

INTRODUCCIÓN

Este libro trata sobre el «Derecho penal del enemigo» elaborado por el «nuevo Estado» franquista entre 1938, año de formación del primer Gobierno de Francisco Franco, y 1944, año en que se aprobó el nuevo Código Penal refundido con todas las modificaciones incorporadas hasta la fecha. Durante ese periodo, las múltiples representaciones del enemigo que compartían las autoridades del Estado franquista se fueron convirtiendo en parte fundamental del ordenamiento jurídico del Estado. Aunque las imágenes del enemigo hundían sus raíces en la brutalización y militarización de las culturas políticas¹ de la ultraderecha desde los años veinte, en la posguerra estuvieron muy presentes los estereotipos propagandísticos aparecidos en el enfrentamiento armado. Estos discursos sirvieron para clasificar, deshumanizar y apartar al «rojo» como «enemigo absoluto» de la comunidad nacional, una forma simbólica y verbal de violencia que daba significado a la violencia física desarrollada contra los defensores de la República. La dinámica del conflicto canalizó progresivamente la brutalidad de la limpieza política de los primeros meses hacia las salas de los consejos de guerra, pretendiendo dar así el atributo de «legalidad» a la violencia, con la pretendida finalidad de sancionar las responsabilidades de cada «rojo» de manera justa pero severa.

Existen varias investigaciones que abordan la construcción simbólica y discursiva del enemigo (Sevillano Calero, 2007; Núñez Seixas y Sevillano Calero, 2010; Domínguez Arribas, 2009), pero ninguna lo ha intentado en el interior del ámbito jurídico. Sin duda alguna, las caracterizaciones y estereotipos de los adversarios de la comunidad nacionalcatólica conformaron una parte importante de la cultura política hegemónica del nuevo Estado, junto con las representaciones del propio conflicto («cruzada», «liberación», etc.). De este modo, la distinción y el extrañamiento entre el «amigo» y el «enemigo» continuó tras la «victoria» y superó las expresiones meramente simbólicas o propagandísticas (Sevillano Calero, 2008).

1. «Culturas» entendidas como Almond y Vebra (1970) propusieron hace décadas: conocimientos, creencias, sentimientos, actitudes, símbolos y valores acerca del sistema político.

A través de estas páginas, se pretende mostrar cómo los distintos «juegos de lenguaje»² compartidos por la «cultura de guerra»³ de los golpistas convirtieron la mera adscripción al estereotipo del «otro» en delito, introduciendo la imagen del enemigo en algún tipo penal existente o creándolo *ad hoc*. De esta forma, se puede rastrear cómo las representaciones propagandísticas del enemigo buscaron la apariencia de «justicia», de norma racionalizada, que le otorgaban una mayor legitimidad al ejercicio de la represión. En definitiva, el primer objetivo de este libro ha sido analizar la penetración de la representación del «enemigo absoluto» en la codificación legal, así como la militarización de la doctrina y la práctica jurídica, tanto en la jurisdicción propiamente castrense como en la ordinaria. Para ello, se propone como aportación a la discusión conceptual el término jurídico moderno de «Derecho penal del enemigo».

La hipótesis principal de este trabajo, que ya se ha ido adelantando, sugiere que la represión de posguerra franquista fue más allá de una justicia de vencedores. Esto es algo que destaca cualquier análisis cualitativo o cuantitativo de la represión jurídica de la segunda posguerra europea, una justicia de vencedores por lo general mucho más laxa y selectiva que la española (Judt, 2006). Esto fue así porque la dictadura se dotó de un Derecho penal permanente para el combate contra el *hostis*⁴ o, si se quiere, un no-Derecho que permitió plena discrecionalidad a las autoridades (sobre todo militares) con el fin de aniquilar o mantener controladas a aquellas personas que por su especial militancia resultaban «peligrosas» para el nuevo Estado. El resultado fue un tipo de justicia sumaria convertida en una herramienta represiva más, incapaz de impartir justicia o Derecho penal en sentido moderno, por su propia estructura procesal.

El término más frecuente con que se definió este tipo de política criminal en los regímenes fascistas fue el de «Derecho penal de combate». Sin embargo, no ha sido hasta finales del siglo XX cuando ha aparecido una teorización que hablara expresamente de un Derecho penal del enemigo. Fue el profesor de

2. La expresión «juego de lenguaje» está tomada de Wittgenstein (2002), que llama «“juego de lenguaje” al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretelado», y en el que las oraciones forman múltiples tipos, conformando «nuevos tipos de lenguaje, nuevos juegos de lenguaje, como podemos decir, nacen y otros envejecen y se olvidan», ya que «hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida» con el que se realizan operaciones heterogéneas.

3. Definida como «el campo de todas las representaciones de la guerra forjadas por los contemporáneos (...) antes de su estallido y después», (Audoin-Rouzeau y Becker, 1997, p. 252; 2000).

4. El término *hostis* originariamente denominaba al extranjero, sin derecho dentro del ordenamiento romano, pero más tarde pasó a definir al enemigo, como forma de condenar al ostracismo al enemigo interno (*hostis iudicatus*). Se le privaba radicalmente de todo estatus jurídico y por lo tanto podía ser despojado de sus bienes en cualquier momento y llevado a la muerte (Agamben, 2004, p. 146). Se diferencia del término de que deriva el concepto actual, *inimicus*, en que los romanos hacían distinción entre el enemigo público (*hostis*) y el privado (*inimicus*), una diferencia que se encuentra también en las traducciones bíblicas.

Bonn, Gunther Jakobs, quien la acuñó refiriéndose a la deriva del Derecho penal vigente, primero como advertencia pero más tarde posicionándose a favor de la existencia de un Derecho penal de «ciudadanos» y otro Derecho penal para los «enemigos» (Cancio Meliá y Jakobs, 2003). Con su justificación doctrinal a la nueva legislación «defensista», Jakobs generó un debate entre los juristas que perdura hasta nuestros días (Polaino-Orts, 2009a y b; Cancio Meliá 2005; Cancio y Gómez-Jara, 2006; Zaffaroni, 2006; Miró, 2005; Cornacchia, 2008). El Derecho penal del enemigo trata de conjugar espacios de excepcionalidad dentro del respeto general al Estado de derecho, algo que según sus críticos le dejaría fuera del estatus de Derecho penal. De manera muy resumida, posee tres elementos definitorios: en primer lugar, se concreta por un amplio «adelantamiento de la punibilidad» (esto es, se castiga preventivamente, en lugar del habitual punto de referencia en el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son «desproporcionadamente» elevadas. Y en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

A estas tres características, sus críticos le añaden una cuarta, a partir de dos precisiones. La primera es que no se dirigen operaciones de combate contra un enemigo reconocible, sino que se «desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados», bajo el influjo de las imágenes de los «enemigos de la sociedad». El objetivo sería lograr el reconocimiento (o legitimación) del agente represor mediante la atribución de perversidad al enemigo, mediante su demonización. Es decir, junto con el aumento de las penas, es también un Derecho penal *simbólico*, propio del «populismo punitivo». La segunda precisión, en relación a esta característica simbólica, es que ya no es *el hecho*, el delito cometido, la base de la tipificación penal, sino que se sustenta en la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos (Cancio Meliá y Jakobs, 2003, p. 87 y ss.). Es por lo tanto un Derecho penal *de autor* (Gorrioz Royo, 2008, p. 360 y ss.). En definitiva, a las tres primeras características se le suma una cuarta: la función de identificación de una categoría de sujetos como enemigos, y la consecuente orientación de la regulación al Derecho penal de autor⁵.

En el Derecho penal moderno, las formas similares al viejo *hostis* romano son rastreables en los planteamientos doctrinales de von Liszt, penalista que influyó sobre la mayoría de legislaciones y penalistas entre los siglos XIX y XX. Mediante aquella doctrina, se continuó justificando y legitimando el trato a ciertas personas como enemigas –en este caso *inimicus*– por su supuesta peligrosidad, «incurables» contra las que se planteaba la «inocuidación», como por ejemplo en el caso español con la famosa Ley de Vagos y Maleantes de 1933. Sin embargo, cuando esa política criminal se encontró con una determinada forma

5. Sobre las diferencias entre el Derecho penal del enemigo actual y el totalitario, ver Tébar (2014).

de gobernabilidad totalitaria, ese tipo de legislación se exacerbó al servicio de determinados proyectos políticos.

En España, la deriva «totalizadora» de la guerra produjo la organización efectiva y la movilización de toda la sociedad como combatiente. La población civil se equiparó a los objetivos militares o «incluso se convirtieron en objetivos privilegiados para la consecución de la victoria» (Ranzato, 2008, p. 237). Además de los bombardeos y de las operaciones militares, la «totalización» se hizo patente en las labores de vigilancia y depuración del «quintacolumnismo», generalizándose la Justicia sumaria y la excepcionalidad en ambas retaguardias. En el caso del nuevo Estado, la excepción se institucionalizó y se convirtió en modo de gobernar con el apoyo de sus principales teóricos. A partir de la guerra en adelante, el Estado franquista se defendería de la «anti-España» desarrollando un ejemplo paroxístico de Derecho penal del enemigo, que eliminaba las garantías jurídicas para tratar de combatir al *hostis*.

Ésa dialéctica, la forma de gobernar diferenciando entre «amigos» y «enemigos», encontró a su principal valedor en el conocido jurista alemán Carl Schmitt, cuyas teorías estaban entonces en boga y fueron asumidas como propias por los grandes teóricos del Estado franquista. De acuerdo con su concepción de lo político como enfrentamiento entre «amigos» y «enemigos», y sobre todo con su autoritarismo conservador, la instauración de una dictadura era una salida positiva y necesaria si se querían cerrar los problemas abiertos por la modernidad y la democracia. La dictadura devolvía la politización total al Estado, de la que el constitucionalismo liberal se escabullía, y restablecía así el orden mediante la decisión de un soberano.

Al contrario que en su definición coloquial, que concibe la politización de una manera peyorativa, Schmitt entendió que politizar es introducir el combate contra un enemigo interno o externo, es la respuesta vigorosa de una comunidad política ante un peligro existencial. La dictadura, forjada en el enfrentamiento, era el Estado-nación en guardia, dando cumplimiento a una tarea histórica que se consideraba permanente: la defensa de los valores y esencias de la comunidad nacional. En España, el corolario de estos principios en términos prácticos fue toda la red de apoyos entre los miembros de la comunidad nacionalcatólica (con expresiones simbólicas, como el culto a los caídos en la inmediata posguerra, pero también prebendas y privilegios materiales), al mismo tiempo que se purgaban instituciones y grandes empresas de sujetos sospechosos y se castigaba a los considerados peligrosos a través de los distintos tribunales.

Otro concepto que resulta clave para ilustrar este gobierno que divide a la población entre «amigos» y «enemigos», es el de «Estado dual», de Ernst Fraenkel, *emigré* alemán y a su vez discípulo de Schmitt. Según sus tipos ideales, desarrollados a partir de la observación de la dictadura nazi, el Estado alemán se

«partió» en dos. Por un lado, un *Estado prerrogativo* eliminó cualquier límite legal de un régimen constitucional, y por el otro un *Estado normativo* siguió conservando esferas de aparente normalidad, previsibilidad y orden. En sus propias palabras:

By Prerogative state we mean that government system which exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees, and by the Normative State an administrative body endowed with elaborate powers for safeguarding the legal order as expressed in statutes, decisions of the courts and activities of the administrative agencies (Fraenkel, 1941, p. xiii).

Fraenkel describió con ejemplos las características del Estado prerrogativo, tales como la dictadura de un líder, la abolición del Estado de derecho y de la división de poderes, la declaración de la Ley marcial, la eliminación de los límites legales a la policía, las críticas a la formalidad legal, o la confusión entre Partido y Estado. El politólogo comprobó cómo, además de fabricar una «comunidad racial», el Estado prerrogativo se ocupaba de combatir al enemigo político, dejando las esferas normativas al servicio no ya de la «raza» alemana en general, sino en particular del capitalismo alemán. En definitiva, esta obra clásica permite analizar los límites entre el Estado normativo y el prerrogativo, entre el Derecho penal del enemigo de excepción y el ordinario, que aquí también se intentarán explorar.

El Estado prerrogativo español se constata en toda la militarización del Derecho contra los enemigos del «Movimiento Nacional» desde el golpe del 18 de julio de 1936. El nuevo Estado era plenamente consciente de introducir una nueva forma de gobierno superadora del Estado liberal, en que las instituciones podían tejer una red para «la captura y sanción de todo individuo que despidiera aroma de oposición al poder establecido» (Gil Vico, 2005, pp. 69-90). A partir del primer Gobierno de Burgos, en enero de 1938, los instrumentos jurídicos de la represión desplegados por el Estado franquista se establecieron en una avalancha normativa que fue más allá de la excepcionalidad bélica o la defensa constitucional. Mediante la hiperactividad de la justicia castrense, y con la creación de múltiples jurisdicciones especiales (como las más conocidas del Tribunal de Responsabilidades Políticas –véanse Álvaro Dueñas, 1990 y 2006; o Mir Curcó et al., 1997– o el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo –Portilla Contreras 2009 y 2010–), el Derecho penal *de combate* se dedicó a castigar la militancia izquierdista o la pertenencia a la masonería, así como a perseguir cualquier atisbo de resistencia organizada contra el nuevo Estado. Aunque los jueces le dieran una apariencia legal, los magistrados aceptaron testimonios extraídos bajo tortura, sustituyeron el principio del hecho por el de autor y se llegó a emplear legislación penal retroactiva, lo cual convertía a la Justicia en una farsa legal, en mera administración orgánica de las necesidades marcadas por el Ejecutivo.

En cuanto al contexto historiográfico en que se enmarca esta monografía, se considera que existe cierto estancamiento en las publicaciones que tratan la temática represiva, por lo menos desde el aspecto conceptual. Una vez que se ha logrado alcanzar un conocimiento más exhaustivo de lo sucedido a nivel local –por encima de lo «localista» destacan, entre otros, Espinosa Maestre (2005 y 2006b); Núñez y Rojas (1997); Moreno Gómez (2008); Vega Sombría (2005); Pagès (2004); Ortiz Heras (1995 y 1996); Casanova et al. (1992); Anderson (2010)–, y se cuenta con una numerosa bibliografía al respecto –véanse, por ejemplo Juliá Díaz (1999); Mir Curcó (2001); Casanova (coord.) (2004); Sevillano Calero (2004); Rodrigo Sánchez (2008); Ledesma (2009); Espinosa y Gil (2010); Gómez y Marco (2011); Preston (2011); Aróstegui (coord.) (2012); Sánchez y Moreno (eds.) (2015)–, la mayoría de síntesis que aparecen en los últimos años no dejan de repasar los marcos interpretativos generales, sin aportar grandes novedades. La única discusión importante que ha surgido en los últimos tiempos quizá sea la de la naturaleza de la represión, suscitada sobre todo desde lo que se ha venido a llamar «revisiónismo académico» –que cabe diferenciar del «revisiónismo neofranquista» (González Calleja, 2013)–.

En líneas muy generales, el revisionismo académico no realiza una descalificación absoluta de la II República ni justifica la guerra civil, como sí hace el revisionismo neofranquista, pero suele aplicar una metodología sincrónica cercana a la politología o la sociología, que compara la democracia republicana con un tipo ideal ahistórico o tomado de la democracia actual, para concluir que aquella fue de «baja calidad», o que tuvo que enfrentarse a los «totalitarismos» de izquierdas y derechas. Estos autores rebajan la importancia de los factores socioeconómicos para explicar la violencia durante la etapa republicana, y acaban volviendo a la historia política clásica. Bajo estas premisas, se termina considerando la guerra como resultado de un «fracaso» de la República a partir de la «hipótesis del desorden», más que como resultado de un golpe militar. En la cuestión «represiva», este revisionismo desde la academia estaría representado por la obra de Julius Ruiz (2012a y 2012b), quien ha equiparado las responsabilidades y las formas de violencia desplegadas en ambas retaguardias.

Según esta visión, los trabajos desarrollados por la historiografía española y británica corresponderían a «metanarraciones del exterminio», generadas en el pasado por la propaganda franquista y antifranquista. Esas «metanarraciones» ocultarían a los investigadores la evidencia de aquello que él denomina «el cambio»: el paso, a partir de 1937, pero sobre todo entre el año 1940 y 1941, del exterminio militar extrajudicial a una represión judicial burocrática en forma de «justicia al revés», severa con los delitos de sangre y prácticamente imparcial ante cuestiones como la clase social y la enemistad política o, lo que es más importante, incapaz por principios y materialmente de ejecutar ningún plan de exterminio.

La discusión no deja de ser terminológica. Los autores reacios a emplear el concepto de «exterminio» consideran que este debe hacer referencia a prácticas como la expansión nazi hacia el este, o incluso se equipara al de genocidio. El principal argumento es comparativo y de tipo cuantitativo: si tal voluntad de exterminio hubiera sido cierta, las matanzas tendrían que haber ido en aumento como ocurrió en la Alemania y no en retroceso como sucedió conforme el «Estado campamental» se fue institucionalizando. No había, pues, una voluntad de eliminación física del enemigo diferente de la que pudo haber en el bando republicano (Ruiz, 2011, pp. 8-12). Así pues, a pesar del enorme desequilibrio cuantitativo y la escalofriante intensidad de la represión franquista en todas sus etapas, se alude de pasada al retroceso constante del bando republicano como factor del desequilibrio numérico y se niega una voluntad de *supresión cultural* ni de *conversión forzosa* (Gómez y Marco, 2011, p. 65 y ss.). Las ejecuciones de guerra y posguerra serían básicamente la dura venganza contra los que se consideraba responsables de los desmanes republicanos. En cuanto al *cambio* en la intensidad de la represión franquista, para el revisionismo no tuvo que ver con las necesidades políticas del momento ni con el final de la II Guerra Mundial, sino que comenzó en 1937, pero sobre todo a principios del 1940, cuando la dictadura pudo comenzar a revisar a través de sus auditores las penas para dar un sentido más unitario a las sentencias. El resultado es el reparto equitativo de responsabilidades, en parte quizá como respuesta fácil a cierta exageración terminológica de algunos representantes del paradigma progresista (como cuando se habla de genocidio u holocausto).

La tesis hegemónica contra la que se dirigen estos argumentos, la considerada genéricamente «progresista», sostiene que el bando rebelde y después el nuevo Estado franquista desarrollaron una violencia coordinada, prevista y centralizada. En definitiva:

(...) si logramos trascender el impacto de las más voluminosas matanzas de primera hora, no deja de ser sugerente la propuesta de interpretar la actuación de la justicia militar de posguerra como la fase final selectiva del continuo represivo iniciado en julio de 1936 (Gil Vico, 2012).

Es decir, que hubo un continuo entre la acción «en extremo violenta para reducir lo antes posible al enemigo»⁶ y la utilización de la Justicia Militar para realizar una represión más selectiva, que permitía desarrollar una labor legitimadora y propagandística. Así, se confundía interesadamente la *fase caliente* de la represión con actos cometidos por milicias partidistas sobre las que el nuevo Estado no tenía responsabilidad, a la vez que se mezclaban las ejecuciones puramente políticas de posguerra con los actos de retribución por delitos de sangre.

6. Citando una de las conocidas directrices previas al golpe, en este caso del mes de abril de 1936, «Instrucción reservada número uno», firmada por Mola, «el Director» (Pérez Madrigal, 1937, p. 145).

Este trabajo ha tratado de comprobar la realidad o no de estas hipótesis a partir del análisis cualitativo del Derecho penal de posguerra, sobre todo del estudio de la aplicación de la justicia militar. Sin negar la retribución de esos supuestos responsables de delitos de sangre en la retaguardia, se parte de la hipótesis de que sin una mínima voluntad de «exterminio»⁷ o de limpieza política no hay forma de explicar los asesinatos en aquellos pueblos que no conocieron la guerra en el 1936, ni de otras tantas personas que, como Lluís Companys, fueron fusiladas en la posguerra después de pasar por juicios farsa, ejecutadas por ser símbolos de la «anti-España» y no por acusaciones *emic* acerca de su responsabilidad en los crímenes o en la inestabilidad política, que no se correspondían con la realidad.

Por otra parte, cuando se realiza la comparación entre legislaciones coetáneas al franquismo o de la actualidad, en última instancia se está interrogando a un Estado cuál es su racionalidad gubernamental, cuál es su forma de relacionarse con la población, cómo pretende conducir, guiar, moldear conductas a nivel individual pero también colectivo. A este respecto, el enfoque de Michel Foucault resulta interesante para leer la posible racionalidad que guía la represión por encima de la cuestión del «exterminismo». En España son pocos los estudios sobre *gubernamentalidad*, un campo que en el mundo anglosajón se llega a considerar una nueva subdisciplina (Vázquez García, 2005, p. 74). Desde estos presupuestos, Francisco Vázquez García (2009, p. 16 y ss.) estableció una periodización histórica de larga duración sobre la «biopolítica» en España, que Salvador Cayuela (2014; 2011; 2009; 2008a; 2008b) ha completado para el franquismo.

El estudio de la *gubernamentalidad*, de la *racionalidad* o *arte de gobierno*, se define como un modo o sistema de pensamiento acerca de la naturaleza y práctica del gobierno, de la conducción de conductas (*quién* puede gobernar, *qué* se entiende por gobernar y *qué* o *quiénes* son los gobernados), que reordena las «técnicas» de poder («jurídicas», «disciplinarias» y «de seguridad») dentro de cada contexto histórico (Foucault et alii, 1991, pp. 9-26; Gordon, 1991, p. 3; Vázquez García, 2009, p. 12). Salvador Cayuela sitúa el primer franquismo en la órbita de los totalitarismos, caracterizados por una gestión de la vida de

7. Siguiendo la definición jurídica del Equipo Nizkor (2004), el «exterminio es un crimen que, por su naturaleza misma, se dirige contra un grupo de personas. Además, el acto utilizado para cometer el delito de exterminio supone un elemento de destrucción masiva que no se requiere para el asesinato. A este respecto, el exterminio está estrechamente relacionado con el crimen de genocidio, en el sentido de que ambos crímenes se dirigen contra un gran número de víctimas. No obstante, el crimen de exterminio se daría en casos que difieren de los comprendidos en el crimen de genocidio. El exterminio comprende los casos en que se mata a grupos de personas que no comparten características comunes. Se aplica también a casos en que se mata a algunos miembros de un grupo pero no a otros».

la comunidad política enteramente «nacionalizada», protegida y disciplinada en todos los ámbitos por estar en guerra contra el enemigo interno. En España, al revés que en los otros ejemplos fascistas, fue la «guerra total» contra los *rojos*, representación del enemigo de la comunidad nacionalcatólica, la que precedió a la movilización de la parte considerada sana de la nación. Como se ha dicho antes, después de una desmesurada «inversión en terror», el nuevo Estado aprovechó para sostener todo un aparato policial y judicial encaminado al disciplinamiento, vigilancia, depuración, y en último término de exterminio de aquella parte enferma de la sociedad.

Ahondado en lo que Foucault describió en su curso del 1976, la biopolítica franquista parecería confirmar como su reverso extremo el racismo o el exterminio de los elementos defectuosos en nombre de la salud y el fortalecimiento biológico de la comunidad nacional; la «tanatopolítica», cuyo grado paroxístico fue el de la biopolítica nacionalsocialista:

(...) estamos muy lejos de un racismo que sea, simple y tradicionalmente, desprecio u odio recíprocos de las razas. También estamos muy lejos de un racismo que sea una especie de operación ideológica mediante la cual los Estados o una clase tratan de desviar hacia un adversario mítico unas hostilidades que, de lo contrario, se volverían contra [ellos] o socavarían el cuerpo social. Creo que es algo mucho más profundo que una vieja tradición o una nueva ideología; es otra cosa (...) el racismo está ligado al funcionamiento de un Estado obligado a servirse de la raza, de la eliminación de las razas y de la purificación de la raza, para ejercer su poder soberano (Foucault, 2003, p. 234).

El nazismo se convierte para Foucault en el paradigma perfecto del «racismo de Estado», en un «biopoder» disciplinario que por un lado protege la vida mediante políticas sociales y por otro selecciona y separa del *continuum* biológico a los extraños a la comunidad racial alemana, el ejemplo más mortífero de una biología aplicada. Pero, al mismo tiempo, cualquier movimiento político que pretendió en algún momento eliminar a su enemigo físicamente, como el socialismo, acabó recurriendo al racismo de Estado, por lo que el término acaba siendo quizá demasiado amplio.

Aquí se debe advertir que la hipótesis de partida en este trabajo matizaría la de Salvador Cayuela o la del propio Foucault. Quizá sea cierto que el racismo es consustancial al exterminio físico en un poder que pretende proteger y defender la vida, pero hay que advertir que el «racismo de Estado» foucaultiano resulta poco concreto y deja de ser útil para las ciencias sociales, ya que vendría a definir cualquier enfrentamiento colectivo en la era de la biopolítica, sobre todo los de tipo político. Para concretar su utilidad en el caso de franquismo, obligatoriamente se debe realizar un análisis del aparato represor del nuevo Estado a través de la documentación oficial, con el fin de esbozar cómo funcionó realmente el proyecto de clasificación, vigilancia, encarcelamiento o eliminación

del *hostis* de la comunidad nacional, así como extraer algunas conclusiones sobre el funcionamiento del «racismo de Estado».

Es cierto que en España se pueden rastrear múltiples lazos con la biología y cierto supremacismo racial en la «Cruzada» española —no sólo en los conocidos estudios pseudocientíficos de Vallejo Nájera y otros psiquiatras, también José Antonio Primo de Rivera hablaba de una lucha eterna entre «godos» y «be-reberes»⁸, pero cualquier explicación que parta del racismo de Estado para el caso español tiene que recurrir a una matización constante de lo biológico, incluso para hablar de algo tan básico como fue la idea de «raza hispana». Por poner un ejemplo, Enrique Suñer Ordóñez, médico pediatra y primer presidente del Tribunal de Responsabilidades Políticas, supervisor de la purga de Educación, también compartía la idea de que había una «revolución judaico marxista», y en 1938 afirmaba que el objetivo de la guerra era:

(...) la fortaleza de la raza. Para ello hay que huir de toda clase de intolerancias y de sectarismos, inspirándose solamente en la equidad y en el beneficio de todos los ciudadanos (...). Para que este programa ideal pueda cumplirse, hace falta practicar una extirpación a fondo de nuestros enemigos, de esos intelectuales, en primera línea, productores de la catástrofe (Suñer Ordóñez, 1938, pp. 134 y 171).

Contradictoriamente, a la vez que se hablaba en los términos raciales de moda y se aludía al exterminio para el mejoramiento biológico, se recomendaba actuar con un sentido puramente policial contra los «autores intelectuales». Por ello, se ha considerado que lo propio en este caso sería reconocer los límites de un concepto que tiene inevitablemente connotaciones biológicas y observar directamente, en la práctica penal, qué elementos concretos utilizaron las autoridades franquistas para trazar una línea entre los sujetos «redimibles» y aquellos que no merecían seguir con vida, más allá de señalar algunas similitudes con los discursos que *patologizaban* o *animalizaban* al enemigo. En definitiva, el análisis de la legislación, la doctrina y la práctica de la justicia contra el enemigo tratará de comprobar si es cierto que el nuevo Estado desarrolló una política encaminada a favorecer «la supervivencia de los más fuertes, de la élite de la raza, y excluyera a los más débiles» mediante los «fusilamientos, los asesinatos indiscriminados, los trabajos forzados en condiciones infrahumanas, o el hambre y el frío en los campos de concentración» (Cayuela Sánchez, 2011, pp. 276 y 280), o si se deben privilegiar otras lógicas.

En estrecha relación con la retórica y la teoría política totalitaria de sus principales pensadores y juristas, la Política Criminal franquista anticipó las barreras de la punición, aumentó desproporcionadamente las consecuencias jurídicas,

8. Hay una buena colección de referencias racistas hacia la izquierda de los «teóricos del exterminio» en Preston (2011, pp. 71-92).

debilitó las garantías procesales e identificó a sus destinatarios mediante la consagración fulminante del derecho penal *de autor* de la época. Por ello, se ha puesto especial atención en los cambios discursivos y prácticos que introduce el nuevo régimen en la definición del delito, las penas, las garantías procesales, la concepción que se tenía del autor, del delincuente o la jurisprudencia. Toda una serie de leyes preexistentes se vieron modificadas, fundamentalmente del Código de Justicia Militar; otras fueron creadas *ex novo* para combatir contra el enemigo a través de jurisdicciones especiales; pero también se apoyaron en mecanismos jurídicos presentes en los Códigos liberales.

Por lo que respecta al propio término de Derecho penal, se ha evitado una definición *esencialista*, cerrada alrededor de una serie de atributos («seguridad», «justicia», «bien común»...), y se ha optado por una más abierta como la de von Liszt (1940, p. 7): «el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia». A estas reglas, se ha añadido el derecho militar, las medidas de seguridad y los estados de peligrosidad, además de la ciencia del derecho penal, la política criminal y la jurisprudencia. Con la intención de realizar una mejor contextualización jurídico-penal, se han incluido además aspectos que son ajenos a la definición estricta del penalismo, pero que guardan especial relación, como son la justificación filosófica del Derecho y la teoría del Estado de los juristas de la época.

Más que como aspectos separados (el derecho, la legislación, la doctrina, la pragmática) se ha querido analizar el Derecho penal como una cadena de legitimidad que comienza en unos discursos y finaliza en una serie de actos ritualizados a través de los tribunales, con el fin de diferenciar los actos cometidos por el Estado del estatuto de *violencia arbitraria* (Bourdieu, 2000, p. 167 y ss.). Esto es, como unas «técnicas» o «tecnologías» concretas que esbozan un modo de gobernar. Se trata pues, de introducir en el estudio toda una serie de categorías anejas a la maquinaria coercitiva con el objetivo de caracterizar mejor ese «lugar caliente» de todo gobierno. Como dijera James Goldschmidt (1935, p. 67):

(...) los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.

O, como también dijera Marc Bloch (1958, p. 94), «cómo eran juzgados los hombres», ya que «para un sistema social no hay mejor piedra de toque que ésta».

Sobre el análisis del continuo existente entre la violencia política extrajurídica y la legitimada por el Derecho, existen algunos estudios dedicados al Derecho ordinario y sus vinculaciones con la coerción política en la época. Destacan las aportaciones desde la Historia social de Conxita Mir (2000 y 2004) o la obra de esta autora con Carme Agustí y Josep Gelonch (2005), que han vinculado la

represión política con el surgimiento de formas de delincuencia y marginalidad social en la Cataluña rural de posguerra. El estudio de la marginalidad ha sido abordado por más autores además de Agustí (2005), como Gómez Westermeyer (2006), así como las formas de delación (Cenarro, 2002), que vienen además a demostrar cómo el esquema clásico de poder, excesivamente rígido y piramidal, es insuficiente incluso para las dictaduras. La represión estaba hasta cierto punto repartida, el «derecho de muerte» de la soberanía podía recaer en todo el cuerpo social cuando se trataba de decidir sobre la vida o la muerte del enemigo, algo que reflejan otras obras influidas por la antropología (Gómez y Marco, 2011).

Por otra parte, los estudios propiamente legales, comenzaron a surgir en el tardofranquismo. El jurista José Antón Oneca (1971) ya comentaba las principales características del derecho penal de posguerra; aspecto este que también estudió entonces Luis Ribó Durán (1971). Destaca el trabajo de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (1980) quien dio un paso más en la definición del Derecho franquista como derecho represivo, apuntando una serie de definiciones y características que hacen de su trabajo una introducción útil todavía hoy, aunque resulte obviamente sintético. Desde un enfoque distinto, Berdugo Gómez diferenció entre la legislación dirigida a reprimir a los que se mantuvieron fieles al Gobierno de la República, y la que adecuaba la legislación para el nuevo Estado, mediante la restricción de libertades y la incorporación de los valores del nuevo régimen. Su finalidad entonces era la de resaltar los elementos negativos del Estado franquista y evidenciar así su lejanía con respecto de un Estado de Derecho. Este planteamiento es comprensible en un contexto histórico «en que se quiere dar el paso de su superación definitiva» (p. 97).

Bastida Freijedo (1977) demostró, para un periodo posterior al que nos ocupa, la importancia de los valores extrajurídicos que compartían los jueces para aplicar el derecho positivo de la época, mediante el estudio de las sentencias del Tribunal Supremo. De paso, contestaba a los jueces franquistas, sorprendentemente positivistas y normativistas a la hora de negar sus responsabilidades en la represión de la oposición democrática, amparándose tras una suerte de aplicación mecánica de la ley. La obra de Cano Bueso (1985) resulta de importancia al tratar de abordar de una forma general la política judicial, entendida como el programa operativo, planificación de objetivos, medios y fines para que el aparato judicial alcanzara los resultados apetecidos por el régimen durante el primer franquismo. Algunos años más tarde, en unas Jornadas organizadas por el Archivo Histórico Nacional (VVAA, 1990), distintos autores analizaron el marco jurídico franquista, entre los que se encontraba Mónica Lanero (1996), autora de la obra quizá más citada sobre la Justicia franquista, en la que se alcanzaron conclusiones similares a las de Cano Bueso acerca de la inexistente independencia de la jurisdicción ordinaria. Lanero avanzó además en el aspecto comparativo, tanto con los regímenes anteriores a la guerra civil, para destacar

las continuidades y cambios que implicó la implantación de la dictadura; como con las otras dictaduras coetáneas (Italia, Alemania y la Francia de Vichy).

Del también jurista Marc Carrillo (2006) destaca el uso que ha hecho de las memorias de algunos de los represaliados como fuentes para describir las condiciones de la detención, los procesos judiciales y su marco legal –con los que desarrolla una buena descripción procesal–, cerrando el círculo con el análisis de las condiciones de vida en la cárcel, en que demuestra, una vez más, la conocida ausencia de garantías procesales y los puntos jurídicos, ideológicos o morales en los que se justificaron tales acciones.

Por último, aunque es un campo relativamente inexplorado, son relevantes los trabajos de Historia de Filosofía del Derecho, que aquí se han empleado para relacionar la Política Criminal con las teorías generales del Derecho y del Estado. Muchos de los teóricos del nuevo Estado, por no hablar de los cargos políticos y universitarios, dejaron su impronta en un tiempo en que las revistas penales se dedicaban a tratar los «grandes temas» de la Filosofía jurídica (Rivaya 2010 y 1998). A ello habría que añadir los trabajos dedicados al estudio del pensamiento de algunos de los iusfilósofos más relevantes del momento, como Luis Legaz o Francisco Javier Conde (de desigual factura y temática, véanse por ejemplo las obras de Rodríguez González, 1997; López García, 1996a, 1996b y 2008; Jiménez Segado, 2009; Guillén Kalle, 1996; González Cuevas (coord.), 2002).

Con el objeto de dar respuesta a todas estas cuestiones, en la primera parte de este libro, que ocupa los capítulos I, II y III, se analizan las leyes más características del Derecho penal del enemigo del primer franquismo y la dogmática que las acompaña. Se ha considerado que, además de la legislación, las mejores fuentes para estudiar una posible racionalidad gubernamental son los borradores ministeriales de esas mismas leyes y decretos. Esto se ha conseguido solo en algunos casos, como en el de la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, en el Archivo General de la Administración, o en la redacción de la Orden de 25 de enero de 1940, del Archivo del Ministerio de la Presidencia. En otros casos, el trabajo de otros autores ha servido para completar las normas y leyes seleccionadas.

Concretamente, en el capítulo I se ha estudiado lo que se ha venido a llamar el «Derecho penal del enemigo *de excepción*», que consistió en el tratamiento penal del *hostis* de la nueva comunidad política a través de las esferas de mayor arbitrariedad; cómo se elaboró una jurisdicción extraordinaria cuando la victoria era inminente para establecer las responsabilidades políticas de los «culpables» de «rebelión militar» (la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939); la otra gran jurisdicción extraordinaria para encajar una tipología de enemigo (fundamentalmente los masones, con la Ley para la Represión de la Masonería y el Comunismo de 1 de marzo de 1940); la relajación de las garantías

procesales con las que se enjuiciaría en adelante el delito de rebelión militar con la Ley de 12 de julio de 1940; así como las discusiones que generó la Orden de 25 de enero de 1940, dirigida a la conmutación de penas, no como ejemplo del Derecho penal del enemigo sino como muestra de la racionalidad que se oculta tras la represión.

En el capítulo II, se ha intentado analizar la teoría general del Estado y las discusiones doctrinales en trabajos monográficos y revistas jurídicas de la época, con la intención de completar una contextualización teórico-política del Derecho penal del enemigo. Desde las facultades se justificó el golpe de Estado, las sentencias de los tribunales y cualquier reforma jurídica de la dictadura. En la militarización de la Justicia, que lleva a la idea totalitaria del Derecho, resultó de gran importancia el «tráfico cultural» (Sinclair, 2009) con las potencias fascistas desde antes de la guerra, como demuestra la gran recepción que tuvo en nuestro país la división schmittiana de «amigo»-«enemigo» entre los juristas y universitarios españoles.

En el capítulo III, se ha realizado un análisis del «Derecho penal del enemigo ordinario» a través de la legislación y sus intérpretes, con el objetivo de rastrear la totalización de la política, observar los límites entre el Estado normativo y prerrogativo, y analizar si la jurisdicción extraordinaria contaminó a la ordinaria. Para ello, se han analizado una serie de normas penales que además de un sentido moral nacionalcatólico muestran una concepción punitivista propia de un Derecho penal del enemigo ordinario.

El análisis legal o el doctrinal por sí solos no permiten constatar la realidad del ejercicio del gobierno. Más allá de lo que puedan afirmar decretos, leyes, comentarios o artículos, se ha considerado esencial analizar, en la segunda parte, la jurisprudencia que se deriva de todos ellos. En lo que respecta a la práctica del Derecho penal del enemigo extraordinario, hay que hacer constar la imposibilidad de estudiar los sumarios de la ciudad de Alicante del Tribunal de Responsabilidades Políticas y del Tribunal Especial para la Masonería y el Comunismo, por no haberse conservado más que los calcos de las sentencias, las cuales aportan muy poca información. Por ello, el trabajo se ha tenido que centrar principalmente en la justicia militar. En el capítulo IV, se han seleccionado una serie de consejos de guerra, inusuales por su elaboración y el peso histórico de sus protagonistas, pero paradigmáticos de un tipo de administración del enemigo. Con ellos se ha pretendido mostrar, de manera muy descriptiva, cuáles fueron los procedimientos, las consideraciones del delito y las sentencias.

En el capítulo V, se continúa analizando este tipo de Derecho, pero a partir de todas las sentencias de muerte dictadas por los consejos de guerra sobre los vecinos de la ciudad de Alicante o personas ligadas a la vida de la ciudad durante la guerra. El objetivo principal ha sido encontrar, si es que ello es posible, la línea imaginaria que divide al *hostis* «exterminable» del enemigo «redimi-

ble». En este caso, no ha existido ninguna selección previa de sumarios interesantes o característicos, sino que se han tomado los expedientes de aquellas víctimas de la Justicia franquista que las investigaciones anteriores consideraron avvicindados en Alicante, con la intención de extraer una «fotografía» de la represión de posguerra, en una capital de gran tradición social-republicana y que además permaneció hasta última hora leal al Gobierno.

En el capítulo VI, se ha seguido descubriendo la realidad de los consejos de guerra en la capital de provincia. Se han ordenado siguiendo una jerarquía de penas descendente, desde las más elevadas hasta las más leves, con la intención de rastrear las regularidades y tratar de extraer, por una parte, cuál fue la representación del enemigo que manejó la Justicia franquista, y por otra la lógica de gobierno que hubo detrás de las decisiones de las autoridades militares. Así, se ha seguido la suerte de la inmensa mayoría de presos republicanos, a los que se consideró aptos para volver a la comunidad nacional –si bien nunca integrados, libres de toda sospecha o sin vigilancia–. En el último capítulo, el número VII, se hace una aproximación a la administración de Justicia penal ordinaria, con el objetivo de comprobar la hipótesis sobre los límites del Estado dual: ¿hubo también una clara exclusión del enemigo en la práctica de la Justicia penal ordinaria? ¿Se produjo una penetración del Derecho penal *de combate* franquista en la administración cotidiana de Justicia?

En definitiva, si la conquista del territorio se entendió como medio para «la redención de los habitantes»⁹, en posguerra ya tuvieron a punto un Derecho penal *ad hoc* que debía distinguir entre sujetos asimilables –redimibles– o eliminables a nivel de masas, sin mayores sofisticaciones jurídicas que la oportunidad y la excepcionalidad militar. Un *limes* «supra-» o «paralegal» que atravesó a toda la población, basado en la distinción dialéctica «amigo»-«enemigo». Mediante el análisis de las sentencias de posguerra de personajes importantes o de una capital como Alicante, se ha tratado de captar la lógica de un Gobierno y sus apoyos –denunciantes– y cómo el estereotipo propagandístico del enemigo pasó a convertirse en la del sujeto peligroso y «anormal», penalmente punible.

9. Despacho de Cantalupo a Mussolini, 29 de marzo de 1937 (Archivo Storico del Ministero degli Affari Esteri, Spagna Fondo di Guerra, b. 38, T. 709/345); y en Roberto Cantalupo (1948), pp. 230-233, cit. en Preston (2010), p. 60.