

COMPLEMENTOS DE HISTORIA DE LA REPRESIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

En relación con Enrique Álvarez Cora, *Compendio de Historia del Derecho español*, 11.ª ed., Murcia, Diego Marín Editor, 2025 (= CHDE).

I. VESTIGIOS DE LA REPRESIÓN JURÍDICA PREMODERNA EN ESPAÑA (SIGLOS XII-XV)

1. Medievo (siglos XII-XV) [= CHDE, III, Claves, 1.1]

| <i>Justicia pública de tradición visigoda</i> | <i>Justicia privada de tradición medieval</i> |
|--|---|
| Factores de justicia privada: excepciones procesales y prefeudalismo. | Factores de justicia pública: paces y treguas. |
| Punibilidad individual-subjetiva: <i>mala voluntas</i> y <i>status libertatis</i> . | Punibilidad colectiva-objetiva: <i>venia delictorum</i> y responsabilidad familiar o vecinal. |
| Generalidad del eje <i>delictivo</i> : crímenes contra el rey, la religión católica y el orden conyugal; malfechos; hurtos y engaños; fuerzas y daños. | Localismo del eje <i>punitivo</i> : la enemistad, la caloña y otras penas forales. |

2. Transición y modernidad (siglos XIV-XV) [= CHDE, III, Claves, 1.2, p. 309]

2.1. Hermandades generales municipales, *Santa Hermandad Vieja* (hasta 1835) y *Santa Hermandad Nueva* de los Reyes Católicos (hasta finales del siglo XVI): *casos de hermandad* (delincuencia rural en yermo o despoblado: latrocinio, raptos con fuerza, cárcel privada, incendio doloso...), sumariedad procesal y ejecución por asietamiento.

2.2. Delitos de *germania*: organización, hábito y tráfico delictivos en ligas y monopolios (ladrones, rufianes y prostitución, juego ilícito, tenencia de armas), miserabilismo delictivo (vagabundos y gitanos).

II. LA REPRESIÓN JURÍDICA MODERNA EN ESPAÑA (SIGLOS XVI-XVIII)

1. El delito y la pena [= CHDE, III, Claves, 1.2.]

- 1.1. Tipicidad delictiva legal.
- 1.2. Clases de delitos.
- 1.3. Especies de delitos.
- 1.4. Tipicidad penal legal.
- 1.5. *Qualitas doli*.
- 1.6. Obligación penal *tamquam principalis*.
- 1.7. Clases de penas.
- 1.8. Conmutación, revocación e indulto.

2. La justicia penal del rey [= CHDE, III, Claves, 1.2, pp. 311-314.]

2.1. Estructura ascendente de la jurisdicción.

Desde el ordenamiento de Alcalá de 1348 se fijó la competencia judicial territorial del *corregidor*, a veces acompañado por un *alcalde mayor*, que también podía actuar por sí solo. Contra la sentencia del *corregidor* se recurrió desde el siglo XIV ante la *Audiencia y Chancillería*,

a la que se asimilaba el tribunal de la Corte del rey (*Corte y Chancillería*, que entendía de los recursos de apelación y suplicación): dos órganos de alta justicia en Castilla, con sede en Valladolid y en Ciudad Real (traslado posterior a Granada). La justicia personal del rey quedaba entonces identificada (segunda suplicación) con la *Casa y Corte del rey*: el *Consejo Real*.

2.2. Expansión del delito público.

La mayor parte de los delitos se consideraban, por naturaleza propia o por disposición de la ley, ofensivos al rey o al reino, por lo que regía su persecución pública (las excepciones se redujeron a las injurias leves y el adulterio). Aunque el ofendido particular (o sus herederos) podía ejercer la acusación, también pudo acusar en su defecto un extraño (antes de que el juez procediese de oficio), y desde luego se generalizó la acusación pública del *procurador o promotor fiscal*, sin perjuicio de la actuación judicial de oficio.

2.3. Proceso penal bifásico.

El proceso penal se dividía en dos fases:

a) la *información sumaria secreta* (fase de investigación judicial, para la averiguación de los partícipes y las circunstancias o “*qualitates delicti*” *espaciales*: casa del rey, sede judicial, iglesia; *temporales*: nocturnidad, epidemia; *fácticas*: gravedad o magnitud del daño; *personales*: status social y económico, sexo, buena o mala fama, relación familiar o dependencia o amistad entre delincuente y víctima; *modales*: pelea, traición o aleve; *instrumentales*: armas, veneno, escala);

b) el *juicio plenario* (bajo el principio de contradicción, con efecto de litispendencia y fase probatoria).

Algunas diligencias procesales tuvieron distintos efectos en cada fase:

a) La *acusación y denuncia* reunía, en orden a la obtención de las penas pecuniarias, la *querrela* (ejercicio de la acción penal) y la *denuncia* (comunicación firmada del delito al juez): durante la información sumaria secreta, consistía en una comunicación simple al juez, escrita o verbal, expresando la intención de acusar y con juramento de veracidad (sustituida la “*inscriptio*” por la pena de la calumnia), y en el juicio plenario consistió en la formalización de la acusación, con presentación de cargos y petición de pena, a la vista del *traslado de los autos*.

b) La *deposición de testigos*: durante la información sumaria secreta, bajo juramento y en secreto, deponían los testigos, aun inhábiles, al tiempo que se procedía a la comprobación (por la inspección ocular del juez y el dictamen de peritos) del cuerpo del delito, quedando pendiente su deposición de la ratificación, con valor probatorio, en el juicio plenario, así como de las tachas de los testigos, presentadas por las partes, tras la *publicación* de las pruebas, con las *alegaciones de bien probado*.

c) La *confesión*, considerada notoriedad de derecho o prueba plena, pudo ser tomada por el juez, bajo juramento y en secreto, ante escribano, de forma inmediata al prendimiento (sin presencia del procurador fiscal ni del acusador, pero con posible careo de testigos o reos), bien en forma *indagatoria* (similar al interrogatorio de los testigos presenciales) durante la información sumaria secreta, sin necesidad de ratificación en el juicio plenario siempre que constase el cuerpo del delito, o bien con valor *formal* en la fase probatoria del juicio plenario.

Esta localización variable afectaba también al auto de *tormento* (ora sólito, como el agua, los cordeles y la garrucha, ora insólito: con posible interrupción y ratificación pasadas veinticuatro horas) que se dictaba para la obtención de la confesión en delitos con pena corporal: si en principio solo debía practicarse en defecto de prueba plena y contando con un indicio o presunción “ad torturam”, se realizó a menudo antes de la fase probatoria e incluso contando ya con prueba plena.

2.4. El secreto.

a) Al ser apresado, el reo sufría, sin que se le comunicara la causa, la *prisión preventiva* (bajo el pago de los derechos de carcelaje) en delitos con pena corporal (o pecuniaria, en la práctica), y el *secuestro de bienes* previo inventario del escribano (para garantizar la satisfacción de las penas pecuniarias).

b) El reo contestaba tras el *traslado de la acusación*, pero no de los autos: en estas condiciones debía plantear las *defensas* (exclusión de la pretensión del acusador) y las *excepciones* (exclusión de la acción del acusador) *dilatorias* (por ejemplo, la declinatoria de jurisdicción y la recusación del juez), *perentorias* (por ejemplo, la cosa juzgada) y *mixtas o anómalas* (con alteración de los efectos ordinarios de las anteriores).

2.5. Escalas armónicas oscilantes de pruebas y penas.

La pena incluida en el *petitum* de la acusación o impuesta en el *fallo* de la sentencia condenatoria podía ser, dependiendo de la prueba obtenida sobre el delito, de dos tipos: pena legal ordinaria o pena arbitraria extraordinaria.

La *pena legal ordinaria* era aquella que la ley penal recogía para el “*committitur*” legal del delito: pena de *muerte* (horca y garrote, vivicombustión), *confiscación de bienes* (limitada), *destierro* (mitigación de la pena de muerte, delitos de germanía), penas *infamantes* (excluidas para los estados nobiliario y eclesiástico: vergüenza pública, azotes públicos, mutilación, marca), penas *pecuniarias* y otras penas especiales (palinodia, encubamiento).

La pena no prevista en la ley, porque las circunstancias delictivas a las que respondía no coincidían con las descritas legalmente, se denominaba *pena arbitraria extraordinaria*: la imponía el juez, por ministerio de la ley, según estilo, costumbre y doctrina jurídica, y normalmente con carácter mitigado.

a) En orden a la imposición de la *pena legal ordinaria*:

El medio de prueba consistía en la *notoriedad*: de derecho (confesión y cosa juzgada), de hecho (con pública voz y fama, según arbitrio judicial) y presuntiva (presunción “*iuris et de iure*”); o la *prueba plena*: confesión formal, documentos (instrumentos públicos, o privados con reconocimiento), testigos y peritos (dos hábiles contestes en el interrogatorio secreto y apartado de los presentados en listas, tras su juramento en presencia de la parte contraria).

El objeto de la prueba era el *dolo* (“*explicite*” o “*causam dans*”) presumido “*iuris tantum*”: una malicia según la valoración de actos malos por sí mismos (adulterio, estupro, etc.), actos con presunción de maldad eventualmente lícitos (homicidio en defensa propia, hurto famélico, etc.) y actos con presunción de bondad eventualmente ilícitos (donación, testimonio, etc.). La constatación del dolo implicaba la calificación del delito como *grave*.

Cuando se pretendía la imposición de la pena legal ordinaria cualificada, había que probar la *premeditación* y la *proditoriedad* en virtud de las “*praeparationes delicti*” y la “*consuetudo delinquendi*” (reiteración, reincidencia y frecuencia delictiva). La constatación de la premeditación implicaba la calificación del delito como *atroz*.

b) En orden a la imposición de una *pena arbitraria extraordinaria mitigada*:

El medio de prueba constituía en la *prueba semiplena* o las *presunciones “iuris tantum”* y los *indicios* o *conjeturas*.

El objeto de la prueba era la *culpa lata* (negligencia o impericia no leve o levísima) y el *caso imprevisto*.

Entre la imposición de la pena arbitraria extraordinaria mitigada y la exención de la pena, el arbitrio judicial valoraba: la *incapacidad de dolo* (minoría de edad < 25 años, con edad penal viable desde los catorce años de la pubertad; persona jurídica, por rectoría o consejo comunicado; demencia no fingida salvo intervalo lúcido; embriaguez no deliberada; ira justa invencible, etc.), el delito “*ex potestate legis*” o *necesario* y el *caso fortuito*.

c) Oscilaciones.

La pena legal ordinaria (*tamquam principalis*) se imponía al ser probados, además de la autoría delictiva del delito consumado, el *conato* con acto próximo de delito *atroz*, la *complicidad* anterior o durante la comisión del delito, la *complicidad* posterior a la comisión del delito *atroz* o si hubo trato previo, el *mandato*, la *persuasión* “*si alias facturum non esset*” y la *persuasión* “*si alias facturum esset*” de delito *atroz*.

La pena arbitraria extraordinaria se imponía al ser probados el *conato* con acto próximo de delito grave, el *conato* con acto remoto de delito *atroz*, la *complicidad* posterior a la comisión del delito, el *mandato* excedido o cumplido aun revocado, la *obediencia debida*, la *ratificación* y la *persuasión* “*si alias facturum esset*” de delito grave

La exención de pena se declaraba en el *conato* con acto remoto en delito grave, el *mandato* revocado con notificación aceptada al mandatario, la *penitencia* sin comisión del delito y la *persuasión* revocada notificada a la víctima.

2.6. Sumariedad procesal.

a) Aunque en los tribunales superiores estaba previsto un *informe del relator*, antes del recibimiento judicial del pleito a prueba en el juicio plenario, con el fin de la detección de los posibles defectos procedimentales, el juicio plenario pudo desarrollarse *sumariamente y de plano, sin estrépito y figura de juicio, solamente sabida la verdad*, especialmente al tratarse de delitos atroces o notorios.

b) La *sentencia definitiva* carecía de motivación: incluyendo encabezamiento, visto y fallo del juez o tribunal, la redactaba el relator y, una vez notificada al escribano y unida a los autos, se pronunciaba formalmente y se notificaba a las partes, que podían pedir al escribano el despacho de la *ejecutoria*.

2.7. Continuidad y terminación variable o abierta del proceso penal.

a) La eficacia penal explicaba que el juicio en *rebeldía* no impidiera la presentación de pruebas durante un año posterior (respecto de las penas pecuniarias) a la sentencia definitiva, o sin límite (respecto de las penas corporales).

b) Aunque se obtuviera la *confesión*, podía dictarse auto de tormento “tamquam cadaver” y el proceso no concluía, para permitir la oposición de excepciones, la alegación de defensas y las pruebas en orden a la averiguación de otros partícipes.

c) La sentencia preveía la ineficacia de la ejecución de la condena mediante la *cláusula de quebrantamiento*, aumentando la pena si la impuesta se incumplía; así como podía aumentarse el tiempo de prisión (aumentando su función punitiva) mediante la *cláusula de retención*.

d) La pena impuesta en la sentencia condenatoria podía ser *conmutada* en supuestos de error judicial, falta de idoneidad para el indulto y rendimiento de servicios por utilidad pública (galeras).

e) El *perdón de la parte ofendida*, en delitos con pena corporal, a cambio de un precio, daba lugar al desistimiento de la acusación particular (que no excluía la actuación judicial de oficio), y resultaba un requisito, junto a la causa justa y la ausencia de perjuicio a terceros, para la concesión del *indulto*, ora *de gracia* ora *al sacar* (en cuantía proporcional a la pena y según conste contradicción fiscal o hacienda conocida), con efectos en la reincidencia y excluido en delitos atroces.

f) Además de la condena o la absolución, en la sentencia definitiva podía declararse la *absolución de la instancia*, a la espera, cuando no se alcanzaba prueba plena, del descubrimiento o la aportación de nuevas pruebas, evitando el efecto de cosa juzgada.

2.8. Un ejemplo de determinación de la condena [CHDE, III, Textos, n. 27]:

7 de marzo de 1503, Ciudad Real, *Los Reyes Católicos mandan a las justicias de Granada y a todas las del reino que se ejecute la sentencia dictada contra Fernando Sánchez, acusado de haber dado una cuchillada a Francisca de Barrasa*. Archivo de la Real Chancillería de Granada, Registro del Sello, 5506-196.

Penas corporales

Penas infamantes

| LEYES | Penas pecuniarias (rotura de cuero) | Penas corporales (asechanza de herida o muerte) | Penas infamantes (Mutilación de la mano (saca de cuchillo)) | |
|---|-------------------------------------|---|---|---|
| SENTENCIA: CONDENA (rotura de cuero, asechanza de herida con efusión de sangre mediante saca de cuchillo) | | Destierro del reino (3 años) | Mutilación del pie izquierdo | Vergüenza pública |
| QUEBRANT. 1.º | | | Mutilación de la mano derecha | |
| QUEBRANT. 2.º | | Penas corporales (Pena de muerte) | | |
| VISTA (apelación): CONDENA | | Destierro de la ciudad (1 año) | Enclavamiento durante una hora de la mano derecha | Vergüenza pública y azotes públicos (100) |
| QUEBRANT. 1.º | | Destierro de la ciudad (2 años) | | |
| QUEBRANT. 2.º | | Penas corporales (Pena de muerte) | | |
| REVISTA (súplica): CONFIRMACIÓN DE VISTA | | Idem | Idem | Idem |

2.9. Ejemplaridad.

La ejecución de la sentencia se desarrollaba aplicando la pena con fines de represión y ejemplaridad. A tal efecto, tenía lugar públicamente (“calles acostumbradas”, plaza, rollo o picota), en presencia de los alguaciles y la tropa que acompañaban al reo, los frailes que le prestaban auxilios espirituales si la pena era de muerte, el verdugo (casi siempre un delincuente a quien se había conmutado una pena de muerte o de galeras por el ejercicio de tal oficio), el escribano y el pregonero. Durante la ejecución el tribunal que pronunció la sentencia permanecía simbólicamente reunido hasta que el escribano presentaba testimonio de que había presenciado la ejecución.

3. El proceso del Santo Oficio de la Inquisición [CHDE, III, Claves, 1.2, pp. 312-313.]

3.1. Jurisdicción.

Inquisición papal desde el papa Gregorio IX (en la corona de Aragón, hasta 1483) contra cátaros, valdenses y albigenses, y *Santo Oficio de la Inquisición* (en la corona de Castilla, desde 1480 en virtud de bula del papa Sixto IV; supresión en 1813/1834).

Planta judicial del Santo Oficio de la Inquisición:

- a) Inquisidor General (derecho regio de presentación) y Consejo de *la Suprema*.
- b) Tribunales de distrito: inquisidores, fiscal, calificadores y consultores.
- c) Comisarios y familiares.

En los procesos, los tribunales obtienen información sobre el reo mediante la diligencia de la *recorrección de registros*. Los tribunales elaboraron *memorias* o *relaciones de causas* elevadas al Consejo de la Suprema con informe de la actividad procesal y recibían las visitas de consejeros de la Suprema o inquisidores enviados por el Inquisidor General.

3.2. Objeto (conducta y proposiciones): la herejía y el delito sospechoso de herejía.

- a) Conversos, judaizantes, cristianos nuevos, criptojudíos, tornadizos o marranos (Reyes Católicos).
- b) Moriscos (Carlos V).
- c) Protestantes, alumbrados o quietistas, erasmistas (Felipe II).
- d) Delitos sospechosos de herejía (Felipe III y Felipe IV).
- e) Judaizantes refugiados fugitivos de la Inquisición portuguesa y delitos sospechosos de herejía (Felipe IV, Carlos II y Felipe V).
- f) Racionalistas (Fernando VI, Carlos III y Carlos IV).

Se contempla el *delito de fautoría* (complicidad con la herejía) como proposición en defensa de la inocencia de un condenado por el Santo Oficio.

3.3. Proceso.

3.3.1. Semejanzas con el proceso penal de la justicia regia.

a) Importancia de la praxis judicial y la doctrina jurídica ante la parquedad normativa de las *instrucciones* y *cartas acordadas del Consejo de la Suprema*.

b) Privilegios penales por razón del estado (a pesar de su negación doctrinal): no imposición de penas infamantes (coroza, azotes, galeras, desfile de penitentes...) a la nobleza y el clero.

c) Finalidad ejemplarizante de la ejecución pública de la pena: el *auto de fe* y la naturaleza pública de la pena (azotes públicos, vergüenza pública, exhumación de huesos, desfile de estatuas de ausentes, vestidura del sambenito o exposición en la iglesia, destrucción de la casa...) salvo escándalo.

3.3.2. Diferencias con el proceso penal de la justicia regia.

a) Arbitrariedad extraordinaria de la pena con *naturaleza penitencial*: mayor misericordia que en la justicia ordinaria y eventual alteración de la pena durante la vigilancia de su cumplimiento.

b) Frente a la condena del reo como finalidad procesal represiva común, se anteponía la finalidad de la *salvación del alma*. Consiguientemente, el objeto del proceso se extendía a la averiguación de cualquier pecado (no solo del que le dio origen), con el fin de obtener la confesión y el arrepentimiento más completo. Frente a la absolución de la instancia del proceso común por delito grave o atroz en caso de falta de prueba plena, tras la eventual confesión obtenida y la eventual sentencia de tormento se dictaba sentencia de condena según la naturaleza del pecado.

c) El procedimiento avanzaba bajo el *secreto*, a imitación del *sacramento de la penitencia*, en orden a la obtención de una confesión (que requería contrición y propósito de enmienda) cuya presunción de veracidad y sinceridad era mayor cuanto más temprana se manifestaba. Y así la presunción se debilitaba cuanto más se desvelaba el secreto de los cargos, en los tiempos procesales de la escala siguiente:

ca) Presentación del reo como *espontáneo*.

cb) *Exhortación en audiencia*: declaración del reo sin conocer el contenido de la denuncia presentada, bajo la obligación que imponía el *edicto de fe*, por un particular o un familiar, jurada ante escribano público y dirigida al comisario o a un inquisidor del tribunal de distrito, tanto más veraz si coincidiera con el contenido de dicha denuncia o las declaraciones de los *contestes*.

cc) El fiscal formalizaba la *clamosa*, que consistía en el libelo de acusación y la solicitud de encarcelamiento del reo.

En la *audiencia de publicación de la acusación*, se daba lectura a la acusación, con secreto de las circunstancias concretas y de la articulación de los cargos, para contestación oral antes de la entrega en orden a la contestación escrita con asesoramiento de abogado de presos (elegido entre la burocracia del tribunal bajo juramento de abandono de la defensa desde que constase la culpa).

Durante la permanencia del reo en la *cárcel* (secreta, media o pública, según el régimen de comunicación), con mejores condiciones higiénicas y atención médica que en los calabozos de la justicia regia, se le concedía *audiencia de bienes* y cuantas *audiencias voluntarias* quisiera, además de *tres audiencias de oficio* bajo *amonestaciones* (sucesivamente, “discurso de la vida” y elementos de doctrina católica, sospecha de cargos, conminación a confesión);

d) En la fase probatoria, la *sentencia (consulta de fe) de tormento* para reos negativos y pertinaces (toca y cordeles, sin tortura exquisita o extraordinaria), se practicaba estrictamente en la fase probatoria y en defecto de prueba plena, apelable y con revisión de oficio del Consejo de la Suprema, aplicación prudente y mesurada, con posibilidad de interrupción y bajo ratificación posterior.

En cuanto al *interrogatorio* secreto de testigos, el reo hacía a ciegas la *tacha de testigos* y el *abono de testigos*.

e) La *sentencia definitiva* mediante *consulta de fe* (inquisidores, consultores y delegado episcopal) se pronunciaba por unanimidad de los inquisidores y con elevación al Consejo de la Suprema en caso de discordia. Se distinguieron tres tipos de sentencias:

De *penitenciación*, en caso de reo convicto de delito sospechoso de herejía, si hubo arrepentimiento en los delitos menos graves (*abjuración de leví*) o en los más graves (*abjuración de vehementi*, que daba lugar a la eventual condición futura de relapso), con imposición de penas arbitrarias extraordinarias mitigadas.

De *reconciliación*, en caso de reo convicto de delito de herejía, si hubo arrepentimiento (*abjuración de vehementi*) y no se tenía la condición de relapso, con imposición de penas arbitrarias extraordinarias (de mayor gravedad que las impuestas a los penitenciados).

De *relajación*, si el reo era *negativo* (negaba la culpa), *pertinax* (confesaba sin arrepentimiento) o *relapso* (condenado en proceso anterior), para la ejecución civil de la pena legal ordinaria de vivicombustión (muerte en el quemadero).

f) La *audiencia* o *aviso de cárceles*, en la *cárcel de la penitencia*, suponía, con el juramento de guardar secreto sobre el proceso (so pena de *impediente*), la posibilidad de confesión y arrepentimiento hasta el último momento, y de hecho para su obtención se aplicaron al reo procedimientos de progresiva dureza (“para que languidezca el furor herético”).

g) En el *auto de fe* (o en el *autillo*), antes de la lectura de la sentencia condenatoria se amonestaba todavía a la *abjuración*, de modo que el arrepentimiento permitía salvar la vida (del reconciliado) o la ejecución de la vivicombustión previo garrote (del relajado).

III. VIOLENCIA Y REPRESIÓN EN LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA (SIGLOS XIX-XX)

El contexto de la violencia en la España contemporánea es constante: guerras civiles (guerras carlistas, Guerra Civil 1936-1939) y terrorismo (anarquismo, ETA, yihadismo).

1. De la violencia al terrorismo

1.1. En el derecho de la monarquía absoluta, se recibió el derecho romano con la tipicidad de las leyes *de vi publica* y *de vi privata*, dos violencias que tenían en común la diversidad de especies delictivas (sedición, sustracción de bienes, incendio doloso, estupro violento) y se distinguían por la dimensión pública de la violencia y el uso de armas.

Sin embargo, en el *ius proprium* se configuró un solo *crimen publicum de vi*, que podía identificarse con algunos tipos delictivos (homicidio, rebelión), o bien generar especies delictivas (el robo en relación con el hurto, el latrocinio en relación con el homicidio), o bien funcionar como un factor negativo de la intencionalidad (similar a la *qualitas doli: metus, vis y violentia*).

1.2. En los códigos penales, la violencia quedó convertida en un elemento de los tipos delictivos. Así, en el Código penal de 1870, la violencia se mantuvo, grave o no, como un factor negativo de la intencionalidad (violencia e intimidación) y conectada a ciertos modos de comisión delictiva (la fuerza, la amenaza, la lesión o el apremio ilegítimo). Pero la violencia careció de tipo delictivo propio, lo que la excluyó de la clausura legal delictiva típica del código penal.

1.3. A partir de los años 70 del siglo XIX, la violencia sociopolítica contemporánea se desorbitó respecto de la concepción jurídica de la violencia que residía en el código penal. Mientras en el código penal la violencia se reducía a constituir el elemento de algunos tipos delictivos, la violencia sociopolítica fue caracterizada con mayor complejidad por el *anarquismo*, en el seno de la *revolución social*, al concederle una legitimación, unos instrumentos y una finalidad:

a) Se legitimó la anarcoviencia en cuanto *propaganda por el hecho*, como parte de la propaganda ideológica que postula el derecho fisiológico del “tomar lo suyo” por parte del individuo totalmente libre y solidario, en autodefensa frente al capital y el Estado.

b) La anarcoviencia utilizó unos instrumentos específicos: la tecnología del explosivo, con víctimas indiscriminadas (Plaza Real de Barcelona, Teatro del Liceo, procesión del Corpus Christi) u objetivos selectos (magnicidio: atentados contra Alfonso XII y Alfonso XIII, asesinato de Cánovas, Canalejas, Dato), la insurrección y el “arma proletaria” de la huelga general revolucionaria (1917, 1934).

c) La finalidad de la anarcoviencia fue provocar la alarma social para la transformación del “medio natural”, contra la depauperación de las masas trabajadoras provocada por la explotación económica liberal o socialista.

Incluso la némesis política liberal del anarquismo, progresista, conservadora o reaccionaria, aceptó esta configuración de la anarcoviencia, positiva y negativamente, esto es, como causa de la necesidad de la reforma social y al conceptuarla cualificadamente como *terrorismo*.

Sin embargo, no se llegó a reformar el código penal en el sentido de la tipificación jurídica del *delito anarquista* o del *delito terrorista*, porque a pesar de que el anarquismo parecía ofrecer, dada la desorbitación de su violencia, el ejemplo sintomático del fenómeno terrorista, la asimilación del anarquismo al terrorismo podía resultar contraria al principio de libertad ideológica y asociativa del Estado constitucional.

2. La reacción jurídica del Estado constitucional

2.1. Primera fase.

A falta de una tipificación delictiva del delito anarquista o terrorista, el Estado constitucional reaccionó mediante una *interpretación extensiva*, técnicamente cuestionable, del Código penal de 1870:

a) El Gobierno ilegalizó la AIT en la *I República*, poniendo en tela de juicio la libertad constitucional de asociación.

b) El Tribunal Supremo aplicó el Código penal de 1870: ba) combinando el tipo delictivo de estragos con la falta típica de disparo de proyectiles con alarma o peligro en lugares públicos; y bb) vinculando en 1884 expresamente al anarquismo con la actividad de asociaciones juzgadas ilícitas (FTRE) por ser consideradas contrarias a la moral pública, sin necesidad de comisión delictiva.

c) La Fiscalía del Tribunal Supremo: ca) defendió la responsabilidad penal conforme al criterio de la “unidad en el pensamiento y en la acción”; cb) presumió la calificación de

delito, sobre la de falta, en el disparo de proyectiles (para absorber la fuerza explosiva del petardo); cc) utilizó el concurso de delitos (disparo de petardos y asesinato); y cd) cualificó el delito por crueldad alevosa o ausencia de conciencia moral en el delincuente, autoría de sociedades secretas organizadas o magnitud del estrago.

Pero el delito “*in mente*” (anarquista, terrorista), atribuido a “enemigos sociales”, se admitió que “en cuestión no existe claramente definido”.

2.2. Segunda fase.

Insuficiente la extensión o extravagancia interpretativa de el Tribunal Supremo y su Fiscalía, los gobiernos liberal y conservador de la *Restauración* optan por la promulgación de *leyes penales excepcionales*, que extralimitaron el derecho penal respecto de los principios técnicos liberales.

Excepcional fue una ley de 1894, con estas características:

a) extensión de las formas de participación delictiva: atentado, fabricación y venta de explosivos, sospecha, provocación o inducción indirecta, amenaza no condicional y apología mediante propaganda;

b) extensión de las formas de ejecución delictiva: riesgo, alarma y conocimiento aun sin consumación;

c) imposición de penas graves, hasta la capital, más la disolución de las asociaciones delictivas;

d) procedimiento judicial sumario.

Ultraexcepcional fue una ley de 1896 (vigente hasta 1900), que amplió la regulación anterior: materias inflamables, pena de muerte como pena única, jurisdicción militar en caso de delito flagrante y supresión de “periódicos y centros anarquistas”.

Pero las leyes penales excepcionales siguieron sin tipificar el delito anarquista o terrorista, e incluso la doctrina jurídica que mencionaba el “delito anarquista” (Cuello Calón) no lo definía con claridad. La Fiscalía del Tribunal Supremo, en 1920, se refirió al “*nuevo crimen social*”, que se imputaba (ya no exclusivamente al anarquismo) en el contexto de “la lucha entre el capital y el trabajo”.

2.3. Tercera fase.

Una vez organizada la CNT en 1910, se sucederán dos criterios jurídicos ideológicamente opuestos pero coincidentes en la *extralimitación* del derecho penal.

2.3.1. La *dictadura de Primo de Rivera* declaró la ilegalidad de la CNT y el Código penal de 1928 asumió la extralimitación del derecho penal incluyendo:

a) la circunstancia agravante de *multirreincidencia* (declaración de delincuencia habitual);

b) la *predisposición para delinquir* (peligro social criminal) en orden a la aplicación de *medidas de seguridad*;

c) como forma de inducción, la *excitación* de la “lucha violenta de clases”.

2.3.2. Un año antes de la proclamación de la *II República*, la CNT volvió a la legalidad. El Código penal de 1932 eliminó las extralimitaciones y en particular la *excitación* de la “lucha violenta de clases”, pero la excepcionalidad penal reapareció por otras vías:

a) por la vía de la ley de *defensa de la República* de 1931, que tipificó “actos de violencia” sociopolítica de agresión a la República y menosprecio de las instituciones (apología de la monarquía);

b) por la vía de la ley de *orden público* de 1933, que tipificó perturbaciones individuales o colectivas de derechos y propagación de medios violentos para alterar el orden;

c) por la vía de la ley de *vagos y maleantes* de 1933, que imponía medidas de seguridad al “estado peligroso” (ocultación de nombre, falsedad de domicilio o documento de identidad, tenencia injustificada de dinero o efectos, inclinación al delito por trato asiduo con delincuentes o frecuentación de sus lugares de reunión habitual, reincidencia o reiteración de delitos con presunción de habitualidad criminal). Una ley de 1935 declarará peligrosos a los “antisociales” que en su actividad y propaganda “inciten a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco”, o hagan su apología pública.

La revolución de octubre de 1934 (huelga general) confirma la persistencia insurreccional de la violencia (socialista, comunista, anarquista) y una aplicación extralimitada de la represión excepcional culminante en la ley de 1934 que impuso penas entre reclusión mayor y muerte contra la perturbación del orden público, el hecho de aterrorizar a los habitantes de una población o de realizar “alguna venganza de carácter social” mediante sustancias explosivas o inflamables (con penas inferiores para la fabricación de las sustancias, la provocación o la apología), así como contra el robo con violencia o intimidación ejecutado por dos o más malhechores.

Revolución social anarquista: autodefensa legítima / terrorismo

| | |
|--|---|
| Interpretación <i>extensiva</i> del Código penal de 1870 | Delito de estragos y presunción de delito sobre falta de disparo de proyectil con alarma o peligro, unidad en el pensamiento y en la acción, disolución de sociedades contra la moral pública y cualificación alevosa o inmoral del delito. |
| Leyes <i>excepcionales</i> de 1894 y 1896 | Extensión de formas de participación y ejecución delictivas, máxima gravedad de las penas, sumariedad procesal, supresión de prensa y centros anarquistas. |
| Código penal de 1928 | <i>Extralimitación:</i> multirreincidencia, predisposición para delinquir y medidas de seguridad, excitación de la lucha violenta de clases. |
| Leyes de 1931, 1933 y 1934 (respecto del Código penal de 1932) | <i>Extralimitaciones:</i> actos de violencia sociopolítica de agresión a la República, |

| | |
|--|--|
| | perturbaciones de derechos y propagación de medios violentos para alterar el orden, estado de peligrosidad y medidas de seguridad. |
|--|--|

3. Violencia política y Guerra Civil

La tensión y el enfrentamiento ideológico en la España republicana se generalizó social y políticamente, imposibilitada la integración democrática. La anarcoviolenencia enfrentada al Estado fue superada por una violencia política que se desencadenó con la opuesta legitimación de los bloques ideológicos de querencia marxista y fascista que se disputaban un poder excluyente. En este sentido tuvieron triste relevancia los asesinatos del teniente socialista Castillo, de la Guardia republicana de Asalto, y de Calvo Sotelo, líder del Bloque Nacional.

La legitimación de la violencia por parte de los dos bloques ideológicos se razonaba en sus respectivos y opuestos límites. Así la lucha contra el fascismo constituía el límite de la violencia para los anarquistas, que sin embargo se consideraban “enemigos de toda violencia”; y la detención de la “ola roja” constituía el límite de la violencia para los falangistas, a pesar de profesar el tradicionalismo católico. Estas violencias antagónicas formaron parte de un enfrentamiento sociopolítico que creció de modo constante y se expandió finalmente en la Guerra Civil.

4. La tipificación jurídica del terrorismo

4.1. En el *Nuevo Estado* de la dictadura franquista, el Código penal de 1944 tipificó el *delito de terrorismo*, definido como atentado contra la seguridad del Estado o alteración del orden público, para causar temor a la población o realizar la venganza social o política, mediante actos destructivos y explosivos, “u otros hechos análogos”, bajo penas entre reclusión y muerte, a los que se añadió:

- a) su *amenaza no condicional* y la fabricación, transporte o suministro de sustancias o aparatos homicidas;
- b) la *propaganda ilegal* “de todo género y en cualquier forma”;
- c) el *delito imposible* y la *peligrosidad social* del delincuente.

La tipificación delictiva estuvo condicionada por la ideología del *totalitarismo*, pues la definición del terrorismo dependía de la definición de la seguridad del Estado y el orden público. Por lo tanto, la excepcionalidad política frustró la estabilidad jurídica del tipo delictivo, de acuerdo con los siguientes principios:

- a) *Totalitarismo falangista* (programa de la FET y de las JONS): los españoles como miembros de la comunidad nacional-católica y nacional-sindicalista (de estructura orgánica: familia, municipio y sindicato) con deberes (*Fuero de los Españoles*) de servicio fiel a la patria, lealtad al Jefe del Estado (el Caudillo), obediencia a la ley (asunción por el Jefe del Estado de “todos los Poderes”, por decreto de 1936, y de la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, por ley de 1938).

b) El *trabajo* se concibió como *deber social* (*Fuero del Trabajo*) y la libertad de asociación queda remitida a ley de Cortes (colaboración legislativa de las Cortes con el Jefe del Estado: ley de 1942) y subordinada a “la unidad espiritual, nacional y social de España” (*Fuero de los Españoles*).

c) Una ley de 1940 sobre *represión de la masonería y el comunismo* convirtió en delito las correspondientes organizaciones ideológicas y las sociedades clandestinas, así como su propaganda; quienes pertenecieron a tales organizaciones antes de la vigencia de la ley tienen un plazo para formular una retractación ante el Gobierno, sin perjuicio (salvo excusa absolutoria, como el apoyo al *Movimiento Nacional*) de su separación definitiva de todo cargo estatal u oficial y de la dirección en empresas privadas.

d) La ley de *seguridad del Estado* de 1941 contempló la toma de armas contra la patria “bajo banderas separatistas” y los actos contra la seguridad del Estado y el orden público, así como las asociaciones cuyo objeto consistía en la “subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado” o bien en la “destrucción o relajación del sentimiento nacional”, con su propaganda.

e) *Suspensión* temporal gubernativa total o parcial del ejercicio de los derechos (decreto de 1945, que armoniza la ley de orden público de 1933 con el *Fuero de los Españoles*).

Una ley de 1971 introdujo, en la tipificación del delito terrorista, el factor organizativo del *grupo* o *asociación*: el *comando*, que el Tribunal Supremo distinguirá, por su “carácter paramilitar”, de un “terrorismo impropio o pequeño” (reducida la gravedad o la alarma social).

4.2. En la *Monarquía constitucional*, una ley de 1984 tipificó la *banda armada o relacionada con actividad terrorista*. Esta banda armada, como antes el comando, reflejaba la intensificación en el terrorismo de una organización de índole jerarquizada (ETA), que será compatible con articulaciones criminales flexibles o espontáneas y ratificadas (*Al-Qaeda*). El entramado organizativo terrorista facilitaba la integración y operatividad del aparato ideológico (acrítico).

Una ley de 2015 vinculó el delito de terrorismo a la subversión del orden constitucional o internacional, la alteración grave de la paz pública o la provocación de un estado de terror en la población. La legitimación política democrática funciona como un factor de estabilidad jurídica del tipo delictivo, de modo que el tratamiento de la violencia terrorista parte, soslayando la extralimitación o la excepcionalidad, de los delitos típicos “previstos en el presente Código”.

No obstante, desde el comienzo del siglo XXI, la desorbitación violenta del terrorismo, con aumento de la atrocidad y el número de víctimas, no deja de extremarse (Nueva York 11-9-2001, Madrid 11-3-2004, Beslán 1-9-2004, Londres 7-7-2005, París 13-11-2015, Re'im 7-10-2023...), hasta el punto de aproximarse a los *actos* (declarativos o ejecutivos) *de guerra*.