

Tradición e influencias extranjeras en el Anteproyecto de Código Penal de FET y de las JONS (1938)

Sumario

El heterogéneo fascismo español hizo público, en 1938, un Anteproyecto de Código Penal. El texto daba cuenta de una concepción totalitaria del Estado, a la que seguía el Derecho penal como instrumento político. El Anteproyecto de Código Penal de 1938 fue deudor del nacionalsocialismo alemán y del fascismo italiano, lo que no impide reconocer ciertas continuidades históricas. Del Derecho penal totalitario, el Anteproyecto de Código Penal de 1938 tomó la negación del principio de legalidad y un subjetivismo exacerbado. Fue también racista (aunque menos que sus homólogos alemanes) y pretendió, ante todo, fortalecer la posición del Estado frente a sus enemigos internos, a la sociedad, y a otros Estados.

Abstract

In 1938, the heterogeneous Spanish Fascism published a Preliminary draft of the Criminal Code. The text reflected a totalitarian conception of the state, followed by criminal law as a political instrument. The Preliminary draft of the 1938 Criminal Code was indebted to German National Socialism and Italian Fascism, which does not prevent us from recognising certain historical continuities. From totalitarian criminal law, the Preliminary draft of the 1938 Criminal Code borrowed the negation of the principle of legality and an exacerbated subjectivism. It was also racist (although less so than its German counterparts) and sought above all to strengthen the position of the state vis-à-vis its internal enemies, society and other states.

Zusammenfassung

1938 veröffentlichte der heterogene spanische Faschismus einen StGB-Vorentwurf. Der Text spiegelte ein totalitäres Staatsverständnis wider, dem das Strafrecht als politisches Instrument folgte. Der Entwurf des Strafgesetzbuches von 1938 hatte viel vom deutschen Nationalsozialismus und vom italienischen Faschismus, was uns nicht daran hindert, gewisse historische Kontinuitäten in Spanien zu erkennen. Vom totalitären Strafrecht übernahm der StGB-Entwurf von 1938 die Ablehnung des Gesetzlichkeitsprinzips und einen verschärften Subjektivismus. Er war auch rassistisch orientiert - wenn auch weniger stark als sein deutsches Pendant - und zielte vor allem darauf ab, die Position des Staates gegenüber seinen inneren Feinden, der Gesellschaft und anderen Staaten zu stärken.

Title: Tradition and foreign influences in the Preliminary Draft of the Penal Code of FET – JONS (1938)

Title: Tradition und ausländische Einflüsse im StGB-Vorentwurf der FET und der JONS (1938)

Palabras clave: Fascismo, Derecho penal, Historia del Derecho, Alemania, Italia.

Keywords: Fascism, Criminal Law, Legal History, Germany, Italy.

Stichwörter: Faschismus, Strafrecht, Rechtsgeschichte, Deutschland, Italien

DOI: 10.31009/InDret.2024.i4.07

-

4.2024

Recepción
04/12/2023

-

Aceptación
09/04/2024

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Influencias extranjeras, pero no solo**
- 3. Fin totalmente político**
- 4. Sus tendencias**
 - 4.1. La muerte del principio de legalidad: la analogía contra reo
 - a. Ambiente tenso para el principio de legalidad
 - b. Algunas excepciones en doble sentido
 - 4.2. Personalidad y voluntad del autor
 - a. La reincidencia
 - b. Unitario castigo por diversos injustos
 - c. Teleología de la reacción penal
 - 4.3. Rol de la obediencia debida
- 5. En concreto**
 - 5.1. Raza
 - a. Comerciar, vender, suministrar o fabricar «efectos o productos anticoncepcionales»
 - b. Contraer matrimonio con persona de raza inferior
 - 5.2. Familia
 - 5.3. Patria y honor
 - 5.4. Religión
- 6. A modo de conclusión**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

En 1938 la Imprenta y Librería de los Hijos de Francisco Núñez en Salamanca hizo pública una serie de Anteproyectos que pretendían, a cargo de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, materializar la revolución jurídica del nuevo Estado. Aquí interesa el Anteproyecto de CP. Su entendimiento quedaría vacío, sin embargo, si no mencionara (sea de pasada) que hubo también otros textos esenciales en el ejercicio del ius puniendi del Estado total: un ALOAJ (Anteproyecto de Ley Orgánica de la Administración de Justicia) y un ALECrím (en adelante, Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal). Dos textos que configuraron un modelo procesal penal idóneo para la represión de quien no se sometiera en cuerpo y mente al Estado total. Por su parte, el Anteproyecto de Código Penal de 1938 (en adelante, ACP), a veces confundido con otro texto de 1939¹, intentó positivizar lo que se ha venido en conocer, desde JAKOBS², como Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*)³.

El texto del ACP 1938 (obra principalmente de LUNA GARCÍA y de FEDERICO CASTEJÓN)⁴ fue cuidadosamente estudiado en conjunto por CASABÓ RUIZ⁵. Otros aspectos puntuales han sido tratados más recientemente por PORTILLA⁶, CUERDA ARNAU⁷ o TERRASA MATEU⁸. Pueden, sin embargo, añadirse todavía algunas reflexiones (especialmente en relación con las influencias extranjeras)⁹. Antes de eso debo advertir sobre los motivos que llevaron al texto a fracasar: no

* Autor de contacto: Brian Buchhalter Montero (bbuchhal@ucm.es).

¹ Así: VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, 2002, p. 161, nota 423. Sobre el texto de 1939, cfr. MARZAL, «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, 2015, p. 134 y las referencias que allí hay.

² Cfr. JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97-4), 1985, pp. 751 ss.

³ Cfr. LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, 2017, pp. 67 ss.; o MERKEL, «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, (1), 2022, pp. 191 ss. Una síntesis de las críticas a la noción hay en: ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 56; cfr. también la última edición del *Allgemeiner Teil* de ROXIN, que ha asumido GRECO (ROXIN/GRECO, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., 2020, p. 108).

⁴ De la intervención de ambos da cuenta CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, pp. 3-4. También: DE LUENGO ZARZOSO, *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, 2015, p. 57. Y, efectivamente, así lo hace saber LUNA GARCÍA, *La Revolución Judicial – Discursos pronunciados el día 19 de abril de 1938 en el Convento de San Esteban de Salamanca para conmemorar el aniversario del Partido Único por Fray Ignacio Menéndez-Reigada, O.P., profesor de Sagrada Teología y Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1938, p. 14. Sobre la figura de Castejón, cfr. TÉLLEZ AGUILERA, «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de estudios penitenciarios*, (257), 2014, pp. 17 ss. En particular, sobre su intervención en el ACP 1938, cfr. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 154 ss.

⁵ Cfr. nota anterior.

⁶ Cfr. PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 165 ss.

⁷ Cfr. CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, 1995, p. 87.

⁸ TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, pp. 113-114.

⁹ Sobre el Derecho penal nazi, cfr. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, 2019; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed., 2003; ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, 2017; LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933 - 1945)*, 2018; o STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus – Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, 2018. Para Italia, cfr. CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, 2008; o PANUNZIO, *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, 1987.

solo fue así porque el entorno de Franco lo consideró demasiado revolucionario o incluso por las rencillas personales entre LUNA GARCÍA y el Ministro de Justicia de Franco (el carlista Domínguez Arévalo, Conde de Rodezno)¹⁰, sino porque un recrudescimiento tal de la Justicia no era necesaria. La Justicia militar, como relata PASCUAL MARZAL, estaba ya suficientemente bien pertrechada para hacer frente a la disidencia política, sin que un nuevo texto fuera verdaderamente necesario¹¹.

2. Influencias extranjeras, pero no solo

Bien. En las normas penales que expresó el ACP 1938 es perceptible el influjo fascista y nazi, como se verá¹². No es posible creer, sin embargo, que la influencia fuera solo extranjera: también la legislación de excepción de la II República y otros viejos textos dieron sólido asidero. Por ejemplo, el Preámbulo del ACP 1938¹³ cita expresamente, en coherencia con la relevancia que otorga a la *raza española*, el influjo de antiguos textos hispánicos:

«[...] Se restablecen preceptos que responden a la íntima contextura del carácter español, como la pena talional del juez prevaricador¹⁴, la venganza de la honra por el cónyuge o padre agraviado,¹⁵ la sanción atenuada del duelo¹⁶ y del adulterio¹⁷, restituyendo así a nuestra legislación preceptos nacidos de lo más profundo del alma española, que un internacionalismo gris pretendía extirpar de la ley, aunque no de las costumbres, que secularmente los ha consagrado».

Más adelante incide el ACP en que «el sobornante queda exento si denuncia el cohecho y éste puede probarse por testimonio de tres cohechos diversos» según establecía la Novísima Recopilación (2,1,8)¹⁸. Con tales referencias se invoca, además, la función legitimadora de la tradición, asiduamente presente en reformas legislativas¹⁹. La influencia de la tradición está, entonces, dada.

¹⁰ TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, p. 114; o CACHÓN CADENAS, «La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en un Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, (1), 2015, pp. 526-527. Sobre ello, *cfr.* también PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, pp. 168-169.

¹¹ MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015, pp. 130-131.

¹² MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015, p. 131.

¹³ En las normas totalitarias, los preámbulos cobran una relevancia especial (FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 202). En general, sobre los preámbulos, *cfr.* DíEZ-PICAZO, «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, (2), 1992, pp. 501 ss.

¹⁴ Arts. 330 ss. ACP 1938.

¹⁵ Art. 407 ACP 1938: «El cónyuge que sorprendiendo en adulterio a su consorte matare en el acto a éste o al adúltero o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. [...] Si les causare lesiones de otra clase quedará exento de pena. [...] Estas reglas son aplicables en iguales circunstancias a los padres respecto desus hijas y sus corruptores mientras aquéllas vivan en la casa paterna. [...] El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas [...]».

¹⁶ Art. 406 ACP 1938: «La muerte o lesiones inferidas en duelo se castigarán con las penas inferiores en uno o dos grados a las señaladas en los artículos correspondiente de este Título, al prudente arbitrio de los Tribunales».

¹⁷ Art. 426 ACP 1938: «El adulterio será castigado con la pena de prisión. [...] Cometen adulterio el cónyuge que yace con quien no sea su consorte y quien yace con aquel sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio. [...] La querrela deducida por el cónyuge ofendido contra los culpables y demás responsables, será admitida sea cualquiera el grado de ejecución. [...] No podrá imponerse pena si aquel hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los responsables».

¹⁸ Previsión que enlaza con la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (art. 40.1, especialmente).

¹⁹ «Nada hay en el texto que presenta la Comisión que no esté ya contenido en las antiguas leyes de la monarquía española», podía leerse en el *Discurso preliminar* que acompañó a la Constitución Española de 1812 (a este respecto, *cfr.* SÁNCHEZ-MEJÍA, «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista*

3. El fin totalmente político

Perseguía el Derecho penal contenido en el ACP 1938 cumplir «la primera y más indeclinable» de las obligaciones del Poder público, «[...] al amparar, no solo 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»²⁰. Así:

«[...] tiende esta Ley Penal a lograr entre los españoles la máxima suma de justicia posible de ser administrada por los hombres y aspira a ser arma del Poder Público, defensa del particular, amparo del débil, guía del descarriado, mano benigna para el arrepentido y el converso, y mano enérgica, cuando sea preciso, para el contumaz y peligroso enemigo de la gran Patria española»²¹.

Al nuevo Estado correspondía, por tanto, un nuevo Derecho penal, cuyas tendencias fueron las siguientes:

4. Sus tendencias

No asumió el ACP 1938 la propuesta nazi de querer invertir el orden de la parte general y de la parte especial de los Códigos (poniendo esta primero que la otra). Sustentaron los alemanes esa idea (benedicida por algunos muy prominentes juristas de la época)²² en la necesidad de que el «compatriota lego» (*nicht juristisch gebildeter Volksgenosse*) pudiera conocer directamente qué acciones son o no punibles, sin mayor preámbulo²³. A pesar de que no alcanzó tal punto el ACP 1938, sí quebró decididamente los principios del Derecho penal liberal²⁴. Esto no puede

de Estudios Políticos, [97], 1997, pp. 277 ss.). Respecto del ACP 1938 sostiene CASABÓ RUIZ, sin embargo, su pretensión de «remodelar todo el sistema jurídico» (CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 2). Más adelante (p. 10) destaca el mismo autor el carácter nacional que realiza el Preámbulo que acompañó al ACP que pretendía restituir «a nuestra legislación preceptos nacidos de lo más profundo del alma española, que un internacionalismo gris pretendía extirpar de la Ley, aunque no de las costumbres, que secularmente los han consagrado». También sostiene PORTILLA el carácter de «simple reforma» que suponía el ACP (PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, 2022, p. 8). De los puntos programáticos de la Falange se decía que, «en su esencia, empalmaban con las profundas raíces de la tradición política española, renovándola y proyectándola hacia el futuro» (FERNÁNDEZ CUESTA, «El concepto falangista del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, [13-14], 1944, p. 356). Y, en todo caso, también era lugar común en la legislación del fascismo italiano, la apelación a la «*tradizione giuridica italiana*»: cfr. GARLATI, «"Contro il sentimentalismo." L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C.P.P. del 1930», *Criminalia*, 2012, p. 182; o COLOMBO, «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, (111-3), 1994, p. 486: «[...] *Italian Fascism stressed the historical roots and heritage of the nation as the best possible argument for its urgent need of political rejuvenation and as proof of its future glory*».

²⁰ Preámbulo, ACP 1938.

²¹ Preámbulo, ACP 1938.

²² SCHAFFSTEIN, «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (53), 1934, p. 604: «Quien alguna vez se haya colocado ante la tarea de explicar en las lecciones de Derecho penal a los estudiantes de los primeros semestres, es decir, legos en el sentido del Derecho penal, los fundamentos del Derecho penal, deberá encontrar esta idea del memorándum [se refiere al aquí al texto citado en la siguiente nota (*Nationalsozialistisches Strafrecht...*)] digna de mucha consideración: «*Wer sich einmal vor die Aufgabe gestellt sah, in der Strafrechtsvorlesung den jungen Semestern, also "Laien" im strafrechtlichen Sinne, die Grundzüge des Strafrechts darzulegen, wird diesen Gedanken der Denkschrift als sehr erwägenswert anerkennen müssen*».

²³ AA.VV., *Nationalsozialistisches Strafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, 1933, p. 18. En la proyectada legislación civil no se llevó hasta las últimas consecuencias esa tesis pues el llamado *Volksgesetzbuch* vino precedido por una serie de reglas fundamentales (*Grundregeln*) más o menos amplias (GARCÍA DEL MORAL, «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *Revista de Estudios Políticos*, [11-12], 1943, p. 139).

²⁴ CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, pp. 8-9.

sorprender si se recuerda que ya Ramiro Ledesma había dicho en la *Conquista del Estado* que lo máximo a conceder al liberalismo «es un sepulcro glorioso»²⁵. Así, ignoró el ACP 1938 el principio de legalidad (y su exigencia de *lex certa* y *stricta: scripta* y *praevia* sí era), asumió un desmedido subjetivismo, propio de un Derecho que pretende castigar por lo que se es –y quizás por lo que se piensa– y no por lo que se *hace*. Además de eso, el ACP 1938 acogió el principio de caudillaje (versión española del *Führerprinzip*), como también hicieron sus homólogos procesales (y como también se propuso en el Derecho mercantil)²⁶. Concedió, por último, un rol trascendental a la obediencia debida que, expresión de la ordenación militar-jerárquica del Estado, fue regulada en una ubicación sistemática privilegiada: el art. 1.

4.1. La muerte del privilegio de legalidad: la analogía *contra reum*

El ACP 1938 ignoró, en sus preceptos iniciales, el principio de legalidad²⁷. Este venía siendo recogido desde antiguo en la codificación penal española²⁸ y sostenido por el TS²⁹. Para la época, contaba el principio de legalidad con anclaje constitucional en el art. 28 CE 1931: «(s)olo se castigarán los hechos declarados punibles por ley anterior a su perpetración. Nadie será juzgado sino por juez competente y conforme a los trámites legales»³⁰, en el que la influencia del art. 115 de la Constitución alemana de 1919 (*de facto* derogado bajo el nacionalsocialismo) era patente. Efectivamente, el art. 1 ACP 1938 establecía lo siguiente: «son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntariamente penadas por la Ley y *los actos enteramente asimilables a ellas*». De lo que se trataba no era, por tanto, de la garantía particular de ningún Derecho, sino de solucionar al precio que fuera un conflicto³¹.

²⁵ «Unos minutos con Unamuno», *La Conquista del Estado*, (4), 4 de abril de 1931, pp. 1-2. Gloria que reconocieron otros de paragonable tendencia: «En efecto, *non si torna indietro*, y las ventajas conseguidas por el liberalismo son tantos en nuestras manos, posibilidades aumentadas para nuestros espíritus. ¿Por qué no aceptar que muchos frutos recogémosles de árboles plantados por nuestros abuelos? ¿Callamos acaso que muchas de nuestras angustias son cosecha de yerros paternos?» (MARTÍNEZ DE BEDOYA, «El sentido de la libertad en la doctrina falangista», *Revista de Estudios Políticos*, [9-10], 1943, pp. 316-317).

²⁶ En 1933 publicó GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE una monografía titulada *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*. Fue reseñada por José Antonio Primo de Rivera en *FE*, (3), 1934. El nacionalsocialismo también reorganizó su Derecho de sociedades en el mismo sentido.

²⁷ MARTÍN, «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874 - 1944)», *Quaderni Fiorentini*, (36), 2007, pp. 503 ss.

²⁸ Art. 3 CP 1822, por ejemplo. Igualmente, el CP 1850 castigó como delito o falta «toda acción u omisión voluntaria penada por la Ley» (art. 1.I), a lo que agregó que no serían castigados otros actos u omisiones que «los que la ley con anterioridad haya calificado de delitos o faltas» (art. 2.II). Y lo mismo puede decirse de los CP 1870 (art. 1), CP 1928 (art. 1) o el CP 1932 (art. 1). Ni siquiera el CP 1944 (art. 1), tan cercano todavía a la Guerra Civil, asumió un planteamiento tan ajeno al principio de legalidad, aunque sí se admitió respecto de la potestad disciplinaria de la Administración. Por ejemplo, el art. 1.h) de la Orden de 6 de octubre de 1939, dando normas para la depuración, por los Colegios de Médicos, de la conducta político-social de sus miembros, permitía sancionar «(l)as acciones u omisiones que, sin estar expresamente comprendidas en los apartados anteriores, implicaren una evidente significación antipatriótica y contraria al Movimiento Nacional». Lo mismo se repetía, por ejemplo, respecto de los Arquitectos (art. 6.1.g) de la Orden de 24 de febrero de 1940, dictando normas para la depuración de la conducta política y social de los Arquitectos.

²⁹ Cfr. STS 293/1889, Penal, de 2 de diciembre («la analogía de condiciones y circunstancias no permite la extensión de la ley penal a casos no idénticos»); STS 167/1901, Penal, de 1 de mayo, que rechaza la aplicación analógica de un delito previsto para funcionarios a un sujeto que no reunía la condición de tal.

³⁰ En el precepto de la Constitución Española de 1931 se deja sentir la influencia de la WRV, referente en el proceso constituyente de la II República, como recuerda JIMÉNEZ DE ASÚA (Diario de Sesiones – Congreso de los Diputados, (28), 27 de agosto de 1931, p. 645).

³¹ La vinculación con la llamada jurisprudencia de intereses desarrollada en Alemania a comienzos del siglo XX es patente. Cfr. HECK, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *Archiv für die civilistische Praxis*, (112), 1914,

El contexto de esta decisión del ACP 1938 era el que sigue:

a. Ambiente tenso para el principio de legalidad

En un ambiente en que el principio de legalidad ya venía siendo amenazado, tampoco puede sorprender en exceso su fatal destino en el ACP 1938. También en la Alemania nazi y en la URSS fue quebrado el principio de legalidad e incorporada la analogía *contra reo*. Efectivamente, el § 2 de la Ley alemana de 28 de junio, de 1935 de reforma del *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán), castigaba a quien perpetrare un hecho que la Ley declare punible

«[...] o que, según los principios generales de una Ley penal y según el sano sentimiento del pueblo, merezca castigarse. Cuando a un hecho no sea de aplicación inmediata ninguna Ley penal concreta, éste será castigado según la Ley cuyos principios generales mejor se acomoden al hecho»³².

La previsión ya existía, sin embargo, en la antigua legislación alemana y, por ejemplo, los arts. 104 y 105 de la *Constitutio Criminalis Carolina* (dada por Carlos V en 1532) permitían tales analogías³³. No podía ofrecer esa norma ningún tipo de garantía para el individuo³⁴, aunque tampoco está claro que fuera esa su pretensión. La importancia de la tradición fue exagerada por algunos autores nacionalsocialistas, hasta el punto de que la asunción del principio de legalidad (y la prohibición de analogía *contra reo*) fue entendida como una verdadera revolución³⁵. En cualquier caso, la admisión de la analogía *contra reo* significaba la prevalencia (en el Derecho penal) del interés del Estado por castigar frente a la seguridad jurídica liberal: «(e)n el Estado total la exigencia de seguridad jurídica para el individuo retrocede ante la pretensión de justicia material y, por tanto, de la más eficaz eficacia del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos»³⁶. O, simplemente, como aducía SCHAFFSTEIN (prohombre del nacionalsocialismo), un entendimiento diverso de la noción de «seguridad jurídica». Efectivamente, seguridad jurídica en el sistema totalitario significaba que el crimen no podía quedar impune y que la seguridad de la comunidad política debía prevalecer, aunque la Ley penal no autorizara expresamente el castigo³⁷. Para SIEGERT (otra importante figura del nazismo) la analogía *contra reo* era simplemente consecuencia de una resignificación o reordenación del valor de la Ley. Lo relevante no sería ya su tenor, sino el espíritu popular que encarnara:

«El individual interviniente en el proceso no debe actuar según consideraciones jurídicas formales, sino según el espíritu del pueblo. Sus acciones procesales no pueden ser contrarias a la ética, pues

pp. 1 ss.; y EL MIMSO, «Die Interessenjurisprudenz und ihre neun Gegner», *Archiv für die civilistische Praxis*, (142), 1936, pp. 129 ss.

³² Qué fuera realmente ese «sano sentimiento» y cómo pudiera haberse llegado a concretar en un proceso penal no fue, desde luego, claro. Ni siquiera para los autores nacionalsocialistas. Cfr. KADEČKA, «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (62), 1942, pp. 3 ss.

³³ Sobre la historia de la analogía en el Derecho penal, cfr. VON WEBER, «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (56), 1937, pp. 653 ss.

³⁴ ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 143.

³⁵ Cfr. HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, 1934, p. 13; o KADEČKA, *ZStW* (62), 1942, p. 1.

³⁶ SCHAFFSTEIN, *ZStW* (53), 1934, p. 607: «[...] im totalen Staat tritt das Verlangen nach Rechtssicherheit für das Individuum zurück hinter dem Streben nach materieller Gerechtigkeit und damit nach möglicher Wirksamkeit des Strafrechts vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes».

³⁷ SCHAFFSTEIN, «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, p. 532.

de tal manera contradicen el Derecho. El Juez debe interpretar la Ley no según su tenor, sino según su espíritu»³⁸.

Unos años antes que el nacionalsocialismo, el Derecho penal soviético ya había dado cuenta de la misma tendencia³⁹. El CP de 1 de junio 1922 había reconocido como delictiva «toda acción o inacción socialmente peligrosa que atente contra los fundamentos del sistema soviético y el orden jurídico establecido por el poder obrero y campesino para el período de tiempo de transición al sistema comunista». Esa previsión siguió viva en otros intentos de reforma, de manera que para el castigo penal sería suficiente una acción u omisión que se reputase peligrosa para el régimen soviético o para el orden jurídico establecido (a lo que se agregaba una generosa predisposición del TS de la República federada de Rusia a admitir amplio arbitrio judicial que, con el tiempo, se había ido suavizando)⁴⁰. La situación de la analogía en el Derecho penal contrastaba con la del Derecho civil soviético: el art. 5 de la Ley de Introducción del CC (1 de enero de 1923) era poco proclive a la interpretación extensiva de las normas, solo admisible «sino en cuanto lo exija la protección de los intereses del Estado obrero y campesino y de las masas trabajadoras»⁴¹. La esencia del Estado totalitario explica claramente esa disparidad: la analogía *contra reo* permite castigar conductas (en beneficio del Estado); extender la analogía en el Derecho civil podría suponer que el *individuo* pudiera reclamar algo del Estado *que no le corresponde*.

b. Algunas excepciones en doble sentido

Ahora bien, la anterior exposición no puede llevar a pensar que la analogía en perjuicio del reo sea, siempre, distintiva del totalitarismo. Hoy lo admite, por ejemplo, el CP de Dinamarca (§ 1) que, desde luego, no puede ser considerada un país totalitario⁴². También lo asume el art. 7.2 CEDH, aunque respecto del Derecho penal internacional (donde, se sabe, las reglas son más laxas). E incluso, en países donde la opinión mayoritaria es radicalmente contraria a la analogía en perjuicio del reo, todavía conviven algunas no tan menores visiones divergentes, que tienden a su admisión⁴³. Ahora bien, la más notable excepción la ofrece la Italia fascista: el CPIt 1930 que, siguiendo la letra del antiguo CP de 1889 (impulsado por ZANARDELLI), preveía que «(n)essuno pu' essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, n'e con pene che non siano da essa stabilite»⁴⁴. Esto no significa, sin embargo, que no hubiera posiciones que,

³⁸ SIEGERT, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, p. 17: «Der einzelne Prozeßbeteiligte hat nicht von formalen Rechtserwägungen aus, sondern vom Geiste des Volkes aus zu handeln. Seine Prozeßhandlungen dürfen nicht unssittlich sein, weil sie sonst auch dem Recht widersprechen würden. Der Richter hat das Prozeßgesetz nicht aus seinem Wortlaut, sondern aus seinem Geiste auszulegen».

³⁹ Cfr. FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 203, nota 323; CUELLO CALÓN, «La reforma de la legislación penal en la Unión Soviética», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (13), 1960, p. 18; o ZAITZEFF, «Das Strafrecht im Sowjetstaate», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (51), 1931, pp. 1 ss.

⁴⁰ CUELLO CALÓN, *ADPCP*, (13), 1960, p. 19.

⁴¹ Cfr. GARCÍA DEL MORAL, *REP*, (11-12), 1943, p. 142.

⁴² «Sólo puede imponerse una sanción por un hecho [*forhold*] que esté castigado por la ley, o que sea equivalente a tal delito [*eller som ganske må ligestilles med et sådant*]».

⁴³ Cfr. ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 156 y los autores que, en ambos sentidos, se citan.

⁴⁴ Lo que no impide reconocer, como hace SKINNER, «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, (7), 2011, p. 11, que la sumisión en el fascismo del Juez a la Ley tenía distinto fundamento que en el liberalismo: en el totalitarismo «*the law was to be exalted as the expression of State power over its subjects*».

en Italia, propusieran la derogación del *nullum crimen sine lege*⁴⁵; que los Tribunales italianos no quebraran sin base legal, el principio de legalidad⁴⁶; y que, algunos tipos del CP de 1930 estuvieran redactados tan ampliamente que no hiciera falta, en realidad, ignorar el principio de legalidad para poder interpretarlos expansivamente⁴⁷.

4.2. Personalidad y voluntad del autor

Otra de las notas que distinguió al modelo del ACP 1938 fue su extraordinario subjetivismo⁴⁸. Subjetivismo que no se importó solo del nacionalsocialismo alemán, sino que existía también en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933⁴⁹. Era deseo del ACP 1938 reprimir con misma intensidad la intención del autor del delito y el resultado finalmente producido. El distanciamiento del ACP 1938 con la Ley penal liberal era claro: si la Ley liberal se caracterizó por ser general, por estar dirigida al futuro y por tener «la conducta exterior como objeto de reglamentación»⁵⁰, el Derecho penal totalitario no se sintió restringido de tal manera. Como había puesto de relieve ya FENECH, el Derecho penal total pretendía también operar «sobre el fuero interno del hombre»⁵¹. Quiso castigar unos hechos (fenómeno externo) no solo como síntoma de un pensamiento, sino también como «síntomas de un carácter»⁵². Se trata, entonces, de una excitación de lo que hoy se conoce como Derecho penal de autor que en aquella época sería, excitado, un Derecho penal de la voluntad («*Willensstrafrecht*»)⁵³. Algunos prohombres del Derecho nacionalsocialista también rompieron lanzas en favor de ese modelo. De nuevo, SCHAFFSTEIN mantuvo:

«En favor de este Derecho penal de la voluntad del memorándum [se refiere al aquí citado como *Nationalsozialistisches...*] hablan, sobre todo, dos consideraciones: la tutela del bien jurídico deviene más fuerte a través de la anticipación de la protección penal hacia un momento anterior del ataque. La posibilidad de castigar es más amplia que hasta ahora. Además, en la medida en que tener en consideración la voluntad se corresponde con una valoración moral, para la que lo importante es solo la buena o mala voluntad y no el casual resultado, corresponde [el Derecho penal de la voluntad] con la tendencia general a la moralización del memorandum»⁵⁴.

De la misma tesis participó EXNER para el que, en los tiempos de «la valoración de la personalidad y del Derecho penal de la voluntad», no tiene sentido restringir la actividad probatoria de oficio del Juez y negarle, por tanto, revisar las actuaciones durante el juicio oral⁵⁵. En la misma

⁴⁵ Cfr. BETTIOL, «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, p. 511 y los autores que allí se citan.

⁴⁶ Cfr. VINCI, «La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunal speciale per la difesa dello Stato (1926 - 1943)», *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (10), 2016, p. 12. Ahí se da cuenta de aplicaciones retroactivas de la Ley penal por el Tribunal especial para la defensa del Estado.

⁴⁷ Lo hace notar: CAMPBELL, «Fascism and Legality», *Law Quarterly Review*, (62-2), 1946, p. 143.

⁴⁸ CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 5.

⁴⁹ MARZAL, en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law*, 2015., p. 131.

⁵⁰ FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 162.

⁵¹ FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 1941, p. 164.

⁵² FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, 194., p. 165.

⁵³ AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 47.

⁵⁴ SCHAFFSTEIN, *ZStW*, (53), 1934, p. 609.

⁵⁵ EXNER, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, p. 9.

tendencia se situaron, por citar dos más, algunos como KOHLRAUSCH⁵⁶ y KADEČKA⁵⁷. Esa exageración de la relevancia de la voluntad explicaba, entonces, que la culpabilidad misma no debía medirse respecto del hecho, sino respecto de la esencia y personalidad del autor⁵⁸. Procesalmente, incluso, este Derecho penal de la voluntad exigía un trabajo psicológico al MF que, para algunos nazis, antes de abrir juicio oral (¡no solicitar!) debía indagar la personalidad del investigado: «La mirada del Fiscal en el conjunto de la vida [del investigado] fortalece a la vez su autoridad en el pueblo. No aquel que flota sobre las nubes y que se esconde en el nebuloso manto del conocimiento total, sino el que prueba al pueblo sus servicios, es hoy un *Führer*»⁵⁹. Este extraordinario subjetivismo cristalizó, en el ACP 1938, en instituciones de diversa clase:

a. La reincidencia

La regulación de la agravante de reincidencia era severa en el ACP 1938. Como pone de relieve Casabó, la comisión de cualquier delito castigado con pena privativa de libertad, «cuya duración [fuera] de uno a doce meses, por parte de una persona a la que por sus antecedentes tenga que apreciársele el profesionalismo criminal, automáticamente se [castigaría] con la pena de muerte»⁶⁰. El delincuente explicita, reincidiendo, su muy intensa voluntad de desobedecer el Estado, cuya autoridad se resiente con cada (vez más con cada) ataque. Eso explica que el reproche penal sea mayor.

b. Unitario castigo para diversos injustos

Del mismo modo, la equiparación de penas entre supuestos de complicidad y autoría (art. 50 ACP) solo puede entenderse desatendiendo el valor de la contribución *material* y *real* de cada sujeto al delito y tomando en pura consideración su intención o voluntad de contribuir *idealmente* al delito. La misma tendencia se aprecia en el castigo unitario de la frustración, conspiración, provocación y consumación (art. 52 ACP), que ignoraba el desvalor de resultado de cada una de las modalidades para reprochar al sujeto no *lo que hizo*, sino *lo que quiso hacer* (pero, quizás, no hizo)⁶¹. En la medida en que lo que se castiga es la voluntad de desobedecer el Derecho (que no es más que la voluntad del Jefe del Estado), es coherente castigar todos aquellos supuestos. En ellos se expresa ya la voluntad de delinquir, aunque no haya conseguido materializarse⁶².

El castigo que equipara la mera exteriorización de la voluntad de delinquir (aunque no advenga resultado alguno) con el delito consumado es escasamente defendible: no ya por ser contraria a los postulados básicos del Derecho penal actual, sino porque provoca que el delincuente se decida por la conducta más grave, pues será castigado idénticamente, haga lo que haga. En España, un ejemplo de norma desproporcionada fue la Pragmática Sanción que promulgó Felipe V el 25 de

⁵⁶ KOHLRAUSCH, «Das kommende Deutsche Strafrecht», *ZStW*, (55), 1936, pp. 384 ss.

⁵⁷ KADEČKA, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 1 ss.

⁵⁸ AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 58.

⁵⁹ SIEGERT, *ZStW*, (54), 1935, p. 27.

⁶⁰ CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 6.

⁶¹ El CPIt 1930 no asumió, como hubiera podido esperarse, esa tendencia (art. 56). *Cfr.* KUTTNER, «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (51), 1931, p. 339.

⁶² *Cfr.* AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 47-48.

febrero de 1734, que castigaba con la muerte a quienes hurtaran en los alrededores de la Corte⁶⁵. Y, aunque con dificultad puede comprobarse empíricamente la eficacia intimidante (o preventivo general negativa) de una norma tal⁶⁴, parece lógico pensar que quienes hurtaban hubieran preferido matar para intentar escapar, pues de ser hallados, les esperaba el mismo castigo por el hurto y por el homicidio.

c. *Teleología de la reacción penal*

Ese extraordinario subjetivismo que caracterizó al ACP 1938 se hizo presente en la obligatoria imposición de medidas de seguridad a la vez que la pena, que se hacían necesarias para lograr que «que el efecto intimidador de la pena subsista durante un largo plazo [...]»⁶⁵. No se llega a entender con claridad cómo una medida de seguridad puede prolongar el efecto intimidador de la pena, salvo que se tratara de intimidación para el propio reo, como parece desprenderse del art. 60 ACP 1938. Y aunque hoy se defiende la eficacia preventivo-general (y no solo especial) de la medida de seguridad⁶⁶, los estudios empíricos que existen sobre la eficacia preventivo-general de la pena⁶⁷ no parecen tampoco concluyentes.

Que la pena del fascismo español perseguía la pura represión (como deriva del Preámbulo del ALECrIm 1938) es claro. Más dudoso es, como he dicho, el efecto intimidador *extra* que se pretendía para las medidas de seguridad. E, incluso, de asumir que tal eficacia fuera real, ¿no hubiera sido suficiente, simplemente, ampliar el rango de la pena y no escindir su efecto preventivo-general artificialmente? En fin, castigando intensamente *lo subjetivo* del autor, la pena nacionalsindicalista perseguía reafirmar la autoridad del Estado, que se veía quebrada con la comisión del delito⁶⁸. Esa es la hegeliana posición que mantuvo el nacionalsocialismo: «El criminal ha desconocido el mandato estatal, el Estado abandona su autoridad si lo admite en calma»⁶⁹. Así, la retribución que perseguía la pena nacionalsocialista lo era para la protección del bien jurídico protegido, pero «en protección de la autoridad del Estado»⁷⁰. Es decir, el fundamento de la pena es haber desconocido el mandato estatal⁷¹.

⁶⁵ «Que a cualquier persona, que teniendo diecisiete años cumplidos, dentro de mi Corte, y en las cinco leguas de su Rastro, y Distrito, le fuere probado haber robado a otro, ya sea entrando en las casas, o acometiéndole en las calles, o caminos, ya con armas, o sin ellas, solo, o acompañado, y aunque no se siga herida, o muerte en la ejecución del delito, se le deba imponer pena capital» Curiosa era la previsión que seguía: «[...] Que si (lo que no es creíble) fuere probado a cualquiera persona noble haber cometido igual delito, no se le exceptúe de la expresada pena capital, si no que se mande ejecutar la de garrote [...]».

⁶⁴ ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 83.

⁶⁵ Preámbulo ACP 1938. Análoga concepción mantuvo el CPI 1930: «*Rocco's discourse about reshaping criminal law into a specifically Fascist product involved measures intended to repress dissent, opposition and crime generally, as well as to intimidate subjects through both harsh retributive and dangerousness-based "security measures", which could be applied in addition to a basic penalty*» (SKINNER, «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, (26), 2013, p. 449), aunque no era imperativa su imposición. Al respecto, *cfr.* KUTTNER, *ZStW*, (51), 1931, p. 336.

⁶⁶ ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, p. 83. Allí se mantiene que: «La mayoría de las medidas de seguridad tienen, además, eficacia preventivo-general y eso está calculado por el legislador, como fin secundario».

⁶⁷ ROXIN/GRECO, *AT*, t. I, 5ª ed., 2020, p. 142 y la bibliografía que allí se cita (nota 96).

⁶⁸ Pretensión análoga persiguieron algunas normas penales italianas. *Cfr.* VINCI, *Historia et ius*, (10), 2016, p. 4.

⁶⁹ OETKER, «Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform – Strafgrund und Strafzweck», en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1318.

⁷⁰ OETKER, en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1320.

⁷¹ OETKER, en FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 1321.

La finalidad de la pena falangista no se agotó, sin embargo, en la represión o retribución. También abrazó funciones de prevención general (sobre todo negativa) y especial (cfr. art. 60 ACP 1938)⁷². Así, se prevenían medidas tendentes a la resocialización y a la corrección del delincuente: el art. 81.II ACP 1938 permitía que «las penas de toda clase impuestas a reos de buena conducta y casados que delincan por primera vez y por motivo no deshonoroso» puedan mutar en relegación en los territorios del África Central, por doble duración de la pena impuesta, «siempre que el reo vaya acompañado de su familia y cumpla las demás condiciones que se le señalen por el Tribunal». Como recuerda Casabó, el Preámbulo mantenía a este respecto que «[...] la Ley tiende la mano y favorecer al reo que quiere regenerarse»⁷³.

4.3. Rol de la obediencia debida

En el Estado totalitario, militarmente estructurado (en el fondo, «[e]l Caudillo es esencialmente un jefe militar»⁷⁴), la obediencia debida cobra un rol trascendental⁷⁵. El Derecho penal del fascismo español dio buena cuenta de ello y reservó para la obediencia debida un lugar privilegiado: el art. 1.IV ACP 1938. Se trata de un posicionamiento expresivo de *algo más*: la sumisión al Estado total, cuyos mandatos se expresen en la fuente que se expresen, no pueden ser nunca antijurídicos (en la medida en que son dados por el Pueblo, representado por el Caudillo)⁷⁶. De tal manera, preveía el art. 1.IV ACP 1938 la exención de responsabilidades de todo tipo para los que actuaran en «cumplimiento del deber» o en «ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». También el Derecho vigente contiene una cláusula similar (art. 20.7.º CP). La diferencia radica, sin embargo, en la posición inaugural que ocupa en el Derecho penal nacionalsindicalista. Una tendencia análoga se percibe en el CP italiano de 1930, cuyo art. 53 declaraba no punible la utilización de armas por «*qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza*». La norma pretendía privilegiar, así, ampliamente a quien obedecía el mandato del Estado⁷⁷. Y, efectivamente, si el delito es desobediencia al mandato del Estado, lógico es no castigar al que obedece (aunque indiciariamente su conducta pueda parecer rebelde).

5. En concreto

También la parte especial del ACP 1938 dio cuenta de la pretensión revolucionaria del falangismo, aunque sin desconocer que el decurso de la guerra exigía medidas rápidas. De ahí deriva que el ACP 1938 se presentara *ad extra* como una mera reforma del CP 1932⁷⁸ (que fue, a la vez, reconstrucción del CP 1870). En cualquier caso, la tendencia fascistizante de la parte especial del ACP 1938 se hizo clara, fundamentalmente, en torno a cuatro cuestiones: la raza (y

⁷² «Los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la mitad de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable [...]».

⁷³ CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 21.

⁷⁴ ELIAS DE TEJADA, *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, 1939, p. 16.

⁷⁵ Respecto de Italia fascista, cfr. SKINNER, *IJLC*, (7), 2011, p. 16; o CAMPBELL, *Law Q. Review*, (62-2), 1946, p. 142.

⁷⁶ Cfr. RIVAYA, «La reacción contra el fascismo (La recepción en España del pensamiento jurídico nazi)», *Revista de Estudios Políticos*, (100), 1998, p. 164. Vale la pena recordar, además, el texto del art. 47 de los Estatutos de FET y de las JONS: «El Caudillo personifica todos los valores y todos los honores del movimiento, y como autor de la era histórica donde España adquiere las posibilidades de realizar su destino y con el los anhelos del Movimiento, asume la más alta autoridad, respondiendo sólo ante Dios y ante la Historia».

⁷⁷ SKINNER, *IJLC*, (7), 2011 p. 20.

⁷⁸ Preámbulo, ACP 1938.

la Patria), el honor, la familia y la religión. E, igual que sucedía en Italia o Alemania, el ACP 1938 colocó los intereses de la Patria y del Estado como los bienes primordiales a tutelar (aunque, en España eso fuera un lugar común en los CP históricos). *La estructura de la parte especial daba cuenta, como en la Alemania nazi, de que «la tutela del pueblo y su interés común prevalece sobre la tutela del compatriota individual»*⁷⁹.

5.1. Raza

Recibiendo tímidamente aquí el Derecho penal nacionalsocialista⁸⁰, el ACP 1938 se encargó de castigar conductas contrarias a la raza española, bajo la rúbrica dedicada a los «Delitos contra la dignidad y el interés de la Patria» (arts. 131 ss.):

a. Comerciar, vender, suministrar o fabricar «efectos o productos anticoncepcionales»

Como acto contrario a la raza española castigó el ACP 1938 el «comercio, venta, suministro o fabricación de efectos o productos anticoncepcionales», por impedir o dificultar su continuidad. Ahora bien, no puede creerse que esta previsión fuera privativa del Derecho penal falangista, pues ya el CP 1928 (restringiendo la tipicidad de antiguos delitos relativos al escándalo público) preveía sanción para quienes propagaren, fuera de supuestos justificados (docentes, por ejemplo), «teorías o prácticas anticoncepcionales» (art. 617.II CP 1928), por contravenir la moral pública. Y unos años después, ya bajo el CP 1932, había mantenido el TS que

«[...] el público anuncio de una substancia destinada a evitar la procreación de la especie humana, indicando al mismo tiempo la forma y manera de utilizarla para que produzca el efecto deseado, no puede por menos, en buenos principios de moral, de ser constitutivo del delito, de escándalo público, que con notorio acierto ha calificado la Audiencia de León, ya que tal hecho, aun prescindiendo de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma Naturaleza, facilitando el vicio y la prostitución [...]»⁸¹.

Lo que sí fue privativo del ACP 1938 es entender esas conductas como contrarias a la raza española.

b. Contraer matrimonio con persona de raza inferior

Como acto contrario a la raza española se castigaría, también, «el matrimonio con persona de raza inferior» (art. 133.2.º ACP 1938). Aquí sí trasluce con claridad el influjo de la Ley de 15 de septiembre de 1935, para la protección de la sangre alemana y del honor alemán (*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935*)⁸² que, conocida entonces en España⁸³ y replicada en Italia⁸⁴, fue dictada sabiendo que «la pureza de la sangre alemana es presupuesto para la continuación del pueblo alemán [...]»⁸⁵. Su § 1.I prohibía el matrimonio entre judíos y nacionales alemanes o de sangre afín (*artverwandter Blut*), nulo

⁷⁹ SCHAFFSTEIN, *ZStW*, (53), 1934, p. 40.

⁸⁰ CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, 1978, p. 32.

⁸¹ STS 204/1935, Penal, de 21 de diciembre.

⁸² Influencia hace notar, también: TERRASA MATEU, *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, 2016, p. 212.

⁸³ De referencias a ella en octubre de 1934 da cuenta RIVAYA, *REP*, (100), 1998, p. 156, nota 8.

⁸⁴ *Cfr.* CAMPBELL, *Law Q. Review*, (62-2), 1946, p. 144.

⁸⁵ Preámbulo, Ley de 15 de septiembre de 1935.

aunque fuera celebrado en el extranjero⁸⁶. A pesar de que el Derecho alemán sí fue relativamente claro al determinar qué personas integraban el tipo de la norma, el ACP 1938 no declaró qué debía entenderse por persona de raza inferior (aunque se ha mantenido que se trataba de las personas procedentes de «territorios africanos bajo dominio español, como Marruecos y Guinea Ecuatorial, así como de aquellos grupos raciales judío y gitano incrustados en la sociedad española peninsular»⁸⁷).

5.2. Familia

Además de los delitos de matrimonio con persona de raza inferior y las conductas relativas a la difusión de métodos anticonceptivos, el ACP 1938 contuvo una notable reforma respecto de la tutela de la familia (coherente con la posición esencial de la familia en la *democracia orgánica*)⁸⁸. Restablecía el castigo del delito de adulterio, con la importante novedad de castigar tanto el que cometía la mujer como el que cometía el varón, desapareciendo la ominosa distinción entre adulterio y amancebamiento. Así, establecía el art. 426 ACP 1938.

«El adulterio será castigado con la pena de prisión. [...] Cometen adulterio el cónyuge que yace con quien no sea su consorte y quien yace con aquél sabiendo que es casado, aunque después se declare nulo el matrimonio. [...] La querrela deducida por el cónyuge ofendido contra los culpables y los demás responsables, será admitida sea cualquiera el grado de ejecución. [...] No podrá imponerse pena si aquél hubiera consentido el adulterio o perdonado a cualquiera de los responsables».

El texto del fascismo español se separaba así de la tradición histórica⁸⁹.

5.3. Patria y honor

Los CP más fascistizantes hicieron gala de una especial tutela o consideración del honor. Buen ejemplo es la ya citada Ley para la protección del honor alemán o el famoso lema de las juventudes hitlerianas *Blut und Ehre* (sangre y honor)⁹⁰. Hasta tal punto llegaron, por ejemplo, los nacionalsocialistas que consideraron el honor como un bien jurídico más relevante que la vida⁹¹. Y, por ejemplo, en el *Tratado nacionalsocialista para el Derecho y la legislación* se podía leer:

⁸⁶ Hasta tal punto se consideró lesivo del interés del Estado alemán la relación entre una ciudadana aria y un ciudadano judío, que el RG no dudó en extender *praeter legem* la vigencia del Derecho penal alemán para poder castigar esas conductas en el extranjero, con independencia de que allí no fueran (evidentemente) punibles.

⁸⁷ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La salvaguardia de la raza española durante la Guerra Civil – El Anteproyecto de Código Penal de 1938», *Historia de los gitanos españoles*, 1 de abril de 2018, s/p.

⁸⁸ Cfr. pto. 5 del Programa de FE.

⁸⁹ Al respecto, cfr. MASFERRER, «La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870 - 1978)», en EL MISMO, (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978) – Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su formación jurídica*, 2023, cap. 2.

⁹⁰ Cfr. RIVAYA, *REP*, (100), 1998, p. 159.

⁹¹ AA.VV, *Nationalsozialistisches Stafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, 1933, p. 20: «En los tres epígrafes que se ocupan de la protección del compatriota (einzelner Volksgenosse), se encuentra a la cabeza protección de la persona en su existencia natural, ética y espiritual. Ataques al honor, la vida, la salud, la libertad, deben repelerse» (In den drei Abschnitten, die den strafrechtlichen Schutz der einzelnen Volksgenossen enthalten, steht der Schutz der Einzelperson in ihrem natürlichen, sittlichen und geistigen Dasein an der Spitze. Angriffe auf Ehre, Leben, Gesundheit, Freiheit ist hier zu wehren).

«El gran valor del honor del individuo y del honor de la nación exige, según la perspectiva nacionalsocialista, la más amplia tutela. El nacionalsocialismo ha colocado el concepto de honor otra vez en el centro de la vida de la nación y del Estado»⁹².

En el fascismo italiano la tendencia fue parangonable y, de hecho, el artífice de la nueva legislación penal y procesal penal (ALFREDO ROCCO)⁹³, consideró la restitución de la pena de muerte (primero por la Ley de 25 de noviembre de 1926⁹⁴ [una de las llamadas *fascistissimi*] y luego en el CPIt 1930) como otro «feliz signo del cambiado espíritu de la Nación Italiana, de la recuperada virilidad y energía de nuestro pueblo [...]»⁹⁵. El nacionalsindicalismo no fue ajeno a ello. Se entiende así, por ejemplo, la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de «obrar por amor a la Patria, la familia o el prójimo, o por motivos de honor o de alta espiritualidad» (art. 9.2.º ACP 1938). Correlato lógico de esa consideración positiva del honor es la existencia de penas infamantes⁹⁶, también presentes en el Derecho nacionalsocialista⁹⁷. La pena infamante ataca directamente la vanidad del que comete el delito y que, por tanto, desobedece la voluntad del Estado⁹⁸. De ahí su relevancia para estos sistemas. En cualquier caso, el ACP 1938 regulaba las penas en los arts. 23 y ss. y reconocía, en el art. 27 la pena de «reprensión pública» como pena grave y la «reprensión privada» como pena leve⁹⁹. Esto explica, también, las referencias al honor en las normas de aplicación de la pena. Por ejemplo, los ordinales 1.º y 2.º del art. 59 ACP 1938 obligaban al Tribunal a tener en consideración si el motivo del hecho era o no «deshonroso» a efectos de la determinación de la pena; circunstancia que aparece, de nuevo, en el art. 81.II ACP 1938. Igualmente, la deshonra que comportaba la condena a muerte (art. 42 ACP 1938) impedía el entierro «con pompa» (art. 77.IV ACP 1938). De tal manera, Derecho y moral (como en el nacionalsocialismo)¹⁰⁰ volvían a unirse, tras largo período de separación liberal.

5.4. Religión

También la religión cobró un rol importante en el nuevo modelo penal, lo que no se puede sorprender, dada la personalidad religiosa de FE (pto. 25). Ese catolicismo no se hizo, sin embargo, particularmente presente en el ACP, que dispensó igualdad de trato a las confesiones religiosas (art. 207 ss. CP).

⁹² FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, p. 21.

⁹³ Cfr. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, 1963 (2.ª ed., 1974). Alfredo Rocco fue el más importante teórico fascista italiano del Derecho penal «and his work is the essential point of referece in exploring Fascist ideology in this area» (SKINNER, *IJSL*, [26], 2013, p. 441).

⁹⁴ Esta norma instituía el llamado *Tribunale speciale per la Difesa dello Stato*, análogo (aunque menos sangiento, se dice: KLINKHAMMER, «Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and Nazi Germany», *Journal of Modern Italian Studies*, [15-3], 2010, pp. 393 ss.) que el nazi *Volkgerichtshof*. Sobre el Tribunal italiano, cfr. también: VINCI, *Historia et ius*, (10), 2016, pp. 1 ss. (de cuyos relatos [por ejemplo, p. 11] parece desprenderse que, en crueldad, nada tuvo que envidiar el Tribunal italiano al alemán).

⁹⁵ Cit. en SKINNER, *IJSL*, (26), 2013, p. 449. Lo hace notar también: CAMPBELL, (62-2), *Law Q. Review*, 1946, p. 143.

⁹⁶ Sobre las penas infamantes, cfr. MASFERRER, *La pena de infamia en el Derecho histórico español: contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del "ius commune"*, 2001; o CAÑIZARES NAVARRO, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, 2011.

⁹⁷ AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, p. 104.

⁹⁸ FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 2002, p. 110.

⁹⁹ Su ejecución se regulaba en el art. 84 ACP 1938.

¹⁰⁰ KIRCHHEIMER, «Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, (4-4), 1971, p. 356.

6. A modo de conclusión

El heterogéneo fascismo español presentó, en 1938, una serie de textos llamados a revolucionar el Derecho penal (y procesal) entonces vigente. Revolución que debía articularse bajo una concepción del Derecho como primordialmente medio de tutela del interés del Estado. Solo lejanamente el interés individual podía entenderse protegido (sin que algunas afirmaciones aisladas de José Antonio puedan rebatir esa tendencia)¹⁰¹. A tal fin, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho (conducida por LUNA GARCÍA) hizo públicos 5 Anteproyectos: uno de CP, dos de enjuiciamiento (civil y penal), uno de organización de justicia y otro de prisiones. Todos ellos hacían gala de la camisa azul y del brazo en alto y en todos ellos se deja sentir, tanto la influencia de antiguos textos españoles (de la II República y anteriores), como el Derecho totalitario: fascista y nacionalsocialista. Tampoco puede obviarse el influjo de otras naciones, como la Austria de Klein o el enjuiciamiento francés, que se hacen presentes en el proceso civil (aunque no por afinidad ideológica, sino por interés *técnico*). El Derecho penal presentado se alejó radicalmente de los estándares modernos, para asumir un modelo punitivo total, en que Derecho y voluntad irrestricta del Estado coinciden. Con esa concepción del Estado a la vista se entiende que el ACP 1938 se desprendiera de las garantías liberales, que impedirían un castigo ágil y eficaz de quien pretendiera oponerse al poder total del Estado nacionalsindicalista.

7. Bibliografía

AA.VV, *Nationalsozialistisches Strafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, R. v. Decker's Verlag – G. Schenck, Berlin, 1933.

AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019.

BETTIOL, «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 505-540.

CACHÓN CADENAS, «La investigación penal a cargo del Fiscal y el proceso penal monitorio en un Anteproyecto de 1938 de orientación totalitaria», *Justicia – Revista de Derecho procesal*, (1), 2015, pp. 517-530.

CAÑIZARES NAVARRO, *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, tesis doctoral, Universitat de València, 2011.

CASABÓ RUIZ, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978.

CAVALIERE, *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Aracne, Rome, 2008.

COLOMBO, «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, (111-3), 1994, 482 ss.

CUERDA ARNAU, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.

¹⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ MARÍN, «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (6), 2002/2003, p. 110.

DE LUENGO ZARZOSO, *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, tesis doctoral, Universitat de València, 2015.

DÍEZ-PICAZO, «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, (2), 1992, pp. 501 ss.

ELIAS DE TEJADA, *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, Tipografía Andaluza, Sevilla, 1939.

EXNER/SIEGERT, «Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozeß des neuen Staates», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (54), 1935, pp. 1-44.

FENECH, *La posición del Juez en el nuevo Estado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941.

FERNÁNDEZ CUESTA, «El concepto falangista del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, (13-14), 1944, pp. 355 ss.

FRANK, (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Zentral Verlag der NSDAP, München, 1935.

FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, trad. por Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002.

GARCÍA DEL MORAL, «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *Revista de Estudios Políticos*, (11-12), 1943, pp. 137 ss.

GARLATI, «"Contro il sentimentalismo". L'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C.P.P. del 1930», *Criminalia*, 2012, pp. 181-227.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

HECK, «Die Interessenjurisprudenz und ihre neun Gegner», *Archiv für die civilistische Praxis*, (142), 1936, pp. 129-202.

———, «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», *Archiv für die civilistische Praxis*, (112), 1914, pp. 6 ss.

HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.

JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, pp. 751-785.

KADEČKA, «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (62), 1942, pp. 1-27.

———, «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 1-22.

KOHLRAUSCH, «Das kommende Deutsche Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (55), 1936, pp. 384-398.

KUTTNER, «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (51), 1931, pp. 329-345.

LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

LLOBET RODRÍGUEZ, *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933 - 1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LUNA GARCÍA, *La Revolución Judicial – Discursos pronunciados el día 19 de abril de 1938 en el Convento de San Esteban de Salamanca para conmemorar el aniversario del Partido Único por Fray Ignacio Menéndez-Reigada, O.P., profesor de Sagrada Teología y Antonio Luna García, Delegado Nacional de Justicia y Derecho de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Imprenta Núñez, Salamanca, 1938.

MARTÍN, «Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874 - 1944)», *Quaderni Fiorentini*, (36), 2007, pp. 503 ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «La salvaguardia de la raza española durante la Guerra Civil – El Anteproyecto de Código Penal de 1938», *Historia de los gitanos españoles*, 1 de abril de 2018, s/p.

MARZAL, «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, Hart, Oxford, Portland, 2015.

MASFERRER (ed.), *Los delitos contra la honestidad en España (1870 - 1978) – Contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su formación jurídica*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023.

———, *La pena de infamia en el Derecho histórico español: contribución al estudio de la tradición penal europea en el marco del "ius commune"*, Dykinson, Madrid, 2001.

MERKEL, «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, (1), 2022, pp. 191-242.

MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª ed. (revisada y ampliada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PANUNZIO, *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, Bonacci Editore, Rome, 1987.

PORTILLA, *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, Dykinson, Madrid, 2022.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 5ª ed., C.H. Beck, München, 2020.

ROXIN, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed., C. H. Beck, München, 2006.

SÁNCHEZ MARÍN, «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (6), 2002/2003, pp. 103 ss.

SÁNCHEZ-MEJÍA, «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, (97), 1997, pp. 277 ss.

SCHAFFSTEIN, «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (59), 1940, pp. 518 ss.

———, «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (53), 1934, pp. 603-628.

SKINNER, «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, (26), 2013, pp. 439-458.

———, «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, (7), 2011, pp. 423-446.

STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus – Zur Rolle Hans Welzels in der nationalsozialistischen Strafrechtswissenschaft und zu den Auswirkungen der Schuldtheorie in den NS-Verfahren der Nachkriegszeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018.

TÉLLEZ AGUILERA, «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de estudios penitenciarios*, (257), 2014, pp. 9-31.

UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1963.

VENTAS SASTRE, *La minoría de edad penal*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2002.

VINCI, «La politica giudiziaria del fascismo italiano nella giurisprudenza del Tribunale speciale per la difesa dello Stato (1926 - 1943)», *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, (10), 2016, pp. 1 ss.

VON WEBER, «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (56), 1937, pp. 653-675.

ZAFFARONI, *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar, Buenos Aires, 2017.