencia definida, por la sentencia indeterminada.

Este último precepto, el clásico principio de “nulla pena sine lege”, queda vulnerado debido a la indeterminación de la sentencia y a la concepción del estado peligroso⁶⁰.

Sin embargo, este autor siempre argumentó que la aplicación de este sistema se llevaría a cabo al margen de ese Derecho Penal vengativo y expiatorio. Se trata de un sistema que aboga por la defensa social consciente y tutelar de los intereses de los ciudadanos, un sistema en el que no haría falta tomar medidas contra los abusos de una autoridad que ejerza una arbitrariedad en la aplicación de las leyes.

⁵⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1920). *El Estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal Moderno*. Madrid: Reus, p. 16

⁶⁰ MARTÍN, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 36, tomo 1. P. 549.

Los jueces del sistema penal que defendía Jiménez de Asúa, son médicos sociales que actúan con prudencia y honradez alcanzando al máximo su competencia científica.⁶¹

Pasa de ser un Derecho penal represivo a un Derecho penal preventivo, protector de la sociedad y “protector de los criminales”, como establecía el autor Dorado Montero previamente. Proteger a la sociedad del crimen velando por los intereses de la misma y a su vez, conseguir prevenir el crimen en el propio delincuente con esas medidas de seguridad adaptadas al caso concreto.

4.3. La Segunda República Española (1931-1939)

El gobierno de la segunda República tuvo que lidiar con una serie de problemas tanto económicos como sociales. En primer lugar, la economía mundial estaba inmersa en la Gran Depresión, de la que no se salió hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Por otra parte, en términos de fuerzas sociales, los oficiales del ejército no apoyaron al Rey, con el que estaban molestos por haber aceptado éste, la dimisión de Primo de Rivera.

A todo esto se le sumó un clima de creciente reivindicación de libertades, derechos para los trabajadores y tasas de desempleo crecientes, lo que resultó en algunos casos en enfrentamientos callejeros, revueltas anarquistas, asesinatos por grupos extremistas de uno u otro bando, golpes de estado militares y huelgas revolucionarias⁶².

En este contexto en el que la delincuencia iba creciendo en la sociedad, además de por la inestabilidad social descrita anteriormente, también por la amplia amnistía otorgada a delincuentes comunes tras la proclamación de la República, muchos penalistas sintieron dicha preocupación y buscaron la manera de poder solucionarlo.

La Ley de Vagos y Maleantes instauró en España esa lucha preventiva contra el delito, que, como se ha descrito anteriormente, mediante la imposición de medidas de seguridad, tanto pre-delictual como post-delictual, buscaba otorgar al gobierno un arma eficaz para luchar contra el alto número de delitos que existía en la España de los años 30.

⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1920). *El Estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal Moderno*. Madrid: Reus, p. 33

⁶² GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (2011). *Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República*. Alianza Editorial. Madrid. pp. 28-30.

Muchos de estos delitos se basaban en atentados contra la religión o la moral, y para ello los estatutos provinciales otorgaban a los gobernadores la capacidad de reprimir estos actos mediante la imposición de multas o de arrestos sustitutorios de 15 días (art. 22, L.Provincial de 29 de agosto 1882).⁶³

La Ley de Vagos y Maleantes surgió como solución al gran número de arrestos que se realizaban por parte del ámbito ejecutivo y que derivaban en una privación de derechos de los sujetos. Se pretendió llevar al ámbito penal con las garantías que ello suponía, este tipo de conductas que causaban una gran preocupación social.

Sin embargo, esta Ley evolucionó en algo totalmente distinto durante la dictadura de Francisco Franco, como se explicará posteriormente.

4.3.1 La teoría del delito de la II República

En 1932 se publica el Código penal de la República en cuya elaboración se encuentran como principales penalistas Luis Jiménez de Asúa y Antón Oneca.

En la teoría del delito expuesta por Luis Jiménez de Asúa, se dedica una mayor atención al sistema elaborado por Ernst Beling, anteriormente mencionado como representante del causalismo positivista alemán, así como una clara influencia de la teoría de la acción presentada por Von Liszt.⁶⁴

Para ambos autores, la tipicidad supone el punto de referencia de la antijuridicidad y de la culpabilidad en una acción. Sin embargo, esa tipicidad debe ser valorada como algo puramente objetivo y funcional. Los elementos subjetivos que puedan establecerse en el tipo penal y que pueden condicionar la antijuridicidad, no deben influir en el mismo tipo, ya que posteriormente serán tratados en la culpabilidad.⁶⁵

⁶³ MARTÍN, Sebastian (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 38. P. 924.

⁶⁴ BACIGALUPO, Enrique. Estudio preliminar y epílogo de la teoría jurídica del delito de Luis Jiménez de Asúa. *Dykinson* (2005). P. 15

⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op.cit. P.30

Jiménez de Asúa realiza en su Tratado, una descripción de los elementos que rodean al delito. En primer lugar, el dolo exige la conciencia de la tipicidad. Y como conciencia de esa tipicidad, se refiere a la conciencia de lo descrito objetivamente en el tipo. Es decir, la descripción de los acontecimientos (por ejemplo, en el homicidio, realizar la muerte de una persona), dejando fuera de consideración, la propia valoración o elementos subjetivos, así como las propias valoraciones del autor al respecto. El tipo describe un resultado, no un comportamiento.⁶⁶

Con todo ello, Jiménez de Asúa hace una distinción entre tipos “normales”, esto es cuando en el tipo únicamente se realiza una descripción objetiva del delito, y tipos “anormales”, cuando en el propio tipo se añaden elementos de la antijuridicidad o de la culpabilidad.⁶⁷ Este tipo descrito por Jiménez de Asúa está inspirado en la concepción que elaboraron autores alemanes como Mezger o Mayer. Sin embargo, a diferencia de dichos autores, que quieren dotar de contenido de antijuridicidad al tipo, Jiménez de Asúa sigue afirmando que la tipicidad no indica en ese momento nada sobre la antijuridicidad. Solamente afirma que si existe una causa de justificación, no habrá delito.⁶⁸

En cuanto al elemento de la culpabilidad, se percibe una gran cercanía a la concepción que realizaba Mayer, penalista alemán, en sus teorías. Así, para ambos autores, la culpabilidad es un elemento ético y un elemento psicológico. Jiménez de Asúa, influido por las ideas preventivo-especiales de corrección de los delincuentes (Dorado Montero), estableció dichas características en este concepto de la culpabilidad.⁶⁹

En tal caso, la culpabilidad tiene en cuenta la motivación del delincuente a la hora de cometer el hecho, es decir, el dolo. Se establece por tanto, la calidad moral y social del motivo que ha tenido el delincuente, para determinar “la condición peligrosa” del mismo. De nuevo, la peligrosidad del sujeto pasaba a ser el centro de la dogmática penal, así como de la teoría jurídica del delito, a raíz de las influencias que la escuela correccionalista dejó en Jiménez de Asúa.⁷⁰

⁶⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La teoría Jurídica del delito. *Dykinson* (2005). P. 61

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op.cit. P. 40

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op.cit. P. 66

⁶⁹ BACIGALUPO, Enrique. Op.cit. P.31

⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. Op.cit. P.32

4.4. El sistema penal en la guerra civil española (julio 1936 – abril 1939)

El 18 de julio de 1936, tras el Golpe de Estado llevado a cabo por una parte del Ejército español contra el Gobierno de la República, se desencadenó la Guerra Civil en España. Este hecho provocó que dos regímenes totalmente contrarios, trataran de imponer su concepción del Derecho penal y del orden a través de una justicia de guerra diferente.

Tanto el bando republicano como el sublevado, tuvieron que ejercer el sistema penal de una forma más severa y ejemplarizante. Fueron los Tribunales populares en el caso republicano y los Consejos de guerra en el bando nacional, los encargados de impartir justicia durante la guerra.⁷¹

En cualquier caso, ambos bandos ejercieron durante los primeros meses de la guerra civil, una violencia física, psicológica, individual o por grupos familiares llevada a cabo por grupos de ideas políticas distintas o de distinta clase social. La consecuencia para la justicia fue la misma para los republicanos como para los nacionales, los protagonistas de la guerra eran los encargados de juzgar a sus enemigos políticos, por lo que las sentencias dictadas por unos y por otros fueron estrictas en los dos bandos.⁷²

Alcalá Zamora recoge en su artículo “Justicia Penal de Guerra Civil” que los nacionalistas legislaban para una ciudad que no habían conquistado todavía, y los del bando republicano para zonas dominadas por el adversario desde el comienzo de la guerra.

4.4.1. El estado de guerra

Durante este periodo en el que la Guerra Civil se encontraba presente en el país y anunciando un Estado de Guerra, el bando nacional adaptó el Derecho penal a su situación. Así, sustrajo del Código penal común, una serie de delitos que se consideraron competencia propia de la Justicia Militar, juzgando a todos los ciudadanos (civiles) sospechosos, a través de los Consejos y Tribunales de Guerra. Sería entonces la propia

⁷¹ PRESTON, PAUL. La Guerra Civil Española. *Fundación Pablo Iglesias*, Madrid, (2008) Pág. 18

⁷² MARÉS ROGER. Francisco. El tribunal del Jurado en la II República Española. *Boletín nº 1760*, Pág. 95.

jurisdicción militar la encargada de decidir qué casos debían ser competencia de la jurisdicción ordinaria y cuáles exclusivos de la suya propia.⁷³

Con todo ello, lo que se consiguió fue que aplicando a los civiles estos Consejos de Guerra, se generara un vacío legal similar al que se estableció en la Alemania nazi con la actuación de la Gestapo. Todos los ciudadanos se encontraron inmersos en las normas y la actuación militar ante cualquier tipo de delito, ya que tenían el arbitrio de decidir la competencia de cada caso.⁷⁴

En cuanto a la pena de muerte derogada por el gobierno republicano con el Código de 1932, volvió a instaurarse en el Código Penal común el 5 de julio de 1938, aunque momentáneamente limitada a tres delitos: parricidio, asesinato y robo con homicidio. En cualquier caso, el Código de Justicia Militar preveía la pena de muerte para las conductas políticas contrarias.⁷⁵

Así, el nuevo Gobierno establecido de forma progresiva en el territorio español en función del avance militar que se producía, aspiraba a realizar una reforma completa de la legislación penal como factor de consolidación del poder. De esta forma, en 1938 apareció en Salamanca el Anteproyecto de Código penal formulado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange Española Tradicionalista y de las JONS, cuya característica principal fue que se trataba de un Código de carácter totalitario, y cuya descripción se mencionará posteriormente

5. La dogmática jurídica en la época de las dictaduras

5.1 Carl Schmitt (1888-1985) y las ideas penales de la escuela de Kiel

Carl Schmitt fue un jurista católico alemán de importante reconocimiento académico en los círculos conservadores, durante las primeras décadas del siglo XX. Se adhirió al

⁷³ BARBERO SANTOS, Marino. Política y Derecho penal en España. *Revista de Derecho político*. Madrid, 1977. p. 62.

⁷⁴ MEYER-ABICH, Nils; AMBOS, Kai. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos jurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. *Revista Penal*, 24, (2009). p. 4.

⁷⁵ BARBERO SANTOS, Marino. Op.cit. 70.

nazismo afiliándose al partido en mayo de 1933, y fue designado por el régimen hitleriano como catedrático de Derecho Público en la Universidad de Berlín en octubre de 1933, puesto en el que permaneció hasta mayo de 1945.⁷⁶

La obra de Schmitt previa a que el nazismo accediese al poder en Alemania, lo muestra como un autor con una clara ideología antidemocrática. En un ensayo de 1932, comparaba despectivamente a los ciudadanos con derecho al voto con “ovejas”, que en tiempo de elecciones son llevadas por los partidos políticos “al corral de sus listas”.⁷⁷

De esta forma, Carl Schmitt ya mostraba previamente a la época del nacionalsocialismo, unas ideas simpatizantes con el mismo. Una vez que vio ascender al poder y consolidar el régimen a Hitler en 1933, publicó un ensayo que tuvo gran repercusión “Estado, movimiento, pueblo” en el que la sociedad es definida como una “comunidad racial”, que se encuentra en perfecta sintonía con la ideología nacionalsocialista.⁷⁸

Para esta autor, la política no era otra cosa que la relación existente entre amigo y enemigo. Así, se concebía al enemigo como alguien que tarde o temprano hay que destruir. A partir de esas relaciones políticas, el concepto de adversario podría traducirse en enemigo en cualquier momento.⁷⁹

Además, no sólo compartía las ideas nacionalsocialistas en cuanto a estos principios comunitarios, sino que compartió con Hitler la causa antisemita y el odio irracional a los judíos.⁸⁰

Posteriormente, en diciembre de 1936, Carl Schmitt renuncia a muchos de sus cargos y se limita a mantener su cátedra en Berlín y dedicarse a publicar algunas monografías favorables a la ideología nazi. Algunas de ellas: “Enemigo total, guerra total, Estado total”, de 1937; “Neutralidad en el derecho internacional y totalidad racial”, de 1938; o con comentarios antisemitas, en su obra sobre Thomas Hobbes, “El Leviathan en la teoría

⁷⁶ RAFECAS, Daniel. La ciencia del Derecho ante el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt. *Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 8 nº15. (2010) p. 133

⁷⁷ RAFECAS, Daniel. Op.cit. P.134

⁷⁸ ZARKA, Ives-Charles. Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt, trad. de Tomás Bueno. *Anthropos*, Barcelona. (2007). P.20.

⁷⁹ RAFECAS, Daniel. Op.cit. P.144.

⁸⁰ HERRERO, Montserrat. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Carl Schmitt. *Tecnos*. (1996). P.12

del Estado de Thomas Hobbes”, también de 1938. Además, publicó varios trabajos sobre la teoría del “Gran Espacio” que ya se encontraba presente en “Mi Lucha”, pretendiendo legitimar con ello la conquista de los territorios desde Polonia hasta la Unión Soviética.⁸¹

En cuanto a los Tratados de Derecho Penal, en general sitúan a Carl Schmitt como jurista inspirador del orden jurídico-político con su concepción del Derecho como “orden concreto”. Esta teoría constituye una de las principales referencias del jurista, asociado a la Escuela de Kiel.⁸²

La Escuela de Kiel, también conocida como Escuela fenomenológica, intuitiva o irracionalista, cuyas figuras más destacadas fueron los profesores de la Universidad de aquella ciudad del norte de Alemania, Schaffstein y Dahm, fue la dirección dogmática predominante durante el Tercer Reich.

La autora Monserrat Herrero, define el Orden concreto de Schmitt como: una “mezcla de principios morales y racionales, configurados en las costumbres, con sentimientos, condicionamientos del entorno y a partir del hecho de que el hombre no puede vivir más que en relación con otros hombres.”⁸³

Para Carl Schmitt, dentro de la teoría del derecho como orden concreto, existen “diferentes momentos” en la creación del derecho, de este modo se distinguen los conceptos de: “derecho (Recht), idea de derecho (Rechtsbegriff), derecho positivo (Positives Recht) y realización del derecho (Rechtsanwendung).”⁸⁴

En este sentido, estos términos se conectan entre sí formulándolos en algo concreto: la idea de Derecho se convierte en derecho positivo a través de la decisión política y el derecho positivo se realiza en la práctica gracias a la decisión judicial.⁸⁵

⁸¹ RAFECAS, Daniel. Op.cit. P.145

⁸² VARGAS MURILLO, Alfonso.R. El derecho como orden concreto: una introducción al pensamiento jurídico de Carl Schmitt. *Derecho y cambio social*. (2015). P. 5

⁸³ Citado por: CAMPDERRICH BRAVO, Ramón. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945), *Tesis Doctoral Universitat de Barcelona*, Barcelona, (2003). P. 139. Disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/34976/1/RCB_TESIS.pdf

⁸⁴ HERRERO, Montserrat. Op.cit. P.27

⁸⁵ HERRERO, Montserrat. Op.cit. P.28

Todo ello se encuentra legitimado dentro de un orden concreto pre-existente, formado por la dinámica social y política que hacen de fundamento de las normas jurídicas.⁸⁶

Sin embargo, esta idea inicial del orden concreto, debe contemplarse en relación con el régimen nazi. Schmitt le daba al Führer el poder para decidir quiénes se consideraban “enemigos” del pueblo alemán y de esta forma, esos “enemigos” eran excluidos de la vida política y social. Es decir, esos órdenes concretos que definen a cada sujeto su lugar en una sociedad determinada, son únicamente posibles para los miembros del pueblo alemán (Volksgemeinschaft).⁸⁷

5.1.1. La distinción amigo-enemigo para Carl Schmitt

Uno de los términos que más se analizan dentro de la obra de Carl Schmitt es el de la distinción entre amigo-enemigo. De esta forma, lo que realmente se determina dentro del campo de la política es la distinción entre estos dos términos, y que lo diferencia del derecho liberal ya que éste no es capaz de distinguir si hay enemigos en el mismo.

Para Carl Schmitt:

“La distinción entre amigo y enemigo denota el más completo grado de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación. Puede existir teóricamente y prácticamente, sin tener que basarse simultáneamente en distinciones de tipo moral, estético, económico, o de cualquier otra naturaleza. El enemigo político no necesita ser moralmente malo o estéticamente feo; él no necesita aparecer como un competidor económico, y puede incluso ser ventajoso, hacer negocios con él. Pero es, a pesar de todo, el “otro”, el extraño; y es suficiente por su naturaleza, que él sea, de una manera especialmente intensa, existencialmente algo diferente y extraño, de modo que en el caso extremo sea posible tener conflictos con él. Éstos no pueden ser decididos por una norma

⁸⁶ SERRANO G. Enrique. Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt. *Isegoría*, Nº 36, enero-junio. (2007). P. 127.

⁸⁷ PARDO, Celestino. Estudio preliminar en Schmitt, Carl, El Valor del Estado y el Significado del Individuo. *Centro de Estudios Político Constitucionales*. Madrid (2011). P. 81

previamente determinada ni por el juicio de un tercero desinteresado y por ello neutral”.⁸⁸

Estas afirmaciones suponen, la definición del enemigo como existencialmente distinto, es decir, tratado como el extraño, el “otro”, que no forma parte del propio Estado. Es este hecho lo que supone un riesgo en la propia forma y preservación de los intereses del Estado, y que supone una representación de un conflicto futuro, concreto, real e inevitable.

En definitiva, el enemigo político para Schmitt, “es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone combativamente a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo público, pues todo cuanto hace referencia a un conjunto tal de personas, o en términos más precisos a un pueblo entero, adquiere eo ipso carácter público”.⁸⁹

Por otro lado, existe dentro de la teoría de Schmitt, el concepto de enemigo sustancial. Según el autor Zarka, se entiende por enemigo sustancial aquél que es “independiente de las circunstancias; menos designado por el otro, que autodesignado por su misma naturaleza; permanente, irreducible en el sentido de que no puede ser reducido a otra cosa o transformarse en otra cosa, sino que sólo puede disfrazarse u ocultarse”.⁹⁰

Esta afirmación supone que el enemigo sustancial, a diferencia del enemigo descrito anteriormente, determinado por una decisión de serlo como tal, se trata del enemigo de raza: el judío.

5.1.2. *El decisionismo de Carl Schmitt*

Carl Schmitt introdujo el término “decisionismo” en el prefacio de su obra *Die Diktatur* de 1928, haciendo referencia a los fundamentos legales de la dictadura. En este sentido,

⁸⁸ SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios, Versión e introducción de Rafael Agapito. *Alianza Editorial*, Madrid, (2006) p. 57

⁸⁹ SCHMITT, Carl. Op.cit. Pp 57 y 58

⁹⁰ ZARKA, Yves. Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935, *Traducción de Tomás Valladolid Bueno. Anthropos*, Barcelona. (2007) pp. 45 y 46.

el concepto aplicado al Derecho se fundamenta estableciendo, según Schmitt, en que “como todo otro orden, el orden legal se funda en una decisión y no en una norma”. Así pues, esto supone que el contenido normativo de un precepto legal se determinará a través de una decisión política.⁹¹

Esa decisión política que establece el ámbito legal de una sociedad determinada, debe realizarse a través de una autoridad soberana que supone una fuente absoluta y que marca toda decisión moral y legal en la vida política de la misma. Así, define al soberano como aquél que permanece fuera y por encima de la Ley. Por lo que los conceptos de soberanía y decisión, están unidos y relacionados en la filosofía del Derecho de Schmitt.⁹²

Para Carl Schmitt, el Derecho debe ser obedecido por la sociedad, no por su contenido racional, sino por haber sido establecido por el soberano para asegurar la paz y la seguridad del Estado.⁹³

5.2. Edmund Mezger (1883-1962)

Edmund Mezger fue uno de los penalistas más importantes que representaron la ciencia alemana del Derecho penal desde la República de Weimar. Así, con sus numerosas publicaciones, desde su Tratado de Derecho penal, hasta trabajos y artículos sobre los elementos subjetivos de lo injusto o la naturaleza y sentido de los tipos penales, fue uno de los representantes de la dogmática jurídica de la época.⁹⁴

Además, fue el penalista más destacado del régimen nacionalsocialista. De esta forma, en 1933 se integró como miembro de la Comisión de Reforma del Derecho penal, en la cual se integraron el plan y las directrices de elaboración del nuevo Código Penal nacionalsocialista.

⁹¹ NEGRETTO, Gabriel.L. El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción. *Universidad de Buenos Aires*. P. 3

⁹² NEGRETTO, Gabriel. L. Op.cit. P. 4

⁹³ RAFECAS, Daniel. Op.cit. P.150

⁹⁴ RAMOS RODRÍGUEZ, Emilio. En torno a la teoría del delito según Edmund Mezger. *Revista de la Universidad de Oviedo*. (1942). P.99

Ya en ese mismo año, Mezger publicó su “Política criminal sobre fundamentos criminológicos”. En esta misma obra, el autor planteaba la necesidad de adaptar el Derecho penal al nuevo Estado, basándose en las ideas de “pueblo” y “raza”, intentándolas llevar a la práctica hasta 1945.⁹⁵

“Especial importancia tiene la concepción constitucional y biológica hereditaria, porque ambas dan la posibilidad de ver los aspectos y los rasgos individuales de la personalidad no ya en sí misma considerada, sino en el contexto más amplio de los condicionamientos de la constitución y la sangre. Es aquí donde encuentra apoyo la idea de eliminar los sectores de la población dañinos para el pueblo y la raza”.⁹⁶

En este extracto de la última edición que publicó sobre su obra en 1944, establece sus ideas sobre la protección de la raza y el pueblo, que también se vieron reflejadas en el resto de sus obras durante el nacionalsocialismo.

Como miembro de dicha Comisión, participó en la redacción de los textos legales fundamentados por la ideología nazi. Uno de los ejemplos más destacados fue la aplicación de la analogía en los tipos penales, justificándola como “si la idea jurídica que le sirve de fundamento y el sano sentimiento del pueblo así lo requieren”.⁹⁷

5.2.1. La teoría del delito según Edmund Mezger

Para Edmund Mezger, el delito viene integrado por tres elementos esenciales: antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad. Anteriormente, autores como Beling habían contemplado estos tres elementos del delito de forma independiente, como figuras únicas. Sin embargo, Mezger los establece en su conjunto y no como una división del estudio del delito.⁹⁸

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo. *Tirant lo Blanch*. (2003). P. 84

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Cita textual a Mezger en Op.cit. P.85

⁹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. P. 86

⁹⁸ RAMOS RODRÍGUEZ, Emilio. Op.cit. P.100

En cuanto al concepto del delito en general, Mezger se muestra partidario de una teoría realista o causal del mismo. No establece el resultado del delito como un defecto psíquico en el autor, sino como una relación causal del mismo, colocando en último momento la culpabilidad, después de la antijuridicidad.⁹⁹

Mezger, siguiendo la trayectoria de Liszt y Mayer, afirma que el resultado es un elemento esencial en el concepto de la acción. Esto es producto tanto de una conducta corporal del autor como del resultado externo que se produce a causa de dicha conducta. Además de ello, Mezger elabora una concepción del resultado como forma típica. Es decir, califica de resultado además la simple manifestación de voluntad del sujeto, tipificándolo como tal en la propia ley.¹⁰⁰

En cuanto al concepto del injusto en la antijuridicidad, Mezger establece que aparece como una lesión objetiva de las normas jurídicas. Sin embargo, este concepto aparentemente objetivo debe ser complementado con las normas subjetivas de determinación, donde no se trata de examinar únicamente el elemento del injusto de manera objetiva, sino que además hay que atender a la reprochabilidad personal de la conducta del sujeto.¹⁰¹

Esto supone que quien lesione las normas subjetivas de determinación propias del concepto de la antijuridicidad, será culpable, en cuanto a que se aprecian los aspectos tanto objetivos como subjetivos del hecho antijurídico.

A pesar de que Mezger reconoce estos elementos subjetivos dentro de la antijuridicidad, establece una distinción clara de la culpabilidad. Es por ello, que elabora la teoría de los elementos subjetivos del injusto en la esfera de lo objetivo que presenta el Derecho Positivo.

En cuanto al principio de “*nullum crimen sine lege*”, Edmund Mezger, confirma su importancia en la esfera del Derecho y la tipicidad, dado que a través del mismo se

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. P. 130

¹⁰⁰ NAVARRETE URIETA, Jose Maria. La imputabilidad en el pensamiento de Edmund Mezger. *Universidad de Madrid*, (1959). P.40

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op.cit. P. 135.

consigue un castigo al delincuente. Sin embargo, es en la concepción del bien jurídico en la que establece Mezger necesario el hecho de que se contemple un Derecho Supralegal, ya que las leyes en sí mismas, dejan sin respuesta numerosas cuestiones de la práctica del Derecho.¹⁰²

5.3. Influencia de la dogmática penal alemana en España

5.3.1. Derecho penal del enemigo

Una de las primeras influencias que ejerció la teoría penal alemana en España fue el concepto de amigo-enemigo que trabajó Carl Schmitt en el nacionalsocialismo.¹⁰³

Este término se volvió elemental en la política hegemónica del franquismo, que perpetró en la justicia penal en todos sus ámbitos. La Política Criminal franquista institucionalizó a través de una serie de normas y de sentencias dicha teoría. Esto supuso, dentro de la sociedad española, el control total disciplinario y policial de aquellos que suponían un peligro para el Estado (enemigos).¹⁰⁴ Es por ello que el uso del moderno concepto de “Derecho penal del enemigo” sirve para definir el tipo de “Derecho penal de combate” de la época, en plena Guerra Civil, y posterior.

Los elementos que definen este Derecho penal del enemigo son cuatro¹⁰⁵:

- *Adelantamiento de la punibilidad*: Esto supuso que los actos preparatorios, la tentativa y la planificación anteriores a la lesión del bien jurídico, también resultaban igualmente penados. Ya no resultaba ser el hecho cometido el punto inicial de referencia, sino que de igual forma surgían actos punibles sin llegar a ser consumados. Como se ha comentado anteriormente en la dogmática jurídica del nacionalsocialismo, ambas dictaduras tuvieron en cuenta estos actos preparatorios igual de punibles e igualmente sancionables que los hechos

¹⁰² MUÑOZ CONDE, Francisco. Política Criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar. *DOXA, cuadernos de Filosofía del Derecho* nº15 y 16. Alicante (1994). P.1040.

¹⁰³ TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. Derecho penal del enemigo en el primer franquismo. El caso de Julián Basteiro. *Revista de historia actual*, Vol 11, nº11. (2013). P. 67.

¹⁰⁴ TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. Op.cit. P.69.

¹⁰⁵ TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. Op.cit. P. 70

propiamente consumados, como método de represión ante los “enemigos” propios del Estado.

- *Penas previstas desproporcionadamente elevadas.* La pena capital estaba presente en numerosos delitos que no pertenecían a crímenes de sangre.
- *Garantías procesales relativizadas o incluso suprimidas.* Esto se justifica, al igual que en el Derecho Penal alemán, como la ausencia de derechos por parte del enemigo social. Es decir, aquél que atenta contra el Estado y que pone en peligro los bienes jurídicos comunitarios, no merece ser tratado con garantías en el proceso.
- *Derecho penal de autor.* La función identificación de una categoría de sujetos como enemigos conlleva regulación de un derecho propio de autor. Se establece un Derecho propio en el que el enemigo, el autor del hecho concreto es quien debe importar, porque atenta contra la defensa social. No existe un enemigo reconocible y concreto, sino que se refiere a todos aquellos que atentan contra el orden y el Estado. Es por esto que, no es el hecho lo que está en la base de la tipificación penal, sino también aquellos elementos que sirvan para la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos.

6. Legislación penal y Codificación en las dictaduras

6.1. Legislación penal del nacionalsocialismo

Con la llegada al poder del Nacionalsocialismo, el régimen promulgó una serie de leyes y ordenanzas cuyo objetivo principal era la protección penal del Estado y del propio partido, dedicada fundamentalmente a la represión de delitos políticos, así como la lucha contra la delincuencia común en sus modalidades más peligrosas.

De esta forma se preparó un proyecto de Código penal basado en la ideología Nacionalsocialista, cuyas características principales son las siguientes:

Derecho penal popular y honor del pueblo alemán

Este concepto se determina a través de la expresión “un Derecho hecho por el pueblo para el pueblo”.¹⁰⁶ Esto supone que se trata de un Derecho que protege al pueblo alemán, protege su realidad histórica, la realidad social y moral. Sus principios protegen así a la comunidad de sangre y los bienes jurídicos que de ello se determinan. De esta forma, el sentimiento popular se eleva a la fuente del Derecho penal a través de la ley de 28 de junio de 1935 que modificó el antiguo Código penal autorizando la aplicación de las leyes por analogía¹⁰⁷.

En este sentido, los autores Georg Dahm y Friedrich Schaffstein defienden los valores tradicionales de la nación frente a los intereses de un solo individuo.

A su vez, Heinrich Gerland en 1933 afirma: “Ante la comunidad el particular solo significa tanto como es significativa para ella”.¹⁰⁸ Por lo tanto, los juristas de la época dejaron de considerar el Derecho Penal como un instrumento para la protección de los intereses individuales.

En palabras de Schaffstein: “Para nosotros el sentido de la pena y del Derecho penal ya no es la protección de esferas de bienes individuales, sino depuración y a la vez protección de la comunidad del pueblo mediante la separación de los degenerados”.¹⁰⁹

Como consecuencia de este abandono del individualismo, el concepto de bien jurídico fue discutido por la doctrina de la época. Se estableció por tanto que el principio metodológico del bien jurídico, era lo suficientemente amplio como para incorporar aquellos que atienden a los intereses de la comunidad y del Estado, por ejemplo, “la dignidad del Estado y el honor de la nación”.¹¹⁰

¹⁰⁶ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. *Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia* v. 34: 11-74, (2006). P. 22

¹⁰⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. El Futuro Derecho penal alemán. *Revista de educación*, gobierno de España. (1941). P. 73.

¹⁰⁸ HOYER, Andreas. Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo. *Revista penal*, nº23. (2009). P.42

¹⁰⁹ HOYER, Andreas. Op.cit. P.42.

¹¹⁰ HOYER, Andreas. Op.cit. P.43

Dado que el principal objetivo del Derecho penal en el Nacionalsocialismo es la protección de los intereses materiales que derivan del Estado, esto supone, además, una defensa social de los valores morales del pueblo alemán, es decir, su honor.

En este honor se defienden no solamente los intereses del propio individuo sino además el de los difuntos, siendo este concepto especialmente importante para el Nacionalsocialismo.¹¹¹

Distinción entre delito consumado y tentativa

Partiendo de la base de que el bien jurídico protegido pasa a ser propio de la comunidad, el concepto de la antijuridicidad y la culpabilidad también cambia. De esta forma, para el nacionalsocialismo, cualquier conducta que pretenda lesionar o que cause peligro para un bien jurídico es merecedora de castigo.¹¹² El autor ha manifestado un deseo y una voluntad de cometer un hecho que atente contra la comunidad, por lo que resulta merecedor de un castigo.

La culpabilidad pasa a ser lo injusto, esto es, el ánimo contrario a deber. Y es en el comienzo de la ejecución de sus actos cuando el autor actúa como enemigo del pueblo. Este plan de causar una lesión o poner en peligro un bien jurídico supone una traición a los valores comunes, y el hecho de que se perpetren o no, es cuestión de azar.¹¹³

Esto tiene como consecuencia que no se contemple una distinción entre un delito en grado de tentativa o consumado. Si bien es cierto que en los códigos alemanes siguieron claras dichas distinciones, se dejaba a arbitrio del juez efectuar una reducción o no si el delito se cometió en tentativa.

¹¹¹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op.cit. P.74

¹¹² RAFECAS, Daniel. El Derecho penal frente al Holocausto, (a propósito de unas obras recientes de Francisco Muñoz Conde y Enzo Traverso). *Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 8 nº15. (2011) P. 140

¹¹³ HOYER, Andreas. Op.cit. 45

Derecho penal de raza

En relación a la defensa del honor del pueblo alemán, la protección de la pureza de la raza es un pilar fundamental en el Derecho nacionalsocialista. La ideología de este partido hace que la raza y la protección de la misma del pueblo alemán adquieran un importante valor, incluso limitando las relaciones de mezcla racial entre arios (base étnica del pueblo alemán) y hebreos (judíos). Bajo la premisa “la historia enseña, que la descomposición de las razas conduce los pueblos al ocaso”,¹¹⁴ se promulgaron diferentes leyes con el fin de alcanzar la pureza racial del pueblo alemán, las más destacadas Leyes de Nuremberg de septiembre de 1935 y la “Ley para la protección de la sangre y del honor alemán”, del mismo año.¹¹⁵

Derecho penal basado en la voluntad

El que hasta entonces Derecho penal se encontraba vigente en Alemania, tenía como principios fundamentales un Derecho penal de resultado¹¹⁶, en el que se hacía presente en la lesión o el perjuicio causado a un bien jurídico.

En este sentido, el Código penal reflejará no solamente el resultado lesivo de una acción concreta, sino la exteriorización de la voluntad criminal. Edmund Mezger contribuyó a la justificación de esta premisa estableciendo¹¹⁷:

- El Derecho penal es un derecho de lucha donde debe herir al enemigo en el punto donde tiene sus raíces la actividad delinciente, esto es, en la voluntad criminal.
- El objetivo principal de la pena es la expiación y por lo tanto, debe expiarse de igual forma la voluntad delictual de atentar contra el pueblo y la comunidad.
- El Derecho penal actúa a su vez como medio educador del pueblo, que a través de un orden jurídico y moral conseguirá dicha educación sobre la voluntad de los individuos.

¹¹⁴ HITLER, Adolf. *Mi lucha. Primera edición electrónica*, 2003. P. 71

¹¹⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Op.cit.* P.73

¹¹⁶ HANS-HEINRICH, Jescheck. *La reforma del Derecho penal alemán, fundamentos, métodos, resultados. Sección doctrinal* (1972). P. 632

¹¹⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Op.cit.* P.74

El sentido expiacionista de la pena

Este concepto establece que el delincuente, tras la voluntad y comisión de un hecho delictivo, cargado de culpa (elemento fundamental del concepto expiacionista), debe compensar al Estado a través de la pena que se le imponga. Así, Von Gerning, penalista destacado de la época, afirma que “el Estado debe aspirar a la retribución por medio del sufrimiento del culpable, aunque no reporte a la sociedad provecho alguno, aun cuando signifique un aniquilamiento insensato”.¹¹⁸

Prevención general de la pena

Además de este sentido expiacionista de la pena, el Derecho penal aspira también a prevenir de forma general a todos los delincuentes de la comisión de cualquier delito, mediante la intimidación que se ejerce sobre las masas. A través de una observancia de la Ley y sus consecuencias, se realizará una represión a través de la pena cumpliendo esa función de prevención general.¹¹⁹

Consecuencias penales

Como consecuencia de lo anteriormente descrito, la pena de muerte se encuentra muy presente en la codificación alemana, teniendo tres modalidades:

- La horca, para los casos especialmente infames.
- El fusilamiento, para los más honrosos.
- La decapitación como método ordinario.

En este sentido existe otro tipo de pena que recae sobre el honor, que consiste en la pérdida del honor y de la ciudadanía alemana, a través de los derechos civiles así como la participación en la vida política y nacional.

En cuanto a las penas privativas de libertad, se acorta la duración de las mismas pero se agravan. Se crea la pena de trabajos forzados que está destinada a aquellos individuos que

¹¹⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op.cit. P.75

¹¹⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op.cit. P.75

manifiestan aversión al trabajo (vagabundos, rufianes...etc), que posteriormente se mencionará en las leyes especiales. A su vez, las medidas de seguridad contra los delincuentes habituales también se introducen en el Código penal.¹²⁰

La analogía y el abandono del principio de legalidad

La analogía es el precepto que más importancia adquiere en la etapa penal nacionalsocialista.

Con él se abandona la máxima de “nullum crimen sine lege”, alegando que el principio básico fundamental que debe tenerse en cuenta es el de la defensa social, y con él deja a la comunidad sin amparo con una total indefensión¹²¹.

El hecho de que la comunidad pasara a ser “la víctima” y no un individuo concreto lesionado, hacía que la figura del autor quedara igualmente infravalorada. Esto suponía que si no existía un respeto por los bienes individuales de la víctima, tampoco lo habría para el autor.¹²²

De esta forma, se establecía que era inadmisibles que un autor de un hecho que resulta punible para la comunidad, quedara absuelto por el principio de “nulla poena sine lege”. Carl Schmitt defendía entonces, la fórmula de “nullum crimen sine poena”.¹²³

Se suprimió entonces la prohibición de la analogía y la reactividad, ya que aseguraban que eran dos principios que protegían al enemigo de la comunidad del castigo que se merece ante la comisión de un hecho. Así pues, dicha analogía suponía una amplia zona de peligro para el autor, ante cualquier tipo penal.

El concepto formal de delito redactado en el código a través de estos principios era sustituido por un concepto material. Este concepto se basaba únicamente en una contradicción a la comunidad de su conducta, y por tanto, cuando el pueblo exija castigo.

¹²⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op.cit. P.76

¹²¹ RAFECAS, Daniel. El derecho penal frente al Holocausto. *Catedra Hendler*. 2010. P.2

¹²² HOYER, Andreas. Op.cit. P.44

¹²³ SAMIR BENAVIDES, Farid. Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt. *Nueva época, Argumentos*, UAM México. (2006). P. 129.

Lo que supone en última instancia que una “acción materialmente antijurídica es una acción contraria a la ideología alemana nacionalsocialista”.¹²⁴

Pensamiento jurídico-moral

Por último y como consecuencia de una subjetivización de lo injusto, a la hora de describir los tipos penales que atentan contra la comunidad, se introdujeron además, otros elementos subjetivos que debían tenerse en cuenta a la hora de agravar un tipo penal.

El principal objetivo que tenía el instrumento del derecho era la separación de los degenerados y una depuración de la comunidad. Por lo tanto, el ánimo degenerado del hecho realizado pasaba a ser reconocido dentro de un análisis de lo injusto y de la norma penal. Resulta degenerado entonces, cualquier ataque contra el orden moral del pueblo.¹²⁵

Se produce entonces una unificación entre el orden moral y el jurídico. Es decir, el Derecho que se construye vinculado a un orden moral, donde su principal objetivo supone una protección de dichos valores. No resulta necesario para el pueblo distinguir entre los deberes morales y jurídicos, pues para ellos es igual de importante para la comunidad.¹²⁶

6.2. Anteproyecto de Código Penal de 1938 en España

El anteproyecto de Código Penal franquista fue elaborado en plena Guerra Civil por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista de las J.O.N.S. A pesar de encontrarse el país en plena guerra, existe un impulso codificador de reforma del Código penal de la República de 1932. De esta forma, se pretende remodelar todo el sistema jurídico.

El preámbulo del anteproyecto de dicho Código explica este hecho estableciendo que “el nacimiento de un Estado exige la adaptación a sus principios esenciales de toda

¹²⁴ HOYER, Andreas. Op.cit. P.43

¹²⁵ JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Carl Schmitt y las ideas penales de la escuela de Kiel. *ADPCP*. Vol I, XII (2009). P. 467.

¹²⁶ JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Op.cit. P.468

legislación, y más singularmente de la penal, que, si representa para la población un mínimo de convivencia, significa para el Poder público la primera y más indeclinable de sus obligaciones al amparar, no sólo con la fuerza de las armas, sino también con el imperio de las leyes, la existencia de la Patria organizada jurídicamente bajo una nueva forma de Estado”¹²⁷.

A su vez, el mismo preámbulo del Anteproyecto afirma que el Estado necesita de esta tarea para adaptarse a las nuevas circunstancias y dejar atrás las leyes dictadas por el régimen anterior.

El anteproyecto de 1938 constituye el intento más revolucionario de la codificación penal del momento, en lo que se refiere sobre todo a la parte general. Como se ha mencionado anteriormente, el Derecho penal del franquismo trata de romper todos los principios liberales, incluso principios básicos como el de legalidad.¹²⁸

Este precepto que por primera vez se abandona en la codificación penal española lo hace a través de la primera definición de infracción penal: “Son delitos o faltas, las acciones y omisiones penadas por la Ley y los actos enteramente asimilables a ellas”¹²⁹. Esta definición, hace posible la analogía, que ya se encontraba presente en la codificación alemana. Así, se le otorga al juez la facultad de crear nuevos delitos a través de la expresión “actos enteramente asimilables a ella”.

Por otra parte, este anteproyecto se encuentra cargado de un gran subjetivismo otorgándole la máxima importancia a la peligrosidad de los sujetos.¹³⁰ Ya desde 1938, este concepto es de los más destacados por el Derecho penal franquista, donde a través de las medidas de seguridad aplicadas a los condenados o a aquellos que presenten alguna eximente, se pretende neutralizar la peligrosidad del sujeto, aspecto totalmente subjetivo que se sanciona a arbitrio del juez.

¹²⁷ Preámbulo, Anteproyecto de Código penal de 1938 de FET y de las JONS.

¹²⁸ CASABO RUIZ, Jose Ramón. Estudio preliminar del Anteproyecto de código penal de 1938 de FET y de las JONS. P.3

¹²⁹ CASABO RUIZ, Jose Ramón. Op.cit. P.5

¹³⁰ CASABO RUIZ, Jose Ramon. Op cit. P.6

Una de las claras influencias que se reflejan en este anteproyecto a través de la doctrina alemana es el Derecho penal de voluntad¹³¹. Esto se hace presente a partir de los diferentes supuestos de desarrollo del delito, donde no solo es castigado el delito consumado o el delito frustrado (tentativas), sino que además también se penan igualmente la planificación o la conspiración. Esto es, la voluntad del sujeto de atentar contra el Estado, la comunidad, que al margen de cometerlo o no, debe castigarse.

La reincidencia sigue estando presente como aspecto fundamental a tratar por parte de los penalistas y la doctrina jurídica, ya que adquiere notoriedad importancia la reiteración delictiva y la preocupación social que de ello emana. De esta forma, y ya encontrándose presente en Von Liszt, el Código penal de 1928 y de forma menos gravosa en el Código de 1932, se elabora un sistema en el que la reincidencia va adquiriendo penas más graves en función de las veces que se cometió el delito.

Así, se encuentran la reincidencia (segundo delito), que es castigado con presidio de seis a diez años, el tercer delito (doble reincidencia) es castigado con reclusión de once a veinte años, el cuarto (habitualidad) con cadena de veintiuno a treinta años y el quinto y siguientes (peligrosidad) con la pena de muerte¹³². Cada delito suma un grado más a la pena, convirtiéndose en pena de muerte, un delito que pueda tener una duración de uno a doce meses, por ejemplo.

Otra de las influencias que adquiere el anteproyecto de 1938 del Código penal Nazi es la exaltación del nacionalismo. Se pretende subrayar en el Código una serie de valores que para el nuevo orden político son fundamentales, como son la Patria, la raza y el honor.

En primer lugar, la Patria es considerada como un concepto puramente político, a través de una visión totalitaria. Así, se consideran delitos contra la Patria aquellos que atentan contra la normalidad en la producción económica, o la difamación del Jefe del Estado o de las Autoridades superiores¹³³.

¹³¹ CASABO RUIZ, Jose Ramón. Op.cit. P.7

¹³² CASABO RUIZ, Jose Ramon. Op.cit. P.6

¹³³ CASABO RUIZ, Jose Ramon, Op.cit. P.11

En cuanto al concepto de raza, la doctrina autoritaria pone de manifiesto la existencia de un delito racial, consistente en contraer matrimonio con persona de raza inferior o en el comercio y fabricación de productos anticonceptivos. Claramente, al igual que en la legislación del nacionalsocialismo, el anteproyecto franquista pone de relieve la defensa de la comunidad, de raza y de sangre¹³⁴.

Por último, al igual que en Alemania, el honor es un punto importante de protección por parte del Estado. Aparece en el artículo 4 del Fuero de los Españoles, “los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar”. En este sentido, no sólo se hace referencia a los delitos de honor, sino a la motivación por la cual se comete un hecho delictivo, que puede agravar o beneficiar la situación del delincuente cuando el móvil haya sido deshonroso u honorable¹³⁵.

El epicentro de la ideología que presentan en el anteproyecto así como también se encuentra presente en el Código del nacionalsocialismo es la defensa social¹³⁶. Para el Estado totalitario la desconfianza frente a los ciudadanos es algo fundamental. Cualquiera puede convertirse en un “enemigo” en potencia, que pueda poner en peligro la seguridad o la supervivencia del Estado, por lo que ante la más mínima sospecha, llevarán a cabo los instrumentos necesarios para la neutralización de dicha peligrosidad.

Por otra parte, las posturas totalitarias, especialmente la del nacionalsocialismo, establecen que no debe existir separación entre la moral y el Derecho, porque es el propio Estado quien determina las pautas morales a seguir, y es quien tiene capacidad para hacer efectivo el instrumento del Derecho¹³⁷.

En cuanto a la pena de muerte que es restaurada del régimen anterior, se establece en el preámbulo del anteproyecto la justificación, donde, una vez más aparece como arma indispensable para la defensa social.¹³⁸ A pesar de que únicamente se encuentre recogida expresamente para determinados delitos, como se ha explicado anteriormente, la pena de

¹³⁴ CASABO RUIZ, Jose Ramon, Op.cit. P.11

¹³⁵ CASABO RUIZ, Jose Ramon. Op.cit. P.11

¹³⁶ CASABO RUIZ, Jose Ramon. Op.cit. P.12

¹³⁷ CASABO RUIZ, Jose Ramon. Op.cit. P.14

¹³⁸ CASABO RUIZ, Jose Ramon, Op.cit. P.17

muerte puede ser consecuencia de una reincidencia delictiva en su agravación por cada delito cometido.

| <u>Código penal Nacionalsocialista</u> | <u>Anteproyecto Código penal 1938</u> |
|---|--|
| Protección del pueblo alemán. Inclusión de delitos contra la raza | Defensa de la comunidad. Delitos raciales, matrimonios con “razas inferiores”. |
| Derechos colectivos vs Derechos individuales | Defensa social de la comunidad sobre el individuo. |
| Derecho de voluntad. | Derecho de voluntad. |
| Introducción de la analogía | Introducción de la analogía |
| Pena de muerte, 3 modalidades | Pena de muerte |

Tabla 1. Comparación Código penal nacionalsocialista y el Anteproyecto español de 1938.

6.3. Código penal de 1944 en la dictadura de Francisco Franco

El Código penal de 1944 fue elaborado como un texto refundido del Código penal anterior, de 1932. El Anteproyecto de Código penal de 1938 no llegó a publicarse, sino que el régimen franquista se limitó a realizar una reforma del Código republicano.

En el preámbulo establece esta idea afirmando que se trata de “una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de leyes penales que, en su estructura y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848”¹³⁹. En principio esta reforma de Código tenía carácter provisional, modificando la de 1932 y refundiendo textos legales de años anteriores. Sin embargo, se vio que finalmente este Código tuvo vigencia durante todo el periodo franquista. Y aunque el Anteproyecto de 1938 se ajustaba más a las políticas e ideología que ellos profesaban, no llegó a publicarse.

¹³⁹ Preámbulo, Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código penal de 1944. Texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de Julio de 1944.

De esta forma, el Régimen se limitó a apoyar esencialmente el Código de Justicia Militar y las leyes especiales (que se describirán posteriormente), a partir de los cuales realizaron la máxima represión contra la disidencia política¹⁴⁰.

A pesar de que el Código de 1944 tenía sus bases en un Código liberal, el Gobierno de Franco adaptó la vieja estructura del mismo a los principios y exigencias políticas que ellos tenían. Esto se hace presente en la sustitución de las referencias a instituciones republicanas, por las propias del llamado “Nuevo Estado”¹⁴¹. Así como, una mayor dureza punitiva en los diferentes delitos, sobre todo, contra la seguridad del Estado¹⁴².

La mayor reforma con respecto al Código de 1932 fue la reimplantación de la pena de muerte. Y no sólo eso, sino además, el uso abusivo de la misma. Con ello, se agrava la reacción punitiva a los multirreincidentes, pudiendo llegar a implantarse la pena de muerte, por múltiple reincidencia delictiva. Este hecho sí que se encuentra presente en el Anteproyecto de 1938, y los legisladores lo quisieron añadir a la modificación de este Código, como aspecto de especial preocupación entre los mismos.

Las novedades introducidas en el Código son relativas a las circunstancias modificativas de responsabilidad, en el sentido de un aumento de las agravantes, con nuevas circunstancias de signo autoritario, y una disminución de las atenuantes o eximentes.

6.3.1. Circunstancias modificativas de responsabilidad en el Código de 1944

El Capítulo III del Código es referente a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal. Se trata de 10 circunstancias que describen las atenuantes aplicables a la pena por la comisión del hecho.

¹⁴⁰ Violencia política y dictadura franquista. P. 6. Extraído de:
<http://www.uclm.es/AB/humanidades/seft/pdf/textos/damian/violencia.pdf>

¹⁴¹ Artículo 167.1, Código penal de 1932: Reemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico o por otro anticonstitucional. Se sustituye el concepto de “Gobierno republicano” por “Gobierno de la Nación”:

Artículo 163, Código penal de 1944: El que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por el otro el Gobierno de la Nación, a cambiar ilegalmente la organización del Estado...

¹⁴² Artículo 142, Código penal 1944: Al que matare al Jefe del Estado se le impondrá la pena de reclusión mayor **a muerte**.

Artículo 144, Código penal 1932: Al que matare al Jefe del Estado se le impondrá la pena de reclusión mayor.

Así, las atenuantes se dividen en función de la edad (cometer el delito siendo menor de 18 años), embriaguez no habitual, defensa del honor o por una provocación previa, defensa moral o de la patria, arrebató u obcecación y reparación del daño¹⁴³.

Estas atenuantes no difieren de las redactadas en el Código penal de 1932, sin embargo, si se encuentra una modificación introduciendo el apartado séptimo relativo a “la de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”¹⁴⁴. Esta circunstancia refleja el sentimiento de patriotismo que surge por parte del franquismo, así como la defensa moral de los valores católicos, que sirven como atenuante a un hecho delictivo.

En cuanto a las agravantes, recogidas en el siguiente capítulo, se aprecia un grado de modificación mayor que las atenuantes con respecto al Código republicano¹⁴⁵.

En primer lugar, son diecisiete las circunstancias agravantes en el nuevo Código, dos más que las recogidas en el anterior:

- Artículo 10, 4ª: Realizar el delito por medio de la imprenta, radiofusión u otro medio que facilite la publicidad.
- Artículo 10, 17ª: Ejecutar el hecho en lugar sagrado.

El apartado 4º hace referencia a la publicidad y los medios de comunicación, que se encontraron durante esta etapa fuertemente reprimidos, así como la libertad de expresión que fue duramente perseguida. Bajo esta agravante, los delitos cometidos adquirirían una pena mayor, siendo realizados por este tipo de medios, por lo que la represión hacia los mismos tiene reflejo en la misma.

En cuanto al apartado 17º, una vez más se hace referencia a las fuertes creencias católicas que tenía el régimen, empleando una agravante relativa al lugar sagrado.

¹⁴³ Artículo 9, Cap.III, Código penal de 1944.

¹⁴⁴ Artículo 9.7º, Código penal de 1944: “Son circunstancias atenuantes: la de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia”.

¹⁴⁵ Artículo 10. Código penal de 1944.

En cualquier caso, y en referencia al tema tratado en el presente Trabajo sobre la peligrosidad social, sorprende el hecho de que en el propio Código, y en las circunstancias agravantes, no se mencionen estados de peligrosidad, defensa social o protección de la comunidad. El anterior Código perteneciente a una dictadura como fue el de 1928, sí hace referencia en sus agravantes a las condiciones del infractor¹⁴⁶, sin embargo, el Código franquista no lo menciona en ninguno de sus apartados.

Este hecho explica la gran importancia que tuvieron las leyes especiales en la aplicación de las penas durante el Régimen franquista. Esto es debido a que muchos delitos se regían por esa legislación especial, atendiendo a las circunstancias propias del delincuente y no al hecho cometido, siendo la mayoría de las detenciones realizadas, apoyándose en la misma.

Esto nos lleva a una de las características que tiene su influencia del Derecho penal alemán, y que también se encontraba reflejada en el Anteproyecto de 1938. Esto es el Derecho penal de autor. Como el régimen nacionalsocialista, los delitos estaban orientados a perseguir a un delincuente en concreto y no a un hecho cometido. Basándose en esa subjetividad, y en la culpabilidad del hecho, se advierte el carácter autoritario del Código¹⁴⁷.

Otra de las diferencias que se aprecian en el Código franquista con respecto al anterior, es una protección desmedida que se realiza de la propiedad privada, que contrasta con la casi nula protección de los intereses generales y con una reacción menos gravosa ante los delitos violentos. Esta protección a la propiedad privada se encontraba presente en legislaciones anteriores, y los franquistas aprovecharon para añadirlo y adaptarlo a sus necesidades. La delincuencia patrimonial supuso durante esta etapa un 40% o 50% de la criminalidad, debido a la gran represión que se encontraba redactada en el Código.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Artículo 67. Código penal de 1928

¹⁴⁷ Artículo 406, Código penal 1944: "Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes". Se utiliza el concepto reo de asesinato, para potenciar la búsqueda de un autor, a diferencia de la expresión "Causar la muerte de una persona" que potenciaría el hecho.

¹⁴⁸ MIR, Conxita; AGUSTÍ, Carme; GELONCH, Josep. Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo. *Espai/Temps*. (2005). P. 56

El franquismo fue el defensor y garante de la propiedad en España, devolvió las tierras, talleres y fábricas colectivizadas en la guerra, y las tierras expropiadas por la reforma agraria emprendida por la República.¹⁴⁹ Así, el franquismo fue apoyado por las clases propietarias del país, especialmente terratenientes, empresarios y banqueros, por lo que haciendo especial protección a las clases que apoyaban el régimen, el Código penal se convirtió en un Código defensor de la propiedad y de los derechos de los mismos. Así como, la protección de la propiedad privada a raíz de los apoyos sociales que recibía el franquismo, se vio reflejada en el Código penal, de igual forma su ideología católica y moral, fue protegida en sus artículos.

El general Franco tenía muy interiorizado el concepto de Iglesia tradicional, por lo que se rechazó el plano político que se acuñaba en la II República. La victoria de Franco en la Guerra Civil, supuso un periodo de “recatolización”, recuperando los derechos de la Iglesia, que habían sido “reprimidos” durante la época republicana¹⁵⁰.

Esto se vio reflejado en el Código penal por un lado, con la aplicación de nuevas circunstancias agravantes o atenuantes, relativas al aspecto moral y sagrado, como se ha mencionado anteriormente. Por otra parte, en la exposición de motivos del propio Código se afirma que “significa el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada, en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del Cristianismo y el sentido católico de la vida”¹⁵¹.

Dejando claro con estos términos los principios católicos y tradicionales en los que se fundamentan las leyes del Código.

¹⁴⁹ MONTAGUT CONTRERAS, Eduardo. El franquismo contra la propiedad privada. Unidad Cívica por la República (2011). Extraído de: <http://www.unidadcivicaporlarepublica.es/index.php/nuestra-memoria/franquismo-y-represion/985-el-franquismo-contra-la-propiedad-privada>.

¹⁵⁰ GIMÉNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. El corpus ideológico del franquismo: principios originarios y elementos de renovación. Estudios internacionales 180 (2015). ISSN 0716-0240. P. 26

¹⁵¹ Exposición de motivos, Código penal de 1944.

| <u>Código penal 1932</u> | <u>Código penal 1944</u> |
|---|---|
| Concepto: Gobierno de la República (Art.167) | Gobierno de la Nación (Art. 163) |
| Supresión pena de muerte (Art. 27) | Sí pena de muerte. (Art. 27) |
| No hay presencia de atenuantes relacionadas con la moral o el patriotismo. (Art. 9) | Atenuante: Obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia. (Art. 9) |
| No hay agravantes relacionadas con la Iglesia (Art. 10) | Agravante: Cometer el delito en lugar sagrado. (Art. 10) |

Tabla 2. Comparación Código 1932 y Código 1944.

Sin embargo, y como se ha mencionado anteriormente, el gran peso de la represión delictual la tuvieron las leyes especiales que se elaboraron durante el Régimen, y que se pasan a explicar a continuación.

7. Leyes especiales en la legislación de las dictaduras

Durante la época de las dictaduras, el tema de la peligrosidad social y de la defensa de la comunidad ha sido tratado en varias leyes especiales que fueron integradas en la codificación de la época. Así, tanto en España como en Alemania, el legislador ha considerado relevante la aplicación de una normativa que regulase la delincuencia habitual o la propia peligrosidad.

7.1. La Ley de vagos y maleantes de 1933 en España

La Ley de Vagos y Maleantes de 1933 fue diseñada durante el gobierno de la República, con objetivo de acabar con las sanciones realizadas por los regímenes provinciales por “actos contrarios a la moral o a la decencia pública”. Es decir, para combatir esa delincuencia habitual en la que, al no disponer de dinero para pagar las multas que imponían los gobernadores, se arrestaba por un periodo de quince días al sujeto, y finalmente quedaba en libertad de nuevo, volviéndose a iniciar el ciclo. En este contexto,

la Ley pretendía trasladar al ámbito judicial unos hechos que hasta el momento formaban parte del ámbito ejecutivo.¹⁵²

A través de los estatutos provinciales, se realizaban encierros indiscriminados a los sujetos marginales sin previo enjuiciamiento, y fueron los creadores de dicha Ley, los que denunciaron estas prácticas que atentaban contra la libertad de los sujetos.¹⁵³

Los propósitos que se perseguían con dicha Ley, en palabras de Luis Jiménez de Asúa eran “corregir el índice de peligrosidad y prevenir los delitos futuros con la adaptación e inocuización del desviado, procurando con ello defender a la sociedad y convertir al peligroso en un elemento útil con la disciplina del trabajo”.¹⁵⁴

La Ley de Vagos y maleantes de 1933 introdujo la distinción entre peligrosidad sin delito y peligrosidad criminal, incluyendo dentro del primer grupo a “vagos habituales”, “rufianes y proxenetas”, “mendigos profesionales”, explotadores de “juegos prohibidos”, “ebrios y toxicómanos habituales” y a “los que observasen conducta reveladora de inclinación al delito manifestada por el trato asiduo con delincuentes y maleantes o por la comisión reiterada de contravenciones penales” (Art. 2. Cap.1º, Ley vagos y maleantes 1933).

A éstos, con excepción de los adictos, que eran reclusos en “Casas de templanza”, se les imponían medidas de seguridad, que podrían ir desde el internado en un “Establecimiento de trabajo”, hasta la prohibición de residir en un lugar determinado. (Cap.3º, Ley vagos y maleantes 1933).¹⁵⁵

¹⁵² ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique. (2015). Ley de vagos y maleantes. La desnaturalización de una ley republicana. *The Social Science Post*. Obtenido de The Social Science Post: <http://thesocialsciencepost.com/es/2015/05/ley-de-vagos-y-maleantes-la-desnaturalizacion-de-una-ley-republicana/>

¹⁵³ MARTIN, Sebastian. Criminalidad política... Op.cit. P.925

¹⁵⁴ MARTIN, Sebastian. Op.cit. P.927

¹⁵⁵ **Art. 2º. Cap 1: Categorías del Estado peligroso:** Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos de la presente Ley: **Primero.** Los vagos habituales. **Segundo.** Los rufianes y proxenetas. **Tercero.** Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. **Cuarto.** Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados. **Quinto.** Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma. **Sexto.** Los ebrios y toxicómanos habituales.

Esta Ley, fue aprobada en un parlamento mayoritariamente de izquierdas (mayoría en el congreso de republicanos-azañistas y socialistas). Sin embargo, posteriormente se introdujeron una serie de enmiendas que resultaron contraproducentes con respecto al objetivo inicial del que se partió con el proyecto. Luis Jiménez de Asúa, llegó a decir que las modificaciones introducidas habían sido negativas y habían convertido la Ley en “más dura, menos flexible, más casuística, incongruente y mucho menos elegante” que el proyecto inicial.¹⁵⁶

Se convirtió en un instrumento de control y represión que no se correspondía con el correccionalismo humanitario del que partía su base y del que partían sus creadores.¹⁵⁷

Así, en 1935, bajo el gobierno conservador, Niceto Alcalá-Zamora y Torres junto con el ministro de justicia Vicente Cantos Figuerola, realizaron una serie de modificaciones dando lugar a la publicación del Reglamento sobre Vagos y Maleantes. De esta forma, la conversión de la Ley en un Reglamento, hizo que se realizara una interpretación administrativista de la norma, que no se dudó en aplicar a los “enemigos políticos”. Así, se crearon nuevas categorías del estado peligroso, además de una nueva cláusula que posibilitaba la interpretación analógica, lo que daba lugar a una gran arbitrariedad por parte de las autoridades a la hora de interpretar la norma.¹⁵⁸

Con todo ello, se dio una gran cantidad de castigos por delitos contra la propiedad, se realizaban juicios de peligrosidad sin un análisis psicológico previo y tampoco se conseguía una individualización de la pena.¹⁵⁹

Además, los tipos penales recogidos en la Ley que se creó inicialmente fueron malinterpretados. Por ejemplo, no se excluía del concepto de vagancia a los afectados por el “paro forzoso”, tampoco se distinguía al jugador del que viviese de juegos prohibidos

¹⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito. en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXII, Tomo 163, (1933). P.577-635. P. 580

¹⁵⁷ MARTÍN, Sebastian. Op.cit. P.928

¹⁵⁸ Decreto aprobando el Reglamento, que se inserta, para la aplicación de la ley de Vagos y Maleantes. *Diario Oficial de la República* núm. 125, de 05/05/1935, páginas 1044 a 1053.

¹⁵⁹ MARTÍN, Sebastian (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 38. P. 930.

ni por supuesto a los mendigos que se encontraban en dicha situación por la falta de protección social.¹⁶⁰

De igual forma, no se consiguieron las reformas propuestas en esta Ley para delimitar las categorías de sujetos peligrosos, así como organizar una “Magistratura especial” para este tipo de delitos.¹⁶¹

En conclusión, las izquierdas del primer bienio republicano habían establecido, sin saberlo y sin pretenderlo, las bases para la represión de la peligrosidad social durante el gobierno de Francisco Franco. Todo ello fue posible, a través de una Ley en la que prácticamente cualquier sujeto, a arbitrio del juez, podría ser considerado dentro de las categorías del Estado peligroso.

7.1.1. Reglamento para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933

Como se ha mencionado anteriormente, bajo el Gobierno conservador del último periodo de la República, se desarrolló un Reglamento que profundizaba en la aplicación de la Ley elaborada en 1933 sobre los Vagos y Maleantes, y que fue acogido posteriormente por el Gobierno de Francisco Franco.

En este Reglamento, los artículos 2 y 3 de la Ley anterior quedaban recogidos como tal, pero a su vez, se enumeraban además otros “Estados peligrosos” que no quedaban mencionados en la misma. Así, se encuentran detallados seis estados formulados con más detalle que la legislación anterior, y relacionados con delitos recogidos en el Código penal¹⁶²:

- Trata de blancas, explotación de mujeres y menores y prostitución.¹⁶³

¹⁶⁰ MARTÍN, Sebastian. Op.cit. P. 931

¹⁶¹ MARTÍN, Sebastian. Op.cit. P.928

¹⁶² Reglamento para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de Agosto de 1933. Mayo de 1935 por Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

¹⁶³ Art.1. A, Reglamento 1935: Los que se dediquen habitualmente a la llamada trata de blancas, explotación de mujeres públicas, perversión de menores o fomento de la prostitución, contraviniendo los preceptos gubernativos y sanitarios establecidos al efecto.

- Apariencia económica superior a los ingresos conocidos sin demostrar la procedencia de los mismos.¹⁶⁴
- Ebrios y toxicómanos que causen daño a ellos mismos o a terceros¹⁶⁵.
- Suministrar bebidas alcohólicas a menores de catorce años, en “cantidad suficiente como para producirles trastornos o vicio”¹⁶⁶.
- Tráfico de objetos ilícitos¹⁶⁷.
- Facilitar la entrada o salida del país a quienes no se hallen autorizados para ello¹⁶⁸.
- Por último, un apartado que permite la interpretación analógica de estos supuestos¹⁶⁹.

En el artículo 2 del mismo reglamento, someten a objeto de examen y consideración, declarándolos como “estado peligroso” a aquellos autores de hechos que no hayan constituido delito dictando sobreseimiento.

7.2. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 agosto de 1970

Durante el gobierno de Francisco Franco, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 tuvo varias modificaciones. Así, en 1948 se incluyó a los especuladores dentro de las categorías de estado peligroso y en 1954 a los homosexuales y a los que “de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública.”¹⁷⁰

¹⁶⁴ Art.1. B: Los que careciendo de medios ilícitos de vida, o aun poseyéndolos, demuestren, con signos notorios una apariencia económica desproporcionadamente superior a sus ingresos conocidos y no pueden demostrar la procedencia y legitimidad de tales recursos.

¹⁶⁵ Art.1. C. Reglamento de 1935: Los ebrios y toxicómanos habituales que por su conducta antisocial y antifamiliar y disociadora, practicada persistentemente, causen daño, no sólo a ellos mismos, sino a otros al inducirles al vicio o a la holgazanería con su conducta escandalosa o contribuyan a lanzarles en dichos defectos cuando anteriormente no les fuesen imputables.

¹⁶⁶ Art.1. D: Los que de modo dañoso y reiterado, con el pretexto del ejercicio de una industria, en establecimientos públicos o en lugares de educación y de instrucción, suministren vinos, bebidas alcohólicas o espirituosas a menores de catorce años, en cantidad suficiente a producirles trastornos o a crear en ellos el vicio de la bebida por periodicidad con que se les proporcionen.

¹⁶⁷ Art.1. E: Los que trafiquen con objetos o sustancias de ilícito comercio, adquiriendo unas u otras de modo anormal.

¹⁶⁸ Art.1. F: Los que faciliten habitualmente la entrada en el país o la salida de él a quienes no se hallen autorizados para ello, protegiendo la emigración o inmigración clandestina, o la introducción o exportación de cosas prohibidas con fines ilícitos o atentatorios a la seguridad del Estado.

¹⁶⁹ Art.1. G: Y, en general, todas aquellas personas que por su forma de vida habitual, dedicada a actividades inmorales, demuestren un estilo de peligrosidad por analogía con lo dispuesto en esta Ley.

¹⁷⁰ Ley de 4 de mayo de 1948 por la que se modifica el artículo segundo de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. Boletín Oficial del Estado nº. 126, de 05/05/1948, p. 1712. Ley del 15 de Julio por

Posteriormente y tras las reformas introducidas, el 4 de agosto de 1970 entra en vigor la denominada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, derogando así, la mencionada Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

Esta Ley pretende adecuar su contenido a las necesidades y realidades del momento y “defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales que, sin ser general, estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad”.¹⁷¹

La propia Ley establece a raíz de la concepción de la “Defensa social”, principio básico que se encuentra presente en ambos totalitarismos, un sistema de normas adecuadas a la persecución de aquellas conductas que atentan contra la sociedad. De esta forma, se aplica un sistema dualista a través de penas y medidas de seguridad que coexisten conjuntamente para afrontar la problemática de la peligrosidad social y la delincuencia.¹⁷²

La argumentación expresada en la Ley de peligrosidad y Rehabilitación social para su elaboración y modificación de la anterior, se fundamenta en los cambios sociales, tecnológicos y morales que ha habido desde la creación de la Ley de Vagos y Maleantes. Podría establecerse que la creación de la Ley de 1933 en pleno gobierno de la República, aunque fuese acogida y adaptada e interpretada por los conservadores y los franquistas posteriormente, no dejaba de ser una Ley creada inicialmente por republicanos, cosa que debía cambiarse para el “Nuevo Estado”.¹⁷³

la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Boletín Oficial del Estado, 17 de julio de 1954, nº 198, p. 4862.

¹⁷¹ Preámbulo de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Publicado en: «BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557.

¹⁷² Preámbulo sobre la Ley establece: “un sistema de normas nuevas encaminadas a la aplicación de medidas de seguridad a los sujetos socialmente peligrosos e inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de «Defensa social». La pena y la medida de seguridad vienen así a coexistir en las legislaciones modernas con ámbito diferente y fines diversos, aunque en último término coincidentes en la salvaguarda de la sociedad, a la que de este modo se dota de un dualismo de medios defensivos con esferas de acción distintas”.

¹⁷³ Continúa exponiendo “los cambios acaecidos en las estructuras sociales, la mutación de costumbres que impone el avance tecnológico, su repercusión sobre los valores morales, las modificaciones operadas en las ideas normativas del buen comportamiento social y la aparición de algunos estados de peligrosidad característicos de los países desarrollados que no pudo contemplar el ordenamiento de mil novecientos treinta y tres. ... han determinado que la Ley referida, a pesar de los retoques parciales introducidos por

En primer lugar, algo que se mantiene con respecto de la Ley de Vagos y Maleantes, es la ausencia de una definición del concepto de “peligrosidad social”. La propia Ley de 1970 lo establece como título, sin embargo no se menciona lo que supone esa peligrosidad social, de manera concreta, simplemente como probabilidad de cometer un “daño social”. De esta forma, La Ley de Peligrosidad y rehabilitación social, establece en su preámbulo la creación de nuevas categorías de estados de peligrosidad que se presentan como futuras o probables y que entrañan un riesgo para la comunidad.¹⁷⁴

Entre la creación de esas nuevas categorías figuran la exhibición de material pornográfico, el tráfico de drogas, la “predisposición delictiva” mostrada por la pertenencia a “bandas o pandillas” y la perversión moral en “menores de veintiún años abandonados”.¹⁷⁵ Además, este régimen de peligrosidad social se extendía a los “enfermos y deficientes mentales que por su abandono o carencia de tratamiento signifiquen un riesgo para la comunidad”.¹⁷⁶

Por otra parte, se encuentran dentro de la propia Ley, diferentes “estados de peligrosidad” que tienden a ser predelictuales o postdelictuales. En cuanto a los estados predelictuales se establece una notable probabilidad de que el sujeto pueda terminar cometiendo algún delito. Por ejemplo, se encuentran:

- Artículo 2º, N°10: “Los que integrándose en bandas o pandillas manifestaren, por el objeto y actividades de aquéllas, evidente predisposición delictiva”.

En este artículo no se establece ningún tipo de comentario ya que se expresa claramente la “predisposición delictiva”, es decir, que por el mero hecho de pertenecer a una banda o pandilla, podría sospecharse de dicha predisposición, aunque no hubiesen cometido un delito previamente.

disposiciones posteriores, aparezca hoy, al menos en parte, un tanto inactual e incapaz de cumplir íntegramente los objetivos que en su día se le asignaron. De ahí que para poner al día y proporcionar plena eficacia a sus normas haya parecido necesario realizar esta reforma”.

¹⁷⁴ Exposición 5ª del preámbulo de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Publicado en: «BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557.

¹⁷⁵ Art.2, Cap 1 (De los estados de peligrosidad). Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social.

¹⁷⁶ Art.2 – 6º, Cap 1 y exposición en el preámbulo de la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social.

- Artículo 2, N°11: “Los que sin justificación lleven consigo armas u objetos que, por su naturaleza y características, denoten indudablemente su presumible utilización como instrumento de agresión”.

En relación con manifestaciones o alteraciones de orden público, se presupone una utilización de las armas que lleven consigo, con una probabilidad alta de delinquir. Sin embargo, la mera posesión de las mismas entraría dentro de dicho artículo, sin necesidad de llegar a utilizarlas, justificándolo con la propia naturaleza del arma.

- Artículo 2, N°15: “Los que, por su trato asiduo con delincuentes o maleantes y por la asistencia a las reuniones que celebren, o por la reiterada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas; revelen inclinación delictiva.”

El hecho de pronunciar “revelen inclinación delictiva”, formula el carácter predelictual de la norma.

De igual forma los números 13 y 14 del mismo artículo denotan la peligrosidad con anterioridad al hecho delictivo, únicamente basándose en juicios anteriores de inclinaciones delictivas o predisposición por la naturaleza del acto o las circunstancias que rodean al propio sujeto. Estos artículos no se justifican basándose en criterios objetivos de comisión delictiva, sino en supuestos como puede ser la pertenencia a una cuadrilla, trato con “maleantes” o la moralidad pervertida.

En cuanto al carácter postdelictual de los supuestos se encuentran:

- Artículo 2, N°15: “por la retirada comisión de faltas penales, atendidos el número y la entidad de éstas”.

A diferencia del resto del artículo que supone una naturaleza predelictual, el hecho de que se atiendan a las faltas cometidas y la entidad de ellas, a la hora de establecer un estado peligroso, se fundamentan en hechos postdelictuales, con antecedentes esclarecidos.

- Artículo 4: “También podrán ser sometidos a los preceptos de esta Ley los condenados por tres o más delitos, en quienes sea presumible la habitualidad criminal, previa expresa declaración de su peligrosidad social”.

Este artículo hace referencia a la reincidencia delictiva, tema que desde la historia del Derecho Penal siempre ha sido de gran importancia y preocupación para la sociedad. El hecho de que esté tratado en una Ley especial como es esta, hace presente la notoriedad del asunto. Por otra parte, se someterán no sólo a los que han cometido 3 o más delitos a esta Ley, sino que es necesario presumir la habitualidad criminal, presupuesto totalmente subjetivo a arbitrio del Juez, en el que se declare expresamente su peligrosidad. A diferencia del Código penal franquista de 1944, esta Ley vuelve a mencionar la habitualidad criminal que nace de la comisión de 3 o más delitos, término que connota una subjetivación de la peligrosidad social, mayor que el propio concepto de reincidencia.

En cuanto al resto de estados de peligrosidad, en la presente Ley se aprecia la división de igual forma, además de estados predelictuales o postdelictuales, a antisociales y a aquellos que su definición se encuentra también recogida en el Código de 1944.

De esta forma se encuentran recogidos los “vagos habituales”, “ebrios habituales y toxicómanos”, “los que realicen actos de homosexualidad”, “los que, con notorio menosprecio de las normas de convivencia social y buenas costumbres o del respeto debido a personas o lugares, se comportaren de modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas”, “los mendigos habituales y los que vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos”.

Dentro de estas categorías de estado “antisocial”, se puede observar como la mendicidad habitual y los vagos habituales siguen estando presentes con respecto de la anterior Ley, como personas marginadas que por su condición social tienen probabilidades de cometer un delito, y por lo tanto, suponen un peligro social para la comunidad. A su vez, aquellos que se apartan de lo “moralmente establecido” en la sociedad o de lo que las normas de convivencia establecen, también son descritos. Se destaca la homosexualidad como estado peligroso al apartarse de lo establecido como núcleo familiar, en los valores tradicionales de la Iglesia.

En cuanto a los ebrios habituales y toxicómanos, no se hace referencia al tráfico de drogas como tal, que si viene descrito en un artículo posterior, sino al mero hecho de beber

habitualmente o consumir estupefacientes. Este hecho estaría relacionado con los vagos habituales o la mendicidad habitual, donde estos sujetos que se encuentran marginados de la sociedad puedan considerarse igualmente ebrios habituales.

Por último, también se hace referencia dentro de los estados peligrosos a conductas que vienen expresadas en el propio Código Penal de 1944, pero que vuelven a mencionarse en esta Ley especial. En esta categoría se encuentran los “rufianes y proxenetas”, “los que promuevan o fomenten el tráfico, comercio o exhibición de cualquier material pornográfico o hagan su apología” y “los que promuevan o realicen el ilícito tráfico o fomenten el consumo de drogas tóxicas...”.

En cualquier caso, los delitos descritos en esta Ley especial son de carácter antisocial, relacionados con la prostitución, la pornografía y el consumo de drogas. Todo ello, conductas que atentan contra los valores tradicionales y la moral que se describía en el preámbulo de la Ley, dando lugar a nuevas figuras que la Ley de 1933 no contemplaba.

7.2.1. Las medidas de seguridad de la Ley de peligrosidad y Rehabilitación social de 1970

El capítulo 2 de la presente Ley recoge las medidas de seguridad de manera general, siendo en el siguiente capítulo, la descripción de la aplicación de las mismas para los diferentes tipos de estado peligroso recogidos en el primer capítulo. De esta forma, en función de cada tipo de estado, se aplica una medida diferente.

En general las medidas aplicables¹⁷⁷ se pueden dividir en:

- **Privativas de libertad:** Internamiento en un establecimiento de trabajo o custodia, internamiento en un establecimiento de reeducación, arresto de fines de

¹⁷⁷ Las medidas de seguridad de nueva creación en la Ley de 1970 con respecto a la de 1933 son las siguientes: Internamiento en establecimiento de reeducación, Internamiento en establecimiento de preservación, Arresto de fines de semana, Sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados, Privación del permiso de conducción de vehículos de motor -o prohibición de obtenerlo, Clausura del establecimiento, Prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado actividades peligro y Reprensión judicial.

semana, prohibición de residir en un lugar o territorio que se designe y expulsión del territorio nacional en el caso de los extranjeros.

- **Restrictivas de derechos:** Privación del permiso de conducción de vehículos de motor o prohibición de obtenerlo, clausura del establecimiento de un mes a un año. Esta clausura no afectará a la relación laboral del personal que preste servicios en el establecimiento, obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado por tiempo no superior a cinco años, prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas y sumisión a la vigilancia de la autoridad.
- **Represión judicial.**
- **Curativas:** Internamiento en un establecimiento de preservación hasta su curación o hasta que, en su defecto, cese el estado de peligrosidad social, aislamiento curativo en casas de templanza hasta su curación y sumisión obligatoria a tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados hasta la curación.
- **Económicas:** multa de mil a cincuenta mil pesetas e incautación, en favor del Estado, del dinero, efectos e instrumentos que procedan.

En cuanto a la descripción de la aplicación de las medidas de seguridad a cada caso concreto, cabe destacar algunos estados peligrosos y mencionar la medida de seguridad aplicada a los mismos.

Así, por ejemplo, los homosexuales son tratados como marginados sociales que necesitan de una reeducación para adaptarse a la norma establecida por la comunidad, de los valores tradicionales y la moral católica. Este es uno de los apartados que más representa la ideología franquista, que comparte los valores católicos de la Iglesia, y que trata a los homosexuales como peligro social.

Asimismo, otra de las medidas de seguridad que se impone a este colectivo es la de prohibición de residir en un determinado lugar o territorio, así como la aproximación a determinados lugares o establecimientos públicos. Es decir, los homosexuales podían ser apartados de la vida social prohibiendo lo anterior, cosa que se contradice con la medida anterior de internamiento en un centro de “reeducación”. Así pues, únicamente se hace

visible una necesidad de internar a aquellos que van en contra de la norma establecida por la comunidad.

Por otro lado, las figuras predelictuales expuestas en el capítulo anterior, como son la integración en bandas o el trato con delincuentes o maleantes, tienen sus medidas comprendidas en mayor parte como privación de libertad o de derechos, siendo internados en establecimientos de custodia o con arrestos de fin de semana, así como la prohibición de aproximación o residencia en determinados lugares.

De hecho, algunas figuras postdelictuales en la que ya se ha observado una conducta ilícita por parte del sujeto, las medidas son menos estrictas, como puede ser el caso de promover o fomentar el tráfico de material pornográfico, que en su caso la medida consistiría en el internamiento, multa y vigilancia.

Con todo ello se establece que las medidas son más represivas en aquellos sujetos que tienden a mostrar una actitud “peligrosa” para la comunidad en el aspecto moral y de “pérdida de valores” que los propios delitos que se encuentran ya recogidos en el Código penal.

| <u>Ley de Vagos y maleantes 1933</u> | <u>Ley de peligrosidad y social 1970</u> |
|--|--|
| Distinción: Peligrosidad sin delito y Peligrosidad criminal. | Objetivo principal de la Ley: Defensa de la comunidad, defensa social. |
| Peligrosidad sin delito: Medidas de seguridad | Estados de peligrosidad que se presentan como futuros o probables. |
| Medidas de tiempo indeterminado. | Estados que supongan una pérdida moral y de “valores cristianos”. |
| Multa de 250 a 10.000 pesetas. | Incremento de la pena pecuniaria: Multa de 1.000-50.000 pesetas |
| No hay presencia de la medida “arresto domiciliario” ni “reprensión judicial”. | Introducción de más medidas de seguridad privativas de libertad, como el arresto de fin de semana; medidas de aspecto moral como la “reprensión judicial”. |

Tabla 3. Comparación Ley de Vagos y Maleantes y Ley de peligrosidad social de 1970

7.3. Leyes de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935 en Alemania

Las Leyes de Nuremberg fueron sancionadas dos años después del ascenso de Hitler al poder en Alemania. Estas leyes fueron ordenadas por el Führer con el propósito de crear una norma que protegiese la sangre y el honor alemanes, así como separar arios de judíos en el seno de la comunidad alemana.

En estas Leyes, se hace una descripción de la protección que la comunidad del Reich hace sobre los ciudadanos alemanes, que gozarán de plenos derechos y garantías en su deber por servir al pueblo alemán con lealtad¹⁷⁸. De esta forma, en la Ley de ciudadanía del Reich, se establece claramente el concepto de ciudadano alemán, y a partir de ahí, el resto de leyes se instrumentalizan en su lucha por la protección de la sangre y el honor alemanes.

7.3.1. Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935.

Esta Ley queda promulgada con la voluntad de “asegurar el futuro de la nación alemana”. Supone la conciencia de que la pureza de la sangre alemana constituye la condición imprescindible para la comunidad del pueblo alemán¹⁷⁹.

Esta Ley consta de 7 artículos en los que se prohíben diferentes conductas en las relaciones entre alemanes y judíos, o actitudes del propio pueblo judío en el territorio alemán.

Con ello, los dos primeros artículos prohíben los matrimonios entre judíos y alemanes, y de tal efecto se declararán nulos a través del ministerio público. Estas normas, al ser tratadas con analogía como principio fundamental que se llevó a cabo en el Derecho penal

¹⁷⁸ Art.2. Ley de ciudadanía del Reich, septiembre de 1935: La ciudadanía del Reich se limitará a los connacionales de sangre alemana o afín que hayan dado debida prueba, a través de sus acciones, de su voluntad y disposición de servir al pueblo y al Reich alemán con lealtad.

El ciudadano del Reich es el único titular de todos los derechos políticos de acuerdo con lo establecido por la Ley.

¹⁷⁹ Preámbulo de la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935.

nacionalsocialista, llevaron a que se juzgaran conductas que suponían una simple relación entre judíos y alemanes. El historiador Raúl Hilberg afirma:

“Las cortes juzgaran que el intercambio sexual no tenía por qué llegar a consumarse para desatar las previsiones criminales de la ley: bastaba la gratificación sexual de una de las personas en presencia de la otra. Tocando, o hasta mirando podía ser suficiente. El razonamiento en estos casos era que la ley protegía no sólo la sangre sino también el honor, y un alemán, específicamente un mujer alemana, era deshonrada si un judío se le aproximaba o la provocaba sexualmente de cualquier manera”.¹⁸⁰

De esta forma, las leyes que se promulgaron para evitar los matrimonios entre judíos y alemanes y así “depurar” la sangre alemana, se llevó a los límites de la analogía sancionando conductas que simplemente suponían un acercamiento entre los mismos. Eran acusados de “ultraje a la raza” por la Gestapo, siendo los propios jueces quienes sentenciaban y fundamentaban la misma a través de estas leyes, aplicando todo el rigor dogmático que de ellas emanaban.

Los artículos posteriores de la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, hacen referencia a conductas o actitudes de los propios judíos en el territorio alemán. Así, los judíos no podían “izar la bandera del Reich o la enseña nacional, como así también exhibir los colores patrios” (Artículo 4, 1º). En cambio, sí que se encontraba autorizado la exhibición de los colores judíos (Artículo 4, 2º).

Este hecho demuestra que la protección de la sangre alemana llegaba hasta la propia simbología. Un judío no tenía permitido llevar consigo los colores de la patria alemana, sin embargo, si podían exhibir los suyos. La identificación con el pueblo hacía que los alemanes supieran quién era alemán y quien judío, y de esa forma ejercer la marginación a estos últimos con una mayor facilidad.

¹⁸⁰ RAFECAS, Daniel. El Derecho penal frente al Holocausto. *Cátedra hendler* (2009) P. 2

En la propia Ley también se hace referencia a las penas impuestas por la comisión de los artículos descritos previamente. Así, se castigaba con pena de presidio, de prisión o de cárcel, o incluso una pena de multa para las acciones prohibidas¹⁸¹.

7.4. El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad” de 1944.

En el último período del régimen nacionalsocialista, y ya en plena Guerra Mundial (1939-1945), se elaboró un nuevo Proyecto de Ley sobre “Gemeinschaftsfremde”, es decir, sobre los “extraños a la comunidad”. Este Proyecto estableció de una forma más radical, medidas específicas de castración y esterilización, además del internamiento en campos de concentración, la inocuización de, los que conforme a la ideología nazi, se consideraban sujetos “extraños a la comunidad”, es decir los asociales, vagos, homosexuales, o simplemente fracasados.¹⁸²

Con este Proyecto se pretendía incrementar la selección eugenésica (a través de la esterilización y la castración), el control, mediante el internamiento en campos de concentración y, en última instancia, la eliminación física, de los que denominaban “extraños a la comunidad”.¹⁸³ En este concepto se agrupaban diferentes personas, generalmente marginados sociales, mendigos, vagos, delincuentes sexuales, ladrones y estafadores, que el Reich quería controlar de una forma más exhaustiva de lo que hacían ya las medidas de seguridad contra el delincuente habitual del Código penal alemán de 1934.¹⁸⁴

Esta Ley atribuía a la Policía y a la Gestapo el poder para arrestar y detener a aquellos enemigos del régimen de carácter político, social o de raza. Así, venía a culminar una política de depuración y selección racial, de “limpieza étnica”¹⁸⁵, que había comenzado

¹⁸¹ Artículos 5, 6 y 7 de la Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935.

¹⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”. *Revista penal*. (2009). P. 44

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo. *Tirant Lo Blanch* (2003). P. 188

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto... Op.cit. P. 45

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto... Op.cit. P. 44

diez años antes con las Leyes de Nuremberg y el internamiento de los judíos en campos de concentración.

La idea principal y el objetivo de este Proyecto, consistía, como se ha mencionado anteriormente, en la eliminación física y jurídica, de los asociales, invocando continuamente la “la voluntad del Führer”.¹⁸⁶

A su vez, se restringen las garantías y los derechos del acusado, tanto en la fase de investigación, como de juicio oral, dejando totalmente indefenso al mismo, sin ni siquiera teniendo el derecho a ser oído.¹⁸⁷

7.4.1. La intervención de Edmund Mezger en el Proyecto.

Las ideas científicas sobre las que se basaba el Proyecto sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad” coincidían con las que Mezger estableció en sus Tratados. Así, para Mezger, las medidas esterilizadoras debían aplicarse más allá de los supuestos descritos con enfermedades, y utilizarse contra una rama más genérica de los asociales, en la lucha que se estaba llevando a cabo.¹⁸⁸

Mezger tuvo una participación muy importante en el Proyecto, y se manifestó en la propia fundamentación del mismo, aplicando ideas que este autor había redactado sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”.

Sus ideas parten de la base del sistema dualista que se estaba llevando a cabo en Alemania, con la Ley para la delincuencia habitual. Se preveía en esta Ley, que fue introducida en el Código penal alemán, un sistema en el que los delincuentes habituales peligrosos tenían como consecuencia jurídica a sus delitos, la imposición de una pena de reclusión, y posteriormente, “si la seguridad pública lo requiere”, se establecía una medida de internamiento, una vez cumplida la pena, y que tenía una duración indeterminada.¹⁸⁹

¹⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto... Op.cit. P. 46

¹⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto... Op.cit. P. 47

¹⁸⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto nacionalsocialista... Op.cit. P. 51

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Op.cit. P. 218

Este sistema dualista, se transformó con la elaboración de este Proyecto, en un sistema monista, en el que no había distinción entre pena y medida de seguridad, sino que se imponía una pena de “reclusión por tiempo indeterminado”.¹⁹⁰

A pesar de que Mezger estaba de acuerdo con el sistema dualista de pena y medida de seguridad, advierte que el nuevo sistema viene a raíz de una “decisión política”. Lo único que hace es darle otro nombre, denominado “pena de seguridad”, que sustituye a la pena, basándose en la culpabilidad. Sin garantías, ni límites.¹⁹¹

Los informes que establece Mezger sobre el Proyecto, se ocupan de realizar una clasificación, como ya se realizaba en numerosas leyes y proyectos del régimen nacionalsocialista, de los tipos de delincuentes y de personas denominadas “inútiles” para los que se establecía una pena de duración indeterminada. Se trataba entonces, de una clasificación al estilo del “delincuente nato” de Lombroso.¹⁹²

7.4.2. Texto del Proyecto de Ley sobre el tratamiento de extraños a la comunidad en su versión de 1944

El Proyecto comienza con un preámbulo que establece lo siguiente:

“Para asegurar, que extraños a la comunidad, que con su conducta perjudican la comunidad del pueblo, sean insertados como miembros útiles o no puedan seguir dañando a la comunidad del pueblo, el Gobierno del Reich ha aprobado la siguiente Ley”.

Ya en el preámbulo de la Ley se encuentra recogido el fin último que se persigue con la publicación de la misma, en el sentido de neutralización o eliminación de aquellos “extraños a la comunidad” que dañan al pueblo.

El Proyecto se encuentra dividido en seis artículos y una exposición de motivos. Así, el primer artículo realiza una descripción de los “extraños a la comunidad”, de un modo

¹⁹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger... Op.cit. P. 219

¹⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger... Op.cit. P. 220

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el derecho penal... Op.cit. P. 222

bastante amplio y genérico, utilizando conceptos como “personalidad”, “forma de conducción de la vida”, “actitud” o “carácter” , aspectos totalmente arbitrarios que pueden ser interpretados de una forma u otra dependiendo de la persona, por el Juez, y que no siguen un criterio objetivo.¹⁹³

De esta forma, y junto con la aplicación de la analogía, los criterios que definen a una persona y que la encajan como un “extraño a la comunidad” podrían llegar a ser múltiples, bajo la discreción de la policía (que era la que tenía el poder de arresto a su discreción), o de la propia jurisdicción.

Los artículos segundo y tercero son relativos a las medidas de seguridad, por un lado, policiales y por otro, jurídico-penales.

En cuanto a las medidas policiales que se toman contra los “extraños a la comunidad”, van desde la vigilancia a través de la Policía, hasta el ingreso en los centros asistenciales comarcales, así como en “campamentos”. En cualquier caso estos centros eran financiados por los propios extraños que eran detenidos e internados, siendo una medida no únicamente contra la libertad, sino también económica, ya que debían pagar los gastos de su internamiento.¹⁹⁴

Estas medidas eran aplicadas a aquellos que suponían un peligro para la comunidad, aquellos que eran tratados como asociales, pero que no habían cometido ningún tipo de delito regulado en el Código. De esta forma, la Policía tenía potestad para internar a los sujetos de manera predelictual, según las características que se describen en el propio Proyecto y que definen a un “extraño de la comunidad”.

¹⁹³ Artículo 1, 1º, 2º y 3º, del Proyecto sobre el tratamiento de extraños a la comunidad: se define como extraño a la comunidad, aquel que por su personalidad, o forma de conducción de la vida, es incapaz de cumplir con sus propias fuerzas las exigencias de la comunidad del pueblo; Quien por una actitud de rechazo al trabajo lleva una vida inútil, dilapidadora o desordenada y molesta a otros miembros de la comunidad, mendigos, vagos, estafadores, estados de embriaguez...; por su carácter asocial perturba la paz de la generalidad; quien por su personalidad revela que su mente está dirigida a la comisión de delitos graves.

¹⁹⁴ Artículo 2, 1º-5º. Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los extraños a la comunidad. Apartado 4º: El extraño a la comunidad deberá pagar los gastos de su internamiento.

En el caso de que esos “extraños” hubiesen cometido acciones punibles, corría a cargo de los Tribunales decidir sobre las medidas que debían aplicarse a los mismos.¹⁹⁵ Por lo que se aplicarían aquellas del artículo 3 del presente Proyecto.

Las medidas expresadas en el Proyecto para aquellos delincuentes enemigos de la comunidad, son mucho más severas y definen el holocausto que era llevado a cabo por el gobierno del Reich durante este periodo. Así, se establecen 10 situaciones que eran punibles y castigadas con pena de muerte si “así lo requiere la protección de la comunidad del pueblo” o se ponían a disposición policial en el caso de que “no pudiera esperarse su inserción en la comunidad”, tratándolo de “incorregible”.

Una vez más se hace presente en el Proyecto el objetivo principal de eliminar o neutralizar a los “enemigos” que se consideren, si así lo requiere la protección del pueblo. Conceptos totalmente subjetivos y establecidos al arbitrio de quienes juzgan o internan a los mismos. En la mayoría de los apartados de estos artículos, se hace referencia a la expresión “si un delincuente no puede insertarse en la comunidad del pueblo, lo pondrá como incorregible a disposición de la Policía”.¹⁹⁶ Es decir, con este precepto se daba potestad a la Policía para neutralizar o eliminar, directamente, a aquellos que eran tachados como incorregibles. De esta forma, no se establece cuál era el destino de estos sujetos, sino que simplemente era la Policía quienes se hacían cargo de ellos, con total indefensión en la Ley.

Los artículos 4 y 5 son relativos a las medidas de esterilización para aquellos de quienes puede esperarse una herencia indeseable y sobre los menores. Las medidas impuestas a los menores solamente se preveían para aquellos casos en los que “no parezca previsible su inserción en la comunidad del pueblo con los medios de ayuda a la juventud”.¹⁹⁷ Esta disposición también deja al arbitrio de los funcionarios encargados de la educación de estos menores, el juicio de valor sobre la “inserción” en la comunidad de los jóvenes, dejando a un colectivo especialmente vulnerable, la posible aplicación de unas medidas como estas.

¹⁹⁵ Artículo 2, 1º-5º. Proyecto de Ley, extraños a la comunidad. Apartado 5º: Los Tribunales decidirán las medidas que sean necesarias aplicar a los extraños a la comunidad que hayan cometido acciones punibles.

¹⁹⁶ Artículo 3, 8º-1, Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los Extraños a la comunidad.

¹⁹⁷ Artículo 5 .1º, Proyecto de Ley sobre el tratamiento...

El artículo sexto hace referencia a las disposiciones finales y la exposición de motivos de la Ley. Los fundamentos que se exponen en la misma, giran en torno a la protección de la comunidad. En toda esta exposición de motivos, no deja de mencionarse al pueblo y a la comunidad, constantemente, dejando clara cuál es la gran importancia para el Estado y cuál es el objetivo que se tiene para aquellos que osen atentar contra ella.

Se ciñen a establecer esa defensa y orden social para aquellos que no quieran integrarse en la comunidad o que carecen del “sentimiento comunitario”, y es el Nacionalsocialismo quien se preocupa por dicha comunidad, dejando al individuo en un segundo plano, con ausencia de garantías y derechos.

Mencionan con este último hecho al gobierno liberal de la República de Weimar, y achacan su mala gestión de los “extraños a la comunidad” debido a esa protección de los derechos del individuo. De igual forma, afirman que no hicieron uso de la teoría de la herencia y la biología criminal para hacerles frente.

Dichas teorías son básicas en la redacción de esta Ley, y hacen uso de ellas para fundamentar las medidas y los postulados contra esos “extraños a la comunidad”. Así, debido a los conocimientos de la teoría de la herencia y la biología criminal, la exposición de motivos califica y describe los diferentes tipos de “extraños”, que son los que se describen posteriormente en los artículos de la Ley.

Asimismo, se hace referencia en la exposición de motivos a la pena indeterminada y sus ventajas con respecto a la determinada, creando un foco de argumentación que gira en torno a la resocialización y la evolución moral y espiritual del condenado. Con ello, se pretende que una sentencia indeterminada motive más al sujeto para “resocializarse” en la comunidad, ya que a su vez, el tratamiento no puede ser determinado desde un primer momento, sino que depende de las circunstancias del sujeto.

En cualquier caso, esta indeterminación de la pena no fue más que un grato instrumento y bien argumentado, de control y represión que fue utilizado con total arbitrariedad y discrecionalidad bajo juicios subjetivos de comportamiento de los internos.

8. La peligrosidad del siglo XXI

8.1. La peligrosidad como decisión judicial en la aplicación de medidas.

La regulación en España de las medidas de seguridad post delictuales, parte de la base de un pronóstico de peligrosidad y de la comisión de futuros hechos delictivos. El hecho de determinarla con un razonable grado de certeza, es fundamental para imponer con legitimidad esta clase de medidas¹⁹⁸.

Todo ello supone un margen de incertidumbre y error que rodea el pronóstico de peligrosidad, ya que aun siendo acertadas dichas predicciones, basar la política criminal de aplicación de una medida de seguridad en un concepto tan vago como es la peligrosidad y una predicción de la misma, puede conllevar problemas importantes¹⁹⁹.

Asimismo, la realización de pronósticos sobre el comportamiento futuro delictual de un sujeto, no se realiza únicamente desde el ámbito de las medidas de seguridad, sino que se utiliza como presupuesto de otras muchas decisiones en la aplicación de consecuencias jurídico-penales, como puede ser la concesión de una suspensión de la condena, la propia libertad condicional o una clasificación penitenciaria, como se explicará posteriormente.

De esta forma, este tipo de decisiones se toman en base a una peligrosidad criminal. Este concepto, cuya definición es compartida por la doctrina penal, supone la probabilidad de comisión de delitos futuros por parte de una determinada persona. Sin embargo, no se fundamenta el concepto en sí mismo, si tiene utilidad y guarda una necesidad, científicamente argumentado o si simplemente supone una mera cobertura ideológica para la criminalización del desviado²⁰⁰.

Por otra parte, la peligrosidad social, utilizada años atrás por la diferente legislación en distintas épocas, tiene aún su presencia (aunque errónea) en los Tribunales. Por ejemplo,

¹⁹⁸ ZIFFER, Patricia. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal. *Hammurabi*, Buenos Aires. (2008). P.151

¹⁹⁹ SANZ MORÁN, Ángel Jose. Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. *Lex Nova*. (2003). P.93

²⁰⁰ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia. *Tirant lo Blanch*. (2015). P. 23

en la sentencia del Tribunal Supremo 345/2007, de 24 de abril, se utiliza tanto el concepto de peligrosidad criminal como peligrosidad social, indistintamente, como si fueran sinónimos: “Peligrosidad criminal: esto es, que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones “antisociales”, o dañosas [...] la medida de seguridad no se impone como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimputable penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto, y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal. En definitiva, se trata de la adopción de una medida de seguridad socialmente defensiva, que se adopta dada la peligrosidad criminal del reo”²⁰¹.

Dicha jurisprudencia no sólo refleja un vestigio de la peligrosidad social, que durante la época de las dictaduras, como se ha visto anteriormente, tuvo un gran peso e importancia en fundamentación de múltiples leyes, sino que además se justifica una medida como “socialmente defensiva”. Esta expresión nos conduce al término de “defensa social” que sirvió como argumento en las medidas que tomaron las dictaduras como defensa de la Nación y de la comunidad, contra los “enemigos” que osaban atentar contra ella.

Es por todo ello, que se requiere de una modificación, al menos conceptual, de aquellas circunstancias que hacen dictar decisiones judiciales en base a términos ambiguos.

8.2. El cambio al término “valoración del riesgo”

Desde hace ya unos años, la doctrina de la psicología y la psiquiatría han venido sustituyendo el término de peligrosidad, por la expresión “valoración (o estimación) del riesgo”, o más concretamente, valoración del riesgo de violencia²⁰². Este cambio en la terminología implica, un cambio en la manera de concebir aquello que se predice.

El concepto de peligrosidad estaría ligado a un entendimiento de ésta como una propiedad inherente al individuo, es decir, una cualidad subjetiva de ser violento. Por lo tanto, designaría una propia tendencia del sujeto a la comisión de delitos, vinculada inicialmente, y según formulaciones del positivismo italiano, a estados mentales

²⁰¹ STS 345/2007, de 24 de abril. Citado por: Lucía Martínez Garay en Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia. Op.cit. P.24

²⁰² PUEYO, Andrés. Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, *Edisofer-Bdf*. (2013). P. 489

patológicos²⁰³. Según estas afirmaciones, se considera más peligroso a quien padece un trastorno mental, de quien no lo padece.

Con el tiempo se fue abandonando ese determinismo biológico, sin embargo, sigue presente el atributo individual, en el sentido de que se es peligroso o no²⁰⁴.

Por el contrario, la idea de valoración del riesgo de violencia, parte de la base de que lo que se predice es la probabilidad de que ocurra un acto violento, no de que el propio sujeto tenga una predisposición a cometerlo.

Si bien es cierto que esa valoración del riesgo de un hecho futuro, atiende a características individuales del propio sujeto, como puede ser la personalidad, el carácter, la educación recibida, hábitos... etc, también se fundamenta en circunstancias ambientales o situacionales en las que pueda desarrollarse ese hecho²⁰⁵.

Son entonces estas circunstancias ambientales las que se tienen en cuenta, además de las propias características individuales, en la valoración del riesgo de violencia y en la predicción del comportamiento futuro.

Además, el propio concepto de peligrosidad, que la doctrina viene criticando como un concepto impreciso y vago, no se fundamenta siquiera en las circunstancias que convierten a un sujeto en peligroso, así como en el acto delictivo que se espera que cometa. Se refiere, en términos generales, a la comisión de delitos en el futuro.

Este hecho también supone una vulneración del principio de legalidad, ya que no se produce una definición clara y precisa de aquello que se considera como peligroso, además de la poca fiabilidad que presenta un término sin una definición exacta. A pesar de ello, se encuentra presente actualmente en nuestra legislación, como fundamentación de medidas concretas.

²⁰³ PUEYO, Andrés. Predicción de la violencia: entre peligrosidad y valoración del riesgo de violencia. *Papeles del psicólogo*. (2007) P.158

²⁰⁴ PUEYO, Andrés. Op.cit. P.159

²⁰⁵ Como afirma Andrés PUEYO: "Las causas de la conducta violenta no son exclusivamente atribuibles a factores del individuo. Así, por ejemplo, un sujeto fumador no es peligroso en sí mismo, pero sí lo es si está trabajando en una gasolinera, y especialmente si fuma cuando está rellenando el depósito de un automóvil". Op. Cit. *Neurociencias y Derecho penal*. P.498

8.3. La peligrosidad criminal en el Código de 1995

Como se ha mencionado anteriormente, la peligrosidad criminal entabla muchas decisiones judiciales, y esto se debe a su redacción en el propio Código, como criterio a tener en cuenta a la hora de su aplicación.

De esta forma, el Código penal recoge de dos formas diferentes la peligrosidad criminal; por un lado, a través de una pronunciación expresa del propio concepto; por otro lado, a través de un pronóstico de reinserción social²⁰⁶.

Esta diferencia es sutil, pero relevante, ya que mientras en la peligrosidad únicamente se constata la existencia o no de la probabilidad de delinquir, en el pronóstico de reinserción social, la exigencia puede ser mayor si se requiere no sólo la ausencia de un factor negativo, como puede ser cometer un delito, sino también la presencia de factores positivos. Es decir, un supuesto con más dificultades para el propio individuo²⁰⁷.

Algunos de los ejemplos que se encuentran en el Código penal de 1995 con respecto a estos términos son:

- Artículo 80.1 CP de 1995: 1. “Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, mediante resolución motivada. En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la *peligrosidad criminal* del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste”.

Este supuesto es el ejemplo más claro de utilización del criterio de peligrosidad criminal para la decisión punitiva correspondiente al delito cometido por un imputable.

A raíz de la reforma del Código de 2015, este mismo artículo establece:

“Los jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando

²⁰⁶ LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. El Código penal y la voluntad del legislador. Madrid (1996), P.71

²⁰⁷ HURTADO YELO, Juan José. La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº5. (2009). P. 8

sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Aunque el criterio de peligrosidad no se encuentra presente tras la reforma de 2015, como requisito para conceder la suspensión de la ejecución, la comisión futura de nuevos delitos sigue siendo el pilar fundamental sobre el que gira esta figura, que básicamente, suponía la propia definición del concepto de peligrosidad. A pesar de ello, se ha profundizado en este concepto, estableciendo unos criterios detallados que se deben tener en cuenta por parte del Juez, a la hora de conceder o no la suspensión de la condena.

De esta forma, los criterios propuestos para valorar la concesión de la suspensión de la pena son los siguientes:

| <u>Variable</u> | <u>Significado</u> | <u>Datos a tener en cuenta</u> |
|------------------------------|---|---|
| Historial personal | Delitos cometidos a lo largo de la vida delictiva: tasa, tipos, reiteración... | Cuándo delinquiró, por qué. Motivos, fines, objetivos, tiempo sin delinquir, causas de recaída... |
| Comportamiento postdelictivo | Conducta desde el momento de los hechos al momento de la suspensión, comportamiento con la víctima... | Reacción tras el delito, participación en programas de mediación, reparación del daño... |
| Factores de riesgo | Riesgo delictivo en relación a una evolución delictiva | Tiempo pasado entre hechos y juicio, cambios operados en el sujeto, |

| | | |
|-------------------|---|--|
| | | circunstancias personales actuales (empleo, familia, entorno...) |
| Necesidad de pena | Estudio individual de la necesidad actual del cumplimiento de la pena para que no vuelva a delinquir. | Afección de la pena en su situación personal, posibilidad de reglas de conducta. |

Tabla 4. Criterios de valoración en la suspensión de la condena. Art.80.1 CP.

Como se observa en la tabla, no se deja totalmente a discreción de un término vago e impreciso como es el de “peligrosidad”, sino que existen una serie de variables que deben ser analizadas e individualizadas al caso concreto, de cara a establecer una suspensión de la condena o no.

- Artículo 90.1.c CP: “Es requisito para la conexión de la libertad condicional, entre otras cosas, que los penados “hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”.

Este artículo pone de manifiesto en su redacción el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social. Esto se entiende debido a que se trata de un requisito para la concesión de la libertad condicional, y por lo tanto, es necesario no solo el aseguramiento de que no vuelva a cometer delitos futuros (elemento negativo), sino que se encuentra con capacidad para reinsertarse en la sociedad (elemento positivo).

En general, los artículos relativos a la vida en prisión, la libertad condicional o la aplicación de un régimen abierto, tienen en cuenta las características que suponen el concepto de “pronóstico favorable de reinserción”. Se sobreentiende el hecho de que el sujeto no volverá a cometer un acto delictivo, pero además, se requiere de una serie de requisitos que permitan su excarcelación.

8.4. Función ideológica del concepto de peligrosidad

El concepto de peligrosidad guarda una estrecha relación con el concepto de “defensa social”, ambos desarrollados durante finales del siglo XIX y principios del siglo XX por el positivismo criminológico.

Así, lo peligroso será definido conforme al orden existente en una sociedad, que supone natural y absoluto, a la vez que dicha peligrosidad será explicada por medio de factores individuales, a los cuales necesariamente se atribuyen los problemas y conflictos que surgen en dicho orden. La sociedad tratará de defenderse de estos sujetos, aplicando el Derecho y las diferentes medidas de control, creando así el concepto de “defensa social”.

Por lo tanto, una de las funciones ideológicas de este término supone fundar, en preceptos legales, categorías de sujetos peligrosos, justificando el orden sociopolítico imperante²⁰⁸. Esto se explica a raíz de que si existe una personalidad peligrosa, también existirá la persona que es sana o “no peligrosa”, acorde a las costumbres, normas y creencias de la sociedad, esto es, acorde a la ideología política del momento.

Por otro lado, a través de su apariencia de concepto científico, se justifica de forma racional un mecanismo de control social paralelo a la pena, las medidas de seguridad, pero sin las garantías propias de la primera, lo cual hace que las posibilidades de intervención sobre el individuo sean todavía mayores²⁰⁹.

Esto supone un mecanismo que abre las puertas a lo que ideológicamente es necesario considerar como tal, permitiendo así un control amplio y sin restricciones de todo aquello que ponga en tela de juicio el orden social establecido, es decir, a aquellos “enemigos” de la comunidad.

Esta afirmación es la que supuso un vacío legal en la época de las dictaduras, que a través de esas medidas de seguridad, se ejercía un control a la sociedad que estaba fundado

²⁰⁸ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable. *Nuevo Foro Penal*, Nº 48, Junio 1990, p. 210

²⁰⁹ PAVARINI, Massimo. Control y dominación (teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico), *México, Siglo XXI*, (1983) P.43

legalmente, pero no definido y restringido. En esta época, existían medidas tanto predelictuales como postdelictuales, y sin una definición clara de la función de las mismas, los poderes estatales tenían un gran abanico de control social a través de ellas, que eran utilizadas para reprimir y controlar a los *enemigos* del régimen.

8.5. Derecho penal del enemigo

Una de las principales formas de manifestación que tiene este concepto de peligrosidad en el Derecho penal actual, es el Derecho penal del enemigo. Se trata de un concepto doctrinal y político-criminal²¹⁰ que hace referencia a un subsistema penal cuyo postulado principal es la neutralización de determinadas clases de delincuentes en base a esa peligrosidad.

Este concepto fue desarrollado por Jakobs en 1985, donde distingue dos tipos de Derecho; el Derecho penal del enemigo y el Derecho penal del ciudadano.

La diferencia básica que existe entre ambos términos es el hecho de que hay dos tipos de delincuente, aquél que con su conducta ha dañado, de forma incidental, la norma, pero trata de equilibrar ese daño y se adecúa al ordenamiento jurídico (ciudadano)²¹¹; aquél que se aparta del Derecho de un modo duradero, no sólo de manera incidental, sino que supone una profesionalización en el mundo delictivo (enemigo)²¹², por ejemplo, miembros del crimen organizado, narcotráfico, terrorismo, tráfico de personas...

En la aplicación del Derecho para los diferentes sujetos, el primero, los ciudadanos, tendrían un Derecho pleno de garantías, de prevención especial y reinserción social del sujeto, mientras que para los enemigos, el Derecho penal se apartaría de los fines ordinarios. Se trata de una legislación “de lucha” o “de guerra”, contra dicho enemigo, donde el fin último sería su exclusión o “inocuidación”²¹³. Es por tanto una manera de

²¹⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”. Zaragoza (2005). P. 1051.

²¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Op.cit. P. 1052

²¹² GRACIA MARTÍN, Luis. Op.cit. P. 1053

²¹³ Inocuidación: Término utilizado por la doctrina penal que implica la neutralización de los delincuentes.

eliminar aquellos que no ofrecen una garantía mínima para ser tratados como “personas”²¹⁴.

El derecho penal del enemigo tiene una serie de características en su aplicación, que recuerdan en cierto modo a aquellas por las que se regía el Derecho penal de las dictaduras²¹⁵. Por lo que se deduce, que este Derecho penal del enemigo es un vestigio y una conservación de ese Derecho, para aquellos “sujetos peligrosos”, en la sociedad actual.

De esta forma, lo que caracteriza a este Derecho penal es la punibilidad de los actos preparatorios, la desproporcionalidad de las penas, la restricción de garantías y derechos procesales de los imputados y una legislación penitenciaria más estricta y severa para los mismos²¹⁶.

La legislación actual española no contiene como tal estos rasgos definatorios del Derecho penal del enemigo, sin embargo, y teniendo en cuenta los últimos hechos acaecidos con respecto al Yihadismo en Europa, se han endurecido las penas de estos tipos, acercándose cada vez más a esta concepción.

Se mantiene la idea de que los “enemigos” de la sociedad son aquellos que suponen un peligro mayor y por tanto, se necesita de una defensa mayor. El terrorismo y el crimen organizado son los principales focos en los que se adentran las legislaciones actuales, corriendo el riesgo de caer en un pozo de discriminación e intolerancia. Concretamente con el Yihadismo²¹⁷, en diferentes países europeos, por ejemplo Francia, que es quién más ha sufrido los ataques de los mismos, se han desarrollado políticas de intolerancia a estos “enemigos”, que afectan de igual forma a ciudadanos que se encuentran al margen, que vienen a ser la mayoría.

²¹⁴ GRACIA MARTÍN, Luis, citando a JAKOBS en Eser/Hassember/Burkhardt nº1, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende (2000)* P.53. Op. Cit.1055

²¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal) Polít. crim. Nº 7, 2009, R1-7, pp. 1-16. P. 4

²¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. Op.cit. 1057.

²¹⁷ TENA ARREGUI, Rodrigo. La amenaza yihadista y el Derecho penal del enemigo. Actualidad política y jurídica. (2015). Extraído de: <http://hayderecho.com/2015/01/20/la-amenaza-yihadista-y-el-derecho-penal-del-enemigo/>

8.6. Las leyes penales “de lucha” en Alemania

En la última década del siglo XX y entrado ya el siglo XXI, el Derecho penal alemán se caracteriza por una expansión, con un incremento de los tipos penales, así como una intensificación de la gravedad de las penas.

Se ha producido, según establece el autor Vormbaum, un retorno a planteamientos politicocriminales en los que se busca la eficacia en la “lucha” contra las nuevas formas de criminalidad de materia económica, corrupción, crimen organizado terrorismo o delincuencia sexual²¹⁸. La palabra “lucha” aparece en todas las leyes que se promulgan en esta última década, dando lugar a un derecho penal belicista que se ajusta a las características del Derecho penal del enemigo que establecía Jakobs.

De esta forma, establece Vormbaum que el Nacionalsocialismo fue sólo una versión extrema y radical, pero evolutiva de unas tendencias anteriores que llegan hasta el momento presente²¹⁹. Actualmente, el Derecho penal alemán encuentra entre sus características una flexibilización, moralización, materialización, y subjetivización, que eran propias del Derecho penal del nacionalsocialismo, intentando frenar los excesos autoritarios a través de la Justicia, la Seguridad jurídica y la Utilidad, pero que de alguna forma se encuentran presentes.

9. Conclusiones

La investigación realizada en este Trabajo, sobre la legislación, dogmática jurídica y teorías que se han desarrollado en el siglo XX y hasta la actualidad, me permite concluir lo siguiente.

En primer lugar, los actos que llevaron al holocausto de la época Nazi, o la represión sufrida por el franquismo, tuvieron una base legal que se generó en la época anterior y que fue adaptada a las circunstancias y a la ideología y objetivos que tuvieron ambas dictaduras durante su gobierno.

²¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, Recensión: VORMBAUM, Thomas. Op.cit. P. 16

²¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, Recensión: VORMBAUM, Thomas. Op.cit. P. 16

De esta forma, las reformas legislativas que tuvieron lugar en la República de Weimar o en la II República española, en cuanto al tratamiento de la delincuencia habitual y las medidas de seguridad, fueron un instrumento que años después fue utilizado por el nacionalsocialismo y el franquismo para la eliminación y control social de los contrarios al régimen.

Esto surge a raíz de una imprecisión en la terminología o en los objetivos que se elaboraron en la Ley de Vagos y Maleantes en el caso de España, o en el Proyecto de Radbruch sobre las medidas de seguridad. En un principio, esto fueron “soluciones” a problemas sobre los altos índices de delincuencia que había en la época, y que a través de sentencias indeterminadas y la aplicación de un sistema mixto entre pena y medida de seguridad, se pretendía ejercer un control y una disminución de las tasas de reincidencia.

Sin embargo, ambas dictaduras aprovecharon el vacío legal que supuso la indeterminación conceptual de estas medidas, y a través de una aplicación administrativista de las leyes para utilizarlas en su beneficio, dichos gobiernos crearon un marco legislativo en el que cada acción que supusiera una “defensa social” de la comunidad estuviera amparado en la Ley y su aplicación a manos del Estado.

A su vez, el cambio en la concepción tanto de la culpabilidad como de lo que se consideraba el bien jurídico a proteger, dio lugar a la creación de tipos basados en un Derecho de autor, donde no se culpa el hecho, sino a su agente, así como la principal función de proteger a la comunidad por encima de los individuos.

Por otra parte, la separación entre el Derecho y la Criminología que de ella, conforme a Dilthey, hicieron las ciencias del espíritu y las ciencias de la naturaleza respectivamente, otorgó al régimen alemán una gran oportunidad para poder constituir una Ley que controlase a la sociedad en base a sus propios intereses, sin atender a la comprensión que la Criminología o ciencias de la naturaleza aportan en ella. La independencia del Derecho hizo que se formularan los preceptos legales para el régimen Nazi.

La doctrina jurídica dominante, que al modo de Hans Kelsen, separaba Derecho y moral, no contradecía la política criminal nazi. En este sentido, juristas, soldados y demás

seguidores del régimen nacionalsocialista, se adecuaron a los preceptos que la Ley establecía, sin ningún tipo de recelo. La ley es la ley, una orden es una orden. Fue este pensamiento el que desembocó en una legislación y ejecución sin límites y se constituyese el terror Nazi de la época, amparado en el contexto de un marco legal.

A su vez, los postulados del positivismo criminológico y la biología criminal, interpretadas como ciencias, otorgaron a los regímenes un amparo científico en la fundamentación de sus medidas. El nacionalsocialismo extraía de estas teorías el lenguaje “científico” con el que reformuló su antisemitismo: los “extraños” eran asimilados a un “virus” generador de “enfermedades” y su exterminio a una medida de “limpieza”.

Concretamente, Carl Schmitt, a través de su obra sobre la distinción de amigo-enemigo, estableció la teoría de que aquellos que son extraños a la comunidad y que pueden ocasionar conflictos deben tratarse como “enemigos”, desde el enemigo político hasta el enemigo de raza, y por lo tanto tratarles con una legislación apropiada a estos conceptos, sin garantías o sin determinación.

De igual forma, las ideas de Edmund Mezger, sobre el “pueblo” y la “raza”, inspiraron el Proyecto nacionalsocialista sobre los Extraños a la comunidad, elaborado en 1944, y que no llegó a publicarse, pero que representó los hechos acaecidos años anteriores en los campos de concentración, con el objetivo de limpiar la sangre alemana.

Edmund Mezger, estableció sus teorías basándose en la biología hereditaria que definían, a través de rasgos individuales, aquellos que debían ser eliminados de la población por dañar al pueblo y a la raza.

Por otra parte, desde el franquismo, de igual forma se aprecia este racismo en el Anteproyecto de 1938 que no llegó a publicarse, y que prohibía el matrimonio con personas de “raza inferior”, poniendo de manifiesto la influencia nacionalsocialista de la pureza de sangre, patria y raza.

A pesar de que el Código de 1944 no representa de igual manera que el Anteproyecto, estas ideas de “protección de la raza y la sangre”, sí que se observa un carácter religioso católico que inspiró muchas de las leyes de protección de la moral, la religión y los valores

tradicionales, así como una represión mayor a aquellos que atentan contra la seguridad del Estado.

La evolución dogmática, la entrada de la democracia y la defensa de los derechos humanos, hizo que estas teorías se abandonasen y se primaran las garantías legales de los sujetos delincuentes, así como la eliminación de las medidas predelictuales contra esa peligrosidad.

Sin embargo, siguen estando presentes vestigios de ese Derecho penal que trata de defender a la sociedad frente al delito y frente a los agentes que atentan contra el Estado de Derecho, y pueden contraer consecuencias discriminatorias y de tolerancia cero en el llamado Derecho penal del enemigo, que se encuentra presente en la actualidad.

Por último, para concluir, la visión de futuro que se puede esperar con los antecedentes y el estado actual de esta situación, es, en mi opinión, una represión y una intolerancia mayor a ciertos colectivos. Los hechos acaecidos en los últimos años, sobre todo en materia de terrorismo, hacen que la sociedad se encuentre más preocupada y se produzca una mayor inseguridad. Los Estados, haciendo uso del instrumento de control más represivo como es el Derecho, tratarán de afrontar esa inseguridad ciudadana con políticas más duras y leyes especiales.

Desde la Criminología creo que se puede afrontar la situación de inseguridad desde otra perspectiva. Utilizando políticas de integración de ciertos colectivos, que se puedan sentir discriminados o en riesgo de exclusión, para evitar el fanatismo que pueda llevar a una lucha contra el Estado, por parte de bandas terroristas, por ejemplo. A su vez, desde la educación y políticas sociales en general.

La clave se encuentra en fomentar la seguridad ciudadana desde una cohesión social entre los individuos y no a través de la represión y el control. Si los tratamos como enemigos, actuarán como tal.

10. Bibliografía

ADELANTADO GIMENO, José. Orden cultural y Dominación. La cárcel en las relaciones disciplinarias. Dirigida por Juan José Bustos Ramírez. Universidad Autónoma de Barcelona, *Facultad de ciencias sociales y políticas*, Bellaterra 1991.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Historia de la criminología en España, Madrid, *Dykinson*, (2007)

ANTÓN ONECA, José. (1970). La obra penalista de Jiménez de Asúa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 547.

ARENDDT, Hannah (1999), Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, *Lumen*.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general, 2ª ed. *Hammurabi*, Buenos Aires, (1999)

BARBERO SANTOS, Marino. Política y Derecho penal en España. *Revista de Derecho político*. Madrid, (1977).

BLANCO RODRÍGUEZ, Juan Andrés. "El Pensamiento Sociopolítico de Dorado Montero" *Centro de Estudios Salmantinos, Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, Salamanca, España, (1982).

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España. *Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia* v. 34: 11-74, (2006).

CAMPOS MARTÍN, Ricardo. (1997). Higiene mental y peligrosidad social en España (1920-1936). Madrid, *Consejo Superior de Investigaciones Científicas* , 39-59.

CHARGOY, J.Eric: (1999). Escala de respuesta individual criminológica: Un instrumento psicocriminológico para determinar objetivamente la peligrosidad. *Ciencias Sociales* 83, pp. 97-117.

Citado en MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad". *Doctrina*, 42-58.

Citado por: CAMPDERRICH BRAVO, Ramón. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945), *Tesis Doctoral Universitat de Barcelona*, Barcelona, (2003). Disponible en:

http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/34976/1/RCB_TESIS.pdf

COBO DEL ROSAL, Gabriela (2012). El proceso de elaboración del Código penal de 1928. *AHDE*, tomo LXXXII, pp. 561-602.

CUELLO CALÓN, Eugenio. El Futuro Derecho penal alemán. *Revista de educación, gobierno de España*. (1941).

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. (1975). El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 33-52.

FRANCO LOOR, Eduardo. La teoría del delito: Evolución histórica y sistemas. (2010)
Extraído de:

https://www.academia.edu/7993194/LA_TEOR%C3%8DA_DEL_DELITO_EVOLUCI%C3%93N_HIST%C3%93RICA_Y_SISTEMAS

FROMMEL, Monika. “La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo”, traducción de Muñoz Conde, en *Estudios penales y criminológicos*, XVI, Santiago de Compostela, (1993).

FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. Munich. (1989). Extraído de:

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20062100632_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Los_or%EDgenes_ideol%F3gicos_de_la_teor%EDa_de_la_acci%F3n_de_Welzel

GARÓFALO, Rafaele. (Primera edición 1885). *La Criminología, Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Nápoles: IBdef. P. 229 – 239.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. Principios de Criminología. *Tirant Lo Blanch*. (2005).

GIMÉNEZ MARTÍNEZ, Miguel Ángel. El corpus ideológico del franquismo: principios originarios y elementos de renovación. *Estudios internacionales 180* (2015). ISSN 0716-0240.

GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (2011). Contrarrevolucionarios. Radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República. *Alianza Editorial*. Madrid. pp. 28-30.

GRACIA MARTÍN, Luis. Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”. *Revistas generales de Derecho de Iustel*. Zaragoza (2005)

JESCHECK, Hans-Heinrich. La reforma del Derecho penal alemán, fundamentos, métodos, resultados. *Sección doctrinal* (1972).

HERNÁNDEZ GUTIERREZ, Julia. (2013). ¿Qué tan extraño es el extraño? Consideraciones de la otredad en Simmel, Sennet y Bauman. *Revista estudiantil latinoamericana de ciencias sociales*, 3, 1-16.

HERRERO, Montserrat. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Carl Schmitt. *Tecnos*. (1996).

HITLER, Adolf. Mi lucha. *Primera edición electrónica*, (2003).

HOYER, Andreas. Ciencia del Derecho penal y nacionalsocialismo. *Revista penal*, nº23. (2009).

HURTADO YELO, Juan José. La peligrosidad criminal como criterio para denegar la suspensión de las penas privativas de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº5. (2009)

Introducción de Enrique BACIGALUPO a la obra de Luis Jiménez de Asúa, La teoría jurídica del delito, Madrid, *Dykinson*, (2005).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de derecho penal. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires, *Editorial Losada. S.A*, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La teoría Jurídica del delito. *Dykinson* (2005).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. (1920). El Estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal Moderno. Madrid: *Reus*.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXII, Tomo 163, (1933). P.577-635

JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo. Carl Schmitt y las ideas penales de la escuela de Kiel. *ADPCP*. Vol I, XII (2009). P. 467.

AMBOS, Kai; MEYER-ABICH, Nils. La superación jurídico-penal de las injusticias y actos jurídicos nacionalsocialistas y realsocialistas en Alemania. *Revista Penal*, 24, (2009)

LÓPEZ GARRIDO, Diego; GARCÍA ARÁN, Mercedes. El Código penal y la voluntad del legislador. Madrid (1996)

MARÉS ROGER. Francisco. “El tribunal del Jurado en la II República Española” en *Boletín nº1760*.

KIERSZENBAUM, Mariano. El bien jurídico en el derecho penal, algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, nro. 86, (2009).

MARTÍN, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 36, tomo 1.

MARTÍN, Sebastian (2009). Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 38.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia. *Tirant lo Blanch*. (2015)

MIR, Conxita; AGUSTÍ, Carme; GELONCH, Josep. Pobreza, marginación, delincuencia y políticas sociales bajo el franquismo. *Espai/Temps*. (2005).

MONTAGUT CONTRERAS, Eduardo. El franquismo contra la propiedad privada. *Unidad Cívica por la República* (2011). Extraído de:
<http://www.unidadcivicaporlarepublica.es/index.php/nuestra-memoria/franquismo-y-represion/985-el-franquismo-contra-la-propiedad-privada>

MUÑOZ CONDE, Francisco. (1994). Política Criminal y Dogmática Jurídico penal en la República de Weimar. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n15 y 16, vol II. Centro de Estudios Constitucionales, Alicante.

MUÑOZ CONDE, Francisco. (2002). Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Valencia: *Tirant lo blanch*.

MUÑOZ CONDE, Francisco, “Recensión: VORMBAUM, Thomas. Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte (Introducción a la Moderna Historia del Derecho Penal) *Polít. crim. N° 7*, 2009, R1-7, pp. 1-16

NAVARRETE URIETA, Jose Maria. La imputabilidad en el pensamiento de Edmund Mezger. *Universidad de Madrid*, (1959).

NAVONE, Karina. Positivismo Criminológico, racismo y holocausto. Buenos Aires. *Universidad de Buenos Aires, Lecciones y Ensayos*.

NEGRETTO, Gabriel.L. El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción. *Universidad de Buenos Aires*.

PARDO, Celestino. Estudio preliminar en Schmitt, Carl, El Valor del Estado y el Significado del Individuo. *Centro de Estudios Político Constitucionales*. Madrid (2011).

PAVARINI, Massimo. (1983). Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Florencia: *Siglo Veintiuno Editores*.

PAVARINI. Massimo (2009), Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad, *Quito FLACSO*

PAVARINI, Massimo. Control y dominación (teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico), *México, Siglo XXI*, (1983)

PETIT, Carlos (2007), Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science Americana, *Quaderni Fiorentini*, Giuffrè editore milano.

PRESTON. Paul. “La Guerra Civil Española”. *Fundación Pablo Iglesias*, Madrid, (2008)

PUEYO, Andrés. Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico. Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad, Edisofer-Bdf. (2013)

PUEYO, Andrés. Predicción de la violencia: entre peligrosidad y valoración del riesgo de violencia. *Papeles del psicólogo*. (2007)

QUISBERT, Ermo. Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes. *Centro de estudios de Derecho*. (2008).

RAFECAS, Daniel. El Derecho penal frente al Holocausto, (a propósito de unas obras recientes de Francisco Muñoz Conde y Enzo Traverso). *Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 8 nº15. (2011)

RAFECAS, Daniel. La ciencia del Derecho ante el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt. *Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 8 nº15. (2010)

RAMOS RODRÍGUEZ, Emilio. En torno a la teoría del delito según Edmund Mezger. *Revista de la Universidad de Oviedo*. (1942).

RENÉ BODERO, Edmundo. Pedro Dorado Montero, el desmitificador de Salamanca. *Doctrina penal* (2010).

ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique. (7 de Mayo de 2015). Ley de vagos y maleantes. La desnaturalización de una ley republicana. Obtenido de *The Social Science Post*: <http://thesocialsciencepost.com/es/2015/05/ley-de-vagos-y-maleantes-la-desnaturalizacion-de-una-ley-republicana/>

RUIZ MAYA, Manuel (1928). "La peligrosidad de los alienados en sus aspectos teórico y práctico". Segunda Reunión Anual de la Asociación Española de Neuropsiquiatras, Madrid, *Archivos de Neurobiología*, VIII, 63-97

SABIDO, Olga (2009). "El extraño", en Emma León (ed.), Los rostros del otro. Reconocimiento, invención y borramiento de la alteridad, Barcelona, *Anthropos*, pp. 25-57.

SAMIR BENAVIDES, Farid. Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt. *Nueva época, Argumentos*, UAM México. (2006).

MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. *Buenos Aires*. (2003).

MÜLLER, Ingo. Los juristas del horror, la "justicia de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás. (2009) Bogotá. *Alvaro-Nora, C.A. Librería*.

SANZ MORÁN, Ángel Jose. Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal. *Lex Nova*. (2003)

SARAVIA, Gregorio (2012). Carl Schmitt: Variaciones sobre el concepto de Enemigo. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15. pp. 149-172.

SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. Texto de 1932 con un Prólogo y Tres Corolarios, Versión e introducción de Rafael Agapito. *Alianza Editorial*, Madrid, (2006)

SERRANO, Enrique. Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt. *Isegoría*, Nº 36, enero-junio. (2007)

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable. *Nuevo Foro Penal*, Nº 48, Junio 1990

TÉBAR RUBIO-MANZANARES, Ignacio. Derecho penal del enemigo en el primer franquismo. El caso de Julián Basteiro. *Revista de historia actual*, Vol 11, nº11. (2013).

TENA ARREGUI, Rodrigo. La amenaza yihadista y el Derecho penal del enemigo. Actualidad política y jurídica. (2015). Extraído de: <http://hayderecho.com/2015/01/20/la-amenaza-yihadista-y-el-derecho-penal-del-enemigo/>

VARGAS MURILLO, Alfonso.R. El derecho como orden concreto: una introducción al pensamiento jurídico de Carl Schmitt. *Derecho y cambio social*. (2015).

Violencia política y dictadura franquista. Extraído de:

<http://www.uclm.es/AB/humanidades/seft/pdf/textos/damian/violencia.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio R. ALAGIA, Alejandro SLOKAR. Derecho penal. Parte general, 2ª ed., *Ediar, Buenos Aires*, (2002)

ZARKA, Y. C. Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt. La justificación de las leyes de Nuremberg de 15 de septiembre de 1935, *Traducción de Tomás Valladolid Bueno. Anthropos, Barcelona*. (2007) pp. 45 y 46.

ZIFFER, Patricia. Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal. *Hammurabi, Buenos Aires*. (2008).

11. Fuentes

Anteproyecto de Código penal de 1938 de FET y de las JONS.

CASABO RUIZ, José Ramón. Estudio preliminar del Anteproyecto de código penal de 1938 de FET y de las JONS.

Código penal reformado, concedida al Gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870. Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. *Akal*. Páginas 485-662.

Decreto aprobando el Reglamento, que se inserta, para la aplicación de la ley de Vagos y Maleantes. Diario Oficial de la República núm. 125, de 05/05/1935, páginas 1044 a 1053.

Decreto de 23 de diciembre de 1944 promulgando el Código penal de 1944. Texto ordenado conforme a los preceptos y orientaciones de la Ley de Bases de 19 de Julio de 1944. Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. *Akal*. Páginas 1169-1354.

España. Ley Orgánica 15/95 del Código Penal, 23 de Noviembre de 1995, Boletín Oficial del Estado núm. 281.

España. Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928, por el que se publica el *Código Penal*. López, J; Rodríguez, L; Ruiz de Gordejuela, L; Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. *Akal*. Páginas 665-966.

Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. Publicado en: «BOE» núm. 187, de 6 de agosto de 1970, páginas 12551 a 12557.

Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932. Códigos penales españoles, recopilación y concordancias. *Akal*. 969-1165.

Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935. Cátedra Hendler, departamento de Derecho penal y Criminología.

Extraído de: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=105

Leyes de Nuremberg del 15 de septiembre de 1935. Cátedra Hendler, departamento de Derecho penal y Criminología.

Extraído de: http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=105

Proyecto de Ley sobre el tratamiento de los Extraños a la Comunidad en su versión de 17 de marzo de 1944. Recogido en MUÑOZ CONDE, Francisco. El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamiento de los “extraños a la comunidad”. *Revista penal*. (2009). Páginas: 54-58.

Reglamento para la aplicación de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Publicada en Madrid, en mayo de 1935. Niceto Alcalá-Zamora y Torres. – Ministro de Justicia, Vicente Cantos Figuerola.

STS 345/2007, de 24 de abril. Citado por: Lucía Martínez Garay en Derecho penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia.