

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal bajo la dictadura franquista (Bases ideológicas y protagonistas)*, Dykinson, Madrid, 2022, 444 pp.

Durante los últimos treinta años he cultivado con cierta regularidad este formato de la reseña bibliográfica, heredando de mi maestro, el profesor García Valdés, auténtico referente en el arte de la recensión, una máxima que él lleva a rajatabla: nunca escribir sobre un libro que no haya gustado y cuya lectura no se recomiende. Comienzo así con esta advertencia preliminar para despejar cualquier duda respecto del libro del catedrático de la Universidad de Jaén que hoy centra mi atención, libro que recomiendo sin ambages, pues se trata de una sólida y valiosa investigación sobre un tema histórico que no deja indiferente a casi nadie. En las líneas que siguen intentaré desbrozar los mayores méritos que entiendo encierran la obra que comentamos, sin poder, no obstante, dejar de manifestar mi desacuerdo respecto de algunos aspectos nucleares.

Tras un interesante prólogo del profesor Muñoz Conde, que como es de sobra conocido ha prestado al Derecho y a la doctrina del iusnazismo una singular y relevante atención, el libro se estructura en doce capítulos, comenzando los tres primeros (tras el introductorio) a abordar los aspectos ideológicos del régimen franquista y del Derecho que el mismo alumbró. En este sentido, y en cuanto a la pobreza intelectual de los ideólogos de la dictadura, el autor afirma (p. 37) que «una de las grandes diferencias entre el nacionalsocialismo, el fascismo y el franquismo radicó, no tanto en el racismo alemán o el populismo italiano, tal como pensaron algunos tradicionalistas y ultraderechistas, sino en la desigual calidad de sus ideólogos. Si comparamos a los filósofos y juristas alemanes, italianos y españoles que forjaron la estructura jurídica del Estado totalitario, los teóricos españoles siempre saldrán perdiendo. Éstos se contentaron con acoger las teorías de filósofos y juristas muy cercanos o incluso militantes del nacionalsocialismo y el fascismo: Carl Schmitt, Larenz, Gentile, del Vecchio». La rotunda afirmación que realiza aquí Portilla, sin poder calificarse de totalmente falaz, debe, a mi juicio, ser matizada, porque las diferencias entre el franquismo y los regímenes nazi e italiano son mucho más profundas que la mera calidad de sus ideólogos, y ello, entre otras razones, porque, como he tenido ocasión de escribir en otro lugar, el llamado Alzamiento Nacional fue primero y antes que nada un alzamiento militar contra el «orden» representado por la República, lo que explica que sus protagonistas no fueran sino militares vacuos de un sólido programa político. Tratándose, por tanto, simple y llanamente, por más pomposo nombre que quiera darse, de un golpe de estado militar, tras el mismo no había sino militares y no un partido político, siendo esta realmente una de las diferencias fundamentales del franquismo en relación con los totalitarismos alemán o italiano. Y es que en Alemania, el Partido Nazi (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, NSDAP) fue fundado el 24 de febrero de 1920, trece años antes de que Hitler llegara al poder, y en Italia, Mussolini crea ya el 9 de octubre de 1919 los *Fasci Italiani di Combattimento*, germen del futuro Partido Nacional Fascista fundado al año siguiente, siendo así que

sus «camisas negras» (Del Vecchio incluido) marcharían sobre Roma el 28 de octubre de 1922 y tres días después el Duce presidiría el Consejo de Ministros. En España, como decimos, nada fue así. El único denominador común que unía a los militares levantados en armas era derrocar a la República, siendo por ello que su parca ideología se constreñía a su repulsa del marxismo y del comunismo, algo que informaría toda la vida del «Nuevo Régimen» y que quedaría aquilatado bajo el brocado de «Rusia es culpable». Esta ausencia de un programa político hizo que desde el primer momento afloraran dos claras tendencias que pretendían ocupar dicha laguna y convertirse en una supuesta fuente ideológica del régimen. Por un lado, el tradicionalismo representado por el Carlismo y por otro la Falange, pues pese a la unificación de ambas (contra natura) impuesta por Franco en 1937, con la creación de la Falange Española Tradicionalista (FET y de las JONS), sus diferencias ideológicas siempre estuvieron presentes; aquéllos anclados en los principios del Antiguo Régimen, con exaltación patriótica (continuidad histórica de las Españas) católica y monárquica (legitimidad dinástica), representada en la figura de su regente, Javier de Borbón-Parma, y éstos aferrados a los principios joseantonianos del Nacional-sindicalismo. Unos y otros pretendían imponer su primado, colocando sobre la mesa la aportación personal que ambos pusieron al servicio de la campaña de Franco durante la Guerra civil, y si bien que en la contienda por este liderazgo ideológico Falange aparecerá como supuesta vencedora, lo cierto es que Franco y su régimen ni era falangista (es de sobre conocida, la poca simpatía del Caudillo hacia José Antonio y su puesta de perfil en el momento de su fusilamiento) ni mucho menos carlista (como bien quedó patente a la hora de reinstaurar la monarquía borbónica); era simplemente franquista, una dictadora unipersonal que pivotaba sobre sí misma, por más que el dictador se dejara retratar con boina roja y flechas en el pecho.

Así pues, al franquismo no le hacían falta ideólogos políticos, bastándole con tomar prestados de aquí y allá una serie de eslóganes (la exaltación de una Monarquía Hispánica que unía y proyectaba al futuro a una España entendida como «unión de destino en lo universal») y adoptar alguna simbología de fascismo italiano (el saludo a la romana y la invocación de «presente»). Lleva pues razón Portilla cuando afirma que no existieron en nuestro país ideólogos de altura, pero si ello fue así obedeció a que simple y llanamente no eran necesarios. Para andamiar a «Una, Grande y Libre» no era preciso escribir ningún magno tratado de Derecho político. Ello no quiere decir que en el régimen franquista los sectores sociales representantes de una ideología conservadora y tradicional no ocuparan un lugar destacado (que no protagonista, ya que el protagonista único y principal era el propio Franco), estando aquí muy acertado Portilla cuando subraya el papel desempeñado por el catolicismo oficial (pp. 59 y ss.), lo que permitió, por ejemplo, que durante la guerra (Orden de 12 de noviembre de 1937) a los cardenales se les equiparara a generales en jefe, a los arzobispos a generales de división y a los obispos a generales de brigada, o algo tan aberrante como que en la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939, los párrocos se convirtieran en una

especie de agencia de investigación parapolicial al aportar datos sobre los antecedentes políticos y sociales de sus feligreses. Ahora bien, en este contexto, el autor llega a sostener una afirmación que también debe ser objeto de matización. Afirma: «Precisamente, en torno a la participación de sacerdotes en prisión, el Ministerio de Justicia creó el sistema de Redención de penas por el trabajo (inspirado en el proyecto del jesuita Pérez del Pulgar) el 7 de octubre de 1938, un modelo que permitía la utilización de la mano de obra de los presos» (p. 62). Tan categórica afirmación, digo, debe de ser puntualizada, pues ni la redención de penas nace ex novo el 7 de octubre de 1938, ni se hace vinculada a la participación de los sacerdotes en prisión, ni con la misma se instaura el modelo que permitía la utilización de la mano de obra de los presos. Y es que, partiendo de que la utilización del trabajo de los presos es algo tan ínsito al sistema penal/penitenciario que se halla presente en sus más lejanos ancestros (de las galeras a las minas de Almadén, de los presidios africanos a los de obras públicas), por lo que no puede tildarse como una característica propia del régimen franquista, lo cierto es que el título habilitante en este periodo vino representado por el Decreto núm. 281 de 28 de mayo de 1937 (*BOE* núm. 224 de 1 de junio) que reconoció a los presos no comunes el derecho/deber del trabajo penitenciario, siendo que para darle desarrollo se dictó la citada Orden de 7 de octubre de 1938 (*BOE* núm. 103, de 11 de octubre) que reguló el beneficio de la redención, beneficio que era ya un instituto conocido en nuestro Derecho penitenciario bajo la fórmula histórica de la rebaja de penas, y que, pese a dotarse de un nombre de clara influencia religiosa, nada tuvo que ver ésta, ni mucho menos la participación de sacerdotes (por más que se coloque a Pérez del Pulgar como su presunto inspirador), en su creación, pues la presencia de los capellanes en el sistema penitenciario se puede rastrear desde siglos atrás y los motivos reales de su instauración responden, más que al pietismo, a la acuciante necesidad de aliviar unos centros de reclusión totalmente saturados. Mentía, pues, descaradamente el Decreto de 9 de junio de 1939 (*BOE* núm. 164, de 13 de junio) cuando afirmaba que «una nueva institución ha surgido en el campo jurídico-penitenciario: la redención de las penas por el trabajo».

Los capítulos V a VII, dedicados a la posición de los penalistas españoles ante la Guerra Civil y la Dictadura, los precedentes de la legislación de excepción y la represión intelectual constituyen, sin duda, uno de los ejes vertebrales del libro (pp. 75-217). Para abordar este apartado, el profesor Portilla parte de un postulado que ha sido asumido de forma prácticamente unánime por la doctrina penal «revisionista» que ha estudiado este tema, y que se podría sintetizar diciendo que la Guerra Civil y la subsiguiente dictadura franquista provocaron la salida de nuestro país hacia el exilio de los mejores penalistas existentes en el momento, quedándose en España lo peor del escalafón intelectual. Lo afirma el autor sin titubeos: «En aquel desierto de libre pensamiento, el Derecho penal quedó en manos de penalistas mediocres y serviles procedentes del tradicionalismo católico y el nacional-falangismo» (p. 75). Este inamovible axioma dogmático llevará al autor a descalificar a todos los que según él intentan (intentamos, pues hace cita

directa a mi persona) «limpiar la imagen de los penalistas vinculados al régimen», lo que forma parte, a su juicio «de un deporte demasiado habitual en el mundo del Derecho» (p. 163). Se trata en definitiva de mirar la historia con los cristales binoculares que nos puso delante Jiménez de Asúa desde su forzado exilio, cuando exaltando a todos los que se tuvieron que marchar represaliados, no dejaba títere con cabeza respecto a los que optaron por quedarse en España. Y como casi todo en la vida, por más que no compartan ello los más radicales, esto es muy matizable, pues ni todos los que se marcharon al exilio eran la flor y nata de la intelectualidad, ni todos los que se quedaron eran unos «mamarrachos», por utilizar un calificativo usado al respecto por el propio Jiménez de Asúa, y sobre el que volveremos más abajo.

Es sin duda innegable que el forzado exilio hizo que salieran de España penalistas de una talla descomunal. Jiménez de Asúa, su cabeza más visible, era sin duda el mejor penalista español del momento y su incommensurable obra ha sido todo un referente para generaciones de penalistas posteriores. No creo que se me pueda tachar de no reconocerlo, máxime cuando mi *Derecho penal* (Edisofer, Madrid, 2015, p. 38) lo arranco recordando que «Fue Nelson Hungría, el llamado príncipe de los penalistas brasileños, quien en cierta ocasión dijo que si por un desastre nuclear desapareciera todo lo escrito sobre Derecho penal en el mundo y sólo quedara un ejemplar del *Tratado* de Luis Jiménez de Asúa, las generaciones venideras de penalistas bien poco se habrían perdido». Ahora bien, no todos los exiliados eran Jiménez de Asúa. Cierto que junto a él marcharon al extranjero penalistas y criminólogos muy relevantes, como Bernaldo de Quirós, Ruiz Funes o López Rey, pero junto a ellos iban otros que, con todos mis respetos, no pueden recibir tan eximia calificación: así, por ejemplo, Francisco Blasco y Fernández de la Moreda (que se exilia en México) o José Luis Galbé (que lo hace en Cuba) no tenían obra publicada en España, y Emilio González López sólo había dado a la imprenta una monografía sobre la *Antijuridicidad* (1924), siendo esto lo último que de Derecho penal publicaría en su vida, pues en su exilio norteamericano se dedicó al estudio de la literatura española.

Y en cuanto a los penalistas que se quedaron en España y desarrollaron su labor intelectual durante el régimen franquista, se puede decir un tanto de lo mismo. Por supuesto que el hueco dejado por los que se marcharon permitió que corriera el escalafón, pero no todos eran «penalistas mediocres y serviles». Rodríguez Muñoz es rehabilitado en su cátedra de la Universidad de Valencia a una fecha tan temprana como es 1939 y hasta su muerte (1955) realiza una importante labor investigadora que llevará a introducir en nuestro país la doctrina del finalismo (*La doctrina de la acción finalista*, 1953), formando como discípulo a Rodríguez Devesa que será maestro de un buen número de destacados penalistas posteriores (García-Pablos, Ruíz Antón, Bueno Arús, Serrano Gómez, Gallego Díaz...). Al año siguiente, esto es, en 1940, le llegará la hora de la rehabilitación a Antón Oneca, siendo que en 1949 publicará su emblemático *Derecho Penal*, que tuvo una gran acogida en los medios universitarios y profesionales del Derecho, quedando agotado a los pocos años de su aparición. También Antón colocó las bases de toda una

cantera de futuros catedráticos, teniendo como discípulos más destacados a Barbero Santos y a Cerezo Mir. Por su parte, Cuello Calón sería uno de los más beneficiados del forzado exilio de Jiménez de Asúa, dando a la imprenta su muy reeditado *Derecho penal (parte general y parte especial)*, que sería un referente durante décadas, por más que Jiménez de Asúa lo calificara de ser un mero «Centón» dada su carencia de originalidad y sistema. Cuello dejaría tras de sí una nutrida escuela (entre la que destacaría Octavio Pérez Vitoria, cabeza visible de una saga de posteriores penalistas de primera, como Córdoba Roda o Quintero Olivares) y se pondría al frente de dos publicaciones especializadas en Derecho penal y Penitenciario, cuyo prestigio ha perdurado hasta la actualidad; me refiero al *Anuario de Derecho penal*, en el que hoy el lector puede leer esta recensión, y a la *Revista de Estudios Penitenciarios*, que en el año 2022 ha alcanzado su número 264, y a cuyo Consejo de Redacción tengo el honor de pertenecer desde hace veinte años. Sánchez Tejerina, que en 1936 ya era catedrático en Salamanca, permaneció en activo publicando su *Manual* y sin crear escuela (pues malamente puede tildarse como discípulo a Rivacoba), siendo que sí que tuvo un especial protagonismo en el Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo, algo que estudia con rigor y profundidad Portilla (pp. 287 y ss.), quien califica a Sánchez Tejerina como «uno de los últimos inquisidores»; de nuevo aquí la «herencia» de Jiménez de Asúa, como después veremos, está presente. Igual posición crítica manifestará Portilla respecto de Federico Castejón (pp. 154 y ss.) a quien, por su Derecho penal subjetivo, su pragmatismo y su participación en la redacción de textos prelegislativos, califica como «uno de los más desalmados juristas falangistas y uno de los grades legitimadores de la dictadura» (p. 163). Como respecto a la figura de Castejón he escrito de manera monográfica (mi artículo «La proyectada Ley de prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», en *REP*, núm. 257, 2014, esp. pp. 17-23) me remito a lo allí dicho, siendo que ahora simplemente debo subrayar que, frente a las críticas mordaces firmadas por Jiménez de Asúa en cuanto al pasteleo político y la ausencia de talento de Castejón, sólo señalar que su concepción subjetivista del Derecho penal se forja ya entre la segunda mitad de los años veinte y los primeros de los treinta (publica su *Tratado de responsabilidad penal* en 1926 y su *Derecho penal* en 1931, dando su discurso inaugural de la Universidad de Sevilla dedicado a la reforma penal en 1933), siendo que entre sus contribuciones destaca su estudio sobre la *legislación penitenciaria*, un libro que tras más de un siglo desde su publicación, sigue siendo una obra de constante consulta por los especialistas.

Por su parte, Quintano Ripollés llevaba realizando una importante labor investigadora desde mitad de los años treinta, siendo en 1946 cuando aparece la primera edición de sus celeberrimos *Comentarios al Código penal* de 1944, publicando en la década de los cincuenta una serie de importantes monografías (1951: *La Criminología en la literatura universal*; 1952: *La falsedad documental*; 1953: *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*; 1956-1957, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*; 1958: *Derecho penal de la culpa*

(*imprudencia*); 1959: *Compendio de Derecho penal*), siendo en esa misma década cuando Quintano, un penalista nada afecto al «Régimen», fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo, alcanzando la cátedra en 1962, en cuyo seno se formaría su discípulo Enrique Gimbernat, padre y abuelo académico de una nutrida familia de penalistas, entre los que me honro en encontrarme.

De entre los penalistas que se quedaron en España y forjaron su carrera bajo la dictadura franquista, Portilla presta una singular atención a Juan del Rosal (pp. 114 y ss.), siendo que intentando dar respuesta a si el mismo era «un fascista por convicción o un falangista de conveniencia», y en contraposición de la opinión de quienes lo conocieron personalmente (Gimbernat, quien lo califica de liberal y demócrata), se inclina por la primera opción, y ello por entender que no era sino «un fascista convencido del lugar que Alemania ocuparía en la historia y, de seguir sus pasos, el esplendoroso futuro imperial augurado para la España católica» (p. 151). Además, Portilla tilda a Del Rosal de desleal con su maestro, Jiménez de Asúa, siendo que para ello realiza una comparativa entre la versión original de su tesis doctoral (*El concepto de delito en el nuevo Derecho penal alemán*), presentada en febrero de 1936 y la que finalmente publica en 1942, en donde desaparecen las menciones a Jiménez de Asúa. Resulta llamativo que Portilla se pregunte sobre la demora de la publicación y los cambios en ella producidos (pp. 118 y ss.), pues la verdad es que la respuesta es fácilmente deducible. Del Rosal se incorpora a filas al ejército nacional en Granada en octubre de 1936, ascendiendo a teniente provisional en 1938, lo que supondrá que quede directamente rehabilitado por orden de 4 de septiembre de 1939, siendo así que una vez reincorporado a la Universidad, reelabora y publica su tesis en 1942, sin mención a un Jiménez de Asúa que para esa fecha ya llevaba varios años en el exilio. Este orillamiento del maestro no es prueba de deslealtad sino simplemente de coherente supervivencia, pues aferrase a alguien tan significado políticamente como Jiménez de Asúa a principios de los cuarenta era un acto de temeridad en el que estaría en juego hasta la propia seguridad personal del autor. Por cierto, que este distanciamiento de maestros fue también moneda común años después en España, coincidiendo con un nuevo cambio de ciclo político (fin del franquismo y llegada de la democracia), siendo entonces que no pocos fueron los que quisieron separarse del magisterio recibido, lo que en ocasiones dio lugar a furibunda reacción por parte de alguno de estos maestros (recuérdese al respecto la de Elías de Tejada en relación al hasta entonces su predilecto discípulo Agustín de Asís, publicando *La Filosofía jurídica del profesor De Asís Garrote* —ed. González Cabañas, Sevilla, s.f.—), diáspora que en este caso no respondía al temor de represalias del «nuevo régimen democrático» sino a propios intereses personales y profesionales.

Juan Del Rosal, luego de la Guerra, escribió ya siempre bajo el régimen franquista (murió en 1973, esto es, dos años antes que Franco), dejando tras de sí una ingente obra escrita, entre la que destaca, junto a varios libros de trabajos recopilatorios (desde sus *Estudios Penales* de 1948 a *Cosas de Derecho penal* de 1973) y monografías, su imponente *Tratado de Derecho penal*

(parte general), que publica en dos tomos en 1968, y que alcanzaría en 1978 su tercera edición de la mano de su sobrino Manuel Cobo. En los treinta años que median entre la publicación de sus tesis y su fallecimiento, Del Rosal se alzó como un indiscutible referente del penalismo español, codirigiendo junto a Antón el *Anuario de Derecho penal*, fundando el *Instituto de Criminología* de la Complutense y forjando una sólida escuela integrada por un gran número de discípulos (Oliva García, Rodríguez Ramos, Navarrete Urieta, Landecho, Rodríguez Mourullo, Torío, Bustos, Beristain...), encontrándose entre ellos dos que están especialmente vinculados a la Universidad de Granada, en donde se ha formado el profesor Portilla. Por un lado, Stampa Braun dejó allí su magisterio en la persona de Sainz Cantero, maestro de muchos profesores granadinos (así de Lorenzo Morillas, maestro de Portilla) y por otro, Manuel Cobo del Rosal, sobrino de Juan del Rosal, ambos granadinos, quien durante años tuvo un importante ascendente en el nombramiento de nuevos catedráticos, siendo así que, de estar aún vivo, muchas de las críticas personales que se leen en el libro referidas a su tío seguramente no tendrían un carácter tan beligerante.

Lo expuesto en los párrafos anteriores permite poner al lector en situación para poder inclinarse por validar el calificativo de «penalistas mediocres y serviles» que Portilla reserva a los autores referenciados o, por el contrario, entender que dicha visión crítica responde a una falta de imparcialidad heredada del propio Jiménez de Asúa, quien nunca se significó precisamente, en lo referido a las valoraciones personales, por la ecuanimidad de sus juicios, sirviendo como prueba de ello el siguiente botón de muestra: Jiménez de Asúa reserva el calificativo de «mamarracho» a Isaías Sánchez Tejerina (a quien años antes había alabado al escribirle el prólogo de su libro dedicado a *la teoría de los delitos de omisión*) cuando éste, en el discurso inaugural del curso de la Universidad de Salamanca del año 1940, justificó el golpe de Estado franquista (llamado por sus partidarios Alzamiento) como «un caso magnífico de legítima defensa», obviando que el propio Jiménez de Asúa, un lustro antes, había utilizado el mismo argumento para que, en el contexto de otro golpe de Estado (el de 1934, llamado en este caso por sus partidarios Revolución) justificar la defensa de los miembros de la Generalitat que proclamaron el Estado catalán, afirmando que la legítima defensa se planteaba aquí ante el hecho de que los que se creían republicanos se encontraron con una Constitución que estaba siendo violada, por lo que los actos de la Generalitat deberían encuadrarse en un intento de defender la República y la autonomía catalana (ver, Jiménez de Asúa, *Defensas penales*, tomo III, pp. 254 y ss.). Y es que esto de analizar la historia desde la ideología olvida que ésta produce una enfermedad que Ortega llamaba hemiplejía moral y que casa mal con la imparcialidad.

Los capítulos VIII a XII del libro que recensionamos se centran en otro baluarte del trabajo investigador realizado por Guillermo Portilla, y que no es otro que el referido a los mecanismos de represión y depuración instaurados por el régimen de Franco. A este respecto el fondo documental empleado es simplemente soberbio, lo que permite al autor exponer datos hasta ahora bien

poco conocidos. Comienza estudiando la represión penal y administrativa de los funcionarios públicos (pp. 219 y ss.) en donde particularmente me ha llamado la atención el porcentaje de jueces que fueron separados de la Carrera (sólo un 6%, cifra baja que bien puede interpretarse por el hecho de la escasa reacción ideológica que dicho colectivo presentaba, a diferencia de otros colectivos intelectuales más ideologizados). A ello siguen los estudios referidos al papel desempeñado por la jurisdicción militar en la represión franquista, denunciando a este respecto el abuso de la jurisdicción militar (pp. 229 y ss.) y los procesos de incautación de bienes, responsabilidades políticas y responsabilidad civil derivada del delito de rebelión (pp. 253 y ss.), para pasar al detallado estudio del Tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo (pp. 279 y ss.) que abarca desde sus precedentes hasta la gestación y aplicación de la Ley de 1 de marzo, de la que destaca, con todo acierto, su vulneración de las garantías básicas del Derecho penal y procesal, muy particularmente en lo referido al principio de legalidad penal en su manifestación de *lex certa* y la proscripción de la irretroactividad de ley penal desfavorable (p. 312), terminando el libro con el análisis de la Ley de Seguridad del Estado de 1941 (pp. 337 y ss.) y la inclusión de un interesante repertorio de anexos (pp. 359 y ss.).

Acabamos esta ya larga recensión volviendo a remarcar, como hacíamos al inicio de la misma, que el libro de Guillermo Portilla *El Derecho penal bajo la dictadura franquista (Bases ideológicas y protagonistas)*, más allá de las matizaciones aquí realizadas, se alza como un trabajo de ineludible lectura y consulta para quien quiera acercarse a la historia del Derecho penal de la pasada centuria.

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Magistrado

Doctor en Derecho