

# Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)

**Brian Buchhalter Montero**



Derecho Penal  
y Procesal Penal

IDEOLOGÍA Y PROCESO EN LOS ANTEPROYECTOS DE LEY  
DE ENJUICIAMIENTO DE FALANGE (1938)

# **COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

Director

**Luis Rodríguez Ramos**

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

**Nicolás González-Cuéllar Serrano**, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**Javier Álvarez García**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

**Alicia Gil Gil**, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

**Silvina Bacigalupo Saggese**, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Adán Nieto Martín**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

**Esteban Mestre Delgado**, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

**Jacobo Barja de Quiroga**, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

# **IDEOLOGÍA Y PROCESO EN LOS ANTEPROYECTOS DE LEY DE ENJUICIAMIENTO DE FALANGE (1938)**

---

**BRIAN BUCHHALTER MONTERO**

Universidad Complutense de Madrid



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2025

Primera edición: agosto de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Del contenido, su autor.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-25-112-X (edición en papel)  
144-25-113-5 (edición en línea, PDF)  
144-25-114-0 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3088-6

Depósito legal: M-17106-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*Para mi padre, mi madre y Martín.*

# ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO, por Aniceto Masferrer .....	13
ABREVIATURAS .....	21
INTRODUCCIÓN .....	23
PRIMERA PARTE	
CAPÍTULO I. EXPRESIÓN JURÍDICA DEL FASCISMO ESPAÑOL ...	29
I. <b>Dos consideraciones metodológicas previas</b> .....	30
II. <b>JONS (1931-1934)</b> .....	33
2.1 Ramiro Ledesma .....	33
2.2 Onésimo Redondo .....	38
III. <b>FE (1933-1934): José Antonio Primo de Rivera</b> .....	39
3.1 Estado como instrumento .....	40
3.2 El Derecho .....	41
IV. <b>FET y de las JONS (1937-1977)</b> .....	44
V. <b>Excursus nazi-soviético</b> .....	45
VI. <b>Recapitulación</b> .....	46
CAPÍTULO II. LA DELEGACIÓN NACIONAL DE JUSTICIA Y DERECHO (1937-1939) .....	47
I. <b>Revolución jurídica y unidad del Derecho</b> .....	47

	Páginas
II. <b>Su primer titular: Antonio Luna García</b> .....	48
III. <b>Recapitulación</b> .....	49
CAPÍTULO III. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO .....	51
I. <b>El ACP 1938</b> .....	51
1.1 Influencias extranjeras, pero no solo .....	52
1.2 Fin político .....	54
II. <b>Tendencias</b> .....	54
2.1 La muerte del principio de legalidad: la analogía <i>contra reum</i> ...	55
2.2 Personalidad y voluntad del autor .....	59
2.2.1 La reincidencia .....	61
2.2.2 Unitario castigo para diversos injustos .....	61
2.2.3 Teleología de la reacción penal .....	61
2.3 Rol de la obediencia debida .....	63
III. <b>En concreto</b> .....	64
3.1 Raza .....	64
3.2 Familia .....	65
3.3 Patria, honor y religión .....	66
IV. <b>Régimen de prisiones</b> .....	68
V. <b>Recapitulación</b> .....	69
CAPÍTULO IV. DERECHO PRIVADO .....	71
I. <b>Propiedad</b> .....	72
II. <b>Derecho sucesorio</b> .....	73
III. <b>Sociedades mercantiles: caudillaje</b> .....	74
IV. <b>Recapitulación</b> .....	75
SEGUNDA PARTE	
CAPÍTULO V. ORGANIZACIÓN JUDICIAL .....	79
I. <b>En busca del ALOAJ 1938</b> .....	81
II. <b>Algunas cuestiones en particular</b> .....	81
2.1 El Gobierno de los Jueces y el TS .....	82
2.2 Órganos jurisdiccionales .....	83



	Páginas
2.2.1 Audiencias Territoriales y Audiencias Provinciales .....	84
2.2.2 Justicia municipal .....	88
2.3 La Abogacía del Nuevo Estado .....	88
2.3.1 Servidor de la Administración de Justicia .....	88
2.3.2 Ecos actuales .....	89
III. <b>Recapitulación</b> .....	90
CAPÍTULO VI. TENDENCIA IDEOLÓGICA GENERAL DEL ENJUICIAMIENTO .....	91
I. <b>Verdad a cualquier precio</b> .....	91
II. <b>Dominio procesal del Jefe del Estado</b> .....	92
III. <b>La buena fe</b> .....	93
IV. <b>Panorámica de la reestructuración de los procedimientos</b> .....	95
4.1 Fortalecimiento de la oralidad y la concentración .....	96
4.2 Simplificación de trámites y pretensión de celeridad: la supresión de los Procuradores .....	96
V. <b>Economía y proceso</b> .....	97
5.1 El beneficio de pobreza .....	97
5.1.1 En el proceso civil .....	98
5.1.2 En el proceso penal .....	99
5.2 Las costas .....	99
5.2.1 En el proceso civil .....	100
5.2.2 En el proceso penal .....	101
VI. <b>Recapitulación</b> .....	102
CAPÍTULO VII. ENJUICIAMIENTO CIVIL .....	103
I. <b>Historia e influjo foráneo</b> .....	103
II. <b>Tendencias</b> .....	104
2.1 Oficialidad .....	105
2.2 Oralidad y concentración .....	111
2.3 Simplificación (y reestructuración de los procedimientos) .....	112
2.3.1 El juicio ordinario declaratorio .....	113
2.3.2 El juicio ordinario probatorio .....	116
2.3.3 El juicio verbal .....	116

	Páginas
III. <b>Algunas instituciones en particular</b> .....	117
3.1 Medios alternativos de resolución de conflictos .....	117
3.2 El heterogéneo «procedimiento asegurativo» .....	118
3.3 Normas sobre competencia: reducción de la autonomía de la voluntad .....	119
3.4 Ejecución provisional: la jurisdicción de referée .....	120
3.5 La jurisdicción voluntaria .....	120
IV. <b>Recapitulación</b> .....	122
CAPÍTULO VIII. ENJUICIAMIENTO CRIMINAL .....	123
I. <b>Influencias extranjeras</b> .....	124
II. <b>Tendencias</b> .....	125
2.1 Búsqueda de la verdad y justicia material .....	127
2.2 Celeridad del procedimiento y simplificación .....	131
2.1.1 Prohibición de entablar conflictos jurisdiccionales y de competencia .....	132
2.1.2 Resoluciones judiciales .....	133
III. <b>Algunas cuestiones e instituciones en particular</b> .....	133
3.1 Redefinición de roles en el procedimiento preliminar .....	134
3.1.1 El Ministerio Fiscal .....	134
3.1.2 El Juez .....	135
3.2 El sobreseimiento .....	136
3.3 La voluntad del acusado: monitorio penal .....	136
IV. <b>Recapitulación</b> .....	137
A MODO DE CONCLUSIÓN .....	139
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	143

## PRÓLOGO

Una importante corriente historiográfica española, al defender el predominio de lo jurídico sobre lo histórico en la disciplina histórico-jurídica, entendía la Historia del Derecho como una historia de los libros jurídicos, de su formación y, particularmente, de su contenido. Álvaro d'Ors elaboró esa idea que permeó toda su obra y quehacer científico. A su juicio, la Historia es historia de textos y no de hechos («*verba, non facta*»), con lo que debería de priorizarse la reflexión y los documentos testimoniales de la historia<sup>1</sup>. Esta idea, compartida por algunos estudiosos y criticada por otros<sup>2</sup>, tiene su lógica y razón de ser. Lo mejor que puede hacer un buen historiador, cuando carece de fuentes, es guardar silencio. Hacer lo contrario sería un acto de osadía ajeno al requerido rigor de su quehacer científico.

No sé si Brian Buchhalter Montero, autor de esta *Ideología y proceso en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento de Falange (1938)* que el lector tiene en sus manos, era consciente de esta corriente al decidir escribir esta obra, pero es evidente que, al descubrir y leer detenidamente los mencionados Anteproyectos, se percató de su interés, no sólo desde una perspectiva estrictamente histórica –como antigualla histórico-jurídica digna de ser estudiada y difundida–, sino también para todo jurista o procesalista que trate de entender las instituciones jurídicas desde una perspectiva más amplia. Una perspectiva

---

<sup>1</sup> A este respecto, véase D'ORS, A., «Filología y Derecho Romano», *Nuevos papeles del oficio universitario*, Pamplona, 1980, pp. 165 ss., así como «Retrospectiva en las bodas de plata con la cátedra», en *ibidem*, pp. 150 ss.

<sup>2</sup> GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, R., «Concepto de la Historia del Derecho español», *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, Núm. IV, 1986, pp. 305 y ss.; Núm. V, 1987, pp. 353 y ss.; y Núm. VI, 1988, pp. 337 y ss.; «Historia del Derecho en la distancia», Homenaje a José Martínez Gijón, en *Historia. Instituciones. Documentos*, Núm. 11, 1984, pp. 15 y ss.; «La Historia del Derecho como Historia de los libros jurídicos», en *I Seminario de Historia del Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1985, pp. 61 y ss.; véase, por otra parte, el estudio de PÉREZ-PRENDES, J., «La frialdad del texto», *Cahiers de linguistique hispanique médiévale. De la variation linguistique et textuelle. En l'honneur de Jean Roudil*, Núm. 22, 1998, pp. 297 y ss.

que exige un triple análisis: histórico –porque el Derecho se configura necesariamente en el tiempo–, comparado –porque el Derecho no es ajeno al influjo de modelos y soluciones provenientes de otras tradiciones jurídicas–, y filosófico (o ideológico) –porque el Derecho no puede dejar de expresar las ideas culturales más o menos hegemónicas de su tiempo–. En definitiva, Buchhalter Montero, consciente de la importancia del texto, no se conforma ni se queda ahí, sino que pasa del texto al contexto, un contexto en el que necesariamente comparecen la historia, la comparación y las ideas.

Este libro muestra, por tanto, que la realidad es contextual o relacional, un contexto que no es posible comprender con etiquetas ni con aproximaciones reduccionistas de las instituciones jurídicas. Las apariencias engañan. Algunas instituciones no tienen por qué ser lo que parecen a primera vista, y su origen –o vigencia– en un determinado contexto político no es necesariamente determinante.

Buchhalter Montero es un joven investigador, que sin haberse dedicado propiamente a la historia del Derecho, ha comprendido que no es posible entender las instituciones jurídicas sin su análisis histórico, y que este no puede hacerse sin el imprescindible auxilio de la perspectiva comparada, o sin adentrarse en las ideas que configuraron la cultura y mentalidad de la sociedad depositaria del Derecho objeto de estudio.

Se ha dicho –a mi juicio, con cierta razón– que la «Historia del Derecho» y el «Derecho comparado» son como dos viajeros, aquélla transita en el tiempo y éste en el espacio. Sin embargo, de poco sirve viajar en el espacio sin tener en cuenta el tiempo, o transitar en el tiempo sin parar mientes en el espacio. De ahí que la «Historia del Derecho» y el «Derecho comparado» se necesiten mutuamente. Y así lo reflejan tanto los tratados generales sobre Derecho comparado, como la historiografía especializada<sup>3</sup>. De hecho, pese al distinto perfil que –de entrada– tienen historiadores del Derecho y comparativistas, es indudable que «la historia lleva a comparación»<sup>4</sup> y la «comparación lleva a la historia»<sup>5</sup>. En este sentido, mientras los comparativistas –como los juristas en

<sup>3</sup> La bibliografía existente a este respecto es tan amplia, que me limito a citar un trabajo relativamente reciente en el que se recogen estas cuestiones, a saber: MASFERRER, A., MODÉER, K.Å. y MORÉTEAU, O., «The Emergence of Comparative Legal History», *Comparative Legal History* Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 1 y ss.

<sup>4</sup> MAITLAND, F., «Why the History of English Law is Not Written», en FISHER, H. A. L. (ed.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, University Press Cambridge, Cambridge, 1919, Vol. I, pp. 488 y ss.

<sup>5</sup> GORLA, G., «Diritto comparato», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, Núm., 5, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 930 y ss.; véase también JANSEN, N., «Comparative Law and Comparative Knowledge», en REIMANN, M. y ZIMMERMANN, R. (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 305 y ss.

general— tienden a trabajar con conceptos y categorías relativamente abstractas, los historiadores se encuentran más cómodos ocupándose de los hechos<sup>6</sup>. Con razón se ha dicho que los juristas deberían tomarse más en serio los hechos<sup>7</sup>, porque éstos contribuyen a la configuración de la realidad social y reflejan el contexto en el que se inserta el Derecho. De ahí que no comparta del todo el parecer de que los comparativistas tengan una mayor preocupación por la reforma del Derecho que los historiadores del Derecho<sup>8</sup>. Para reformar el Derecho, no es suficiente con observar lo que sucede en el entorno, sino que conviene comprender por qué ha sucedido, cómo se ha fraguado una institución jurídica en el tiempo, tanto en la propia tradición como en otras tradiciones más o menos cercanas.

No es posible entender un texto sin su contexto, un contexto en el sentido amplio de la expresión, es decir, referido a la cultura —el Derecho es parte de la cultura—, la cual incluye no sólo ambas dimensiones, la cronológica o temporal (el pasado o la tradición jurídica) y la geográfica o espacial (análisis comparado), sino también las ideas que están en la base de toda institución jurídica. Reducir el Derecho a sus leyes o a su dogmática es un error en el que se incurrió en el siglo XIX y sigue siendo una tentación en el presente.

Buchhalter Montero conoce ese peligro y trata de no caer en él, pese a su dificultad. De ahí que parta del texto, pero no se detenga ahí. Es consciente de que los Anteproyectos que estudia son el resultado de un determinado contexto, de un modo de entender el Derecho, y aunque jamás fueran aprobados o gozaran de vigencia, estima que su estudio es relevante porque estos textos forman parte de la propia tradición, de la que siempre cabe aprender. Este estudio le ha hecho ver que carecería de sentido descalificar cualquier texto o institución jurídica por su mera procedencia, sino que conviene examinar, sobre todo, el fin al que sirve. A su juicio, una misma institución jurídica —de Derecho sustantivo o procesal— puede ponerse al servicio de propósitos bien

---

<sup>6</sup> HEIRBAUT, D., «Comparative Law and Zimmermann's New Ius Commune: A Life Line or a Death Sentence for Legal History? Some Reflections on the Use of Legal History for Comparative Law and Vice Versa», *Fundamina: A Journal of Legal History: Essays in Honour of Eric H. Pool*, Núm. 11, 2005, pp. 136 ss., en particular, 150 a 153.

<sup>7</sup> TWINING, W., «Taking facts seriously», en TWINING, W., *Rethinking evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 14 y ss.; GIARO, T., «Knowledge of Law as Knowledge of Facts. The Roman Experience», en GIARO, T., (ed.), *Roman Law and Legal Knowledge Studies in Memory of Henryk Kupiszewski*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw, 2011, pp. 215 y ss.

<sup>8</sup> Como reconoció Otto Kahn-Freund, en «The Uses and Misuses of Comparative Law», *Modern Law Review*, Núm. 37, 1974, p. 1; a este respecto, véase también GORDLEY, J., «Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law», *American Journal of Comparative Law*, Núm. 43, 1995, pp. 555 y ss.

distintos, y este fin es el que conviene examinar para juzgar o medir su valor: «Lo reitero. Lo relevante no es ni la forma ni la institución concreta que materialice un Derecho procesal particular, sino la finalidad última: si garantizar el dominio total del Estado o el libre desarrollo de la personalidad».

Es cierto que la expresión «libre desarrollo de la personalidad» resulta un tanto anacrónica en ese periodo, pero el concepto o la idea es clara: el Derecho puede ponerse al servicio de la persona o al Estado, a «la pureza racial y la continuidad histórica», es decir, un Derecho concebido como «un instrumento para el cuidado del pueblo», sin ningún otro valor que el de «ser expresión de una cosmovisión política particular».

La obra muestra cómo alguna medida o institución jurídica contenida en estos anteproyectos fascistas es propuesta en un contexto político liberal o democrático. Es el caso del instituto de la conformidad, pensada en el Preámbulo para «toda clase de delitos y faltas, con lo que muchos hechos llegarán a ser sentenciados con la breve actuación fiscal y de Policía Judicial». Afirmar Buchhalter Montero, tras analizar su regulación en el art. 571 ALECrím 1938, que «esto no es tampoco necesariamente totalitario: el Derecho vigente conoce instituciones análogas como el proceso por aceptación de decreto (arts. 803 bis a y ss. LECrím)». El autor reitera esa misma idea, «A modo de conclusión», con respecto a la reciente atribución de la instrucción al Fiscal: «Los textos de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho sirven, igualmente, para poner de relieve que no en toda norma procesal es posible trazar un contenido político concreto y que bien puede haber Jueces ampliamente activos en el proceso civil sin que eso suponga, *per se*, que el Estado para el que actúan sea totalitario. Y, desde luego, que el ALECrím 1938 haya atribuido al Fiscal la instrucción del sumario no puede ahora conducir a pensar que el ALECrím 2020, por citar uno, sea fascista».

Tengo para mí que el propio autor ha aprendido mucho al estudiar estos Anteproyectos. Un aprendizaje del que puede beneficiarse ahora el lector, quien podrá no compartir algunas interpretaciones del autor, pero no podrá evitar pensar críticamente, que es precisamente lo que Buchhalter Montero se propone –y logra– a lo largo de su estudio.

No es sencillo entender un texto perteneciente a un contexto ajeno al propio, no sólo porque cada momento histórico tiene sus propias peculiaridades, sino porque algunas de ellas provienen de otros periodos, en ocasiones convenientemente adaptados o transformados. Por otra parte, uno puede tender a asociar o tratar como similares realidades relativamente distintas. Algo así le sucede al autor cuando se refiere al fascismo y al nacionalsocialismo como «movimientos hermanos». Es cierto que existen algunas similitudes,

pero quizá hubiera convenido analizar y ponderar sus diferencias ideológicas, máxime cuando algunas de ellas no son de orden menor. Y en ocasiones sucede lo contrario, es decir, que movimientos supuestamente contrarios o antagónicos pueden tener en común más de lo que pudiera parecer. Así, por ejemplo, en el siglo XIX tanto la Escuela histórica del Derecho como la Escuela francesa de la exégesis compartían la misma concepción positivista del Derecho.

En esta línea, creo que podrían trazarse algunos interesantes paralelismos entre el Derecho nacionalsocialista y fascista (este en menor medida) de la primera mitad del siglo pasado y las concepciones positivistas del Derecho de finales del siglo XIX y principios del XX. La lectura de este libro me hace aventurar esta tesis cuya confirmación requeriría de un detenido y pormenorizado estudio. Una concepción positivista, que en el nacionalsocialismo refleja –a diferencia del fascismo– una visión nihilista e inmanentista de la realidad, puede terminar conduciendo a la absolutización de una realidad (el Estado, el pueblo, la pureza racial, etc.) que justifica la instrumentalización de todo lo demás, inclusive las personas. Tengo para mí que la idea de peligrosidad, tan atractiva y determinante en las corrientes positivistas del Derecho penal de finales del siglo XIX, ejercieron algún tipo de influjo en el Derecho nacionalsocialista y fascista. En definitiva, es poner el Derecho al servicio de una causa o realidad que, una vez absolutizada, justifica la instrumentalización de las demás causas o realidades, puestas todas ellas al servicio de la mayor.

En este sentido, por ejemplo, afirma el autor que «la equiparación de penas entre supuestos de complicidad y autoría (art. 50 ACP) solo puede explicarse 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)». Mientras al fascismo le importaba lo que el presunto delincuente *quiso hacer*, a algunos penalistas positivistas del siglo XIX les interesaba *lo que podía llegar a hacer*. En cualquier caso, ninguno de ellos mostraba interés en lo realmente relevante, esto es, en *lo que hizo*. ¿Por qué? Porque el Derecho había perdido su orientación auténticamente humana, se había deshumanizado. No es extraño que las dos guerras mundiales tuvieran lugar precisamente en este mismo contexto de deshumanización del Derecho, que no es otra cosa que el reflejo de la deshumanización de la cultura.

Es en el apartado final, «A modo de conclusión», donde Buchhalter Montero muestra sus reflexiones más personales, aquellas ideas que ha aprendido o

las conclusiones a las que ha llegado tras el estudio de los Anteproyectos fascistas españoles. Quizá la más relevante sea la siguiente:

«La indagación que he presentado tiene como fin reiterar una idea: que el debate sobre la ideología y el proceso (o *en* el proceso) no puede abordarse formalmente. Es decir, es estéril condenar una norma o una previsión por haber sido propuesta durante el nacionalsocialismo o por venir contenida en un texto soviético. No solo porque son pocas las normas que nacen *ex nihilo* en un contexto determinado (muchas son desarrollo de épocas anteriores, que no merecen *per se* ningún reproche), sino porque las normas puestas en vitrina no son suficientes para conocer el efecto que producen. Muestra de eso es que los regímenes totalitarios han hecho valer sus pretensiones con normas procedentes del liberalismo».

De ahí que, a su juicio, «la pregunta por el linaje ideológico de una norma (por ejemplo, la que diseñara un Juez activo o la que tomara severamente en cuenta la buena fe) solo debe ser punto de partida para entenderla, pero no para desecharla». Reconoce ahí el valor «indudable» del «estudio histórico, que permite recordar el contexto en que una institución nace y abrir, por tanto, la perspectiva», siempre y cuando no se utilice la historia para confirmar el propio (pre)juicio. En definitiva, la historia «plantea problemas» o es problemática para «quien no está dispuesto a cambiar de opinión». Y añade: «quien hoy defendiera que la instrucción del sumario por el Ministerio Fiscal es la única postura coherente con el modelo de la CE (aunque varias décadas de democracia hayan demostrado lo contrario), se sentirá seguramente incómodo al leer que, en nuestro propio país, el más fascista de los ALECRim así lo quiso».

El autor advierte, por tanto, de los dos riesgos del uso de la historia, del no ser capaz de observar instituciones aprovechables por el mero hecho de provenir de un contexto o régimen autoritario o totalitario, y del de pretender «*positivizar* la Historia del Derecho y evitar todo avance social que contraveniga la tradición».

Llegado a este punto, señala el autor que se trata...

«[...] de ponderar cómo una norma *viva* sirve a los intereses del individuo (primero), de la sociedad (segundo) y del Estado (por último). Y solo cuando una norma o institución deja de ser esclava más o menos intensamente del bienestar del individuo, del libre desarrollo de su personalidad, es cuando debe ser expulsada del ordenamiento. Pero la expulsión de la norma (o *el cerrarle las puertas*) no se produce por comprobar que su linaje es indigno, sino por saber que o bien no sirve suficientemente a esos intereses o bien porque no es *in abstracto* idónea para ello. El análisis exige, como se ve, una perspectiva mucho más amplia y libre. Un análisis sectario no es solo académicamente reprochable, sino también socialmente: el jurista (muchas veces empleado público) tiene una obligación con la sociedad, que es dedicar su trabajo y esfuerzo al avance del Derecho, no a



la descalificación *a limine* de toda posición (¡o persona!) que le es incómoda. Su trabajo debe estar al servicio del avance de la cultura jurídica, sea indagando el Derecho en su perspectiva histórica, sea interrogándose por el fundamento filosófico o sea interpretándolo y aplicándolo en la calidez del día a día».

Buchhalter Montero busca razones o criterios para trazar líneas que permitan distinguir entre el trigo y la cizaña, entre lo bueno y lo malo, entre el buen Derecho y el mal Derecho. Para ello, constata que la perspectiva histórica y el análisis de las ideas son imprescindibles, aunque no sea fácil. Al hacerlo, erige como criterios fundamentales el «bienestar del individuo» y «el libre desarrollo de su personalidad»; y entiende que una institución jurídica que no sirva a estos bienes «debe ser expulsada del ordenamiento». No sé si el autor es consciente de que está empleando expresiones que surgieron en segunda mitad del siglo pasado, con posterioridad a su periodo de estudio, aunque los conceptos quizá ya estaban presentes de algún modo en la tradición jurídica anterior. Los redactores o firmantes de *Carta de Naciones Unidas* –o *Carta de San Francisco*– (1945) y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) recogieron las expresiones «dignidad humana» y «derechos humanos», pero sería ingenuo pensar que estos conceptos no existieron en la tradición occidental hasta su explícito reconocimiento tras la II Guerra Mundial. Más bien cabría pensar que su reconocimiento expreso muestra precisamente su violación o falta de respeto. Y concluye el autor con una afirmación rotunda:

«El debate no puede girar [...] sobre si todas las normas procesales son ideológicas, puramente técnicas o solo *reglamentarias* [...]. Más bien, la discusión debe tener por objeto cómo la norma sirve al fin que persigue que (¡claro!) es político, porque político es todo lo que pasa en sociedad».

La expresión final, relativa a que «la discusión debe tener por objeto cómo la norma sirve al fin que persigue que [...] es político» es certera, pero no resuelve el problema. En efecto, el Derecho está llamado a regular todo aquello que tiene relevancia política o social –siguiendo la concepción aristotélica, según la cual el ser humano es un animal político o social–. A este respecto, no hay duda. La cuestión está en el modelo de ser humano y de sociedad –u orden social– que el Derecho está llamado a salvaguardar y proteger con sus normas.

Como el lector podrá comprobar, Brian Buchhalter Montero no ha buscado un tema fácil ni sencillo para su monografía. Se trata de un estudio interdisciplinar en el que confluyen varias ramas del Derecho, en particular el Derecho procesal, la Historia del Derecho y el Derecho comparado (o, si se prefiere, Derecho histórico-comparado), así como la filosofía del Derecho. Cuenta con

un índice o estructura muy articulada y pormenorizada, quizá en exceso, pero ese carácter detallado o minucioso no es algo meramente formal, sino que refleja la agudeza y creatividad de su autor. El texto está muy bien escrito, con una redacción cuidada y un estilo muy genuino: es evidente que al autor le gusta escribir y disfruta escribiendo.

Tras la lectura de esta monografía, puedo augurar un futuro académico brillante a su joven autor, si es capaz de aunar su agudeza intelectual y aproximación interdisciplinar con la belleza que imprime un talante modesto y humilde, tanto más cuanto más extenso y profundo sea el conocimiento que vaya adquiriendo con el paso del tiempo, de suerte que sienta lo mismo que llevó a Sócrates a afirmar sus más sabias palabras: «Sólo sé que no sé nada». Sabias porque la realidad, cuanto más se indaga y profundiza en ella, más claramente refleja su hondura y complejidad inescrutables.

ANICETO MASFERRER  
*Catedrático de Historia del Derecho*  
*Universitat de València*

## ABREVIATURAS

Además de las usuales en el español jurídico y de las que se entienden sin mayor explicación, las abreviaturas utilizadas son las siguientes:

<i>ACP:</i>	<i>Anteproyecto de Código Penal.</i>
<i>ALEC:</i>	<i>Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.</i>
<i>ALECrím:</i>	<i>Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.</i>
<i>ALOAJ:</i>	<i>Anteproyecto de Ley Orgánica de la Administración de Justicia.</i>
<i>ALP:</i>	<i>Anteproyecto de Ley de Prisiones.</i>
<i>BGB:</i>	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil de Alemania).</i>
<i>CIS:</i>	<i>Centro de Investigaciones Sociológicas.</i>
<i>EGA:</i>	<i>Estatuto General de la Abogacía Española.</i>
<i>EGP:</i>	<i>Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.</i>
<i>FE:</i>	<i>Falange Española.</i>
<i>FET y de las JONS:</i>	<i>Falange Española Tradicionalista y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista.</i>
<i>LAJG:</i>	<i>Ley de asistencia jurídica gratuita.</i>
<i>LArb:</i>	<i>Ley de Arbitraje.</i>
<i>LDR:</i>	<i>Ley de Defensa de la República.</i>
<i>LENCC:</i>	<i>Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio.</i>
<i>LJVol:</i>	<i>Ley de la Jurisdicción Voluntaria.</i>
<i>LOP:</i>	<i>Ley de Orden Público.</i>
<i>LOPJ:</i>	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial.</i>
<i>öZPO:</i>	<i>Österreichische Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil de Austria).</i>
<i>REP:</i>	<i>Revista de Estudios Políticos.</i>
<i>RGLJ:</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia.</i>
<i>StGB:</i>	<i>Strafgesetzbuch (Código Penal de Alemania).</i>

■ IDEOLOGÍA Y PROCESO EN LOS ANTEPROYECTOS DE LEY DE ENJUICIAMIENTO [...]

*StPO:* *Strafprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Criminal de Alemania).*  
*ZPO:* *Zivilprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Civil de Alemania).*  
*ZStW:* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.*

## INTRODUCCIÓN

«Wozu Rechtsgeschichte?»<sup>1</sup> (¿para qué historia del Derecho?). Con esa pregunta debe comenzar todo estudio histórico-jurídico. Entonces: este estudio tiene por objeto los poco conocidos textos que el falangismo propuso, en 1938, para organizar los Tribunales y para regular el enjuiciamiento civil y penal en España<sup>2</sup>. Pretendo clarificar aquí las concretas expresiones ideológicas que los condicionaron y, exhumándolos del olvido, poner de relieve que ciertas decisiones político-legislativas de hoy, ni son tan nuevas, ni tan privativamente democráticas como se aduce. La famosa afirmación de James Goldschmidt (compartida por otros)<sup>3</sup> de que la estructura del proceso penal de una

---

<sup>1</sup> BALDUS, C., «Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte. Der Entscheidungsspielraum als Angelpunkt rechtsgeschichtlichen Methodendenkens», *JuristenZeitung*, Núm. 74, 2018, p. 633.

<sup>2</sup> Estos textos (Anteproyectos) fueron publicados, en 1938, en la Imprenta de Francisco Núñez (Salamanca).

<sup>3</sup> Lo mismo vale para otras posiciones, como la mantenida por Hans Popp. Este sostiene la existencia una «ascendente jerarquía conceptual» entre las nociones de principio dispositivo, finalidad del proceso y concepción del Estado, de modo que la concreta formación del escalón inferior (el principio dispositivo u oficial) está directamente influenciado por el escalón superior (POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York, 1986, p. 48). Antes, también, SAUER, W., *Allgemeine Prozeßrechtslehre-Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Carl Heymanns Verlag, Berlin-Detmold-Köln-München, 1951, p. 52: «Jeder Wandel in den staatspolitischen Anschauungen berührt unmittelbar den Strafprozeß, der somit seinen Aufbau weit rascher ändern konnte und mußte als das viel ruhiger verlaufende Zivilprozeßrecht». Entre nosotros, MONTERO AROCA, J., «El proceso civil llamado “social” como un instrumento de “justicia” autoritaria», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, p. 142: «Una ley o código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen» (y los otros que cita en la p. 159). También más adelante en: MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 298.

nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución no es, creo, del todo certera. Ya lo hizo notar hace tiempo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo<sup>4</sup>. A la misma correcta conclusión ha llegado recientemente, también, Andrés De la Oliva: la ideología no es decisiva en la adopción de un modelo u otro de Derecho procesal<sup>5</sup>.

Por otra parte, desde una perspectiva puramente pragmática, el estudio de los textos falangistas es deseable para evitar su repetición: aunque la hipotética reedición de esas posiciones sucedería sin dolo (falta el elemento cognitivo), no impediría eso reclamar responsabilidad histórica. Responsabilidad que no se somete a las reglas de la prescripción y que siempre se invoca sin temor a ninguna fundada *exceptio*. El estudio histórico contribuye, entonces, a relativizar el Derecho vigente (o que se quiere vigente) y a ejercitar su crítica<sup>6</sup>.

Estos textos que propuso el falangismo han sido escasamente tratados por la doctrina procesal y no procesal. En la última destacan, eso sí, los trabajos de Mónica Lanero Táboas, que se ha ocupado en detalle de algunas cuestiones relacionadas<sup>7</sup>. Menciona los textos, igualmente, Juan Francisco Lasso Gaite en los distintos tomos de su *Crónica de la codificación española* (Ministerio de Justicia, Madrid), publicada en el último tercio del siglo pasado. También Nicolás Sesma Landrín<sup>8</sup> o Guillermo Portilla<sup>9</sup> han abordado tangencialmente la cuestión en los últimos años. Entre los procesalistas, han tratado los Anteproyectos algunos como Andrés de la Oliva<sup>10</sup> o, más detalladamente, Manuel Cachón Cadenas<sup>11</sup>. Falta, sin embargo, un estudio sistemático de los textos

<sup>4</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», en *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945 - 1972), Tomo II, UNAM, México, 1992, p. 254.

<sup>5</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del Juez en el proceso civil», *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Núm. 2, 2012, p. 259: «Lo que afirmo es que las opciones de los cultivadores del Derecho procesal sobre el papel del juez y sus poderes en el proceso civil no están determinadas necesariamente por su ideología o su posición política. Complementariamente, sostengo que las opciones por mayores o menores poderes del juez civil no constituyen señas de identidad ideológica o política».

<sup>6</sup> BALDUS, C., «Geschichte der Rechtsmethode...», *op. cit.*, p. 636.

<sup>7</sup> LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia de la justicia: La política judicial del franquismo (1936-1945)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996; y LANERO TÁBOAS, M., «Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952): dos modelos de organización judicial del nuevo estado», *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, Núm. 15, 1995, pp. 353 y ss.

<sup>8</sup> SESMA LANDRÍN, N., «“La dialéctica de los puños y de las pistolas”: una aproximación a la formación de la idea de Estado en el fascismo español (1931-1945)», *Historia y Política*, Núm. 27, 2012, pp. 51 y ss.

<sup>9</sup> PORTILLA, G., *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 168.

<sup>10</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia versus...», *op. cit.*, p. 260.

<sup>11</sup> CACHÓN CADENAS, M., *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 290 y ss., reproducción de un texto anterior: CACHÓN CADENAS, M., «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*, Núm. 1, 2015, pp. 517 y ss.

que deslinde la acusada influencia de la tradición del (claro) influjo del Derecho totalitario extranjero, sin desconocer tampoco el rol de la Austria de Franz Klein o del enjuiciamiento napoleónico en el Derecho procesal civil.

Fuera de nuestras fronteras, las aportaciones extranjeras que se han realizado a temas análogos no ofrecen siempre (aunque tampoco es su pretensión, en ocasiones) una visión holística del fenómeno procesal. Muchas y muy valiosas exposiciones se ocupan bien del Derecho público o privado nacionalsocialista (por ejemplo) y, en su caso, de los respectivos procesos, pero no abordan la cuestión procesal desde una perspectiva general (para lo que los procesalistas de España están siempre mejor dispuestos)<sup>12</sup>. Más grande es la diferencia si se toma en cuenta el número de aportaciones sobre Derecho y proceso penal en contraste con el privado, que ha atraído menor atención (quizás por su menor espectacularidad). La perspectiva amplia que acoge este estudio viene exigida, en todo caso, *ratione materiae*: el rol trascendental del Juez (de todo orden) en la construcción del Derecho del Estado totalitario obliga a considerar su actividad como un *totum*, deslindada del Código procesal bajo (o sobre) el que opere. Desde el primer trámite de la jurisdicción voluntaria hasta la más severa sentencia penal, está llamado el Juez total a concretar el mandato del Caudillo (venga expresado en la forma que fuera), en servicio político al Estado<sup>13</sup>. A esos motivos de fondo que justifican este estudio conjunto debe agregársele que la propia Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS (en cuyo seno nacen los Anteproyectos: *cfr.* Cap. II) concibió el fenómeno procesal como un todo (*cfr.* Cap. V). De ahí que abordar el proceso penal sin tener en consideración el civil (o viceversa) sería cercenar, injustamente, una unidad que viene así dada. (Y, claro, de haber existido otros ordenamientos procesales proyectados, debieran haber sido tratados).

Así, la investigación que sigue se estructura en dos partes:

Una primera parte está dedicada al estudio de la concepción de Derecho que mantuvo el heterogéneo fascismo español (Cap. I), término que aquí se emplea análogamente al de falangismo o nacionalsindicalismo, a pesar de las singularidades que cada posición encierra (pero que no pueden ser aquí objeto de estudio). Ninguna de esas circunstancias particulares absuelve a cada postura, sin embargo, del reproche de «totalitarismo». Por eso, los matices son *aquí* indiferentes. A ello le sigue una aproximación breve a la organización en

<sup>12</sup> Los procesalistas en España se ocupan tanto del proceso civil como del penal.

<sup>13</sup> AMBOS, K., *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 36 y 37. Y, efectivamente, también el nacionalsocialismo entendió el proceso civil como un campo en que, en igualdad de condiciones con otros sectores del Derecho, debía cristalizar la idea del Estado total (*cfr.* POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, *op. cit.*, pp. 3 y ss. y 20 y ss.).

que nacieron los textos (la Delegación Nacional de Justicia y Derecho: Cap. II) y a una de las personas que con mayor intensidad trabajaron en ellos: Antonio Luna García. Se cierra esta primera parte tratando el Derecho penal y privado propuesto (o supuesto), pues si el proceso está al servicio del Derecho sustantivo, no puede quedar aquél fuera de análisis (Caps. III y IV). Hay, también, una breve mención al Derecho penitenciario presentado por FET y de las JONS (por venir dado en mismo tiempo y forma que los textos procesales).

La segunda parte se dedica al estudio de las normas jurisdiccionales y procesales *stricto sensu*. En un primer capítulo se aborda el Derecho de la organización de los Tribunales, bajo la penosa situación de no haber podido acceder al ALOAJ 1938 (y haber debido, por tanto, reconstruirlo con base en referencias: Cap. V). Quede claro, pues, lo provisionalísimo de ese capítulo (con la esperanza de que quizás otros, movidos por este estudio, encuentren el texto en alguna perdida biblioteca)<sup>14</sup>. A ese análisis sigue el tratamiento conjunto de los principios (entendidos como las «ideas-fuerza o criterios determinantes de las principales opciones configuradoras de la sustancia interna de los procesos»<sup>15</sup>) y pretensiones comunes de los procesos falangistas (Cap. VI), cuyas aristas se analizan por separado (Caps. VII y VIII), pero sobre el colchón de lo común.

---

<sup>14</sup> Si así fuera, ruego que se me lo haga saber.

<sup>15</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia *versus*...», *op. cit.*, p. 245.



## **PRIMERA PARTE**

## CAPÍTULO I. EXPRESIÓN JURÍDICA DEL FASCISMO ESPAÑOL

La historia del falangismo español y de la dictadura franquista (1939-1975) han sido ya estudiadas por autores de toda procedencia<sup>1</sup>. También el fascismo como categoría<sup>2</sup> e, igualmente, las relaciones que unieron ese heterogéneo movimiento y el Derecho<sup>3</sup>. Y no solo con el Derecho en general o la filosofía del Derecho<sup>4</sup>, sino con otros conceptos esenciales que lo presuponen: Estado<sup>5</sup> o libertad<sup>6</sup>. Hay, del mismo modo, suficientes estudios sobre el nexo

---

<sup>1</sup> Cfr: ELLWOOD, S., «Falange Española and the Creation of the Francoist «New State»», *European History Quarterly*, Núm. 20, 1990, pp. 209 y ss.; PAYNE, S. G., «Spanish Fascism in Comparative Perspective», en TURNER, H. A. (ed.), *Reappraisals of Fascism*, New Viewpoints, New York, 1975; BRAVO MARTÍNEZ, F., *Historia de Falange Española de las JONS*, Ediciones FE, Madrid, 1940; PRESTON, P., *The Politics of Revenge: Fascism and the Military in Twentieth-Century Spain*, Routledge, London, 1990; CATALÁN DÍEZ, J. R., *Nacional-sindicalismo. Fascismo español. Primo de Rivera y Ledesma Ramos*, Tes. Doc., UPV, 1999; o ELLWOOD, S., *Prietas las filas. Historia de la Falange, 1933 - 1938*, Crítica, Barcelona, 1984.

<sup>2</sup> Cfr: HAYES, P., *Fascism*, Macmillan Free Press, New York, 1973; GRIFFIN, R., *The Nature of Fascism*, Pinter, London, 1991; STERNHELL, Z., *The Birth of Fascist Ideology: From Cultural Rebellion to Political Revolution*, Princeton University Press, Princeton, 1994; TUSELL, J., GENTILE, E. y DI FEBBO, G. (eds.), *Fascismo y franquismo: cara a cara*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004; MANN, M., *Fascists*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004; WOOLF, J. (ed.), *Fascism in Europe*, Meuthen, London, 1981; BLINKHORN, M., (ed.), *Fascists and Conservatives: The Radical Right and the Establishment in Twentieth-Century Europe*, Unwin Hyman, London, 1990; LINZ, J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner, Boulder, 2000; o PASSMORE, K., «The Ideological Origins of Fascism Before 1941», en BOSWORTH, R.J.B. (ed.), *The Oxford Handbook of Fascism*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 11 y ss.; DE FELICE, R., *El fascismo. Sus interpretaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1976; DEL ÁGUILA TEJERINA, R., *Ideología y fascismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982; o GRAMSCI, A., *Sobre el fascismo*, Ediciones Era, México, 1979.

<sup>3</sup> CAMPBELL, A. H., «Fascism and Legality», *Law Quarterly Review*, Vol. 62, Núm. 2, 1946, pp. 142 y ss.

<sup>4</sup> RIVAYA, B., «La reacción contra el fascismo (La recepción en España del pensamiento jurídico nazi)», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 100, 1998, pp. 153 y ss.; RIVAYA, B., *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937 - 1945)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

<sup>5</sup> FERNÁNDEZ CUESTA, R., «El concepto falangista del Estado», *REP*, Núm. 13-14, 1944, pp. 355 y ss.; SESMA LANDRÍN, N., «La dialéctica...», *op. cit.*, pp. 51 y ss. Cfr. también: GONZÁLEZ PRIETO, L. A., «La concreción teórica del partido único español franquista», *REP*, Núm. 141, 2008, pp. 41 y ss.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ DE BEDOYA, J., «El sentido de la libertad en la doctrina falangista», *REP*, Núm. 9-10, 1943, pp. 313 y ss.

entre ideología y legislación (y práctica)<sup>7</sup> procesal<sup>8</sup>. Las siguientes líneas no tienen por objeto de resumir lo ya dicho. Pretenden, más bien, abordar la concepción de Derecho que mantuvo en sus inicios el fascismo español, pero con una pretensión instrumental: contextualizar el Derecho procesal propuesto.

## I. DOS CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS PREVIAS

Tratar las nociones de Derecho que presupuso el falangismo exige, por su naturaleza, adaptar la metodología<sup>9</sup>. Esta deberá ser distinta de la que podría servir para indagar un sistema. La fragmentación de las ideas, su contradicción y su caleidoscópica presentación exigen, entonces, dos indicaciones previas.

En primer lugar, hay que advertir las figuras del falangismo no trajeron al mundo ningún *corpus* jurídico sistemático, ningún perfecto modelo de concordancias y remisiones, sino ideas dispersas, difusas en textos de diverso calado (periodísticos, a veces). Esta diáspora intelectual no puede atri-

<sup>7</sup> «Quien, mediante esta orientación al Derecho extranjero, se topa con aquello o aquello que le parece aplicable a su propio país y digno de un estudio más detenido, debe entonces seguir las cuestiones en la doctrina y —lo que es mucho más importante en las cuestiones procesales que en todas otras— informarse *in situ* sobre el decurso del proceso y la jurisprudencia. En esto, y no en la crítica del Código y de sus apartados, radica el verdadero rasero para juzgar la bondad práctico-social, la utilidad de una norma jurídica y especialmente del derecho procesal» (KLEIN, F., *Der Zivilprozess Oesterreichs*, mit Ergänzungen von Friedrich Engel, J. Bensheimer, Mannheim –Berlin– Leipzig, 1927, p. 3). Cfr. también: VAN RHEE, C. H., «Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el Juez activo se convirtió en lo normal», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, Núm. 2, 2011, p. 16, nota 15. Esto se agudiza para el fascismo, como se hace notar en SKINNER, S., «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, Núm. 26, 2013, p. 443.

<sup>8</sup> Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, N., *Política y proceso*, Civitas, Madrid, 1978; ARAGONESES ALONSO, P., «Los principios políticos y el derecho procesal: en la Academia de doctores, conferencia de D. Carlos Viada», *RGLJ*, Núm. 184, Fasc. 5, 1948, pp. 547 y ss.; BERIZONCE, R. O., «Ideologías y proceso», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 11, Volume 18, Núm. 2, 2017, pp. 470 y ss.; CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960; CAPPELLETTI, M., *Proceso, ideologías, sociedad*, traducción de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974; CORDERO, F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966; TARUFFO, M., «Ideologías y teorías de la justicia civil», *Advocatus*, Núm. 28, 2013; o HERCE QUEMADA, V. y VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., «Notas sobre los criterios directivos del derecho procesal nacional-socialista», *RGLJ*, Núm. 173, Fasc. 4, 1943, pp. 385 y ss. También: PICÓ I JUNOY, J., «Ideología y proceso... *in medio virtus*», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, Núm. 2, 2016, pp. 79 y ss.

<sup>9</sup> Lo que no quiere decir que esas anotaciones metodológicas sean propiamente «de historia del Derecho». Sobre esto último solo puedo decir que mi estudio asume esa distinción clásica entre historia del Derecho interna (la que se ocupa del contenido del Derecho) y la externa (que examina las circunstancias en que se desenvuelve ese contenido). Cfr. BALDUS, C., «Geschichte der Rechtsmethode...», *op. cit.*, p. 635. Esto no quiere decir que ambas estén presentes con la misma amplitud (el tiempo que a cada una de ellas se quiera o pueda dedicar es legítima cuestión de preferencia, como también hace notar Baldus: p. 637).

buirse a falta de preparación académica (o no siempre)<sup>10</sup>, sino a una posición muy particular respecto de las teorizaciones *en sí*<sup>11</sup>. Ha dicho Javier Martínez de Bedoya:

«[...] los fracasos o los éxitos de los pueblos acomodados a ella [a una fórmula política] han seguido produciéndose con independencia de los «principios establecidos» [...]. He aquí el motivo que impulsó e impulsará a los hombres de la Falange a «estar de vuelta» de los ensayos ideológicos. En el fondo de este sano realismo político hay un difuso escepticismo, cada día más útil, sobre las doctrinas políticas. Lo importante será, siempre, mantener en alto los tres o cuatro valores absolutos que caracterizan una cultura, en nuestro caso, la cristiana, pero los procedimientos para mejor servirles no pueden estar sometidos a reglas fijas o fórmulas cuyos ingredientes aparezcan matemáticamente dosificados»<sup>12</sup>.

Lo dinámico de la vida impide la formulación de teorías y sistemas desde los que, *from top to the bottom*, pudieran deducirse consecuencias concretas. Copiosas citas de Onésimo Redondo, traídas a cuento por Martínez de Bedoya, refrendan este nacionalsindicalista «estar de vuelta» a la formulación de conceptos (que no compartió totalmente, por ejemplo, José Antonio Primo de Rivera)<sup>13</sup>. En *El Estado Nacional* había dicho Redondo, Caudillo de Castilla, que «(e)l ciudadano de hoy y de mañana no deberá preguntar con respecto al político “qué ideología tiene”, sino “quién es”. ¡Frente al mito de las etiquetas, la fe en los hombres!»<sup>14</sup>. Y también Ramiro Ledesma había sostenido una posición análoga, pues no es de ideas, «esto es, no de pequeños orbes divinos, sino de hechos y de hombres» de lo que «se nutren las realidades políticas. Primero es la acción, el hecho. Después, su justificación teórica, su ropaje ideológico»<sup>15</sup>. Este rechazo a las etiquetas estuvo también presente en José Antonio:

<sup>10</sup> En el caso de Hitler, su animadversión por los juristas y por la teorización sobre el Derecho tuvo, parece, una explicación más mundana. Mantiene Heller que proviene esa desafección por el mundo del Derecho de los problemas judiciales que sufrió al inicio de sus andaduras políticas (cfr. HELLER, H. D., *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus – Anspruch und Wirklichkeit*, MV-Wissenschaft, Münster, 2015, pp. 67 y 68). Más detalle en: POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., pp. 31 y ss. A eso puede agregársele que, dotada Alemania de juristas de alta talla que no dudaron en teorizar *para* el nacionalsocialismo, carecería de sentido que Hitler (sin formación jurídica) se ocupara de ello. De la incomprensión de Hitler de problemas jurídicos da cuenta POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 32 (notas 99 y 100).

<sup>11</sup> Respecto de Italia, algunos autores han hecho notar la mediocridad intelectual del fascismo: «*Its ideology was a hodgepodge of ideas and formulas for political success, in which partly digested theories made for strange badfellows*»: COLOMBO, S., «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, Vol. 111, Núm. 3, 1994, p. 485.

<sup>12</sup> MARTÍNEZ DE BEDOYA, J., «El sentido...», op. cit., pp. 327 y 328.

<sup>13</sup> Cfr. Cap. I.3.

<sup>14</sup> Cit. en MARTÍNEZ DE BEDOYA, N., «El sentido...», op. cit., p. 332.

<sup>15</sup> «Los intelectuales y la política», *La Conquista del Estado*, Núm. 511 de abril de 1931, p. 3.

«[...] es divinizar al Estado lo contrario de lo que nosotros queremos que el Estado sea siempre instrumento al servicio de un destino histórico, al servicio de una misión histórica de unidad; encontramos que el Estado se porta bien si cree en ese total destino histórico, si considera al pueblo como una integridad de aspiraciones, y por eso nosotros *no somos partidarios ni de la dictadura de izquierdas ni de la de derechas, ni siquiera de las derechas y de las izquierdas [...]*»<sup>16</sup>.

No ser ni de izquierdas ni de derechas (o decir no serlo) significa dar la espalda a *un* sistema de ideas. Esto, traducido al Derecho, explica la ausencia de formulaciones generales: los protagonistas de ese primer fascismo español estuvieron bien lejos de haber ordenado en sistema su pensamiento<sup>17</sup>. No puede perderse tampoco de vista que su temprano fallecimiento impidió esfuerzos al respecto. Por otra parte, esta deseada falta de sistema no estuvo dada solo en el fascismo español, sino también de otros movimientos hermanos como el nacionalsocialismo<sup>18</sup>.

Y la segunda advertencia: la consideración anterior explica que la metodología para indagar la concepción de Derecho que mantuvieron nuestros protagonistas deba acomodarse al objeto de estudio y deba ser, pues, casi artesanal. Exige acercarse desde el casuismo: «*is generally deemed to be best understood in terms of its actions and lived realities*»<sup>19</sup>. De ayuda es, para ello, el camino seguido por Erik Wolf, que interrogó por su noción de Derecho a algunos poetas alemanes del siglo XIX. Trató, por aproximación a ciertas palabras (Derecho, Ley, Justicia, Tribunal, Estado, propiedad etc.)<sup>20</sup>, de aprehender su noción de *lo jurídico*<sup>21</sup>. Esa será, por tanto, la manera en que mi estudio aborde el concepto de Derecho de este fascismo español<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Diario de Sesiones de las Cortes – Congreso de los Diputados, 19 de diciembre de 1933, p. 80. La cursiva es nuestra. Tal posición ya había sido defendida con anterioridad por el mismo José Antonio, aunque en enlace con el fascismo: «Para encender una fe, no de derecha (que en el fondo aspira a conservarlo todo, hasta lo injusto), ni de izquierda (que en el fondo aspira a destruirlo todo), sino una fe colectiva, integradora, nacional, ha nacido el fascismo», en: «Crisis del liberalismo» (carta a Juan Ignacio Luca de Tena), *ABC*, 22 de marzo de 1933; o incluso en el mismo Discurso de Fundación de FE.

<sup>17</sup> SESMA LANDRÍN, N., «“La dialéctica...”», *op. cit.*, p. 53.

<sup>18</sup> POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>19</sup> SKINNER, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, p. 442.

<sup>20</sup> WOLF, E., *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1946, p. 14.

<sup>21</sup> Erik Wolf, cuyo pasado nacionalsocialista no puede, tampoco, ignorarse. Cfr. WOLF, E., «Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze, *ZStW*, Núm. 54, 1935, pp. 544 y ss; y, sobre él, AMBOS, K., *Nationalsozialistisches...*, *op. cit.*, pp. 76 y 119 y ss.

<sup>22</sup> Lo mismo he hecho con otro autor más amable de abordar. Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B., «Delito, pena, Justicia y proceso en la obra de J. L. Borges», *Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía*, Núm. 1, 2024, pp. 1 y ss.

## II. JONS (1931-1934)

En tiempo, la primera unión política que interesa aquí fueron las JONS<sup>23</sup>. Se trató de un fascistizante grupo, activo entre octubre de 1931 y marzo de 1934, momento en que fue unido con FE. Las JONS se constituyeron por la simbiosis de los grupos comandados por Ramiro Ledesma y por Onésimo Redondo, muertos recién comenzada la Guerra Civil. Al momento de registrar sus estatutos en la Dirección General de Seguridad no contaban las JONS con más de 10 miembros, a los que se incorporaron después las Juntas Castellanas de Actuación Hispánica<sup>24</sup>. Su inicial escasez de miembros no impidió, sin embargo, una notable influencia en la visión del mundo del nacionalsindicalismo. Los protagonistas fueron los siguientes.

### 2.1 Ramiro Ledesma

En ninguna de sus obras se ocupó Ramiro Ledesma, monográficamente, del Derecho. Las más severas influencias en su pensamiento en general (y jurídico en particular) proceden de España (Ortega y Gasset y Unamuno) y de fuera. Con Ortega se mostró Ledesma crítico:

«[...] Yo admiro mucho a Ortega como profesor –y aun creador– de filosofía. En cambio, me parece un político endeble sin valor para reconocer la fuerza de los hechos políticos nuevos que aún no tengan marchamo ideológico alguno. Este es un defecto radical, que invalida por completo la acción política de una persona. Además de ello, Ortega se ha movido siempre en el orbe de la vieja política, aun dedicado por entero a la tarea de censurarla. Por eso no ha salido de los problemas antiguos, y a lo sumo, después de veinte años, ha llegado a una mejor visión de ellos. Pero se le escapa lo actual, que es la palpitación más honda de los pueblos. Ese seguir engranado en la vieja política ha hecho que, por tremenda paradoja, ande Ortega ahora en los mismos afanes que los viejos políticos. [...]»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Al respecto, cfr. LEGAZ LACAMBRA, L., *Introducción al Estado Nacional-Sindicalista*, Bosch, Barcelona, 1940; LAÍN ENTRALGO, P., *Los valores del nacionalsindicalismo*, EN, Madrid, 1941; VELARDE FUENTES, J., *El nacionalsindicalismo cuarenta años después*, Editora Nacional, Madrid, 1972; CHUECA, R., *El Fascismo en los comienzos del régimen de Franco – Un estudio sobre FET-JONS*, CIS, Madrid, 1983; o NORLING, E., *Las JONS revolucionarias*, Ediciones Nueva República, Barcelona, 2002.

<sup>24</sup> PRADERA, J., *La mitología falangista (1933 a 1936)*, con estudio introductorio de José Álvarez Junco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 64.

<sup>25</sup> «La vida política», *La Conquista del Estado*, Núm. 1, 14 de marzo de 1931, p. 1. En otros textos lo ensalza, sin embargo, cfr. «Sobre un libro político de Ortega y Gasset», *La Conquista del Estado*, Núm. 8, 2 de mayo de 1931, p. 3.

Aunque tampoco la contraposición entre ambos es siempre tan clara, a la vista de otros pasajes de Ortega<sup>26</sup>. Más allá de eso, de Unamuno («producto racial, voz de cinco siglos en el monumento español»<sup>27</sup>) destaca Ledesma la hispanidad y alguna que otra exaltación de la violencia<sup>28</sup>. Exaltación que bien se lleva con la influencia nietzscheana.

A Nietzsche debe Ledesma, creo, un pendenciero desprecio por la cobardía, una exaltación de lo masculino y de la juventud, que cristaliza en duro castigo a la *vejez ideológica* (de Ortega y Gasset, por ejemplo)<sup>29</sup>. La estima por la juventud (o mejor, el desprecio por lo viejo) explica que en el acuerdo de unión entre FE y JONS se previera (en la base tercera) la «recusación en los mandos del nuevo movimiento de los camaradas mayores de cuarenta y cinco años».

También en el fascismo italiano dominó esa idea de lo masculino y lo joven como elemento revolucionario, como antagonista del viejo Estado liberal: «Las glándulas intersticiales de todos los chimpancés del Ecuador –dice Mussolini– no bastarían para devolver la virilidad a un viejo decrepito. Las condiciones del Estado liberal italiano apenas le hacen digno del Alalá fúnebre del fascismo»<sup>30</sup>. Y, efectivamente, esa posición de Mussolini se tradujo en el Derecho penal y procesal penal del fascismo, lleno de «*nationalistic and virile pride*»<sup>31</sup>. Era, entonces, un Derecho de «marcada mandíbula», atributo varonil que los seguidores de Mussolini idolatraban<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Cuando aborda Ortega la figura de Mirabeau y su política, dice: «Hay que decidirse por una de estas dos tareas incompatibles: o se viene al mundo para hacer política o se viene para hacer definiciones» (ORTEGA Y GASSET, J., *Tríptico*, 7.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1959, pp. 35 y 36). Lo que coincide en buena medida con el exaltado actuar que se aborda luego.

<sup>27</sup> «Grandezas de Unamuno», *La Conquista del Estado*, Núm. 2, 21 de marzo de 1931, p. 1.

<sup>28</sup> Cfr. «Grandezas de Unamuno», *La Conquista del Estado*, Núm. 2, 21 de marzo de 1931, p. 1. Allí lo cita Ledesma: «[...] Hay que contestar con insultos, con pedradas, con gritos de pasión, con botes de lanza. No hay que razonar con ellos. Si tratas de razonar frente a sus razones, estás perdido [...]». No queda ahí, sin embargo, la admiración por Unamuno, que se hace también presente en otros textos: «Unamuno habla de Bolívar», *La Conquista del Estado*, Núm. 4, 4 de abril de 1931, p. 5.

<sup>29</sup> Sin embargo, mantiene ELÍAS DE TEJADA, F., *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, Tipografía Andaluza, Sevilla 1939, p. 26 que, «(e)n este punto del caudillaje, Ortega y Gasset es el gran inspirador de las posiciones políticas de nuestra generación, recogidas y hechas realidad a través del programa de la Falange». Así se ha mantenido también recientemente: «[...] creo que es innegable como se ha demostrado la recepción política de Ortega por el fascismo español. Que su pensamiento, igual que los autores que formaron parte de los antecedentes el Fascismo italiano, contribuyó a debilitar la política con su crítica a la monarquía, la dictadura y la república, propiciando así una conciencia nacional que venía cultivándose desde el regeneracionismo y la generación del 98. Su discurso ontopolítico instalado en la razón vital e histórica y en la configuración de su *ethos* aristocrático alimento, sin duda, la mente de los fascistas españoles, a pesar de la postura del filósofo de guardar silencio» (GRANDE SÁNCHEZ, P. J., *La ontología política de Ortega y Gasset y su recepción ideológica en el fascismo español*, Tes. Doc. UCM, Madrid, 2020, p. 620).

<sup>30</sup> Cit. en FENECH, M., *La posición del Juez en el nuevo Estado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941, p. 74.

<sup>31</sup> SKINNER, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, p. 445.

<sup>32</sup> COLOMBO, S., «Fascism...», *op. cit.*, p. 483.

La Alemania nazi no fue tampoco excepción. Habituales eran las referencias a la «voluntad masculina del Juez», a su juventud, o incluso a su estado físico, por ejemplo<sup>33</sup>. Lo que también se extendía, por supuesto, al Fiscal<sup>34</sup>. Y, entre nosotros, la misma tendencia acusó Antonio Luna García (Cap. II.2). Se refería este despectivamente a las *septuagenarias* Leyes de Enjuiciamiento que, «a pesar de su ancianidad», han seguido rigiendo<sup>35</sup>. Y lo que valía para las Leyes, valía para los Jueces: cuanto más jóvenes fueran los elementos de renovación de la Magistratura nacionalsindicalista, mejor<sup>36</sup>.

Imputable a Hegel es el entender, en Ledesma, que el «Estado es ya eso que hace posible el que un pueblo entre en la Historia y lleve a efecto grandes cosas»<sup>37</sup>, lo que deriva en considerar la fortaleza del Estado como bien jurídico supremo que debe tutelar el Derecho penal (y el proceso). Así se hizo presente, también, en el nacionalsocialismo alemán y en el fascismo italiano.

A comienzos de 1931 dio Ledesma curso a una publicación titulada *La Conquista del Estado*, que el 14 de marzo hacía conocer un artículo («Nuestro manifiesto político») aquí relevante. En ese texto, de tono castrense, se rechazaba el encasillamiento ideológico («[...] nosotros, al margen de ellos, frente a ellos, más allá que ellos, sin división lateral de derechas e izquierdas [...]»). Se imponía la sumisión acrítica en favor del Estado, llamado a cumplir, junto con su pueblo, el destino universal: «Todo español que no consiga situarse con la debida grandeza ante los hechos que se avecinan, está obligado a desalojar las primeras líneas y permitir que las ocupen falanges animosas y firmes». La supremacía del Estado, que «suplantará a los individuos a los grupos, y la soberanía última residirá en él y solo en él», comportaba que la lesión de sus intereses fuera el «mayor crimen contra la civilidad» y, en fin, «¡(n)ada, pues, sobre el Estado!!». De ahí el desfavorable trato procesal al *enemigo del Estado* (cfr. Cap. VIII.2). Enemigo que reforzaba la unión entre ciudadanos y Estado (o ciudadanos *en* el Estado)<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., pp. 95 y ss.

<sup>34</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt und Beschuldiger im Strafprozeß des neuen Staates», ZStW, Núm. 54, 1935, p. 14.

<sup>35</sup> LUNA GARCÍA, A., *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, pp. 35 y 36.

<sup>36</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 40.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> COLOMBO, S., «Fascism...», op. cit., p. 486: «It [Corporativism] was the epitome and the caricature of the patriarchal, male political structure in which proof of connection to society could be given only through the viewing of the «other» as the «enemy», and in which the greatest contribution of the individual could donate to society was participation in violent struggle».



Repelía Ledesma, además, la intelectualidad vacía<sup>39</sup>. Abrazaba la acción: que no fuera la política campo del intelectual sino del hombre de hacer. Es aquel, frente a este, «el hombre que intercepta entre su acción y el mundo una constante elaboración ideal, a la que, al fin y al cabo, supedita siempre sus decisiones [...]»<sup>40</sup>:

«El intelectual prefiere a la realidad una sombra de ella. Le da miedo el acontecer humano, y por eso teje y desteje futuros ideales. De ahí su disconformidad perenne, su afán crítico, que le conduce fatalmente a hazañas infecundas. El material humano le aparece imperfecto y bruto. Hurta de él esas imperfecciones posibles, que son la vida misma del pueblo, y se queda con lo que sea de fácil sumisión al pensamiento, a su pensamiento»<sup>41</sup>.

Corruptor llama Ledesma al filósofo cuando se acerca a los hechos. Aquel ofrece «unas categorías magnas, que los pobres hechos nunca sospecharon, y aceptan con fácil servidumbre el imperio de la idea»<sup>42</sup>. El desprecio por los intelectuales se recrudecía respecto de los abogados.

Entre los intelectuales reservaba Ledesma el peor lugar a los Letrados («[...] los más ramplones y mediocres [...]»<sup>43</sup>), creadores de equivocados programas ideológicos, «falaz instrumento de la más pura cepa abogadesca»<sup>44</sup>. Su aprecio por los juristas fue, claro, escaso: frente a la España «liberal, agotada y setentona, leguleya y miope», Ledesma oponía una «joven, nacida ya en el siglo xx, bien poco sensible a expansiones jurisperitas y retóricas»<sup>45</sup>. Y mientras realzaba la tarea *hispánica* de Unamuno, reprochaba Ledesma a los «leguleyos» «su batallar en torno a los artículos constitucionales»<sup>46</sup>. O, mientras mostraba su «tributo casi admirativo» por Miguel Primo de Rivera, decía: «[...] Vamos nosotros adelante. Y ahí queda Primo de Rivera, imperfecto y magnífico, como dando qué hacer a la miopía abogadesca de turno, que sigue las huellas de su espada por el articulado de la vieja Constitución»<sup>47</sup>. «Nada nos interesa la Monarquía ni nada nos interesa la República. ¡Cosa de leguleyos y de ancianos!»<sup>48</sup>. Y, buena muestra del desprecio por los juristas y sus teoriza-

<sup>39</sup> Para esta cuestión respecto del proceso civil nacionalsocialista, cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., pp. 35 y ss.

<sup>40</sup> «Los intelectuales y la política», *La Conquista del Estado*, Núm. 5, 11 de abril de 1931, p. 3.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> «Sobre un libro político de Ortega y Gasset», *La Conquista del Estado*, Núm. 8, 2 de mayo de 1931, p. 3.

<sup>43</sup> «Los intelectuales y la política», *La Conquista del Estado*, Núm. 5, 11 de abril de 1931, p. 3.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> «La vida política», *La Conquista del Estado*, Núm. 1, 14 de marzo de 1931, p. 1.

<sup>46</sup> «Grandezas de Unamuno», *La Conquista del Estado*, Núm. 2, 21 de marzo de 1931, p. 1.

<sup>47</sup> «El aniversario de Primo de Rivera», *La Conquista del Estado*, Núm. 2, 21 de marzo de 1931, p. 1.

<sup>48</sup> «¡En pie de guerra!», *La Conquista del Estado*, Núm. 3, 28 de marzo de 1931, p. 1.

ciones fue el artículo que, sobre Felipe Sánchez-Román y Gallifa, apareció en *La Conquista del Estado* (núm. 3, 28 de marzo de 1931, p. 2)<sup>49</sup>. Sirva solo la transcripción de este pasaje:

«[...] Aquí está don Felipe, rizado, bonito y señorito. Viene bueno, con unas declaraciones que tumban. No hace falta ser diablo como yo para saber cosas estupendas de don Felipe. Sígale los pasos. Del Código al codo, del codo al Código. ¡Un, dos! ¡Un, dos! [...] Don Felipe redacta los escritos de protesta contra el régimen imperante. Ved en ellos su prosa leguleya y sus decires. Buen discípulo de Bergamín, el viejo nefasto y feo. No conozco en mi larga vida de diablo unas prosas de trayectoria tan ramplona [...]».

Pidió, en fin, la «[...] inhabilitación del espíritu abogadesco en la política [...]»<sup>50</sup>, en rechazo de una confusión revestida de farsa y de comicidad, «(m)ascando trapacería leguleya y desmanes rencorosos»<sup>51</sup>. Eso sí, en contraste con ese rechazo, asignó Ledesma un notable rol a la Universidad y, bajo la rúbrica «(e)xaltación universitaria», reservó para ella un amplio espacio: «Pueblos sin Universidad permanecen al margen de las elaboraciones superiores»; «(s)in cultura no hay tensión del espíritu, como sin ciencia no hay técnica. *La grandeza intelectual y la preeminencia económica son imposibles sin una Universidad investigadora y antiburocrática*»<sup>52</sup>. En eso coincidía con José Antonio que, tratando la formación del abogado, reclamó para la Universidad una formación general y teórica, alejada de las minucias de la *praxis* (cfr. Cap. I.3)<sup>53</sup>.

En cualquier caso, a pesar de la falta de formulación y del cierto repudio de las formulaciones teóricas, la aceptación del programa de JONS (es decir, de un conjunto de líneas generales) era requisito indispensable para los «militares civiles»<sup>54</sup> que quiso Ledesma: «El nexo de unión [*sic*...] es la dogmática que antes expusimos, la cual debe ser aceptada y comprendida con integridad para formar parte de nuestra fuerza. Vamos al triunfo y somos la verdad española»<sup>55</sup>. Por tanto, para Ledesma no había que aceptar más que una dog-

<sup>49</sup> Sánchez-Román y Gallifa tuvo por «uno de los discípulos predilectos» a José Antonio Primo de Rivera (así consta en la reseña de la conferencia dada por José Antonio sobre el tema «¿Qué es lo justo?» en el Ateneo de Albacete, el 17 de febrero de 1930). Sánchez-Román fue hijo de Felipe Sánchez Román (1850 - 1916), también Catedrático de Derecho Civil.

<sup>50</sup> «¡Confusionistas, no!», *La Conquista del Estado*, Núm. 4, 4 de abril de 1931, p. 1.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> «Nuestro manifiesto político», *La Conquista del Estado*, Núm. 1, 14 de marzo de 1931, p. 1. De actualidad es el énfasis en cursiva.

<sup>53</sup> Sobre la formación jurídica en el nacionalsocialismo, cfr. FRASSEK, J., «Juristenausbildung im Nationalsozialismus», *Kristische Justiz*, Vol. 37, Núm. 1, 2004, pp. 85 y ss.

<sup>54</sup> «Nuestro manifiesto político», *La Conquista del Estado*, Núm. 1, 14 de marzo de 1931, p. 1.

<sup>55</sup> *Idem*.

mática: la suya. Esto cristaliza, como se verá, en el sistema de la organización judicial, que presuponía la férrea adhesión del personal al programa nacional-sindicalista (*cfr.* Cap. V.2.2).

Esto no tiene, en realidad, nada de sorprendente. También a los jueces de la democracia se les exige –naturalmente– participar en su función de los valores constitucionales (*cfr.* art. 5.1 LOPJ). Es falta muy grave, por ejemplo, «el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el art. 5.1 de esta ley, cuando así se apreciare en sentencia firme» (art. 417.1 LOPJ).

## 2.2 Onésimo Redondo

Onésimo Redondo tampoco presentó una exposición sistemática y general de lo jurídico, aunque sí se licenció en Derecho (1926). Mostró, eso sí, antipatía por la enunciación de principios generales, aunque con cierta humildad se despachó en el semanario *Igualdad* sobre el Derecho constitucional al hilo de una discusión sobre el Estado:

«[...] no es posible ni conveniente aventurar con detalle un anticipo de la estructura formal del Estado futuro, que no es al presente sino una esperanza con la categoría de ideal [...]». Insistió luego: «[...] no me siento capaz de discernir, con propósitos de magisterio, en elevadas materias constitucionales [...] sería nuestro deber extendernos sobre el fundamental tema de la unidad en el Estado y por el Estado, cotejando doctrinas y manejando autores. Como no pretendemos hacer ciencia política, sino orientar a nuestra juventud nacionalista [...] hacemos aquí punto en la enunciación, más que explicación del principio superior de nuestra religión política [...] la UNIDAD»<sup>56</sup>.

Desdeñó el valor de la CE 1931, a la que solo atribuyó importancia en «lo que materialmente [...] es obligado [...] aceptarla o soportarla»: «[...] ninguna ley salva, ni hay constitución ni principio de régimen político alguno capaz de hacer feliz y grande a un pueblo». Para él, lo que verdaderamente salva a un pueblo «es la fidelidad, el talento y el trabajo de los que mandan cuando el pueblo los asiste y los sigue con fe en los destinos nacionales y con disciplina voluntaria», es decir, «esa hermandad de los hombres que dirigen con los hombres que obedecen no la dan las leyes, sino la posesión clara y animosa de un ideal nacional atemperado al espíritu popular y a las tradiciones de la raza»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Cit. por SESMA LANDRÍN, N., «“La dialéctica...”», *op. cit.*, p. 60.

<sup>57</sup> REDONDO, O., *El Estado nacional*, Ediciones F. E., s./l., 1939, pp. 128 y 129.

Se entiende, por tanto, que mantuviera poca esperanza en las fórmulas y en las leyes. De ninguna de ellas esperaba el triunfo: «[...] lo esperamos todo de los hombres que con su mente, su verbo y sus puños lo realicen. *Fé en los hombres y no en las fórmulas*: Nuestro régimen inevitablemente, será más personal que formulario»<sup>58</sup>.

También en Antonio Luna García está presente esta misma idea, que ha buscado aquellos principios «que salven a España, *porque para eso y no para su bizantina autonomía deshumanizada es para lo que deben servir los principios*»<sup>59</sup>. Consecuencia lógica de lo anterior es que, para Redondo, el primer deber fuera desentenderse de los llamados problemas constitucionales: «no caer ni por un momento, teórica ni prácticamente, en el lazo del constitucionalismo»<sup>60</sup>. La CE 1931 fue, para él, «inválida»<sup>61</sup>: anticonstitucionalismo, expresión de antiliberalismo<sup>62</sup>.

Elemento característico de Redondo fue, por otra parte, su antisemitismo: reprochó a la «revolución materialista» haber sido vendida al «espíritu judío de Marx y Lenin»<sup>63</sup>; afeó a los «ultracapitalistas judíos»<sup>64</sup> haber clavado sus garras «en nuestra Patria»; y propuso «la extirpación de la idea de clase» frente al «conato judío de convertir a todos los ciudadanos en propietarios»<sup>65</sup>. Ese antisemitismo no se debió, sin embargo, a motivos raciales (como sucedía en Alemania) sino, más bien, a sus convicciones religiosas<sup>66</sup>. No existe en los Anteproyectos antisemitismo palpable, más allá de la general referencia a la raza en el ACP (*cfr.* Cap. III.3.1).

### III. FE (1933-1934): JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA

En la convulsa vida de la II República española apareció, después de JONS, un nuevo actor: FE. Fundada en octubre de 1933 por José Antonio Primo de Rivera, Julio Ruiz de Alda y Alfonso García-Valdecasas, estuvo llamada a monopolizar el devenir político de España durante largas décadas. De este triunvirato interesa, sobre todo, José Antonio Primo de Rivera, verdadero ideólogo<sup>67</sup>.

<sup>58</sup> Cit. en ELÍAS DE TEJADA, F., *La figura...*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

<sup>59</sup> LUNA, A., *Justicia*, 2.ª ed., Aguilar, Madrid, 1940, p. 24. La cursiva está en el original.

<sup>60</sup> REDONDO, O., *El Estado nacional...*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>61</sup> REDONDO, O., *Textos políticos*, Tomo I, Doncel, Madrid, 1975, p. 305.

<sup>62</sup> FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>63</sup> REDONDO, O., *Textos...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>64</sup> REDONDO, O., *Textos...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>65</sup> REDONDO, O., *Textos...*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>66</sup> VINCENT, M., «Spain», en BOSWORTH, R. J. B. (ed.), *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, p. 367. Sobre el antisemitismo en España, *cfr.* ÁLVAREZ CHILLIDA, G., *El antisemitismo en España: la imagen del judío, 1812 - 2002*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

<sup>67</sup> De García-Valdecasas: *cfr.* GARCÍA-VALDECASAS, A., «Los Estados totalitarios y el Estado español», *REP*, Núm. 5, 1942, pp. 5 y ss. También: GARCÍA-VALDECASAS CAÑEDO, A., *Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derechos, Universidad Complu-

### 3.1. Estado como instrumento

«Todas las aspiraciones del nuevo Estado —dice José Antonio— podrían resumirse en una palabra: *Unidad*. La Patria es una totalidad histórica, donde todos nos fundimos, superior a cada uno de nuestros grupos. En homenaje a esa unidad han de plegarse clases o individuos. Y la construcción deberá apoyarse en estos dos principios: [...] Primero. En cuanto a su *fin*, el Estado habrá de ser instrumento puesto al servicio de aquella Unidad, en la que tiene que crear. Nada que se oponga a tan entrañable trascendente Unidad debe ser recibido como bueno, sean muchos o pocos los que lo proclamen. [...] Segundo. En cuanto a su *forma*, el Estado no puede asentarse sino sobre un régimen de solidaridad nacional, de cooperación animosa y fraterna. La lucha de clases, la pugna enconada de partidos, son incompatibles con la visión del Estado»<sup>68</sup>.

Se trataba, por tanto, de una «concepción instrumental del Estado»<sup>69</sup> (que algunos autores nazis atribuyeron al liberalismo y al marxismo)<sup>70</sup>. Estado destinado a servir a los intereses de la Patria española (lo mismo que defendió Ortega)<sup>71</sup>, como se hacía presente en el Programa de FET y de las JONS: «(n)uestro Estado será un instrumento totalitario al servicio de la integridad patria. Todos los españoles participarán en él a través de su función familiar, municipal y sindical [...]» (pto. 6)<sup>72</sup>.

Un modelo instrumental de Estado en esencia contrario al liberal, a cuyo Derecho procesal es posible extender la crítica falangista: «El Estado liberal no cree en nada, ni siquiera en sí propio. Asiste con los brazos cruzados a todo género de experimentos, incluso a los encaminados a la destrucción del Estado mismo. Le basta con que todo se desarrolle según ciertos trámites reglamentarios»<sup>73</sup>. Ese *dejar de estar de brazos cruzados* supuso en los Anteproyectos un modelo de Juez activo, que quería y debía intervenir (desde el primero hasta el último trámite, como se señalará más adelante, *cfr.* Cap. VI.1) en búsqueda de la justicia material, es decir, en la concreción en el caso particu-

---

tense de Madrid, Madrid, 2023. Nada en la obra de Julio Ruiz de Alda me hace pensar que tuviera alguna idea verdaderamente formada sobre el Derecho. Estoy, desde luego, abierto a cualquier sugerencia.

<sup>68</sup> «Orientaciones hacia un nuevo Estado», *El Fascio*, Núm. 1, 16 de marzo de 1933.

<sup>69</sup> GARCÍA-VALDECASAS, A., «Los Estados...», *op. cit.*, p. 26.

<sup>70</sup> DAHM, G. y SCHAFFSTEIN, F., *Liberale oder autoritäres Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933, p. 10: «Tanto para Marx como para Rousseau el mundo es solo una suma de individuos y el Estado, nada más que un creado instrumento de ordenación artificial, destinado para el servicio del individuo» («Für Marx wie für Rousseau ist die Welt nur eine Summe von Individuen und der Staat nichts als ein künstlich geschaffenes Ordnungsinstrument, bestimmt zum Dienst am Individuum»).

<sup>71</sup> «[...] el pequeño político, como se encuentra con el Estado entre las manos, tiende a tomarlo demasiado en serio, a darle un valor absoluto, a desconocer su sentido puramente instrumental» (ORTEGA Y GASSET, J., *Tríptico...*, *op. cit.*, p. 53).

<sup>72</sup> ABC, Madrid, viernes 30 de noviembre de 1934, pp. 32 a 34.

<sup>73</sup> «Crisis del liberalismo» (carta a Juan Ignacio Lucha de Tena), ABC, 22 de marzo de 1933.

lar del ideal del nuevo Estado<sup>74</sup>. Eso no significa que todo modelo de Juez activo suponga, correlativamente, una concepción autoritaria o totalitaria del Estado. Aunque los Estados de ese corte han tendido a aumentar el poder de los Jueces, es compatible con el Estado social y democrático de Derecho un proceso de jueces activos y partes vinculadas por la buena fe<sup>75</sup>. La distinción, como se verá, radica en qué fin persiguen esas instituciones: si el dominio absoluto del Estado o el libre desarrollo de la personalidad.

### 3.2 El Derecho

En todo caso, además de su posición sobre el Estado, José Antonio se pronunció expresamente sobre asuntos de Derecho y, por ejemplo, en sus *Obras completas* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976) existen algunos textos que escribió para la Universidad, en que demuestra agudeza al abordar problemas *técnicos* de Derecho<sup>76</sup>. Para él, el Derecho se caracterizaba no

«[...] por la ley de *casualidad*, sino por la ley de *finalidad*. El Derecho es, ante todo, un *modo de querer*, es decir, una disciplina de medios en relación a fines, ya que todo ingrediente psicológico de la voluntad es ajeno al concepto lógico del Derecho. Pero los modos de querer pueden referirse a la vida individual y a la vida social entrelazante. El Derecho pertenece a este segundo grupo. Sus normas, además, se imponen a la conducta humana con la aquiescencia o contra la aquiescencia de los sujetos a quienes se refieren; es decir: que el Derecho es *autárquico*. Y, por último, ha de distinguirse de lo arbitrario por una nota que, con ciertos distingos y esclarecimientos, puede llamarse la *legitimidad* (sentido invulnerable e inviolable). [...] Luego el Derecho se nos presenta conceptualmente como un *modo de querer, entrelazante, autárquico, legítimo*. [...]»<sup>77</sup>.

La noción instrumental de Estado cristalizaba, por tanto, en una noción análoga de Derecho. Y correlato lógico de lo anterior debía ser un Derecho procesal (o un proceso) dirigido a la realización del ideal del Estado. El proceso debía ser una más de las vías por las que se hace política, un instrumento más: la continuación de la política por otros medios.

<sup>74</sup> El principio formulado por Adolf Wach de la falta de interés estatal en el objeto de litigio debía decaer (cfr: POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 13).

<sup>75</sup> El vigente Derecho procesal civil portugués es un buen ejemplo de lo que digo.

<sup>76</sup> Por ejemplo, de 1922 datan unos «Ejercicios de Derecho civil» que, realizados con Ramón Serrano Suñer, consistían en analizar jurisprudencia del TS. Existen también unas reflexiones sobre «La culpa como causa de incumplimiento de las obligaciones» en que, siendo alumno de tercer curso, se manejaba con destreza en las definiciones.

<sup>77</sup> «Derecho y política», *Arriba*, Núm. 21, 28 de noviembre de 1932.

Especial atención reclamó, para José Antonio, el estudio de la legitimidad del ordenamiento jurídico, que no decaía por haber nacido de la violencia<sup>78</sup>.

«Por lo general, el Derecho se produce con arreglo a las previsiones de un orden preexistente. Pero a veces el orden mismo es subvertido por la violencia: un hecho de fuerza –conquista, revolución, golpe de Estado– rompe toda continuidad en la elaboración de las normas. ¿Qué hacer entonces? Pues, sencillamente, recibir como fuente originaria de un nuevo Derecho el suceso mismo que ha puesto fin al orden anterior»<sup>79</sup>.

La severidad con que mantuvo esta tesis (aunque no sin contradicciones)<sup>80</sup> no se explica solo por convencimiento jurídico (ni por el razonamiento de Rudolf Stammler al que citaba a menudo)<sup>81</sup>, sino también por una razón familiar: esta postura legitimaba las normas dadas por su padre, Miguel Primo de Rivera<sup>82</sup>. De la violencia nació su régimen y a ella no podía reprocharle nada José Antonio y, aun así: «[...] si no hubiera otro medio que la violencia, ¿qué importaría? Todo sistema se ha implantado violentamente, incluso el blando liberalismo [...]»<sup>83</sup>; y la misma idea se repite en el Discurso de Fundación de FE (octubre de 1933):

<sup>78</sup> Equivocadamente se ha restado valor al rol de la violencia en José Antonio (así: SÁNCHEZ MARÍN, A. L., «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 6, 2022/2023, p. 110). Sobre la noción de violencia en el fascismo italiano, cfr. SKINNER, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, pp. 442 y ss.

<sup>79</sup> «Informe de José Antonio Primo de Rivera en la defensa de Don Galo Ponte, ante el Tribunal de Responsabilidades Políticas de la Dictadura», en PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras completas (1922-1936)*, IEP, Madrid, 1976, s./p.

<sup>80</sup> «Lo jurídico – El destino de la República», *La Nación*, 12 de junio de 1931. Decía que la República estaba llamada a garantizar los derechos individuales: «como jurídica ha comparecido la República, y solamente se explica por su juricidad» aunque, sin embargo, no los ha sabido garantizar: «Jamás se han respetado menos los derechos individuales, ni han sido menos previsibles las consecuencias jurídicas de nuestros actos: prisiones gubernativas, espionajes, delaciones, violación de secretos, suspensión de periódicos, persecuciones políticas, disolución de Tribunales, se han prodigado con abundancia desconocida» («Lo jurídico – El destino de la República», *La Nación*, 12 de junio de 1931).

<sup>81</sup> José Antonio cita habitualmente (en particular el *Tratado de Filosofía del Derecho* de Rudolf Stammler que publicó Reus [Madrid] en 1930), traducido por Wenceslao Roces (1897-1992). Por ejemplo: «Lo del Colegio de Abogados – Un abuso de la mayoría», *La Nación*, 15 de abril de 1930; «Ante el Tribunal Supremo en pleno – Una reclamación contra todos los Ministros de la Dictadura – Reclamación de indemnización civil», *La Nación*, 2 de abril de 1932; «Informe de José Antonio Primo de Rivera en la defensa de Don Galo Ponte, ante el Tribunal de Responsabilidades Políticas de la Dictadura», en PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras completas...*, *op. cit.*, s/p.; «Las responsabilidades políticas», *Ellas*, Núm. 28, 4 de diciembre de 1932; o «Derecho y política», *Arriba*, Núm. 21, 28 de noviembre de 1932. Esta última conferencia de José Antonio viene también citada por LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 13. En todo caso, además de a Stammler, podía haber citado también a Schmitt, que defendió posturas análogas sobre la legitimidad de la violencia como fuente del Derecho: CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 145.

<sup>82</sup> Lo defiende también en: «Las responsabilidades políticas», *Ellas*, Núm. 28, 4 de diciembre de 1932.

<sup>83</sup> «La violencia y la justicia» (Carta de José Antonio a Julian Pemartín), en PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras completas...*, *op. cit.*, s./p. Coincide LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 22: «Pero ya se ha dicho que la Justicia no es un fin en sí misma, sino un medio para la Vida, pues no es la Vida la que ha

«Y, queremos, por último, qué si esto ha de lograrse en algún caso por la violencia, no nos detengamos ante la violencia. Porque, ¿quién ha dicho —al hablar de «todo menos la violencia»— que la suprema jerarquía de los valores morales reside en la amabilidad? ¿Quién ha dicho que cuando insultan nuestros sentimientos, antes que reaccionar como hombres, estamos obligados a ser amables? [...]».

Se entiende, pues, que mantuviera que: «(l)o que caracteriza al derecho es la pretensión formal de validez y la posibilidad de realización. Por eso fue un orden jurídico la Dictadura, como lo es ahora la República, aunque ninguna de las dos naciera de acuerdo con el derecho precedente [...]»<sup>84</sup>. Se trata hoy, en todo caso, de una idea aceptada en el Derecho internacional público, en que rige con la máxima crudeza la facticidad del poder<sup>85</sup> (o, mejor, la Ley del más fuerte que era, para Hitler, el único Derecho)<sup>86</sup>. Esta postura no es totalmente coincidente con la concepción de Derecho como *legítimo* (es decir, no arbitrario). Salvo que lo que valga para el nacimiento del Derecho no valga para su desarrollo y puesta en práctica.

A diferencia de Redondo y Ledesma, que despreciaban el Derecho de juristas (por ser inaccesible al pueblo)<sup>87</sup>, José Antonio sí ponderó y valoró el trabajo del jurista, a pesar de haber desdeñado también a los «intelectuales»<sup>88</sup>.

El jurista estaba destinado, para él, a cultivar una «ciencia casi exacta». De ahí se seguía que «ninguna argumentación jurídica puede permitirse sombra de vaguedad»<sup>89</sup>. En una reseña que se hizo pública sobre una conferencia que él había dado, podía leerse: «[José Antonio] estima procedente aprovechar la construcción

---

de subvenir a las exigencias de la Justicia, sino la Justicia la que subviene a las exigencias de la Vida. *De ahí el fraude denunciado por José Antonio, de quienes en el Estado liberal profesaron como único criterio político el de la juridicidad*». La cursiva es nuestra.

<sup>84</sup> «Ante el Tribunal Supremo en pleno –Una reclamación contra todos los Ministros de la Dictadura– Reclamación de indemnización civil», *La Nación*, 2 de abril de 1932.

<sup>85</sup> Cfr. MIAJA DE LA MUELA, A., «Nuevas realidades y teorías sobre la efectividad en Derecho internacional», *AEDI*, Núm. 3, 1976, pp. 3 y ss.

<sup>86</sup> «Solo hay un Derecho en el mundo y este Derecho descansa en la propia fuerza»; o: «Es ahora tal, que el último Derecho siempre descansa en el poder» (Cit. en RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Mohr Siebeck, 9. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2022, p. 105).

<sup>87</sup> FENECH, M. *La posición...*, op. cit., p. 201. Cfr. PÉREZ SERRANO, N., «Derecho popular o derecho de juristas», *RGLJ*, Núm. 169, Fasc. 5, 1941, pp. 395 y ss. La misma tesis se mantenía en la Rusia soviética, y algunos juristas sostuvieron la necesidad de reducir el número de artículos del CP, «que estén claramente redactados y no sean de gran extensión, para ser más fácilmente comprendidos por el pueblo» (CUELLO CALÓN, E., «La reforma de la legislación penal en la Unión Soviética», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 13, 1960, p. 12). Lo mismo se defendió para el proceso *en sí* bajo el nacionalsocialismo (POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 17; cfr. también pp. 36 y ss., donde se expone el proceso de «vulgarización del Derecho procesal civil» [*Vulgarisierung des Zivilprozessrechts*]). El legislador nazi también dio cuenta de esa pretensión (cfr. Cap. III.1).

<sup>88</sup> «De Platón aquí la historia del mundo guarda los nombres de muchos intelectuales. Por fortuna para nosotros los españoles del siglo xx, nunca hubo tantos ni tan ilustres como aquí ahora. Detrás de cada esquina, en cada redacción de periódico, en cada ajado y maloliente saloncillo del Ateneo, damos con dos docenas de Platonos» («Acerca de los intelectuales», *La Nación*, 29 de julio de 1930).

<sup>89</sup> «Lo del Colegio de Abogados – Un abuso de la mayoría», *La Nación*, 15 de abril de 1930.



de los juristas, pensando que en esas normas está la verdad que se desea encontrar ligando por completo todas ellas para la mayor claridad, ya que no debe olvidarse que toda construcción confusa en Derecho lleva en el fondo una injusticia»<sup>90</sup>. Mantuvo también que «(e)l Derecho público es una ciencia con su método y su bibliografía. En el cultivo de ella [...] es indispensable la serenidad e inadmisible la improvisación»<sup>91</sup>. Y concluyó en un informe ante el TS en Pleno que el Derecho «no es una abstracción oratoria, sino una ciencia, que aspira a la exactitud matemática»<sup>92</sup>. De ahí que exigiera para los abogados una alta formación teórica:

«Un hombre rigurosamente práctico es un hombre como un perro amaestrado que le lleve a su mano todos los días el café con leche; pero si un día se le ocurre que en vez de café con leche le lleve té con leche, entonces como el pobre perro no tiene motivos para distinguir el café del té con leche, ese día el perrito ya no sirve para nada»<sup>93</sup>.

#### IV. FET Y DE LAS JONS (1937-1977)

A comienzos de 1934 FE y las JONS se fusionaron, sin que se produjera ninguna mutación sustancial en la concepción de Derecho y, ya comenzada la Guerra Civil, Franco unificó FE y de las JONS por un lado, con el tradicionalismo, por otro (Decreto de 20 de abril de 1937). La incorporación del tradicionalismo no supuso un condicionamiento jurídico-ideológico sustancial en los textos que presentó la Delegación Nacional de Justicia y Derecho, pues esta basó sus posiciones, además de en el nacionalsindicalismo, en el nacionalsozialismo y en el fascismo italiano. Y aunque los carlistas «*were not immune from the intoxication of fascism*»<sup>94</sup>, no son trazables en los textos influencias particulares que puedan reconducirse en exclusiva al ideario tradicionalista. Refrenda este hecho la circunstancia de que el Conde de Rodezno (Tomás Domínguez Arévalo), ministro de Justicia de Franco, de raigambre carlista, rechazara los Anteproyectos la Delegación Nacional de Justicia y Derecho (aunque no solo por disconformidad ideológica o porque el texto no fuera ver-

<sup>90</sup> «¿Qué es lo justo?», conferencia pronunciada en el Ateneo de Albacete el 17 de febrero de 1930 (Reseña publicada en *El Defensor*, 18 de febrero de 1930).

<sup>91</sup> «Las discusiones en la Academia de Jurisprudencia», *La Nación*, 25 de abril de 1930.

<sup>92</sup> «Segunda sesión ante el Tribunal Supremo en pleno, en la demanda contra todos los ex ministros de la Dictadura – Reclamación de indemnización civil», *La Nación*, 4 de abril de 1932.

<sup>93</sup> «La formación del Abogado», *Actas del Congreso de Abogados*, Unión Nacional de Abogados, sesiones del 1 y 2 de junio de 1932, recogido en PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras completas...*, op. cit., s/p.

<sup>94</sup> VINCENT, M., «Spain», en BOSWORTH, R. J. B. (ed.), *The Oxford Handbook...*, op. cit., p. 373.

daderamente necesario, sino también por una personal animadversión a Antonio Luna García)<sup>95</sup>. E incluso, al margen de esto, lo cierto es que el propio Antonio Luna García hace notar cómo algunas propuestas –como la supresión del Ministerio de Justicia– también podrían gustar a un viejo requeté<sup>96</sup>.

## V. EXCURSUS NAZI-SOVIÉTICO

Esta concepción instrumental del Estado y del Derecho no fue privativa del fascismo español. Por ejemplo, algunos juristas clásicos de la Rusia soviética afirmaron que el Derecho era todavía más lesivo que la religión (opio para el pueblo)<sup>97</sup>. Sin pudor admitió el Estado soviético la equiparación entre la Administración y los Tribunales (la expansión nazi de la jurisdicción voluntaria es buen ejemplo también: *cfr.* Cap. VII.3.5), hasta tal punto que aquella podía imponer penas de muerte sin vinculación alguna ni al Código Penal ni a las normas procesales penales<sup>98</sup>. Y, en fin: «Nosotros los marxistas entendemos, sin embargo, qué significa la dictadura del proletariado y no padecemos ningún fetichismo jurídico» (Nikolai Krylenko)<sup>99</sup>.

Para el nacionalsocialismo la cuestión fue, aunque con otras palabras, la misma: el Derecho no era más que un instrumento para el cuidado del pueblo (*«Instrument zur Pflege des Volkes»*<sup>100</sup>), que no tenía por centro la protección del libre desarrollo de la personalidad, sino la pureza racial y la continuidad histórica. Ningún valor más encerraba que ser expresión de una cosmovisión política particular. Y como Reinhard Heydrich sostuvo (alto rango de las SS), en su trabajo diario, era indiferente el Derecho: lo único que había de tener en consideración era su conciencia y servicio al *Führer* y a la nación<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> TERRASA MATEU, J., *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, Tes. Doc., UB, 2016, p. 114; o CACHÓN CADENAS, M., «La investigación...», *op. cit.*, pp. 526 y 527. Sobre ello, *cfr.* también PORTILLA, G., *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 168 y 169.

<sup>96</sup> LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 99: «Pero tampoco lo podrá hacer [negarse a la supresión del Ministerio de Justicia] el viejo Requeté sin quebrantar la consigna de D. Víctor Pradera, que refleja la página 351 de la segunda edición de su *Estado Nuevo*, en la que se leen las siguientes palabras: «¿Cómo ha de constituirse el órgano de la función judicial? Azcárate vió con claridad que ni desaparecerá la idea de dependencia que naturalmente se despierta respecto de aquel de quien se recibe el nombramiento, ni es dado que la Ley llegase a cerrar todas las puertas, que el favor tratará siempre de tener abiertas. Por ello, a su juicio, el único remedio al mal consiste en conferir al Tribunal Supremo o a su Presidente todas las facultades que en esta materia competen al Ministerio de Justicia [...]».

<sup>97</sup> *Cfr.* ZAITZEFF, L., «Das Strafrecht im Sowjetstaate», *ZStW*, Núm. 51, 1931, p. 1.

<sup>98</sup> ZAITZEFF, L., «Das Strafrecht...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>99</sup> *Cit.* en ZAITZEFF, L., «Das Strafrecht...», *op. cit.*, p. 9.

<sup>100</sup> SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preussischen Justizministers», *ZStW*, Núm. 53, 1934, p. 614.

<sup>101</sup> *Cit.* en CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 147.

## VI. RECAPITULACIÓN

El fascismo español no se posicionó sistemáticamente sobre el Derecho. La falta de sistema es, sin embargo, querida y coherente con la cosmovisión que defendió el nacionalsindicalismo: si lo que vale es la acción y no la teoría, si el Estado es instrumento en servicio de la Patria, viva en cuanto actúa en la Historia, el rol que se reservaría al Derecho sería de segundo orden. Se entiende, por tanto, el desprecio por las formulaciones generales, que debían quedar desplazadas por la *real* actividad.

## **CAPÍTULO II. LA DELEGACIÓN NACIONAL DE JUSTICIA Y DERECHO (1937-1939)**

Conocido el sustento histórico y dogmático en que nacen los Anteproyectos, puede ahora abordarse muy brevemente su contexto organizativo: la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS. Esta fue instituida –primero con el nombre de Servicio Nacional– en virtud del art. 23.8 de los primeros Estatutos de FET y de las JONS, de 19 de abril de 1937 y mantenida después por la reforma de los Estatutos de 4 de agosto del mismo año.

### **I. REVOLUCIÓN JURÍDICA Y UNIDAD DEL DERECHO**

La finalidad de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho fue llevar a cabo una verdadera revolución jurídica. Su meta «no era otra que el establecimiento de la tutela falangista sobre una función estatal como la administración de justicia»<sup>1</sup>. En esta finalidad de consolidar jurídicamente la revolución la Delegación Nacional de Justicia y Derecho dirigía la producción normativa que proviniera de otros organismos del Movimiento, revisando y comprobando las disposiciones que pudieran promulgarse, con el objetivo de garantizar la unidad y el sistema que exigía la ordenación jurídica.

Lo anterior no oscurece que desarrollara la Delegación Nacional otro tipo de funciones administrativas, tanto sancionadoras<sup>2</sup> como consulti-

---

<sup>1</sup> SESMA LANDRÍN, N., «“La dialéctica...”», *op. cit.*, p. 66.

<sup>2</sup> *Cfr.*, por ejemplo, la Ley de 9 de septiembre de 1939, disponiendo la debida conexión entre las actuaciones de diversas jurisdicciones y los órganos de FET y de las JONS cuando los inculpados sean afiliados a estos. La Ley preveía la necesidad de que todas las autoridades civiles y militares que ejerzan jurisdicción en el orden penal cuiden de que al hacerse a los inculpados las preguntas generales de la Ley, se añadan a ellas la de si pertenecen o no al Movimiento de FET y de las JONS (art.1); de que se comuni-

vas<sup>3</sup> (también respecto de pleitos que se seguían en relación con la Delegación Nacional)<sup>4</sup>. E, incluso, en la mente de Antonio Luna García (su primer titular: *cfr. infra*) la Delegación Nacional era el «órgano encargado de administrar Justicia en el estadio interno de las propias filas del Movimiento»<sup>5</sup>, es decir, una suerte de Tribunal especial.

Asumía la Delegación Nacional, además, la dirección de la política del Movimiento Nacional en relación con los Colegios Profesionales. Persistió como órgano singular hasta su integración en la Asesoría Jurídica de la Secretaría General del Movimiento (por Orden de 21 de julio de 1958).

## II. SU PRIMER TITULAR: ANTONIO LUNA GARCÍA

De la Delegación Nacional de Justicia y Derecho interesa aquí, sobre todo, la figura de su primer titular: Antonio Luna García, que lo fue del 1 de septiembre de 1937 al 13 de enero de 1939. Habitualmente se confunde a nuestro Antonio Luna García con otro de nombre casi idéntico: Antonio *de* Luna García, Catedrático de Universidad y posteriormente diplomático. De deslindar ambas figuras se ha ocupado con detalle Cachón Cadenas<sup>6</sup>.

El Antonio Luna García que interesa ahora nació en Osuna (Sevilla) entre los años 1900 y 1901 y fue Juez de Primera Instancia en Guadix (Granada)<sup>7</sup>. Para 1933 era ya secretario en los Juzgados de Chamberí (Madrid) y en octubre de ese año acudió al encuentro fundacional de FE<sup>8</sup>. Más tarde, en 1937, fue

---

caran a la Delegación Nacional de Justicia y Derecho los autos de procesamiento (art. 2), de sobreseimiento y sentencias firmes (art. 3) que se dictaran respecto los miembros de FET y de las JONS. También preveía la vinculación del Movimiento a las «declaraciones de hechos probados que se contengan en aquellas decisiones (arts. 3 y 5).

<sup>3</sup> *Cfr.* Decreto de 22 de mayo de 1943, por el que se aclara (!) el concepto de penas accesorias aplicables a los condenados por delitos derivados de la rebelión marxista. El art. 3. I de la norma preveía la creación de una «Comisión de Penas Accesorias», integrada entre otros, por un representante de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho (que, como mandó la Orden de 12 de junio de 1943, fue José María Dávila Huguet).

<sup>4</sup> *Cfr.* STS [Sala IV] 91/1950, de 18 de abril; o STS [Sala IV] 93/1950, de 18 de abril.

<sup>5</sup> LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>6</sup> *Cfr.* su trabajo «La investigación penal...», *op. cit.*, pp. 521 y ss.; y también PORTILLA, G., *El Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 153, nota 455.

<sup>7</sup> MAS RIGO, J. M., «La intervención de Antonio Luna García en el “golpe” contra Hedilla», *El Catoblepas – Revista Crítica del Presente*, Núm. 201, 2022, s/p.

<sup>8</sup> Él mismo lo hace saber: «Con esta trilogía [Patria, Pan y Justicia] —que no es opuesta, ni siquiera distinta, de la tradicionalista de Dios, Patria y Rey— nos sedujo José Antonio a los muy pocos hombres que tuvimos el orgullo de retratarnos con él en el teatro de la Comedia, previsión fotográfica que él justificó con jovialidad ante otro auditorio aun más reducido aquella misma mañana otoñal de 1933» (LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 21).

nombrado Secretario Territorial de FE para Salamanca, León y Zamora<sup>9</sup>. En septiembre de ese mismo año asumió el cargo de Delegado Nacional de Justicia y Derecho de FET y de las JONS, cesando en el cargo en 1939, por ser incompatible con su nueva posición como Juez de Primera Instancia e Instrucción<sup>10</sup>. Esto no le impide, posteriormente, incorporarse al Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo hasta 1941<sup>11</sup>. Permanecería como Secretario Judicial en la organización judicial municipal madrileña hasta su jubilación (1968). Falleció en El Rubio (Sevilla) tres años más tarde<sup>12</sup>.

Fue autor de dos obras que condensan en buena medida las ideas que subyacen en los Anteproyectos falangistas. Hasta tal punto que una de ellas (*La Revolución Judicial*, Imprenta Núñez, Salamanca, 1938) es prácticamente idéntica a los Preámbulos de los Anteproyectos. Además de *La Revolución Judicial* confeccionó Luna García otra obra titulada *Justicia* (publicada en Aguilar, Madrid, 1939 [2.<sup>a</sup> ed. de 1940]), de gran valor para interpretar los Anteproyectos<sup>13</sup>.

### III. RECAPITULACIÓN

En la Delegación Nacional de Justicia y Derecho se gestaron los Anteproyectos, con la vocación de unificar el Derecho y ponerlo al servicio del nuevo Estado. En ese contexto destacó Antonio Luna García, que se ocupó en profundidad detalle de confeccionar los textos.

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> *Idem.* El Decreto que constituye el Tribunal es de 4 de junio de 1940 (BOE Núm. 158, p. 3893). Se incorporó Antonio Luna García como Letrado, junto con con Isafas Sánchez Tejerina, reconocido Catedrático de Derecho penal, al que Enrique Gimbernat Ordeig se había referido como un «ignorante profesor», cuyos manuales eran «deplorables». Se trataba, decía el, «además de un incompetente penalista, un falangista partidario de las penas corporales, que había formado parte, a partir de 1939, de la comisión de depuración del profesorado universitario «no adicto al Régimen» [...]» (GIMBERNAT ORDEIG, E., «Autosemblanza (*Selbstdarstellung*)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVII, 2014, pp. 40 y 41.).

<sup>12</sup> MAS RIGO, J. M., «La intervención de Antonio Luna...», *op. cit.*, s/p.

<sup>13</sup> Escribió, además, bajo el seudónimo Antonio Dávila, un libro dedicado a J. A. Primo de Rivera (*Cartas a un amigo antifascista*, Imprenta Especial, Barcelona, 1936).

### CAPÍTULO III. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO<sup>1</sup>

Conocer la deuda ideológica del Derecho penal del fascismo español no es tarea excesivamente onerosa: la Delegación Nacional de Justicia y Derecho publicó también en 1938 un ACP (a veces confundido con otro texto de 1939)<sup>2</sup>. Contiene el texto un intento de positivización de lo que se ha venido en conocer, desde Günther Jakobs<sup>3</sup>, como Derecho penal del enemigo<sup>4</sup> (*Feindstrafrecht*). De esa denominación prescindo: como ya ha advertido Claus Roxin, su fuerte contenido emocional la hace ineficaz para un análisis normativo<sup>5</sup>. Ni siquiera la función denunciadora del concepto puede esconder sus desdibujados contornos<sup>6</sup>.

#### I. EL ACP 1938

El texto ACP 1938 (obra principalmente de Antonio Luna García y de Federico Castejón)<sup>7</sup> fue cuidadosamente estudiado, en conjunto, por José Ra-

---

<sup>1</sup> Este capítulo ha sido publicado, con algunas modificaciones de fondo y de forma, en *InDret*, Núm. 2, 2024, pp. 242 y ss.

<sup>2</sup> Así: VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 2002, p. 161. nota 423. Sobre el texto de 1939, *cfr.* MARZAL, P., «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, S. (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, Hart, Oxford and Portland (Oregon), 2015, p. 134 y las referencias que allí hay.

<sup>3</sup> *Cfr.* JAKOBS, G., «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, Núm. 97, 1985, pp. 751 y ss.

<sup>4</sup> Además de las ya citadas obras de PORTILLA, G., *cfr.* LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, C., *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 2017, pp. 67 y ss.; o MERKEL, L., «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, Núm. 1, 2022, pp. 191 y ss.

<sup>5</sup> ROXIN, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. AUFL., C. H. Beck, München, 2006, p. 56. La misma crítica se mantiene en la última edición del *Allgemeiner Teil* de Claus Roxin, que ha asumido Luís Greco (München, 2020, p. 108).

<sup>6</sup> ROXIN, C., *Strafrecht...*, *op. cit.*, p. 56. En contra: MERKEL, L., «El derecho procesal-penal...», *op. cit.*, p. 202.

<sup>7</sup> De la intervención de ambos da cuenta CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, pp. 3 y 4. También: DE LUENGO ZARZO-

món Casabó Ruiz. Igualmente, otros aspectos puntuales han sido tratados más recientemente por Guillermo Portilla<sup>8</sup>, M.<sup>a</sup> Luisa Cuerda Arnau<sup>9</sup> o Jordi Terrasa Mateu<sup>10</sup>. Pueden, sin embargo, añadirse algunas reflexiones (especialmente en relación con las influencias extranjeras)<sup>11</sup>. No llegó a entrar en vigor nunca no solo por los motivos ya tratados (Cap. I.4) sino porque, en realidad, no fue particularmente necesario. 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 necesario<sup>12</sup>.

### 1.1 Influencias extranjeras, pero no solo

En las normas penales que expresó el ACP 1938 es perceptible el influjo fascista y nazi<sup>13</sup>. 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 1938<sup>14</sup>

---

so, M., *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, Tes. Doc. UV, Valencia, 2015, p. 57. Y, efectivamente, así lo hace saber ANTONIO LUNA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 14. Sobre la figura de Castejón, cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 257, 2014, pp. 17 y ss. En particular, sobre su intervención en el ACP 1938, cfr. PORTILLA, G., *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 154 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. PORTILLA, G., *El Derecho penal...*, op. cit., pp. 165 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. CUERDA ARNAU, M.<sup>a</sup> L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 87.

<sup>10</sup> TERRASA MATEU, J., *Control...*, op. cit., pp. 113 y 114.

<sup>11</sup> Sobre el Derecho penal nazi, además de la ya citada obra de Kai Ambos, cfr. GEA, P., «El Estado del Führer. Derecho penal nacionalsocialista alemán», *Revista General de Derecho penal*, Núm. 32, 2019, s/p.; MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4.<sup>a</sup> ed. (revisada y ampliada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; ZAFFARONI, E. R., *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar, Buenos Aires, 2017; LLOBET RODRÍGUEZ, J., *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; o STOPP, H., *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. Para Italia, cfr. CAVALIERE, P. A., *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Aracne, Rome, 2008; o PANUNZIO, S., *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, Bonacci Editore, Rome, 1987. Interesante y heterogénea es, también, la siguiente obra colectiva: PÉREZ JUAN, J. A. y MORENO TEJADA, S. (eds.), *Justicia y represión en los estados totalitarios. España, Alemania e Italia (1931-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

<sup>12</sup> MARZAL, P., «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, S. (ed.), *Fascism...*, op. cit., pp. 130 y 131.

<sup>13</sup> MARZAL, P., «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, S. (ed.), *Fascism...*, op. cit., p. 131.

<sup>14</sup> En las normas totalitarias, los preámbulos cobran una relevancia especial (FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 202). En general, sobre los preámbulos, cfr. Díez-Picazo, L. M., «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 2, 1992, pp. 501 y ss.



cita expresamente, en coherencia con la relevancia que otorga a la *raza española*<sup>15</sup>, el influjo de antiguos textos hispánicos:

«[...] Se restablecen preceptos que responden a la íntima contextura del carácter español, como la pena talional del juez prevaricador<sup>16</sup>, la venganza de la honra por el cónyuge o padre agraviado<sup>17</sup>, la sanción atenuada del duelo<sup>18</sup> y del adulterio<sup>19</sup>, 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».

Con una referencia tal se invoca, además, la función legitimadora de la tradición, asiduamente presente en reformas legislativas<sup>20</sup>. 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 (Lib. 2, Tít. 1, L. 8)<sup>21</sup>. La influencia de la tradición está, entonces, dada.

<sup>15</sup> Cfr. Cap. III.3.1.

<sup>16</sup> Arts. 330 y ss. ACP 1938.

<sup>17</sup> 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 de sus 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 [...]».

<sup>18</sup> 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 correspondientes de este Título, al prudente arbitrio de los Tribunales».

<sup>19</sup> Art. 426 ACP 1938: «El adulterio será castigado con la pena de prisión. [...] Cometan 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 querella 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».

<sup>20</sup> «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 CE 1812 (A este respecto, cfr. SÁNCHEZ-MEJÍA, M.<sup>a</sup> L., «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 97, 1997, pp. 277 y ss.) Respecto del ACP 1938 sostiene CASABÓ RUIZ, J. R., sin embargo, su pretensión de «remodelar todo el sistema jurídico» (*El Anteproyecto...*, op. cit., p. 2). Más adelante (p. 10) destaca el mismo autor el carácter nacional que realza 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, G., *La consagración...*, op. cit., 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, R., «El concepto...», 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, L., «“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C. P. P. del 1930», *Criminalia*, Núm. s/n., 2012, p. 182; o COLOMBO, S., «Fascism...», op. cit., 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*».

<sup>21</sup> 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).

## 1.2 Fin político

El Derecho penal contenido en el ACP 1938 pretendía 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»<sup>22</sup>. 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»<sup>23</sup>.

Al nuevo Estado correspondía, por tanto, un nuevo Derecho penal. Un *ius puniendi* «destinado a proteger especialmente su propia existencia»<sup>24</sup>.

## II. TENDENCIAS

No llegó el ACP 1938 a 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). Sostuvieron los nazis esa idea (bendecida por algunos muy prominentes juristas de la época)<sup>25</sup> en la necesidad de que el «compatriota lego» (*nicht juristisch gebildeter Volksgenosse*) pudiera conocer directamente qué acciones son o no punibles, sin mayor preámbulo<sup>26</sup>.

A pesar de que no alcanzó tal punto el ACP 1938, sí quebró decididamente los principios del Derecho penal liberal<sup>27</sup>, lo que no puede sorprender si se

---

<sup>22</sup> Preámbulo, ACP 1938.

<sup>23</sup> Preámbulo, ACP 1938.

<sup>24</sup> LUNA, A., *Justicia...*, op. cit., p. 75.

<sup>25</sup> SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches...», op. cit., 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*».

<sup>26</sup> *Nationalsozialistisches Strafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, R. v. Decker's Verlag – G. Schenck, Berlin, 1933, p. 18. En la proyectada legislación civil no se llevó hasta las últimas consecuencias esa tesis pues el *Volksgesetzbuch* (cfr. Cap. IV.1) vino precedido por una serie de reglas fundamentales (*Grundregeln*) más o menos amplias (GARCÍA DEL MORAL, E., «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *REP*, Núm. 11-12, 1943, p. 139).

<sup>27</sup> CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, op. cit., pp. 8 y 9.

recuerda que ya en la *Conquista del Estado* se había dicho ya que lo máximo a conceder al liberalismo «es un sepulcro glorioso»<sup>28</sup>. Así, ignoró el ACP 1938 el principio de legalidad (y su exigencia de *lex certa* y *stricta: scripta* y *prævia* 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 (cfr. Caps. VI, VII y VIII). 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.

## 2.1 La muerte del principio de legalidad: la analogía *contra reum*

El ACP 1938 ignoró, en sus preceptos iniciales, el principio de legalidad que venía siendo recogido desde antiguo en la codificación penal española<sup>29</sup> y sostenido por el TS<sup>30</sup>. 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»<sup>31</sup>, en el que la influen-

<sup>28</sup> «Unos minutos con Unamuno», *La Conquista del Estado*, Núm. 4, 4 de abril de 1931, pp. 1 y 2. Gloria que reconocieron otros de parangonable tendencia: «En efecto, *non si torna indietro*, y las ventajas conseguidas por el liberalismo son tantas 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, J., «El sentido...», *op. cit.*, pp. 316 y 317).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Cfr. STS [Sala II] 293/1889, de 2 de diciembre («la analogía de condiciones y circunstancias no permite la extensión de la ley penal a casos no idénticos»); STS [Sala II] 167/1901, 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.

<sup>31</sup> En el precepto de la CE 1931 se deja sentir la influencia de la Constitución de Weimar, referente en el proceso constituyente de la II República, como recuerda Jiménez de Asúa (Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes – Congreso de los Diputados, Núm. 28, 27 de agosto de 1931, p. 645).

cia del art. 115 de la Constitución de Weimar (*de facto* derogado bajo el nacionalsocialismo) era patente.

El art. 1 ACP 1938 establecía lo siguiente: «son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley y *los actos enteramente asimilables a ellas*». La previsión es coherente con la tendencia internacional y nacional que se puede advertir en algunos ámbitos, pero sobre todo es coherente con la posición del mismo Antonio Luna García, que dice sobre el carácter objetivo del viejo principio de legalidad liberal, lo siguiente:

«Aquella objetividad se ha de transformar hacia un punto de vista subjetivo, porque no es con los delitos, sino con los delincuentes, con los que el nuevo Estado ha de operar, lo mismo que la moderna Medicina ha dejado ya de tratar las enfermedades y ha empezado a tratar a los enfermos»<sup>32</sup>.

En este ambiente en que el principio de legalidad ya venía siendo amenazado, tampoco puede sorprender en exceso su final muerte. También en la Alemania nazi y en la URSS fue quebrado el principio de legalidad e incorporada la analogía *contra reum*. Efectivamente, el § 2 de la Ley alemana de 28 de junio de 1935 de reforma del StGB, 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»<sup>33</sup>.

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 analogías<sup>34</sup>. No podía ofrecer esa norma ningún tipo de garantía para el individuo<sup>35</sup>, aunque tampoco está claro que fuera esa su pretensión. La importancia de esa tradición germana fue exagerada por algunos autores nacionalsocialistas, hasta el punto de que la asunción del principio de legalidad (y la prohibición de analogía *contra reum*) fue entendida como una verdadera revolución<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> LUNA, A., *Justicia...*, op. cit., p. 74.

<sup>33</sup> 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, F., «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *ZStW*, Núm. 62, 1942, pp. 3 y ss.

<sup>34</sup> Sobre la historia de la analogía en el Derecho penal, cfr: VON WEBER, H., «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *ZStW*, Núm. 56, 1937, pp. 653 y ss.

<sup>35</sup> ROXIN, C., *Strafrecht...*, op. cit. p. 143.

<sup>36</sup> Cfr. HENKEL, H., *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, p. 13; o KADEČKA, F., *Gesundes...*, op. cit., p. 1

En cualquier caso, la admisión de la analogía *contra reum* 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»<sup>37</sup>. O, simplemente, como aducía Friedrich Schaffstein (prohombre del nacionalsocialismo), un entendimiento diverso de la noción de «seguridad jurídica». Seguridad jurídica significaba, en ese contexto, 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 castigo<sup>38</sup>. Algo así como seguridad del Derecho (pero, sobre todo, *para* el Derecho). Karl Siegert (otra importante figura del nazismo) mantuvo, por su parte, que la analogía *contra reum* 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 de tal manera contradicen el Derecho. El Juez debe interpretar la Ley no según su tenor, sino según su espíritu»<sup>39</sup>.

Unos años antes que el nacionalsocialismo, el Derecho penal soviético ya había dado cuenta de la misma tendencia<sup>40</sup>. 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

<sup>37</sup> SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches...», *op. cit.*, p. 607: «[...] im totalen Staat tritt das Verlangen nach Rechtssicherheit für das Individuum zurück hinter dem Streben nach materieller Gerechtigkeit und damit nach möglichster Wirksamkeit des Strafrechts vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes».

<sup>38</sup> Cfr. SCHAFFSTEIN, F., «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», ZStW, Núm. 59, 1940, p. 532.

<sup>39</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 17: «Der einzelne Prozeßbeteiligte hat nicht von formalen Rechtserwägungen aus, sondern vom Geiste des Volkes aus zu handeln. Seine Prozeßhandlungen dürfen nicht unsittlich sein, weil sie sonst auch dem Recht widersprechen würden. Der Richter hat das Prozeßgesetz nicht aus seinem Wortlaut, sondern aus seinem Geiste auszulegen».

<sup>40</sup> Cfr. FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, p. 203, nota 323; CUELLO CALÓN, E., «La reforma...», *op. cit.*, p. 18; o ZAITZEFF, L., «Das Strafrecht...», *op. cit.*, pp. 1 y ss. El propio Antonio Luna García hace notar esta conexión oscura: «El milagro de que los Soviets hayan mantenido durante veintidós años su régimen sólo se debe a la eficacia [...] de sus famosas Tschecas. Ellas fueron las primeras que abolieron el principio liberal *nullum crimen sine lege*. Esta abolición la importó Alemania, que castiga cualquier acto análogo a los penados en la Ley, aunque expresamente no esté previsto en ella» (LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 77).

se reputa 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)<sup>41</sup>.

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 soviético (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»<sup>42</sup>. La esencia del Estado totalitario explica claramente esa disparidad: la analogía *contra reum* 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*.

La anterior exposición no puede llevar a pensar, sin embargo, que la analogía en perjuicio del reo sea *per se* distintiva del totalitarismo. Hoy lo admite, por ejemplo, el CP de Dinamarca (§ 1) que, desde luego, no puede ser considerado un país totalitario<sup>43</sup>. 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 *contra reum*, todavía conviven algunas no tan menores visiones divergentes, que tienden a su admisión<sup>44</sup>. Ahora bien, la más notable excepción respecto de la analogía *contra reum* la da la Italia fascista: el CP italiano de 1930 que, siguiendo la letra del antiguo CP de 1889 (impulsado por Giuseppe 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»<sup>45</sup>. Lo que no significa, sin embargo, que no hubiera sólidas posiciones que, en Italia, propusieran la derogación del *nullum crimen sine lege*<sup>46</sup>; que los Tribunales italianos no quebraran *de facto*

<sup>41</sup> CUELLO CALÓN, E., «La reforma...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>42</sup> *cfr.* GARCÍA DEL MORAL, E., «Normas fundamentales...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>43</sup> «Solo 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*]».

<sup>44</sup> *Cfr.* ROXIN, C., *Strafrecht...*, *op. cit.*, p. 156 y los autores que, en ambos sentidos, se citan.

<sup>45</sup> Lo que no impide reconocer, como hace SKINNER, S., «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, Vol. 7, 2011 (cit. desde la versión pública de la University of Exeter), 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*».

<sup>46</sup> *Cfr.* BETTIOL, G., «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *ZStW*, Núm. 59, 1940, p. 511 y los autores que allí se citan.

el principio de legalidad<sup>47</sup>; ni que, algunos tipos del CP de 1930 estuvieran redactados tan ampliamente que no hiciera falta, en realidad, quebrar ningún principio de legalidad<sup>48</sup>.

## 2.2. Personalidad y voluntad del autor

Otra de las notas que distinguió al modelo del ACP 1938 fue su extraordinario subjetivismo<sup>49</sup>. Subjetivismo que no estuvo solo presente en el nacionalsocialismo alemán, sino también en la republicana Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933<sup>50</sup> o en otros tantos ordenamientos europeos<sup>51</sup>. 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»<sup>52</sup>, el Derecho penal totalitario no se sintió restringido de tal manera. Como había puesto de relieve ya Miguel Fenech, el Derecho penal total pretendió también operar «sobre el fuero interno de hombre»<sup>53</sup>. Quiso castigar unos hechos (fenómeno externo) no solo como síntoma de un pensamiento, sino también como «síntomas de un carácter»<sup>54</sup>.

Se trata, entonces, de una excitación de lo que hoy se conoce como Derecho penal de autor que en aquella época sería, exagerado, un Derecho penal de

<sup>47</sup> Cfr. VINCI, S., «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*, Núm. 10, 2016, p. 12. Ahí se da cuenta de aplicaciones retroactivas de la Ley penal por el Tribunal especial para la defensa del Estado.

<sup>48</sup> Lo hace notar: CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 143.

<sup>49</sup> CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 5. Cfr., por otra parte, FRANCO-CHASÁN, J., *The Reception of Positivism in Spain – Pedro Dorado Montero*, Springer, Heidelberg et al., 2023, que se ocupa de la cuestión con excusa de la doctrina de Pedro Dorado Montero y del positivismo, que define Franco-Chasán como: «[...] the new movement in criminal law which appeared at the end of the nineteenth century, thus, challenging the traditional criminal law (neoclassical schools), and mostly denying human freedom. As a result, people should be convicted not due to their actions but to their propensity to commit a crime [...]».

<sup>50</sup> MARZAL, P., «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en Skinner, S. (ed.), *Fascism...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>51</sup> Cfr., respecto de los delitos cometidos por personas con discapacidades intelectuales el trabajo comparativo que publica *Glossae – European Journal of Legal History*, Núm. 20, 2023 (dedicado monográficamente a la cuestión).

<sup>52</sup> FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>53</sup> FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>54</sup> FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, p. 165.

la voluntad (*Willensstrafrecht*)<sup>55</sup>. Algunos prohombres del Derecho nacional-socialista también rompieron lanzas en favor de ese Derecho penal de la voluntad. De nuevo, Friedrich 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 memorándum»<sup>56</sup>.

De la misma tesis participó Franz 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 oral<sup>57</sup>. En la misma tendencia se situaron, por citar dos más, algunos como Eduard Kohlrausch<sup>58</sup> y Ferdinand Kadečka<sup>59</sup>. 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 autor<sup>60</sup>. Procesalmente, incluso, este Derecho penal de la voluntad exigía un trabajo psicológico al Ministerio Fiscal 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*»<sup>61</sup>. Este extraordinario subjetivismo también se hizo presente en el ACP 1938 y cristalizó en instituciones de diversa clase (aunque en algunos momentos Antonio Luna pudiera parecer rechazar esta postura)<sup>62</sup>:

<sup>55</sup> AMBOS, K., *Nationalsozialistisches...*, op. cit., p. 47.

<sup>56</sup> SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches...», op. cit., p. 609.

<sup>57</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigte im Strafprozeß des neuen Staates», *ZStW*, Núm. 54, 1935, p. 9.

<sup>58</sup> KOHLRAUSCH, E., «Das kommende Deutsche Strafrecht», *ZStW*, Núm. 55, 1936, pp. 384 y ss.

<sup>59</sup> KADEČKA, F., «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *ZStW*, Núm. 59, 1940, pp. 1 y ss.

<sup>60</sup> AMBOS, J., *Nationalsozialistisches...*, op. cit., p. 58.

<sup>61</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», op. cit., p. 27.

<sup>62</sup> Así, con cita de Ortega, Antonio Luna García dice: «Por eso, los jueces tenemos que abstenernos de juzgar a las personas y limitarnos a juzgar sólo los actos del prójimo, pero haciendo abstracción de la persona misma del prójimo. Porque ni el más bueno está libre de algún acto inmoral, ni el más malo habrá dejado de hacer alguna vez algo bueno en su vida» (LUNA, A., *Justicia...*, op. cit., p. 23).



## 2.2.1 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 es de uno a doce meses, por parte de una persona a la que por sus antecedentes tenga que apreciársele el profesionalismo criminal, automáticamente se castigará con la pena de muerte»<sup>63</sup>. El delincuente explícita, 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.

## 2.2.2 UNITARIO CASTIGO PARA DIVERSOS INJUSTOS

Del mismo modo, la equiparación de penas entre supuestos de complicidad y autoría (art. 50 ACP) solo puede explicarse 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)<sup>64</sup>. 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, pues en ellos se expresa ya la voluntad de delinquir, aunque no haya conseguido materializarse<sup>65</sup>.

## 2.2.3 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 [...]»<sup>66</sup>. No se llega a entender con claridad

<sup>63</sup> CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, op. cit., p. 6.

<sup>64</sup> El CP italiano de 1930 no asumió, como hubiera podido esperarse, esa tendencia (art. 56). Cfr. KUTTNER, S., «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *ZStW*, Núm. 51, 1931, p. 339.

<sup>65</sup> Cfr. AMBOS, K., *Nationalsozialistisches...*, op. cit., pp. 47 y 48.

<sup>66</sup> Preámbulo ACP 1938. Análoga concepción mantuvo el CP italiano de 1930: «*Rocco's discourse about reshaping criminal law into a specifically Fascist product involved measures intended to repress*

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 defienda la eficacia preventivo-general (y no solo especial) de la medida de seguridad<sup>67</sup>, los estudios empíricos que existen sobre la eficacia preventivo-general de la pena<sup>68</sup> no parecen tampoco concluyentes<sup>69</sup>. Que la pena del fascismo español perseguía, entonces, la pura represión (como deriva del Preámbulo del ALECrim 1938: *cf.* Cap. VIII), parece claro. Más dudoso es 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? En todo caso, castigando con severidad *lo subjetivo* del autor, la pena nacionalsindicalista perseguía reafirmar la autoridad del Estado, que se veía quebrada con la comisión del delito<sup>70</sup>. 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»<sup>71</sup>. 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»<sup>72</sup>. Es decir, el fundamento de la pena es haber desconocido el mandato estatal<sup>73</sup>. Como se observa, la tutela del interés jurídico individual era tenue. El interés individual que protegía el Derecho penal nacionalsindicalista era, en realidad, la excusa de la que el Estado podía servirse para reforzar su autoridad.

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 (*cf.* art. 60 ACP 1938)<sup>74</sup>. Así, se preveían

---

*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, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, p. 449), aunque no era imperativa su imposición. Al respecto, *cf.* KUTTNER, S., «Das neue italienische...», *op. cit.*, p. 336.

<sup>67</sup> ROXIN, C., *Strafrecht...*, *op. cit.*, 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».

<sup>68</sup> ROXIN, C. y GRECO, L., *Strafrecht...*, *op. cit.*, p. 142 y la bibliografía que allí se cita (nota 96).

<sup>69</sup> *Cf.* CARTUYVELS, Y. y MASFERRER, A., «The Making of insane offenders in the Western Tradition – A Comparative Approach to the Birth and Enforcement of Criminal Positivism (1870 - 1940)», *Glossae – European Journal of Legal History*, Núm. 20, 2023, pp. 1 y ss.

<sup>70</sup> Pretensión análoga persiguieron algunas normas penales italianas. *Cf.* VINCI, S., «La politica giudiziaria...», *op. cit.*, p. 4.

<sup>71</sup> OETKER, F., «Grundprobleme der nationalsozialistischen Strafrechtsreform – Strafgrund und Strafzweck», en FRANK, A. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch...*, *op. cit.*, p. 1318.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 1320.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 1321.

<sup>74</sup> «Los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la medidad de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable [...]».

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».

### 2.3 Rol de la obediencia debida

En el Estado totalitario, militarmente estructurado (en el fondo, «[e]l Caudillo es esencialmente un jefe militar»<sup>75</sup>), la obediencia debida cobra un rol trascendental<sup>76</sup>. 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*, es decir, 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)<sup>77</sup>. 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 Estado<sup>78</sup>. 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*).

<sup>75</sup> ELÍAS DE TEJADA, F., *La figura...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>76</sup> Respecto de Italia fascista, *cfr.* SKINNER, S., «Tainted Law...?», *op. cit.*, p. 16; o CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>77</sup> *Cfr.* RIVAYA, B., «La reacción...», *op. cit.*, 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 él los anhelos del Movimiento, asume la más alta autoridad, respondiendo sólo ante Dios y ante la Historia».

<sup>78</sup> SKINNER, S., «Tainted Law?...», *op. cit.*, p. 20.

### III. 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 1932<sup>79</sup>. En cualquier caso, la tendencia fascizante de la parte especial del ACP 1938 se hizo clara, fundamentalmente, en torno las siguientes cuestiones: raza, familia, patria, honor y 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»<sup>80</sup>.

#### 3.1 Raza

Recibiendo tímidamente aquí el Derecho penal nacionalsocialista<sup>81</sup>, 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 y ss.):

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

---

<sup>79</sup> Preámbulo, ACP 1938.

<sup>80</sup> SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches...», *op. cit.*, p. 40.

<sup>81</sup> CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 32.

de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma Naturaleza, facilitando el vicio y la prostitución [...]»<sup>82</sup>.

Lo que sí fue privativo del ACP 1938 es entender esas conductas como contrarias a la raza española<sup>83</sup>. Como acto contrario a la raza española se castigaría, también, «el matrimonio con persona de raza inferior» (art. 133.2.º ACP 1938). Aquí 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*)<sup>84</sup> que, conocida entonces en España<sup>85</sup> y replicada a su manera en Italia<sup>86</sup>, fue dictada sabiendo que «la pureza de la sangre alemana es presupuesto para la continuación del pueblo alemán [...]»<sup>87</sup>. Su § 1. I prohibía el matrimonio entre judíos y nacionales alemanes o de sangre afín (*artverwandter Blut*), nulo, aunque fuera celebrado en el extranjero<sup>88</sup>.

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»<sup>89</sup>).

### 3.2 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

<sup>82</sup> STS [Sala II] 204/1935 de 21 de diciembre.

<sup>83</sup> Cfr. MASFERRER, A., *De la honestidad a la integridad sexual – La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

<sup>84</sup> Influencia hace notar, también: TERRASA MATEU, J. *Control...*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>85</sup> De referencias a ella en octubre de 1934 da cuenta RIVAYA, B., «La reacción...», *op. cit.*, p. 156, nota 8.

<sup>86</sup> Cfr. CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 144.

<sup>87</sup> Preámbulo, Ley de 15 de septiembre de 1935.

<sup>88</sup> 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. Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B., «Aplicación del Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales: ¿un aporte a la Justicia y a la armonización europea?», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 77, 2024, pp. 453 y ss.

<sup>89</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «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.

su posición esencial en la *democracia orgánica*)<sup>90</sup>. Restablecía el castigo del delito de adulterio, con la importante novedad de reprochar 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 histórica<sup>91</sup>. Sí se mantenía el carácter privado que otorga el perdón.

### 3.3 Patria, honor y religión

Los CP más fascistizantes hicieron gala de una especial tutela o consideración del honor. Buen ejemplo es la Ley para la protección del honor alemán o el famoso lema de las juventudes hitlerianas *Blut und Ehre* (sangre y honor)<sup>92</sup>. Hasta tal punto llegaron, por ejemplo, los nacionalsocialistas que consideraron el honor como un bien jurídico más relevante que la vida<sup>93</sup>. Y, por ejemplo, en el *Tratado nacionalsocialista para el Derecho y la legislación* se podía leer:

«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»<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. pto. 5 del Programa de FE.

<sup>91</sup> Al respecto, cfr. MASFERRER, A., «La prueba en el delito de adulterio en España: un análisis jurisprudencial (1870 - 1978)», en Masferrer, A. (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, cap. 2.

<sup>92</sup> Cfr. RIVAYA, B., «La reacción...», *op. cit.*, p. 159.

<sup>93</sup> *Nationalsozialistisches...*, *op. cit.*, 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. Angriffen auf Ehre, Leben, Gesundheit, Freiheit ist hier zu wehren*).

<sup>94</sup> FRANK, H. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Zentral Verlag der NSDAP, München, 1935, p. XXI.

En el fascismo italiano la tendencia fue parangonable y, de hecho, el artífice de la nueva legislación penal y procesal penal fascista (Alfredo Rocco)<sup>95</sup>, consideró la restitución de la pena de muerte (primero por la Ley de 25 de noviembre de 1926<sup>96</sup> [una de las llamadas *fascistissimi*] y luego en el CP italiano de 1930) como otro «feliz signo del cambiado espíritu de la Nación Italiana, de la recuperada virilidad y energía de nuestro pueblo [...]»<sup>97</sup>. El nacionalsindicalismo no fue ajeno a ello, como se ha dado cuenta antes con las referencias a la masculinidad (Cap. I.2.1).

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 infamantes<sup>98</sup>, también en el Derecho nacionalsocialista<sup>99</sup>. La pena infamante ataca directamente la vanidad del que comete el delito y que, por tanto, desobedece la voluntad del Estado<sup>100</sup>. De ahí su relevancia para estos sistemas, que parten de que lo que el Estado debe reprochar es la voluntad de desobedecer.

En cualquier caso, el ACP 1938 regulaba las penas en los arts. 23 y ss. y reconocía, en el art. 27, la «reprensión pública» como pena grave y la «reprensión privada» como pena leve<sup>101</sup>. 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

<sup>95</sup> Cfr. UNGARI, P., *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1963 (hay 2.ª ed. de 1974). Alfredo Rocco fue el más importante teórico fascista italiano del Derecho penal «and his work is the essential point of reference in exploring Fascist ideology in this area» (SKINNER, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, p. 441).

<sup>96</sup> Esta norma instituía el llamado *Tribunale speciale per la Difesa dello Stato*, análogo (aunque menos sangiente, se dice: KLINKHAMMER, L., «Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and Nazi Germany», *Journal of Modern Italian Studies*, Núm. 15, Vol. 3, 2010, pp. 393 y ss.) que el nazi *Volksgerichtshof*. Sobre el Tribunal italiano, cfr. también: VINCI, S., «La politica giudiziaria...», *op. cit.*, pp. 1 y ss. (de cuyos relatos [por ejemplo, p. 11] parece desprenderse que, en crueldad, nada tuvo que envidiar el Tribunal italiano al alemán).

<sup>97</sup> Cit. en SKINNER, S., «Violence in Fascist...», *op. cit.*, p. 449. Lo hace notar también: CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 143.

<sup>98</sup> Sobre las penas infamantes, cfr. MASFERRER, A., *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; o CAÑIZARES NAVARRO, J. B., *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, Tes. Doc., Universitat de València, Valencia, 2011.

<sup>99</sup> AMBOS, K., *Nationalsozialistisches...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>100</sup> FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XII, Buenos Aires, 2002, p. 110.

<sup>101</sup> Su ejecución se regulaba en el art. 84 ACP 1938.

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)<sup>102</sup> volvían a identificarse<sup>103</sup>.

También la religión cobró un rol importante en el ACP 1938, 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 dispuso igualdad de trato a las confesiones religiosas (art. 207 y ss. CP), sin privilegiar ninguna particularmente.

#### IV. RÉGIMEN DE PRISIONES

Además del ACP 1938 y de los diversos textos procesales, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho publicó un ALP, tratado con detalle por Abel Téllez Aguilera<sup>104</sup>. En aquel texto la influencia extranjera acusa menor presencia (a diferencia de las normas penales y procesales):

«Es tan rica y fecunda la tradición española en esta materia que ni los tratados de penitenciaristas, ni las prisiones extranjeras, como la Borstal Institution en Inglaterra, la de Fresnes en Francia, la de Forest en Bélgica, así como la Colonia de mendicidad de Merplas cerca de Bruselas, ni la de Tejel en Alemania, necesitan ser tomadas como modelos. Y si bien las Prisiones de clasificación y el huerto anejo a la cárcel rural son iniciativas del Director General de Establecimientos Penales argentinos O' Connor, dado su entronque con nuestra Patria, no podemos considerarla como importación extranjera»<sup>105</sup>.

La organización del nuevo Estado afectó también al régimen de las prisiones. Y, por ejemplo, la supresión de la Dirección General de Prisiones, como órgano dependiente del Ministerio de Justicia<sup>106</sup>, enlazaba con las propuestas de la ALOAJ 1938, que se analizan de seguido. En cualquier caso, ello explica que las prisiones pasaran a depender del presidente de la Sala Segunda del TS (art. 1 ALP 1938).

---

<sup>102</sup> KIRCHHEIMER, O., «Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, Vol. 4, Núm. 4, 1971, p. 356.

<sup>103</sup> Cfr. MASFERRER, A. (ed.), *Criminal Law and Morality in the Age of Consent: Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Heidelberg et al., 2020.

<sup>104</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada...», *op. cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>105</sup> Preámbulo, ALP 1938, cit. por TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada...», *op. cit.*, pp. 23 y 24. Cfr. Luna García, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>106</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada...», *op. cit.*, p. 24.



## V. RECAPITULACIÓN

El Derecho penal contenido en el ACP 1938 respondía a la necesidad primera de tutelar la posición del Estado. Quebró decididamente (al modo nacionalsocialista y soviético) el principio de legalidad. Acentuó la subjetividad y pretendió castigar más por la voluntad que por la acción. Su parte especial dio cuenta de esta concepción y añadió, además, un cierto tinte racista (entendible más como *guiño* al modelo alemán, que como genuina expresión política).

## CAPÍTULO IV. DERECHO PRIVADO

Aprehender el entendimiento falangista del Derecho privado es tarea más compleja que la anterior, pues no fue publicado ningún Anteproyecto de CC, aunque Antonio Luna García sí se pronunció claramente sobre la necesidad de revisar el Derecho civil. Y a este respecto, refería como *problema* la «pluralidad legislativa foral» existente en España <sup>1</sup>.

La falta de Anteproyecto de CC no impide, sin embargo, reconocer tendencias de esa concepción totalizante del Estado en el Derecho privado, lo que también sucedió en la Alemania nazi (en que sí se publicó, en 1942, un Proyecto de Código popular [*Volksgesetzbuch*]). De la mutación del Derecho privado en la Alemania nazi se ha ocupado Bernd Rüthers, en su famoso escrito de habilitación *Die unbegrenzte Auslegung* (La interpretación sin límites, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1968, 496 pp.) que va ya por la novena edición. Sirve su trabajo, en lo que sigue, para tratar sucintamente la idea del Derecho privado del fascismo español, sabiendo que no todas las categorías pueden ser trasladables a España (y, por ejemplo, la capacidad jurídica y de obrar no quedó restringida en la posición de FE a ninguna raza en particular, como sí sucedía en el nacionalsocialismo) <sup>2</sup>, salvo en lo relativo al matrimonio (*cfr.* Cap. III.3.1).

Así, el programa político de FE ofrece relevantes puntos de anclaje (dejando de lado las conclusiones que el Derecho penal permite ofrecer sobre algunas instituciones de Derecho privado como el matrimonio o la protección de los hijos). Especial atención se presta, en lo que sigue, al Derecho de propiedad y al Derecho de sociedades, lo que no impide reconocer influencia tam-

---

<sup>1</sup> LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>2</sup> *Cfr.* RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte...*, *op. cit.*, pp. 343 y ss.

bién en el Derecho laboral y social<sup>3</sup> (suponiendo que estos sean Derecho privado y no público).

## I. PROPIEDAD

En el programa político de FE cristaliza un entendimiento particular de la propiedad, respecto de la que el Estado nacionalsindicalista había de tomar posición:

«El Estado Nacionalsindicalista permitirá toda iniciativa privada compatible con el interés colectivo, y aun protegerá y estimulará las beneficiosas». (pto. 8). [...] «Repudiamos el sistema capitalista, que se desentiende de las necesidades populares, deshumaniza la propiedad privada y aglomera a los trabajadores en masas informes, propicias a la miseria y a la desesperación [...]». (pto. 10). [...] «La riqueza tiene como primer destino –y así la afirmará nuestro Estado– mejorar las condiciones de vida de cuantos integran el pueblo. No es tolerable que masas enormes vivan miserablemente mientras unos cuantos disfrutan de todos los lujos». (pto. 12). [...] «El Estado reconocerá la propiedad privada como medio lícito para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, y la protegerá contra los abusos del gran capital financiero, de los especuladores y de los prestamistas». (pto. 13)<sup>4</sup>.

No sorprende la decisión del nacionalsindicalismo si se consideran algunas de las siguientes afirmaciones de Ledesma. Para él, al Estado «colectivista y sindical» correspondía la «suplantación de los derechos del individuo por los derechos del Estado hispánico» y entre ellos, el de propiedad<sup>5</sup>. O: «La tierra es de la nación. El campesino que la cultiva tiene derecho a su usufructo. El régimen de la propiedad agraria hasta hoy imperante ha sido un robo consentido y perpetrado por la monarquía y sus hordas feudales»<sup>6</sup>. No es complicado hilar la referencia al «robo» con la conocida posición de Pierre-Joseph Proudhon, para el que la propiedad no solo era un robo, sino «*le suicide de la société*»<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> «Todos los españoles tienen derecho al trabajo, Las entidades públicas sostendrán necesariamente a quienes se hallanen paro forzoso. [...] Mientras se llega a la nueva estructura total, mantendremos e intensificaremos todas las ventajas proporcionadas al obrero por las vigentes leyes sociales» (pto. 15 del Programa Político de FE). Para la Alemania nazi, cfr. RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte...*, op. cit., pp. 379 y ss. Para la Italia fascista, cfr. LONGHI, S., *I problemi più urgenti della riforma fascista dei codici «Il corpus juris fascista» – Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte di Cassazione 29 Ottobre 1934 - XIII*, Stampa, Roma, 1934, pp. 12 y ss.; o COLOMBO, S., «Fascism...», op. cit., pp. 487 y ss.

<sup>4</sup> A estos puntos debían agregársele los relativos a la reforma agraria (ptos. 17 a 22), expresivos también de un entendimiento particular del derecho de propiedad.

<sup>5</sup> «El nuevo régimen – La proclamación de la República», *La Conquista del Estado*, Núm. 6, 18 de abril de 1931, p. 1.

<sup>6</sup> «Españoles campesinos», *La Conquista del Estado*, 18 de abril de 1931, Núm. 6, p. 6.

<sup>7</sup> PROUDHON, P. J., *Qu'est-ce que la propriété?*, Chez J. F. Brocard, Paris, 1840, p. 242.

Para el Estado total, la propiedad obliga no solo a servir («también») a servir a la comunidad, sino «sobre todo»:

«La frase «propiedad obliga» [*Eigentum verpflichtet*]<sup>8</sup> se eleva así desde una vacía expresión retórica de la Constitución de Weimar al contenido de la propiedad misma. Su uso no solo puede ser «también», sino «sobre todo» en servicio de lo mejor para la comunidad»<sup>9</sup>.

La propiedad era, por tanto, esclava al servicio de la comunidad y no al revés. Paralelamente se producía una resignificación de la tierra, que no «debía ser considerada como una simple mercancía, sino que se unía indisoluble y vitalmente al pueblo que sobre ella habitaba»<sup>10</sup>. De eso da cuenta, por ejemplo, el pto. 17 del Programa de FE: «Hay que elevar a todo trance el nivel de vida del campo, vivero permanente de España».

Por otra parte, igual que los nacionalsocialistas rechazaron el § 903 BGB<sup>11</sup>, traslucía en el programa de FE el rechazo de la concepción liberal de propiedad del art. 348. I CC («La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»), por ejemplo, en el pto. 21, que pretendía facultar al Estado para expropiar sin indemnización las tierras «cuya propiedad haya sido adquirida o disfrutada ilegítimamente». El Derecho procesal civil debía dar, efectivamente, cuenta de esa concepción pública de la propiedad (*cfr.* Cap. IV.1).

## II. DERECHO SUCESORIO

También para el Derecho de sucesiones pretendía Antonio Luna una renovación. Allí, la reforma que exigía el nacionalsindicalismo debía hacerse real así:

---

<sup>8</sup> Ya a comienzos del siglo XX había dado indicios el RG de una tendencia a reconocer con ímpetu una vertiente obligatoria al Derecho de propiedad (*cfr.* RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte...*, *op. cit.*, p. 351 y ss.). La Constitución de Weimar reconoció expresamente en su art. 153. III que: «La propiedad obliga. Su uso debe estar igualmente al servicio del bien común» (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste*), lo que ha tomado cuerpo casi literalmente en el actual art. 14. II de la Ley Fundamental de Bonn: «La propiedad obliga. Su uso debe servir igualmente al bien de la comunidad» (*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*). *Cfr.* las referencias a Hermann Göring (1893-1946) que se traen a colación en: BRAHM GARCÍA, E., «El derecho de propiedad en el nacionalsocialismo alemán», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, Núm. 3, 1986, p. 443.

<sup>9</sup> LANGE, H., «Nationalsozialismus und bürgerliches Recht», en FRANK, A. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch...*, *op. cit.*, p. 945.

<sup>10</sup> BRAHM GARCÍA, E., «El derecho de propiedad...», *op. cit.*, pp. 441 y 442.

<sup>11</sup> RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte...*, *op. cit.*, p. 352.

«En el orden sucesorio precisa [la reforma] debilitar el principio de la libre disposición, manteniendo sobre la sucesión testamentaria la primacía de la sucesión legítima; pero de tal guisa que inmediatamente después de los parientes cercanos aparezca el Estado, no para suplir la falta de herederos lejanos, sino en nombre de la comunidad con la que el causante tuvo obligaciones derivadas de la convivencia en su seno»<sup>12</sup>.

Es, por tanto, otra expresión más en el Derecho privado del rol (casi) total del Estado.

### III. SOCIEDADES MERCANTILES: CAUDILLAJE

Tampoco quedó de lado el Derecho de sociedades. En 1933 publicó Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate una monografía titulada *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*<sup>13</sup>, que fue reseñada por José Antonio Primo de Rivera en *FE* (núm. 3, 18 de enero de 1934). Allí advertía que, frente a la democratización de las sociedades anónimas (producto de la Revolución francesa), se alzaba una tendencia de signo inverso:

«Pero a los nuevos hechos no pudo ser ajena la vida de las sociedades anónimas. La misión de éstas, más compleja cada vez, vino a resentirse por instantes de la ineficacia de las asambleas. Ya en plena quiebra el principio liberal y democrático que la informó, la sociedad anónima tiende, como en sus orígenes a configurarse jerárquicamente y a recobrar frente al Estado la consideración de órgano de la economía nacional».

Mantenía José Antonio, además, que tales principios liberales y democráticos, que ya fueron en un inicio corrosivos para la sociedad mercantil, serían bastante «para acabar de disolver, si no se revisan resueltamente, patrias e imperios». La indisoluble relación entre lo privado (una sociedad anónima) y lo público (el imperio) se hace patente.

Una tendencia similar se hizo viva en el Derecho de sociedades de capital nacionalsocialista, que fue reformado en 1937, para incluir el principio de caudillaje (*Führerprinzip*)<sup>14</sup>. En las sociedades anónimas planteaba la cuestión mayor dificultad que en las de responsabilidad limitada pues, como mantenía el *Tratado nacionalsocialista para el Derecho y la legislación*, en estas no era pre-

---

<sup>12</sup> LUNA, A., *Justicia...*, op. cit., p. 62.

<sup>13</sup> Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933 (121 pp.).

<sup>14</sup> Antes ya se había estudiado la cuestión para las sociedades personales (WÜRDINGER, H., «Grundfragen zur Reform der Einzelunternehmung und der Personalgesellschaften», en FRANK, A. [ed.], *Nationalsozialistisches Handbuch...*, op. cit. p. 1128).

visible un cambio rápido y habitual de socios (que, además, tampoco serían tantos como en una sociedad anónima)<sup>15</sup>. De tal manera, el nuevo § 70. I de la Ley de acciones (*Aktiengesetz*) establecía la obligación del Consejo de Administración (*Vorstand*) de conducir (*leiten*) la sociedad bajo su propia responsabilidad (igual que sucedía para el Caudillo)<sup>16</sup>, tal como lo exige el bien de la empresa, sus miembros y el aprovechamiento común del Pueblo y del Imperio<sup>17</sup>.

El fascismo italiano también se preocupó de tal cuestión, fue consciente de que la solución no pasaba por una «*burocratizzazione*» de la sociedad anónima que derivaría en un «*pericolo di congelamento*». Bastaría instaurar un eficaz medio de publicidad, de control de la gestión societaria e instaurar un auténtico modelo de responsabilidad del dirigente, de manera que «*l'iniziativa individuale sia contemperata con la tutela della pubblica economica*»<sup>18</sup>. Y, en definitiva, se trataba de la aparición del principio de caudillaje «*in many and strange places*»<sup>19</sup>.

#### IV. RECAPITULACIÓN

También en el Derecho privado se dejó sentir el influjo de la nueva forma del Estado. Los derechos patrimoniales se entendían primordialmente en relación con el Estado y sus intereses. En el Derecho societario también aparece, como en otros sectores del ordenamiento, el principio de caudillaje.

<sup>15</sup> CRIFFOLI, K. A., «Die Aktiengesellschaft im nationalsozialistischen Staat» en FRANK, A. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch...*, p. 1162.

<sup>16</sup> También Hitler lo había reconocido: «El que quiere ser *Führer*, lleva consigo, junto a la más alta e ilimitada autoridad, la última y más severa responsabilidad [...] El que no es capaz para ello o es muy débil para asumir su hacer, no sirve para *Führer*. Solo el héroe está llamado a eso» (*Wer Führer sein will, trägt bei höchster unumschränkter Autorität auch die letzte und schwerste Verantwortung. [...] Wer dazu nicht fähig ist oder für das Ertragen seines Tuns zu feige ist, taugt nicht zum Führer. Nur der Held ist dazu berufen*): HITLER, A., *Mein Kampf*, Zentralverlag der NSDAP, München, 1943, p. 379. O, sintéticamente: «La más alta autoridad – La más alta responsabilidad» (*Höchste Autorität – Höchste Verantwortung*): p. 378.

<sup>17</sup> Cfr. GRAUE, E., «Das Zivilrecht im Nationalsozialismus», en SÄCKER, F. J. (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992, p. 116. Cfr. también: CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 148.

<sup>18</sup> LONGHI, S., *I problemi...*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>19</sup> CAMPBELL, A. H., «Fascism...», *op. cit.*, p. 148.

## **SEGUNDA PARTE**

Claro lo anterior se está ya en condiciones de abordar los principales textos jurisdiccionales y procesales del nacionalsindicalismo: en primer término, el ALOAJ y, posteriormente, el ALEC y el ALECRim. El tratamiento de estos dos últimos viene precedido por un examen conjunto (pero general) de los principios fundamentales que sustentan ambos enjuiciamientos.

## CAPÍTULO V. ORGANIZACIÓN JUDICIAL

Se impone ahora tratar la organización de la Administración de Justicia proyectada<sup>1</sup>. Esta fue para Antonio Luna García «la pieza capital de la compleja maquinaria del Estado»<sup>2</sup>. Conocerla es presupuesto indispensable para entender el enjuiciamiento civil y criminal, no solo porque el proceso es instrumento de la función jurisdiccional (que presupone necesariamente una organización), sino porque la propia Delegación Nacional de Justicia y Derecho expresó la necesidad de abordar como un *totum* el enjuiciamiento y la organización de los Tribunales (en sentido amplio).

Así, en un informe sobre la Ley de Bases para la Organización de la Justicia (después Ley 42/1974, de 28 de noviembre), la Delegación Nacional de Justicia y Derecho ponía de relieve lo siguiente:

«Es criterio unánimemente compartido la necesidad de coordinar las reformas orgánicas con las procesales, siguiendo la armónica idea de unificar sus principios básicos, adaptándolas a idénticas técnicas, a fin de evitar que textos que configuran una sola aspiración y un exclusivo objetivo, utilicen terminología y conceptos con diferente significación, originando posibles contradicciones y dificultades interpretativas, que nublen la nítida claridad que debe impregnar, la estructura y actividad de los órganos judiciales»<sup>3</sup>.

Se entiende, por tanto, la concepción unitaria del proceso. Se postulaba, por eso, una regulación en un único Código, en que se consignarían

---

<sup>1</sup> Sobre la real, *cfr.* CANO BUESO, J., «Notas sobre la «Administración» de Justicia en el Estado Totalitario. Especial referencia a la España de Franco (1936 – 1945)», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos de la Universidad de Granada*, Núm. 1, 1988, pp. 5 y ss; y, sobre la italiana, *cfr.* KLINKHAMMER, L., «Was there...?», *op. cit.*, p. 392.

<sup>2</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>3</sup> AGA, Caja 52/02989, Núm. 1708/1709 – Bases para la Ley Orgánica de Justicia (1968), p. 2.



«las normas adjetivas, comunes a toda actividad jurisdiccional, y en libros especiales o anexos, las aplicables a los procesos dentro de cada orden judicial, en aquellos que les sea particular»<sup>4</sup>. No solo comprendería el enjuiciamiento civil y penal, sino también el laboral y el contencioso-administrativo<sup>5</sup>.

No se trata, eso sí, ni de una invención del falangismo o del nazismo, ni tampoco de una pretensión fracasada o estéril. Ya desde antiguo se postula la necesidad de unificar los procedimientos y la organización académica española es buen ejemplo de ello, pues no se distribuyen cátedras universitarias de Derecho material y procesal sino, separadamente, de Derecho material y de Derecho procesal<sup>6</sup>. Esto favorece las reflexiones unitarias y generales sobre el proceso, existentes en la doctrina nacional<sup>7</sup> y extranjera<sup>8</sup>.

La unificación tiene, sin embargo, el inconveniente de alejar a los procesalistas del Derecho material al que, en realidad, *sirve* el proceso. Más allá de eso, en algunos países, esta concepción general de *lo procesal* ha tomado cuerpo legislativo y, por ejemplo, el Derecho sueco conoce un Código de procedimientos judiciales de 1942 (*Rättegångsbalk*); o el Derecho belga conoce un *Code judiciaire* (1967), cuyo art. 2. establece lo siguiente: «*Les règles énoncées dans le présent code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit code*»<sup>9</sup>. También en América del Sur hay ejemplos: la República Oriental del Uruguay promulgó un Código General del Proceso (1988)<sup>10</sup>, con análogas pretensiones. Más reciente es la decisión de la República de Colombia, de poner en vigor un Código Ge-

<sup>4</sup> AGA, Caja 52/02989, Núm. 1708/1709 – Bases para la Ley Orgánica de Justicia (1968), p. 5.

<sup>5</sup> Cfr. ROYO VILANOVA, S., «Lo Contencioso-Administrativo en os Estados totalitarios», *RGLJ*, Núm. 170, 1940, pp. 307 y ss.

<sup>6</sup> Al respecto, cfr. CACHÓN CADENAS, M., *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900 - 1950)*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012, pp. 17 y ss.

<sup>7</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho procesal*, UNAM, México, 1992 (por citar uno de los últimos de sus trabajos). Bastante antes: ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense – Tratado que comprende la constitución y atribuciones de Todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Tomo II, 4.ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1861.

<sup>8</sup> Cfr. REIMER, P., *Verfahrenstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015; o SILBERZAHN, C., *Das Konzept einer allgemeinen Prozessrechtslehre in Gesetzgebung und Rechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021. En las pp. 53 y ss. de esta última obra hay referencias al desarrollo de una teoría general del Derecho procesal desde la tercera mitad del siglo XIX en Alemania hasta hoy.

<sup>9</sup> También en Alemania y especialmente en la segunda mitad del siglo XX ha sido discutida esta cuestión respecto de los procesos jurisdiccionales de Derecho público (jurisdicción contencioso-administrativa o tributaria, entre otras). Al respecto, cfr. SILBERZAHN, C., *Das Konzept...*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>10</sup> Ley 15982/1988 de 18 de octubre.

neral del Proceso (2012)<sup>11</sup>, cuyo objeto es regular la actividad procesal en asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios pero, sobre todo, regir en «todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes» (art. 1)<sup>12</sup>. Y, por último, Ecuador ha dado a conocer en 2015 un Código Orgánico General de Procesos que excluye, eso sí, los constitucionales, penales y electorales (art. 1).

## I. EN BUSCA DEL ALOAJ 1938

Al autor de estas líneas (como creo que a otros que se han ocupado de la cuestión)<sup>13</sup> no ha sido posible acceder al texto del ALOAJ 1938. Ni en el Archivo General de la Administración en Alcalá de Henares ni en ninguna biblioteca ha sido posible trazarlo. Pudo no haber sido reproducido, como mantiene Casabó<sup>14</sup>. Lo que sí es claro es que un texto hubo: Goldschmidt se ocupó de él<sup>15</sup>. A partir de sus referencias intentaré reconstruir sus líneas esenciales. Sentado eso sí, lo provisionalísimo del esfuerzo. A esos efectos, es esencial la ya citada obra de Antonio Luna García (*La Revolución Judicial*, Imprenta Núñez, Salamanca, 1938). Allí se exponen con claridad las líneas generales de la Administración de Justicia nacionalsindicalista.

## II. ALGUNAS CUESTIONES EN PARTICULAR

En el ALOAJ 1938 se siente, más que en los otros Anteproyectos, «el espíritu del Derecho inglés» (como titula Radbruch su famosa obra)<sup>16</sup>, especialmente en la organización de los Tribunales, para la que el texto reservaba una «estructura judicial personalista, rígidamente jerarquizada, fuertemente

---

<sup>11</sup> Ley 1564/2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

<sup>12</sup> De destacar es esta misma tendencia en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo, unitariamente contenidos en Colombia en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437/2011, de 18 de enero).

<sup>13</sup> LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia...*, op. cit., p. 72, nota 6.

<sup>14</sup> CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, op. cit., p. 2.

<sup>15</sup> Cfr. GOLDSCHMIDT, J., «La révolution judiciaire en Espagne», *Bulletin trimestriel de la société de législation comparée*, Núm. 2, 1939, pp. 213 y ss.

<sup>16</sup> RADBRUCH, G., *Der Geist des englischen Rechts*, 4. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1958.

influenciada por FE, y desvinculada del Ejecutivo, aunque no del Jefe del Estado en su condición de Jefe Político»<sup>17</sup>.

## 2.1 El Gobierno de los Jueces y el TS

Una de las medidas más revolucionarias que admitió el ALOAJ 1938 fue la supresión del Ministerio de Justicia, lo que para Antonio Luna García era un «acierto inglés»<sup>18</sup>. La pretensión del texto falangista era que las competencias que quedaran subsistentes tras la supresión del Ministerio de Justicia fueran asumidas por la Sala de Gobierno del TS. Correspondería a este, también, llevar el Registro Civil (Sala de lo Civil)<sup>19</sup> y la vigilancia penitenciaria (que correspondería a la Sala de lo Penal)<sup>20</sup>.

La Sala del Gobierno del TS asumiría, por tanto, las funciones que competían al Ministerio de Justicia y, particularmente, la inspección de Tribunales, la administración del presupuesto o las relaciones de la Administración de Justicia con el Ejecutivo<sup>21</sup>. Al TS también quedaría reservada la competencia en materia de Derecho político-constitucional, que abandonaban el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales, al modo de Estados Unidos, Argentina o Brasil<sup>22</sup>.

El ALOAJ 1938 pretendía hacer real «la vieja aspiración del autogobierno de la magistratura, entendida como completa independencia del Ministerio de Justicia y gobierno centrado en los propios órganos jurisdiccionales»<sup>23</sup>. Se separaba el texto falangista del modelo del Consejo judicial instituido por Primo de Rivera, que dependía del Ministerio de Gracia y Justicia (art. 1. II del Real Decreto de 21 de junio de 1926); hubo antes, también bajo Miguel Primo de Rivera, una Junta organizadora del Poder Judicial<sup>24</sup> (que construía *formalmente* un sistema de autogobierno)<sup>25</sup> y una Junta Inspectora del Poder Judicial

<sup>17</sup> LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia...*, op. cit. p. 92.

<sup>18</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 39.

<sup>19</sup> Así sucedía en Austria: LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 39.

<sup>20</sup> Así sucedía en Bélgica: *idem*.

<sup>21</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 40.

<sup>22</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 50. Cfr: también GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», op. cit., p. 215.

<sup>23</sup> LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia...*, op. cit., p. 88.

<sup>24</sup> Así fue conocida en la época, cfr: LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 39.

<sup>25</sup> PÉREZ ALONSO, J., «La independencia del Poder Judicial en la historia constitucional española», *Historia Constitucional*, Núm. 19, 2018, p. 74; cfr: también DE BENITO FRAILE, E. J., «La independencia del Poder Judicial durante la dictadura de Primo de Rivera (1923 - 1926). Realidad o ficción», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXV, 2015, p. 354. Fue disuelta por Real Decreto de 21 de junio de 1926.

(que pretendía lograr la efectiva independencia del Poder Judicial) <sup>26</sup>. Que la independencia judicial pudiera estar garantizada en cualquiera de esos dos modelos es dudoso. Ninguna obtuvo grandes éxitos.

Por otra parte, la vocación expansiva del TS en los textos falangistas (frente al modelo primorrriverista de sumisión al Ministerio de Justicia), no puede entenderse aisladamente como pareció hacerlo Goldschmidt <sup>27</sup>. No es esa vocación del TS ninguna garantía de la independencia del Poder Judicial, sino solo supresión de un intermediario (el Ministerio de Justicia) que podía interferir entre las órdenes del Jefe del Estado y el TS, cuya jurisdicción no podía aquel asumir directamente sin romper del todo las formas. La forma en que aparecía la actividad judicial (subordinada al Jefe del Estado pero *independiente de cualquier otra consideración*) fue trascendental en el totalitarismo <sup>28</sup>. «Tanto como “el ser” mismo de la Justicia hay, sobre todo, que cuidar lo que pudiera llamarse su “bien parecer”» <sup>29</sup>, había dicho Luna.

## 2.2 Órganos jurisdiccionales

Al margen del TS, la organización judicial prevista en el ALOAJ se componía por otros órganos, cuyos titulares debían clara y ostentosamente exhibir la camisa azul, entre otras insignias falangistas <sup>30</sup> y, en definitiva, debían ejercer la función jurisdiccional «con toda lealtad [y] no sólo con toda lealtad, sino con fervor, al Jefe del Estado [...]» <sup>31</sup>. Su adhesión al Movimiento era condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se trataba, como hacía notar Fenech, de que los Jueces se encontraran al Jefe del Estado (al que el autor llama el «príncipe») en la misma situación que el resto de funcionarios, es decir, «en una situación de sumisión y obediencia»:

<sup>26</sup> DE BENITO FRAILE, E. J., «La independencia...», *op. cit.*, p. 348.

<sup>27</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 214. Allí mantuvo que el ALOAJ 1938 esperaba «*soustraire les juges à toute influence politique*»

<sup>28</sup> KLINKHAMMER, L., «Was there...?», *op. cit.*, p. 392.

<sup>29</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>30</sup> «[...] conviene a la fe del pueblo que, lo mismo que los militares, nuestros Jueces y Magistrados ostenten sobre la camisa azul y la toga, todas las insignias a que se han hecho acreedores por los talentos que evidencien, por las virtudes que demuestren y por los beneficios que produzcan al orden nuevo en el ejercicio de sus funciones augustas» (LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53). Cfr. también LANERO TABOAS, M., *Una milicia...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ-JURADO, A., *Los problemas fundamentales de la Justicia*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1944, p. 59. La cita continuaba –valientemente– refiriéndose a la necesaria separación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial.

«El príncipe designa los Jueces, los traslada, los asciende, los destituye, los jubila, según las conveniencias del Estado y de la idea misionera de éste. El príncipe podría, por ejemplo, destituir a un Juez porque el fallo dictado por éste infrinja las concepciones fundamentales del Estado. [...]»<sup>32</sup>.

Eso supone la desaparición de la función jurisdiccional liberal, cuyo examen (solo posible por la vía de los recursos) se somete nada más que a criterios materialmente jurídicos y no políticos.

## 2.2.1 AUDIENCIAS TERRITORIALES Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

Al momento de publicarse el ALOAJ 1938, las Audiencias españolas estaban subdivididas en Audiencias Territoriales (15), competentes respecto de asuntos civiles, a las que se agregaban 35 Audiencias Provinciales con competencia penal<sup>33</sup>. El ALOAJ 1938 mantenía esta organización, con la particularidad de que las Audiencias Territoriales serían constituidas como órganos de primera instancia.

Los presidentes de las Audiencias eran las claves de bóveda de la organización judicial falangista, hasta tal punto que los jueces territoriales no juzgaban, sino que se limitaban a operar como meros delegados del presidente de la Audiencia<sup>34</sup>. Igual que el «Obispo [...] representa con jurisdicción propia a Cristo dentro de su Sede», lo mismo debía suceder con el presidente de la Audiencia «con exclusivismo muy radical»<sup>35</sup>. El ALOAJ pretendía así inyectar «vida nueva a la Presidencia de cada Audiencia», resucitándola de su letargo «en el Estado quebrado»<sup>36</sup>. Los poderes de dirección formal y material, procesales y extraprocesales del presidente, serían totales: «la individualidad de cada Juez y hasta de cada Sala ha de quedar disuelta en la personalidad única de su respectivo presidente, del que tanto el Juez como la Sala sólo son en el Anteproyecto meros y simples delegados»<sup>37</sup>. Esta intervención total del Presidente se conseguiría

«[...] (n)o solo mediante circulares frecuentes y públicas, sino hasta con audiencias privadas de los justiciables, el Presidente ha de procurar la convivencia cotidiana con éstos, con sus Abogados y con sus Procuradores y ha de estar

---

<sup>32</sup> FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 103.

<sup>33</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», op. cit., p. 215.

<sup>34</sup> LANERO TABOAS, M., *Una milicia...*, op. cit., p. 91.

<sup>35</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit., p. 42.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, op. cit. p. 43.

bien informado de todos los negocios del territorio. Mediante aquel principio, podrá sustituir con otro funcionario a cualquier Juez o Magistrado contra el cual se haya formulado una queja, si luego de oír al interesado la reputa más o menos justificada»<sup>38</sup>.

De tal manera, la organización judicial del ALOAJ 1938 se asentaba sobre el principio de unidad de jurisdicción, en el sentido de que no pertenece aquella a cada órgano, sino al presidente de la Audiencia. No se trata, por tanto, del principio de unidad de jurisdicción en que piensa hoy el art. 117.5 CE. Es decir, solo en nombre del presidente de la Audiencia y con su consentimiento podrían plantearse conflictos y cuestiones de competencia con otras Audiencias (que en el proceso penal estaban notablemente restringidas en beneficio de la celeridad y en detrimento del Juez legal: *cfr.* Cap. VIII.2.2). En el «mundo judicial no se debe decretar un embargo ni revocar un procesamiento ni acordar una prisión ni dictar una sentencia sin someter telegráficamente la resolución a la aprobación de la Presidencia»<sup>39</sup>. En fin: el presidente de la Audiencia sería el «único elemento verdaderamente directivo»<sup>40</sup>, es decir: «el único verdadero Juez, que dentro del mismo [Tribunal] tiene jurisdicción propia, pasando a ser todos los demás funcionarios y órganos meros y simples delegados suyos»<sup>41</sup>.

Se trataba de la concreción en la organización judicial de la organización caudillista del Estado. El más alto poder y la más alta responsabilidad se atribuirían, entre los Jueces, a una sola persona en su territorio, lo que ya había mantenido Hitler: «El principio de la responsabilidad del [*Führer*] prohíbe, sin embargo, que un miembro del Tribunal se esconda tras el voto colegiado y pueda ocultar así una decisión personal»<sup>42</sup>. En realidad, esa tesis no era más que concreción de lo que sostenía, igualmente, respecto del Parlamento<sup>43</sup>.

El principio de caudillaje solo podía hacerse realidad en la propuesta de FET y de las JONS con una cuidadísima selección de los Magistrados. Y, por ejemplo, algunos autores alemanes supeditaron el éxito de la Administración de Justicia nacionalsocialista a una elección de las «personalidades judiciales», basada en la selección de aquellos que hunden sus raíces en el pueblo

<sup>38</sup> *Idem.*

<sup>39</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>42</sup> POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>43</sup> HITLER, H., *Mein...*, *op. cit.*, pp. 85 y 86: «El Parlamento adopta cualquier resolución, cuyas consecuencias pueden ser muy deshonrosas, sin que nadie asuma por ello responsabilidad, sin que a nadie puedan serle reclamadas cuentas».

alemán, que están imbuidos de la nueva concepción del Estado y que cumplen las más altas condiciones morales (primero) y técnicas (después)<sup>44</sup>.

Tampoco el ALOAJ 1938 fue a ese respecto una excepción. La renovación exigía, para Antonio Luna García, la reducción a la mitad de los Jueces (lo que no era «nada original ni nuevo»<sup>45</sup>, pues ya lo había sido propuesto en la II República). Aun así, la propuesta no tiene *per se* nada de autoritario. Lo hace patente, respecto del Derecho inglés, L. M. Díez-Picazo: «[...] no es factible tener una judicatura cualificada y prestigiosa [...] con demasiados jueces, simplemente porque no hay tantos juristas cualificados y prestigiosos»<sup>46</sup>.

La renovación de la Administración de Justicia exigía, también, la supresión del sistema de ascensos y traslados («el mayor enemigo de la independencia judicial», decía Luna). Quería éste un sistema de acceso a la carrera judicial que consistiera en oposición directa a una plaza particular. De tal manera:

«Al desaparecer la mecánica de los actuales ascensos y traslados, queda evidentemente vacante la función del Ministerio de Justicia, que en vez de cuidar la organización del aparato judicial del Estado, de hecho habíase limitado a la humilde artesanía de regir aquellos ascensos y traslados»<sup>47</sup>.

Con la depuración (que habría de elevarse «a las propias manos del Caudillo de la Nación que es, como Jefe del Estado, el primer Magistrado de ella, sólo responsable ante Dios y ante la Historia»<sup>48</sup>) y la supresión de los ascensos y traslados, los Jueces del Nuevo Estado no podrían ni temer los unos, ni desear los otros. La oposición directa para la plaza determinada se acompañaba con un nombramiento «por mientras se conduzcan bien (*quamdiu se benegerit*), según la fórmula inglesa, esto es, como una especie de propiedad vitalicia (*state for life*), que solo se pierde por mala conducta (*misbehaviour*)»<sup>49</sup>. Esta previsión se maquillaba, sin embargo, para la obtención de plazas más destacadas. A los Jueces depurados, el ALOAJ reconocería los mismos derechos que preveía el régimen nacionalsocialista<sup>50</sup>.

<sup>44</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 3.

<sup>45</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>46</sup> Díez-PICAZO, L. M.<sup>a</sup>, «Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 34, 1992, p. 36.

<sup>47</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>48</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>49</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>50</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 31. Concretamente la Ley para el remedio de la angustia del Pueblo y del Imperio de 24 de marzo de 1933 (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*); en la Ley restauración del funcionariado (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*) de 7 de abril de 1933; y en la Ley de modificación de esta última, de 23 de junio de 1933.

La reducción de los Jueces y Magistrados a la mitad supondría, sin modificar el presupuesto, la duplicación de los sueldos<sup>51</sup>. Del modelo inglés traía Antonio Luna García esa propuesta, donde era un axioma «la necesidad de pagar espléndidamente a los Jueces, no tanto para librarlos de la tentación de venalidad cuanto para que vivan con el esplendor que, más que a ellos, conviene a la función»<sup>52</sup>. Con esa remuneración excepcional (que reduciría el odioso contraste con otros funcionarios como los notarios, registradores o incluso algunos secretarios), la Magistratura recuperaría su autoridad y estaría legitimada para cumplir, en el nuevo Estado, la voluntad abstracta del Caudillo en cada una de las sentencias. A la remuneración crematística se le agregaban los honores que se concretaban, por ejemplo, en el lucimiento de condecoraciones (que se podían ganar fomentando conciliaciones: *cfr.* Cap. VI.3.1), de las que había que hacer gala en las sesiones de apertura del año judicial.

Organizados así los Tribunales, se hacía patente la necesidad de dotarlos (por otra vía) de personal. A estos efectos preveía el ALOAJ 1938 el recurso a los llamados «Magistrados honorarios», análogos a los hoy suplentes. Se escogían estos magistrados honorarios, entre abogados y profesores de Universidad para aligerar de trabajo a las Audiencias<sup>53</sup>. Servían, así, para descargar a los Tribunales, pues su jornada de trabajo se preveía amplia: «[...] en el Nuevo Estado, por otra parte, [ocho horas] no deben ser la jornada máxima, sino la jornada mínima de trabajo»<sup>54</sup>. Esos Magistrados honorarios procederían de entre los abogados y catedráticos más prestigiosos y colaborarían cordial y desinteresadamente con la Magistratura<sup>55</sup>. Es decir, trabajarían más de ocho horas y, además, gratuitamente: «porque para eso se les ha de permitir seguir en el ejercicio de su profesión»<sup>56</sup>. El modelo estaba llamado *per se* al desastre, de lo que da cuenta la obligación de los Magistrados honorarios de prestar juramento de no haber intervenido de ninguna manera en el pleito que debían decidir.

<sup>51</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>52</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>53</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 215.

<sup>54</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 31. Más adelante matiza ese exceso y dice: «Claro es que será indispensable que el funcionario trabaje por lo menos ocho horas cada día» (p. 51). Unos años antes había sido más comedido: «Conviene dictar una Ley reduciendo, como ha hecho Italia, la jornada de trabajo sólo a las cuarenta horas, porque en el mundo hay un exceso de producción y un enorme desequilibrio que aumenta el paro entre ésta y el consumo» (LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 83).

<sup>55</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>56</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 63.



## 2.2.2 JUSTICIA MUNICIPAL

La reforma de la justicia municipal concernía esencialmente al personal de los jueces y de los secretarios, cuyo estatuto debía modernizarse. Para la justicia municipal quedaban reservados, sobre todo, los expedientes de jurisdicción voluntaria y el enjuiciamiento de faltas<sup>57</sup>. Los Jueces de primera instancia quedaban sustituidos por los Jueces de instrucción, de naturaleza nómada, llamados a desplazarse donde fueran requeridos. Estos deberían nacer de la refundición en una misma persona del cargo de Juez municipal y de Jefe local de FET y de las JONS<sup>58</sup>.

## 2.3 La Abogacía del Nuevo Estado

La nueva Administración de Justicia exigía, también, redefinir la posición del abogado. Debería abandonar su vieja toga liberal para vestirse la camisa azul y colaborar con el Estado en la tutela de sus intereses. El abogado sería bajo el ALOAJ 1938 un elemento más de la Administración de Justicia. Lo mismo había sucedido en la Italia fascista. Había dicho Alfredo Rocco que *«(l')avvocato [...] è insieme col giudice il piú alto realizzatore della giustizia [...], organo e strumento dei fini e dell'attività dello Stato»*<sup>59</sup>.

### 2.3.1 SERVIDOR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El abogado del nuevo Estado ya no sería más, entonces, un desligado profesional liberal, al exclusivo servicio del interés del cliente, sino un elemento más de la Administración de Justicia. Entonces, aunque la Abogacía «siga siendo profesión liberal, ha de entenderse en el futuro que su misión no debe ser ganar el pleito, sino defenderlo, es decir, no conseguir la sentencia favorable, sino colaborar lealmente en la construcción de la sentencia justa»<sup>60</sup>.

La misma tendencia estuvo presente en la Alemania nazi. Allí fue promulgada una Ley sobre la admisión a la Abogacía (*Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft*), de 7 de abril de 1933. El § 1. I de la norma preveía

---

<sup>57</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 216.

<sup>58</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>59</sup> Cit. en MILETTI, M. N., «Le ali ripiegate. Il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930», *Acta Histriae*, Núm. 16, 2008, p. 620.

<sup>60</sup> LUNA GARCÍA, A., *La Revolución...*, *op. cit.*, p. 64.

retirar la colegiación a abogados que no fueran arios en el sentido de la Ley para la reconstrucción del funcionariado (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*, del mismo día), salvo que hubieran combatido por Alemania (o sus anexiones) en la Primera Guerra Mundial o hubieran perdido allí a padres o hijos y estuvieran colegiados antes del 1 de agosto de 1914 (§ 1. II). Para quienes hubieran tenido actividad en el movimiento comunista la norma no preveía excepción alguna (§ 3). Garantizaría así el nacionalsocialismo, que los abogados serían ciudadanos comprometidos con la nueva organización del Estado y que, por tanto, contribuirían al bien común.

Igualmente, en Italia fue concebido el abogado como un «*ausiliario e un collaboratore della giustizia*»<sup>61</sup>, hasta el punto de que en noviembre de 1929 el Secretariado del Partido Nacional Fascista invitó a los abogados a no asumir la defensa de quienes pudieran ser culpables «*di delitti ripugnanti o gravemente pericolosi per l'ordine sociale e politico*»<sup>62</sup>. En Italia esta postura sobre la Abogacía se tradujo en algunas normas procesales concretas, que reducían el tiempo de intervención en las vistas orales (con la correlativa merma en la defensa del derecho del sujeto pasivo del proceso), pues como decía Alfredo Rocco: «*la vanità dell'avvocato di farsi ascoltare per più tempo da più persone non doveva prevalere sull'interesse pubblico alla celerità dei giudizi*»<sup>63</sup>. La oralidad del proceso penal no está al servicio del abogado, sino de la celeridad del juicio.

Por otra parte, el abogado estaba directamente llamado a intervenir, no solo de buena fe en el proceso y a evitar las dilaciones indebidas, sino a servir al interés de la comunidad antes que al interés del cliente. Eso explica, por ejemplo, que ante el *Tribunale speciale per la difesa dello Stato*, solo pudieran actuar abogados miembros del partido fascista y que, en algunas ocasiones, la parcialidad de los abogados en contra de sus defendidos era tal, que llegaban a reconocer que la única decisión justa sería imponer la pena de muerte a su defendido<sup>64</sup>.

### 2.3.2 ECOS ACTUALES

Un entendimiento tan público de la Abogacía no ha sido abandonado del todo en algunos países de nuestro entorno. Por ejemplo, en el Derecho alemán se sigue manteniendo que el abogado no es solo representante del cliente, sino

<sup>61</sup> GARLATI, L., «“Contro il...”», *op. cit.*, p. 186.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> GARLATI, L., «“Contro il...”», *op. cit.*, p. 187.

<sup>64</sup> VINCI, S., «La politica giudiziaria...», *op. cit.*, p. 13 y 14.

órgano mismo de la Justicia: el § 1 de la Ordenanza Federal del Abogado (*Bundesrechtsanwaltsordnung*) establece lacónicamente: «*Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*»<sup>65</sup>.

En España la *publicidad* del abogado es más tímida, aunque también asumible parcialmente. Deriva esto del art. 1.1 EGA, que obliga a los abogados a velar por los intereses de los defendidos «con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido»; del art. 1.5 («En el Estado social y democrático de Derecho, los profesionales de la Abogacía desempeñan una función esencial y sirven a los intereses de la Justicia, mediante el asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos y libertades públicas»); o, incluso, del art. 48.3 EGA («El profesional de la Abogacía tiene la obligación de informar a su cliente sobre la viabilidad del asunto que se le confía [...]»).

Una situación similar puede predicarse del procurador que, a pesar de ejercitar una profesión libre cuya misión es la representación técnica de las partes (art. 1 EGP), también realizan funciones públicas en ocasiones. Así sucede con los actos de comunicación a que se refiere el art. 20.5 LEC (impugnables justamente ante el Letrado de la Administración de Justicia). En el ejercicio de esas funciones no solo sirven a su cliente, sino al interés general y, por tanto, deben conducirse en consciencia de su tarea pública.

### III. RECAPITULACIÓN

La Administración de Justicia también debía dar cuenta de las pretensiones del Nuevo Estado: el ALOAJ 1938 supondría una renovación total del sistema. Sería suprimido el Ministerio de Justicia, cuyas competencias asumiría un expansivo TS. El ALOAJ 1938 instauraría, además, el principio de caudillaje, concediendo un rol preeminente al presidente de la Audiencia, que encarnaría al director del Estado en su circunscripción. El éxito de esa pretensión estaba supeditado, para Antonio Luna, en una cuidadísima selección del personal jurisdiccional. Selección que se garantizaría depurando a los Magistrados deslindados del régimen, suprimiendo el modelo de ascensos y traslados (lesivo de la independencia judicial) y recuperando el prestigio de los Magistrados (duplicando, por ejemplo, su sueldo). Los abogados del nuevo Estado servirían, ya no al interés particular, sino a la comunidad.

---

<sup>65</sup> Cfr. SCHNEIDER, R., *Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

## **CAPÍTULO VI. TENDENCIA IDEOLÓGICA GENERAL DEL ENJUICIAMIENTO**

Clara ya la organización judicial prevista, es posible tratar el enjuiciamiento totalitario, que se caracterizó por los trazos que siguen. Se trata, ahora, de una perspectiva general. Los detalles se ofrecen respecto de cada procedimiento (Cap. VII y VIII).

### **I. VERDAD A CUALQUIER PRECIO**

La búsqueda de la verdad a cualquier precio fue una de las principales preocupaciones de los textos de FET y de las JONS. Se explican así las incisivas potestades indagatorias que correspondían en el proceso penal, por ejemplo, a la Policía Judicial (además de al Ministerio Fiscal, instructor del sumario: Cap. VIII.3.1).

Tampoco huyó de ese modelo el Juez civil que, reaccionando al convidado de piedra liberal, asumía un importante papel en el decurso del proceso (Cap. VII.2.1). El elemento distintivo aquí no era, sin embargo, la pretensión de verdad del proceso (que hoy también persigue el enjuiciamiento penal, sobre todo)<sup>1</sup>, sino que esta pudiera suceder a cualquier precio. Es decir, en detrimento de las garantías de las partes y sin mayores consecuencias para los órganos del Estado que se excedieran en su actividad. Es un lugar común entre nosotros, como recuerda la STS (Sala de lo Penal) 875/2021, de 15 de noviembre, que la «verdad real no puede obtenerse a cualquier precio» (FJ 2.4).

---

<sup>1</sup> Cfr., por todos, el reciente ATS [Sala II] 2021/2023, de 27 de marzo, FJ Único.

## II. DOMINIO PROCESAL DEL JEFE DEL ESTADO

Otro de los elementos que particularizaron a los textos procesales y no procesales de FE fue el trascendental rol del Jefe del Estado, en plena concordancia con el principio de caudillaje. Así:

«(e)n el caso de que la aplicación del derecho vigente fuese contraria o disconforme a los dictados de la Moral, la Justicia o la Patria, el Tribunal suspenderá el pronunciamiento de la decisión y elevará al Jefe del Estado propuesta fundada de resolución para el asunto de que se trate, y, a la vez, propuesta concreta de reforma legislativa de la norma no aplicada. Ambas propuestas o una de ellas adquirirán pleno vigor si el Jefe del Estado le concede su aprobación» (art. 2 ALECrim).

La norma no solo era coherente con la concepción misma del caudillismo sino también con la formalización jurídica del poder de Franco. Por Decreto (138/1936, de 29 de septiembre) se hizo aquel otorgar, formalmente, todos los poderes del nuevo Estado (art. 2), lo que vino reforzado por el art. 17 de la Ley de 30 de enero de 1938, que concedía al Jefe de Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general. E, incluso (desde la Ley de 8 de agosto de 1939), sin siquiera deliberación del Consejo de Ministros.

No sorprende, pues, que, aunque el ALECrim 1938 admitiera el principio de legalidad procesal (art. 2), también asumiera esa suerte de *référé* de aire francés que concedía al Jefe del Estado el dominio del proceso<sup>2</sup>. Los textos procesales pretendían garantizar que el Jefe del Estado pudiera decidir, con base jurídica, sobre el devenir del proceso. Se concreta esta potestad, por ejemplo, en la facultad que el art. 652 ALECrim 1938 le confería para, junto con otros sujetos, autorizar o denegar el procesamiento de determinadas personas. Como ya había señalado Fenech respecto de Hitler, el Jefe del Estado debía ser, en esos textos, el «dueño supremo de la Jurisdicción»<sup>3</sup>. Quedaba configurado un modelo de jurisdicción en que el Jefe del Estado tenía derecho de

«[...] intervenir personalmente (o mediante delegados) en cualquier proceso, impidiéndole, resolviéndole, según las convicciones del Pueblo tal como él las integra, o modificando una sentencia ya recaída y firme, estando limitada la abolición y la modificación de una sentencia firme por la misma condición que la resolución»<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> También la CE 1812 preveía un mecanismo similar en el art. 261.10.º: «[corresponde al Supremo Tribunal] oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y *consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere*, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes». La cursiva es nuestra.

<sup>3</sup> FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 105.

<sup>4</sup> FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 127.

## III. LA BUENA FE

Otra de las grandes preocupaciones de los textos procesales del totalitarismo fue garantizar la cooperación de las partes con el Tribunal. Es decir, garantizar que las partes contribuyeran a que el proceso saliera adelante lo mejor posible. Para eso se sirvieron los enjuiciamientos de la cláusula de la buena fe<sup>5</sup>. En el Derecho español de hoy aparece (además de en el art. 247 LEC) en los arts. 11.1 y 542 LOPJ, entre otros.

En el proceso penal nacionalsindicalista estaba implícita la buena fe en las obligaciones de cooperación, por ejemplo, del abogado (*cfr.* Cap. VI.2.3). En el proceso civil se deducía del régimen de las costas (*cfr.* Cap. VI.5.2). Aunque en estos textos la buena fe aparece instrumentalizada (puesta al servicio de un régimen totalitario), lo cierto es que aquella no tiene *per se* nada de autoritario (aunque entrara en Alemania con la reforma nazi de 1933 y aunque estuviera prevista en el art. 88 del Código Procesal Civil italiano de 1940)<sup>6</sup>. Y de hecho, los *Fori Regni Valentiae* (ed. J. de Mey, València, 1542) –y al margen de las referencias al Derecho castellano<sup>7</sup>– ya preveían esta misma necesidad

<sup>5</sup> Sobre la buena fe procesal (no solo en el orden civil y penal), *cfr.* PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2.ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 2012; y PICÓ I JUNOY, J., «Ideología y proceso...», *op. cit.*, p. 87 y ss. También, COLOMBO, S., «Fascism...», *op. cit.*, pp. 482 y ss., que se ocupa de la cuestión en el Derecho privado italiano.

<sup>6</sup> Picó i Junoy, «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>7</sup> Sobre la cuestión en el Derecho castellano, *cfr.* PICÓ I JUNOY, J., *El principio...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss. No pretendo entrar ahora en la clásica (pero no por eso útil) discusión sobre qué normas son *mejores* o *peores*. Un juicio de tal clase –además de ser teleológicamente estéril (¿qué conseguimos afirmándolo?)– es imposible para un autor poco formado como quien escribe estas líneas. Solo aprovecho la nota para hacer notar que ya frente a la desenfrenada escritura de las Partidas (*cfr.*, por ejemplo, MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 53, 2000, p. 587), los *Fori Regni Valentiae* lucharon contra la realización inútil de escritos y (a su manera) reforzaron la oralidad, como se hace notar en UGUET SORIANO, J., *Apuntes para la reconstrucción del Derecho procesal valenciano según las disposiciones de los Fueros*, Tes. Doc., Universidad Central, Madrid, 1913: «El procedimiento que había sido escrito en los primeros tiempos sufrió alguna modificación a partir del reinado de Pedro III; considerando las Cortes que la redacción de todos los documentos necesarios para enjuiciar ocasionaba dispendios superiores al interés que se dilucidaba estimaron conveniente a fin de evitar tales gastos impetrar del Rey la modificación de la manera de enjuiciar cuando se trataba de cuestiones inferiores a trescientos sueldos que habían de solucionarse por procedimiento verbal, disminuyendo los derechos de los Escribanos y abaratando por consiguiente el procedimiento. [...] Pedro II, percatado de la necesidad del cambio, consintió en él y por primera vez aparecen los juicios verbales con su consiguiente reglamentación en los fueros (Fuero V, rúbrica 1.ª del libro VII)» (cap. final «De los juicios», párrafos 13 y 14). Sobre el proceso de los *Fori Regni Valentiae*, aparte del viejo y meritorio texto (por pionero, sobre todo) de Uguet Soriano, *cfr.* OBARRIO MORENO, J. A., «La recepción del *ius commune* en los *furs* de Valencia: El proceso penal», *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, Núm. 9, 1994, pp. 39 y ss.; OBARRIO MORENO, J. A., «La prueba judicial en los *Furs* de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Núm. 70, 2000, pp. 297 y ss.; OBARRIO MORENO, J. A., «*Ius proprium* – *ius commune*: La sentencia en el ordenamiento foral valenciano», *Anuario de Historia*

de comportarse de buena fe en el proceso. Así, el Fuero III (ubicado en la Rúbrica VI [*Dels aduocats*] del Libro I) decía lo siguiente:

«[...] *E quels aduocats no allegaran contra lur bona consciencia alguna cosa, ne faran conuiniença ab algun lo qual ajudaran en pleyt que alguna certa part de la cosa de la qual fera pleyt deja esser dells ço es dels aduocats, ne instruyran, ne informaran les parts sino de dir veritat, lo qual sacrament facen una vegada a todos los pleyts generalment*»<sup>8</sup>.

Es decir: «las partes juraban hacer valer sus pretensiones en base a la buena fe»<sup>9</sup>. Creo, entonces, que no acierta plenamente Montero Aroca cuando afirma que en el Derecho español «hasta hace muy poco y durante más de mil años, en ninguna de aquellas disposiciones se aludiera a un pretendido principio de la buena fe procesal»<sup>10</sup>. Y aunque ese viejo proceso valenciano no es (ni tampoco es posible pretender que lo sea) modelo para uno democrático o liberal, es signo de que exigir a las partes que se comporten de buena fe no tiene nada de autoritario. Y, de hecho, si se exige que el proceso civil sea *reproducción procesal* de los derechos que a las partes asisten en el tráfico jurídico, es incongruente reclamar e incluso presumir la buena fe en el tráfico jurídico privado (*cfr.* arts. 79. II, 434 CC) y después deslindarlas de aquella obligación en el proceso<sup>11</sup>.

Por tanto, aunque no se puede soslayar en qué contexto se consolidan las referencias a la buena fe (ni con eso pretendo basar este argumento en una *mera circunstancia cronológica*)<sup>12</sup>, tampoco puede agrandarse la mácula de nacimiento (o reaparición) de la buena fe procesal para desterrarla hasta el fin de los días<sup>13</sup>. Buena fe que es (en contra de lo que mantiene Montero Aroca)<sup>14</sup>,

---

*del Derecho Español*, Núm. 71, 2001, pp. 501 y ss.; u OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística: el proceso en el derecho foral valenciano*, Minim edicions, Valencia, 2002.

<sup>8</sup> Este deber se predicaba *dels aduocats*, pero como la misma norma establece, las partes debían realizar ese *sacrament de calumnia*, que aparecía regulado algo más adelante, en la Rúbrica XVII del Libro II, cuyo Fuero I impedía a las partes *calumniosament allongar lo començament del pleyt*; a defender *en tot lo pleyt maliciosament*; o a dar *falses proues*.

<sup>9</sup> OBARRIO MORENO, J. A., «La prueba judicial en los Furs de Valencia...», *op. cit.*, p. 308.

<sup>10</sup> MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 292.

<sup>11</sup> PICÓ I JUNY, J., «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>12</sup> Como hace notar Montero Aroca, las fechas de promulgación y de entrada en vigor del Código Procesal Civil italiano de 1940 no son casuales ni meras coincidencias: MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...», *op. cit.*, p. 611. La primera (el 28 de octubre [de 1940]) coincide con la marcha fascista sobre Roma; la segunda (21 de abril [de 1942]) coincide, al parecer, con la fundación de Roma.

<sup>13</sup> *Cfr.* MONTERO AROCA, J., «El proceso civil llamado «social» como un instrumento de «justicia» autoritaria», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 168.

<sup>14</sup> MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 295.

un auténtico principio del proceso civil (extensible al resto: art. 4 LEC) que afecta no solo a las partes, sino a todo interviniente en el proceso, tenga la condición que tenga. Los Jueces, los Fiscales, los LAJ, los funcionarios, los testigos, las partes, todos deben actuar de buena fe. No solo porque a eso obliga el 7.1 CC, sino porque la repercusión de la actividad procesal es pública. Por más que en un proceso civil por reclamación de una modesta cuantía lo que se discute es un *interés privado*, la decisión sucede a través de un *instrumento público*, que financian todos los ciudadanos. Solo esa circunstancia de respeto por el prójimo y de cuidado de lo común obliga a comportarse de buena fe (¡no solo en el proceso, sino siempre!).

De ahí no quiero derivar que el acusado tenga la obligación (moral) de, si es verdaderamente culpable, contribuir a su castigo. Lo que quiero decir es que no están habilitadas las partes para subvertir el proceso y hacerlo coto privado. Y aunque con dificultad puede el Derecho reprochar la mala fe consentida *inter privatos* (aunque a veces lo hace: 1102 CC), desde el momento en que las partes reclaman la intervención del Estado para resolver *su* conflicto, tienen que saber que las reglas son otras y que la chicanería y la trampa no están permitidas.

Que haya excepciones a esta positivización de la buena fe (procesos civiles democráticos que la conocen; procesos autoritarios-totalitarios que no la mencionan) no puede hacer creer (como mantiene Picó i Junoy) que sea una *evidente conclusión* que la vigencia de ese «principio no puede asociarse a una determinada ideología política autoritaria o dictatorial»<sup>15</sup>. Puede ignorarse la buena fe, aunque venga prevista legalmente y puede exigirse –informalmente– aunque no lo reclame la Ley. Sí acierta Picó cuando reprocha la distinción meramente semántica de Montero Aroca entre obligación de buena fe y prohibición de mala fe<sup>16</sup>. Es, en el fondo, lo mismo.

#### IV. PANORÁMICA DE LA REESTRUCTURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Otro de los rasgos característicos de los textos falangistas fue la reestructuración de los procedimientos y de las facultades de quienes intervienen. En el proceso penal, la más grande reforma suponía atribuir al Ministerio Fiscal la

<sup>15</sup> PICÓ I JUNOY, J., «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 127; o PICÓ I JUNOY, J., *El principio...*, op. cit., p. 33.

<sup>16</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El principio...*, op. cit., p. 69.



instrucción del sumario. Las modificaciones en el proceso civil fueron, igualmente, intensas. En esta reestructuración de los procedimientos destacó el relevante papel, tanto en el proceso penal como en el civil, de la oralidad y la concentración y, sobre todo, la simplificación y aceleración de trámites.

#### 4.1 Fortalecimiento de la oralidad y la concentración

En común tuvieron ambos textos el fortalecimiento de la oralidad y de la concentración de las actuaciones, pretendiendo lograr la decisión más certera y rápida posible. En el proceso civil se debe esta tendencia al influjo de la öZPO de Franz Klein, que trató de materializar –junto con una pretensión política más bien conservadora o reaccionaria– una *Sozialfunktion* del proceso civil<sup>17</sup>. Igualmente en el proceso penal hubo preocupación por garantizar la oralidad y la concentración, como se hará ver. Se trataba de que el procedimiento no se dilatará eternamente y de que, concentrado, pudiera quedar retenido en la memoria del Juez y que, por tanto, la solución fuera lo más ajustada posible a la realidad.

#### 4.2 Simplificación de trámites y pretensión de celeridad: la supresión de los Procuradores

Otra gran reestructuración que previeron los textos fue la supresión del procurador, que ya venía insinuándose en la legislación de excepción republicana, que no eliminó al procurador, pero si lo hizo facultativo en determinadas circunstancias. Por ejemplo, el art. 66. II LOP 1933 preveía: «(n)o será necesaria la representación por medio de procurador en estos Tribunales [los de urgencia]»<sup>18</sup>. Esta evolución culmina en su supresión en los enjuiciamientos falangistas.

El ALEC 1938 materializaba la desaparición del procurador de los procesos civiles, lo que explicaba su ubicación en la DA 2.<sup>a</sup> Esta preveía una autorización transitoria «a los procuradores inscritos en Colegios y Juzgados para defender toda clase de asuntos como si fueran abogados en juzgados munici-

---

<sup>17</sup> VAN RHEE, C. H., «Evolución del Derecho...», *op. cit.*, p. 21.

<sup>18</sup> Los Tribunales de urgencia se constituían declarado el estado de prevención o decretada la suspensión de garantías que preveía la LOP 1933 (art. 63).

pales y de primera instancia exclusivamente»<sup>19</sup>. La supresión de los procuradores toma cuerpo en el ALEC 1938 en los arts. 139 y ss. que, dedicados a la «representación y defensa de los litigantes», dan por inexistente su figura. Así, se atribuye la comparecencia en juicio al abogado (art. 139. I), sin perjuicio de que las partes lo hicieran por sí mismos en determinadas circunstancias (art. 140). Al abogado correspondía entonces la presentación de escritos ante el Juzgado (art. 141.2.º), remitir a su cliente las copias y documentos necesarios (art. 141.3.º). También oír y confirmar los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases (art. 142), salvo los que hubieran de practicarse personalmente a las partes (art. 142. II.1.º y 2.º). Y, en definitiva, regulando las causas de cese del Letrado, el texto se refería a la «defensa y representación».

También desaparecía el procurador del proceso penal, en el que se encomendaba la defensa y representación al abogado (art. 86. I ALECCrim 1938), lo que no impidió errores en otros preceptos, que sí mencionaban al procurador (art. 230. II ALECCrim 1938).

## V. ECONOMÍA Y PROCESO

También se posicionaron los textos del falangismo respecto de las consecuencias económicas del proceso, partiendo de una concepción social de la Justicia, llamada a resolver los conflictos suscitados sin coste (directo) para los ciudadanos.

### 5.1 El beneficio de pobreza

Desde antiguo están los poderes políticos preocupados por garantizar que los ciudadanos que carecen de medios puedan plantear ante los Tribunales sus conflictos. En España existen ya previsiones al respecto que datan de Alfonso X. Por ejemplo, en Partidas III, Tít. 3, L. 5 se atribuía la competencia de «contienda, e pleytos» al Rey, cuando pretendiese demandarse, entre otros, a «ome pobre»; o en Partidas III, Tít. 6, L. 6, que obligaba al juez a nombrar abogado para el pobre de manera que «si por aventura fuesse tan cuytada persona, que

---

<sup>19</sup> La referencia a los Juzgado de Primera Instancia era equívoca, pues estos quedaban, en el modelo del ALOAJ 1938, suprimidos.

no ouiesse de que lo pagar, deue le madar el juez que lo faga por amor de Dios: e el abogado es tenuto de lo fazer»<sup>20</sup>.

Estas previsiones se intensifican y sistematizan durante la codificación del proceso civil<sup>21</sup>. Y ya había dicho al respecto Pedro Gómez de la Serna, que el «principio santo de que las puertas del templo de la justicia deben estar abiertas a todos, quedaría escarnecido y violado si no se admitiera en juicio, y se auxiliara gratuitamente a los que carecen de medios de fortuna [...]»<sup>22</sup>. El nacionalsindicalismo también fue consciente de ello, y su sensibilidad social explicó la tendencia de los textos procesales de favorecer y proteger los intereses del litigante carente de recursos.

### 5.1.1 EN EL PROCESO CIVIL

El enjuiciamiento civil proyectado por FE preveía normas novedosas respecto del beneficio de pobreza, reconociendo la posición de desventaja del demandante carente de recursos:

«La posición del actor pobre es mucho peor que la del demandado pobre, porque este puede simultanear la substanciación de la pobreza con la tramitación del pleito, mientras que aquel necesita obtener la sentencia de pobreza antes de iniciar el pleito. Ciertamente es que la equiparación de ambos brinda pábulo al abuso de que todas las demandas se presenten provisionalmente con el carácter de pobre. Pero a este abuso subviene el Anteproyecto agravando la sanción del litigante que después se declare rico y ejecutando esa sanción con más rigor del acostumbrado hasta hoy» (Preámbulo ALEC 1938).

A diferencia del ALECCrim 1938, el ALEC 1938 regulaba beneficio de pobreza en las DP, que facultaban al Gobierno para regular la materia de otro modo, aunque, mientras tanto, regirían tales normas. La DP 6.<sup>a</sup> preveía la Justicia gratuita para «los necesitados que por los Tribunales y Juzgados sean declarados con derecho a este beneficio». Mantenía el ALEC 1938, por tanto, la vieja tradición (arts. 180 LEC 1855 y 13 LEC 1881; y activa hoy en otros países<sup>23</sup>), de atribuir la primera decisión sobre el beneficio de pobreza a la ju-

---

<sup>20</sup> Edición facsímil (1555), publicada por el BOE, Madrid, 2011, pp. 16 y 40 respectivamente.

<sup>21</sup> Cfr. LALINDE ABADÍA, J., «Los gastos del proceso en el Derecho histórico español», *Anuario De Historia Del Derecho Español*, Tomo XXXIV, 1964, pp. 249 y ss.; y BÁDENAS ZAMORA, A., «El derecho a la justicia de balde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Anuario De Historia Del Derecho Español*, Tomo LXXXIV, 2014, pp. 261 y ss.

<sup>22</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857, p. 57.

<sup>23</sup> Cfr. § 117. I ZPO.

risdicción y no a la Administración. El texto falangista solo permitía reconocer el beneficio para litigar gratuitamente a quienes «[...] no puedan sufragar los gastos del pleito, vista la cuantía de sus ingresos y las necesidades personales y familiares a que deben atender» (DP 8.<sup>a</sup>).

E, igualmente, mantenía el ALEC 1938 la tradición cuando reconocía la facultad de los Jueces de valorar *ex officio* la concurrencia de circunstancias que pudieran hacer injusta la concesión del beneficio de litigar sin gastos, comprobando, por ejemplo, el número de criados que tuviera el solicitante, el alquiler de la casa en que habite o cualesquiera signos exteriores que sean indicativos de «medios superiores a jornal doble de un bracero en cada localidad» (DP 10.<sup>a</sup>). Así lo preveían los arts. 184 LEC 1855, 17 LEC 1881 y así lo prevé hoy el régimen actual (art. 4 LAJG).

### 5.1.2 EN EL PROCESO PENAL

Respecto del proceso penal, la propuesta de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho era suprimir el beneficio de pobreza: los gastos serían totalmente asumidos por el Estado: como «innovación trascendental» entiende el Preámbulo ALECrím 1938 la «justicia gratuita en lo penal» (ap. b). No era compatible esta disposición con el articulado del ALECrím 1938, cuyo art. 89 preveía lo siguiente:

«(t)odos los que sean parte en una causa, si no estuvieren declarados pobres tendrán la obligación de satisfacer los derechos de los Procuradores que los representen, los honorarios de los Abogados de su elección que les defiendan y los de los peritos que informen a su instancia y las indemnizaciones de los testigos que presentaren, cuando los peritos y testigos, al declarar, hubiesen formulado su reclamación y el Juez o Tribunal la estimaren».

Esas incoherencias y desconexiones se deben, como se ha dicho ya, a la intervención en los textos de diversas personas (o, en realidad, a la falta de diligencia).

## 5.2 Las costas

También tomaba severa posición el enjuiciamiento falangista respecto de las costas procesales.

### 5.2.1 EN EL PROCESO CIVIL

La materia se encontraba regulada en las DP 2.<sup>a</sup> a 5.<sup>a</sup>, que asumían el principio de vencimiento, reinante en toda Europa, pero desconocido en el enjuiciamiento civil español<sup>24</sup>. El ALEC 1938 partía de que, normalmente, debe pagar las costas quien pierde el pleito (DP 2.<sup>a</sup>). Matizaba el ALEC 1938 ese modelo objetivo de imposición de costas, sin embargo, previendo que dejarían de imponerse las costas «cuando expresamente se declare que el litigante vencido, a pesar de serlo, ha procedido con manifiesta buena fe». El régimen contrasta semánticamente con lo que prevé hoy la LEC, que establece la imposición de costas para quien «haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho» (art. 394.1 LEC), lo que no impide la sanción de la temeridad (art. 394.3. II LEC).

En cierta manera, el texto falangista se adelantaba casi ochenta años en el reconocimiento legal en España de la buena fe. Civilmente ya había sido está reconocida en el art. 7.1 CC (en su redacción de 1974) y procesalmente el TS había aceptado su existencia en diversas resoluciones<sup>25</sup>. En todo caso, el ALEC 1938 tenía como pretensión (igual que sucedía en el proceso penal), que las costas desaparecieran de los procesos y su Preámbulo se refería a ellas como un «viejo anacronismo que precisa desterrar [el ALEC 1938], y por ello se incluyen entre las disposiciones provisionales»<sup>26</sup>.

Aun así, respecto de las costas, la norma más notable era la contenida en la DP 3.<sup>a</sup>:

«Toda imposición de costas se comunicará al Colegio de Abogados respectivo, a fin de que éste pueda suspender al Letrado que resulte vencido en excesiva proporción de asuntos, según sea mayor o menor el número de los que dirija dentro de cada año».

Esta extraordinaria potestad sancionadora de los colegios de abogados (que recuerda en cierta manera a cierta frase del *Proceso* de Kafka: «Entonces al abogado se lo privaba del proceso, del acusado y de todo lo demás»<sup>27</sup>) tenía

<sup>24</sup> Cfr. MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Las costas y la condena en costas*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 1980, pp. 144 y ss.

<sup>25</sup> STS [Sala I] 412/1953, de 30 de noviembre; STS [Sala I] 459/1955, de 19 de noviembre; STS [Sala I] 394/1955, de 19 de octubre; STS [Sala I] 577/1963, de 15 de junio; STS [Sala I] 251/1968, de 29 de marzo; ATS [Sala II] 1389/1970, de 18 de diciembre; STS [Sala II] 776/1975, de 19 de mayo; STS [Sala II] 899/1976, de 28 de junio; o STS [Sala II] 106/1976, de 29 de enero.

<sup>26</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

<sup>27</sup> Gradifco, Buenos Aires, 2007, p. 132.

un doble fundamento: expulsar a los abogados poco duchos y, a la vez, disuadirlos de litigar (enlazando así con la decidida promoción de la conciliación: *cfr.* Cap. VI.3.1). Era, además, un premio a la buena fe. Si el abogado se conducía con la *manifiesta buena fe* que exigía el ALEC 1938, no debía temer nada. Ahora bien, si fallaba y fracasaba constantemente, debía asumir las consecuencias.

La previsión era, en todo caso, coherente con la nueva concepción del abogado como órgano del Estado: su impericia perjudica *directamente* al Estado. No solo porque el interés en la Justicia puede quedar frustrado por su negligencia en el caso concreto, sino porque el propio Estado pierde autoridad. Curiosamente, los *Fori Regni Valentiae* conocían una norma similar:

«*Fem fur nou quels Iurats de la ciutat de Valencia, lo terç dia ans de la festa de Nadal eligen dos sauis en dret los quals sien corregidors, e veedors dels aduocats així que si alguns seran trobats que usen mal en lo offici de la aduocacio los dits veedors, e corregidors appellen, e hagen auctoritat de appellar, e fer venir aqlls sauis, e prohomens quils semblara quantesque vegades a ells ben vist sera. [...] E si per la dita correctio nos castigara quel Justicia ab consell, e de consell dels dits dos sauis, e dels dits Iurats priu aquell acert temps del offici dela aduocacio [...]*» (Libro I, Rúbrica VI, Fuero XI).

### 5.2.2 EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal las costas también sufrían modificaciones notables. Su ubicación sistemática no era, sin embargo, la propia de instituciones a desaparecer, sino los arts. 176 y ss. ALECrim 1938. La decisión del ALE-Crim 1938 es contradictoria con el Preámbulo del ACP 1938, que preveía lo siguiente:

«(l)as costas, viejo anacronismo que revela un Estado mísero y una administración desaharrapada, se borran del Código, porque la nueva España ha de sufragar su justicia, del mismo modo que su Cultura, su Sanidad, su Ejército, su Policía y sus Prisiones, sin exigir retribución a los que directamente se benefician de ellas, porque cumplen un servicio que interesa a todos y que por todos debe ser atendido»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Recogido en CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto...*, *op. cit.*, p. 49.

Las costas, por tanto, desaparecían del ACP 1938, pero seguían reguladas en el ALECrim 1938, aunque separándose de los tradicionales arts. 239 y ss. LECrim 1882.

## VI. RECAPITULACIÓN

Tanto el proceso civil como el proceso penal nacionalsindicalista supeditaron el interés privado al común. Búsqueda de la verdad a cualquier precio, intervención del Jefe del Estado en los procedimientos, reestructuración de los procedimientos (rápidos y con menos garantías), serían algunas de las notas caracterizadoras de los enjuiciamientos. Particularmente relevante es el rol reservado para el abogado, que se desembarazaría de su ropa de *profesional liberal* para asumir la de *profesional social*. Es decir, de aquel que sirve antes a la comunidad que a su cliente. Finalmente, la sensibilidad social del nacionalsindicalismo se dejó sentir en los efectos económicos del proceso: suprimidas en el proceso penal; impuestas en el proceso civil en razón del vencimiento (y de la buena fe, que entraba al proceso). También la justicia gratuita se expandía para garantizar el más amplio acceso a los Tribunales de todos los que lo necesitaran.

## CAPÍTULO VII. ENJUICIAMIENTO CIVIL

La reforma del proceso civil estaba inspirada, decía el Preámbulo del ALEC 1938, «en el buen deseo de aclarar la oscura máquina de la Justicia, y convertirla de hierática forjadora de sutilezas y logomaquias, en luminosa fuente de paz y certidumbre para la vida jurídica de la Nueva España»<sup>1</sup>. Se trataba de hacer frente a un problema endémico del que, por dar solo un ejemplo, se ocupaba el Marqués de Gerona (José Castro y Orozco)<sup>2</sup> en las palabras iniciales de la Exposición elevada a Isabel II como justificación de su famosa Instrucción (30 de septiembre de 1853):

«Los litigios y reclamaciones jurídicas son hoy el espanto y la ruina de muchas familias; son un manantial perenne de escándalos, son la muerte de la justicia misma. Las formas, o mejor dicho, los abusos a que dan lugar ahogan la voz de los litigantes, despopularizan a nuestros Tribunales, y acabarán por desacreditar una de las más santas instituciones si no se hacen desaparecer pronto las irregularidades de nuestro procedimiento»<sup>3</sup>.

### I. HISTORIA E INFLUJO FORÁNEO

En el texto propuesto por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho confluyen tanto la tradición (especialmente como modelo frente al que reaccionar), como

---

<sup>1</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

<sup>2</sup> Cfr. TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos; a propósito de la Instrucción del Marqués de Gerona», *Anuario De Historia Del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011, pp. 873 y ss.

<sup>3</sup> DE CASTRO Y OROZCO, J. (Marqués de Gerona), *Exposición a S. M., Real Decreto e Instrucción del procedimiento civil, con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 30 de septiembre de 1853*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855, p. 5. Sobre la codificación del Derecho procesal civil, cfr. PINO ABAD, M., «Las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y 1881: apuntes sobre las influencias recibidas y aportadas», en MASFERRER, A., *La codificación española — Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 429 y ss.



ideas provenientes de otros países. El influjo del nacionalsocialismo y del fascismo italiano es aquí menor (quizás por la menor actividad legislativa en esa materia y su menor espectacularidad)<sup>4</sup>. Eso no impide reconocer algunas similitudes.

A pesar de que el ALEC 1938 es deudor de la LEC 1881 y de su predecesora, la LEC 1855, es posible advertir en aquel una coherente pretensión de distanciarse del liberalismo<sup>5</sup>. La más grande deuda que reserva el ALEC 1938 respecto del enjuiciamiento civil decimonónico es su estructura. Deuda que se explica del mismo modo que los parecidos sistemáticos del ACP 1938 y del ALECrim 1938: el escaso tiempo para pensar una reforma total. Es decir, la necesidad de aprovechar lo que hay.

En la ordenación del proceso civil proyectado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho se deja sentir la influencia extranjera, particularmente de Francia y de Austria, las dos únicas naciones que se mencionan en el Preámbulo que acompañó al ALEC 1938. El proceso civil austríaco, decía el Preámbulo, era el «más perfecto de Europa» y su secreto, la concentración de las actuaciones. Por otro lado, importado del enjuiciamiento civil francés (contenido en el *Code* de 24 de abril de 1806) se trae el sistema de jurisdicción por *referée* o de ejecución provisoria, que se aborda luego (Cap. VII.3.4). Se trata de la única influencia francesa directamente perceptible –para mí– en los textos procesales, más cercanos al nacionalsocialismo y al fascismo. La influencia francesa no responde aquí, eso sí, a un planteamiento ideológico claro sino a una necesidad técnica, solventemente resuelta por el Derecho francés.

## II. TENDENCIAS

El ALEC 1938 se construye, como se ha dicho ya, con base en un principio fundamental: la búsqueda de la Justicia y de la verdad *real*, no de la (quizás) artificialmente construida por las partes, con la que se contentan los procesos civiles dispositivos<sup>6</sup>. Se explica así, por ejemplo, la novedad que preveía el art. 476.9.<sup>a</sup> ALEC 1938, que reconocía como excepción dilatoria la «inmoralidad o la injusticia de la reclamación»; lo que se aproxima en cierta manera al art. 481.1.1.º del Código Procesal Civil portugués de 1939 («*A petição deve ser indiferida in limine: Quando a acção fôr proposta fora de tempo ou quando, por qualquer outro motivo, fôr evidente que a pretensão do autor não pode*

<sup>4</sup> Cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 4.

<sup>5</sup> Lo mismo sucedió bajo el nacionalsocialismo alemán: POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 13.

<sup>6</sup> Art. 281.3 LEC.

*proceder*)»<sup>7</sup>. La inmoralidad a que se refería ese art. 476.9.<sup>a</sup> ALEC 1938 podía reconducirse sin gran dificultad a los arts. 1255 y 1275 CC. La injusticia, sin embargo, debía buscarse en el ideario falangista.

Misma tendencia había asumido unos años antes el proceso civil nacionalsocialista, que fue reformado por la Ley de 27 de octubre de 1933 (*Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*)<sup>8</sup>. La norma venía acompañada de una corta (y hoy por eso inusual) Exposición de Motivos en que bien quedan condensadas las ideas básicas:

«Una Administración de justicia popular solo es posible en un procedimiento comprensible para el pueblo y que conceda una eficaz tutela jurídica tan segura como rápida. [...] Las partes y sus representantes deben tener claro que la Administración de justicia no solo está a su servicio, sino que a la vez y principalmente está al servicio de la seguridad jurídica de todo el pueblo. [...] A ninguna parte le está permitido llevar a error al Tribunal por medio de mentiras ni abusar de su fuerza de trabajo, ralentizando descuidadamente y de mala fe el proceso. El derecho a la tutela judicial que todos tienen tiene como correlato la obligación de aligerar al Juez el descubrimiento del Derecho, a través de certera y cuidada conducción del proceso. Tarea del Juez es, con rigurosa gestión del proceso y en estrecho sentimiento con las partes, contribuir a que, tras fundamental preparación, todo pleito pueda ser aclarado y decidido en una sola vista. [El Tribunal] debe evitar suspensiones que no son objetivamente urgentes y debe evitar que el proceso sea ralentizado con alegaciones precluidas. [...] Solo así es posible alcanzar un proceso vivo con total oralidad e intermediación, que posibilite al Juez un seguro descubrimiento de la verdad y cuyo decurso puedan seguir las partes con entendimiento y confianza [...]».

A unas ideas concordantes respondía el modelo del ALEC 1938.

## 2.1 Oficialidad

Si los enjuiciamientos civiles modernos parten de la rogación de la justicia (art. 216 LEC, por ejemplo) y del principio dispositivo, con algún «pruden-

<sup>7</sup> Sobre el Código Procesal Civil portugués de 1939, *cfr.* CORREIA DE MENDONÇA, L., «80 Anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideologia...*, *op. cit.*, pp. 375 y ss. (especialmente 406 y ss.). El proceso civil que ofreció aquel texto coincide, con el resto de los totalitarios aquí tratados: «*Em vez de o processo civil ser visto como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe os meios para realizar o seu direito subjectivo, passou a ser entendido como um serviço que o cidadão presta ao Estado, fornecendo-lhe a ocasião para realizar o direito objectivo*» (p. 415).

<sup>8</sup> Por otra parte, bibliografía sobre el Derecho procesal civil soviético hay referenciada, con detalle, en: MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideologia...*, *op. cit.*, pp. 306 y 307 (notas 18 y ss.). Las tendencias ahí son análogas a las que examino en cuanto al Derecho nazi.

te límite a [sus] exageraciones»<sup>9</sup> en la jurisdicción social o en procesos civiles sobre familia o capacidad, el ALEC 1938 asumió explícitamente la oficialidad. Este principio es, dice de la Oliva, aquel

«[...] en virtud del cual la Justicia se debe ocupar de los asuntos en que esté presente aquel interés [público], de modo que el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia dependan de la promoción, defensa y tutela de ese interés público, con un protagonismo decisivo de órganos oficiales y del mismo órgano jurisdiccional»<sup>10</sup>.

Tanto la LEC 1855 como la LEC 1881 partían de una concepción liberal del proceso, concediendo a las partes un amplio poder de disposición, por entender que las cuestiones a tratar allí no afectaban al interés público. El dominio era, pues, para el principio dispositivo<sup>11</sup>. No impedía esto algunas notables potestades de ordenación (formal) del pleito que correspondían al Juez, pues la vigencia del principio dispositivo se da «siempre que se haga recaer *principal* o *primordialmente* sobre los litigantes la carga de probar los hechos relevantes y no se imponga al juez el deber [...] de investigar y alanzar la certeza a consecuencia de su iniciativa [...]»<sup>12</sup>.

Efectivamente, que algunas potestades asistan al Juez no impide reconocer que la responsabilidad sobre el fin del pleito seguía en el lado de las partes. Por ejemplo, el art. 242 LEC 1855 establecía que se recibiría a trámite el incidente de los arts. 236 y ss. (excepciones dilatorias) no solo cuando alguna parte lo solicitara, sino también si el Juez lo estimare necesario. Facultad que no se preveía, eso sí, para el recibimiento de pleito a prueba, que solo podía ordenarse en el caso de que todos los litigantes lo hayan solicitado (art. 257. I LEC 1855). También preveía el art. 295. I LEC 1855 la facultad del Juez de pedir al litigante, en su declaración, las explicaciones que estime pertinentes (institución que introdujeron los nazis en Alemania con la citada Ley de octu-

<sup>9</sup> STS [Sala IV] 137/1934, de 31 de marzo, FJ 3.

<sup>10</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia *versus*...», *op. cit.*, p. 248.

<sup>11</sup> Ha sido definido por De la Oliva del siguiente modo: «[el principio] en virtud del cual el proceso se construye asignando a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional, que la menos uno de ellos ha de pretender y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica» (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia *versus*...», *op. cit.*, p. 250).

<sup>12</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia *versus*...», *op. cit.*, p. 255.

bre de 1933: § 448 ZPO)<sup>13</sup>. Bajo la LEC 1881 el Juez civil se retrae más si cabe, convertido «en mero espectador»<sup>14</sup>.

La *liberación* del juez del señorío de las partes sobre el proceso civil se daba respecto de pocas instituciones: la no vinculante calificación jurídica de los hechos por las partes (art. 372 LEC 1881), la inadmisión de pruebas o actos inútiles o impertinentes (arts. 566, 584, 639, 639) o los poderes de policía (art. 333 y 575), entre otras<sup>15</sup>. La más importante facultad a este respecto eran las llamadas diligencias de mejor proveer (art. 340). Las normas estaban, «aun cuando luego [los jueces] no siempre se acuerden de emplearlas»<sup>16</sup>. Y, de hecho, lo mismo sucede hoy cuando se observa lo inusual en la *praxis* de las facultades que prevén los arts. 429.1. III LEC o 733 LECrim. En todo caso, que haya o no haya normas expresas no impide (como ha sucedido en otras jurisdicciones) amplias facultades de dirección del proceso<sup>17</sup>.

No podía el fascismo español tolerar un modelo tal de Juez<sup>18</sup>. Modelo que ya había venido siendo excepcionado en algunas normas procesales especiales: *cfr.* art. 23 de la Ley de Tribunales industriales de 19 de mayo de 1908<sup>19</sup>. Da cuenta de ello el Preámbulo del ALEC 1938:

«La justicia plena de ficciones y alejada de la realidad no puede mantenerse más tiempo, apartada de tan necesaria base revolucionaria. Por esto, a la verdad se supeditan todos los trámites y nadie podrá impedir que la fuerza arrolladora de la verdad se manifieste si no es cuando, agotados todos los trámites e instancias, se pronuncie la última decisión, contra la que no se admita recurso: *pro veritate habetur*».

La consecuencia fundamental de este entendimiento del proceso civil es-tribaba en la supresión del principio de rogación de la Justicia, que «convertía al juzgador en un autómatas al servicio de las múltiples ficciones que acompañan al proceso» (Preámbulo ALEC 1938). Reacción clara a la obligación del

<sup>13</sup> «También sin solicitud de una parte y sin consideración de la carga de la prueba, puede el Tribunal ordenar el interrogatorio de una o de las dos partes, cuando el resultado de las vistas y de la práctica de la prueba no sea suficiente para fundamentar su convicción sobre la verdad o falsedad de un hecho a acreditar».

<sup>14</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946, p. 195.

<sup>15</sup> PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil...*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>16</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», en *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 285 y 286.

<sup>17</sup> Así sucedió bajo la vigencia del Código Procesal Civil francés de 1806 como relata Franz Klein (*cfr.* VAN RHEE, C. H., «Evolución del Derecho...», *op. cit.*, p. 16, nota 14).

<sup>18</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, pp. 220 y 221.

<sup>19</sup> El art. 23. II preveía que «(l)os jurados podrán hacer, tanto a las partes como a los testigos las preguntas que estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos», a pesar de que su competencia se restringía a cuestiones civiles (art. 5) en las que (para aquel entonces) el interés público no parecía excesivamente intenso.

Juez de «partir en todo caso en la sentencia [de los hechos alegados por una parte y admitidos por la contraria], independientemente de su conocimiento»<sup>20</sup>. Se materializa esa reacción en el art. 2 ALEC 1938 que, también vivo en el enjuiciamiento criminal, disponía lo siguiente: «(l)os Tribunales tienen la facultad de intervenir desde el primer trámite hasta el último, como directores del procedimiento, sin más guía que la de comprobar la verdad y hacer que impere la Justicia».

Igual que en el proceso civil nacionalsocialista<sup>21</sup>, la tutela del ciudadano no era más que una consecuencia colateral de la tutela de los intereses del Estado. No puede creerse, sin embargo, que la tutela de un interés común a través de la tutela de un interés individual tiene *per se* algo de autoritario. De ser así, habría que entender que toda función nomofiláctica (en la medida en que se sirve de un pleito *particular* para proteger la Ley) tiene un componente autoritario<sup>22</sup>. Lo relevante no es si formalmente la actividad del Estado se sirve del interés particular como excusa para desarrollarse, sino si finalmente el interés particular queda suficientemente protegido. Es decir: que los arts. 477 y ss. LEC reclamen «interés casacional» no supone ningún injusto castigo del *ius litigatoris*, sino tan solo su legítima utilización para el servicio de la comunidad (o del Derecho: *ius constitutionis*). Si ya ha habido instancias previas en que la controversia ha sido suficientemente discutida, no es ninguna muestra de desmedido autoritarismo ni de desconocimiento del interés privado, reclamar que la tarea del TS se supedita a la existencia de interés casacional. El régimen español es, además, garantista: permite el acceso a casación, aunque no esté dado aquel interés, si se trata de «tutela judicial de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo» (art. 477.2. fr. 2 LEC)<sup>23</sup>.

En todo caso, el ALEC 1938 obliga a las partes a abdicar de su tradicional señorío o dominio del proceso civil en favor del Estado, llamado a buscar la verdad y la justicia, también en la discusión respecto de intereses (ya menos) privados. Respecto del Derecho patrimonial era claro el razonamiento: el individuo trabaja con su patrimonio en beneficio del Estado, que se ve (mediata-

<sup>20</sup> STS [Sala I] 281/1957, de 2 de abril. FJ 4.

<sup>21</sup> POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., pp. 26 y 49: «La tutela del derecho individual lesionado juega un rol subordinado. Se lo reconoce en todo caso como un reflejo de la decisión correcta, se lo entiende como medio para el mantenimiento del ordenamiento jurídico, como un producto secundario, pero no como un fin propio del proceso».

<sup>22</sup> Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B., «Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, 2022, pp. 243 y ss.

<sup>23</sup> Aunque la finalidad es loable, la redacción es, creo, desafortunada: ¿hay derechos fundamentales no susceptibles de amparo, es decir, directa o indirectamente ajenos a la tutela de la jurisdicción constitucional?

mente) perjudicado cuando el patrimonio individual se lesiona<sup>24</sup>. Se entiende así, también, el art. 4 ALEC 1938, con arreglo al cual ningún defecto de forma puede impedir que prospere la justicia de fondo (previsión también presente en el ALECRim 1938)<sup>25</sup>. En esa justicia de fondo está *directamente* interesado el Estado. E igualmente, conforme al art. 4. II ALEC 1938, estaban legitimados los Jueces, Tribunales o funcionarios competentes para plantear tesis relativas al fondo o a la forma (al modo del actual art. 733 LECrim).

En otras normas análogas a estas cristaliza la pretensión del ALEC 1938 de acercar la verdad procesal lo máximo posible a la *verdad*. Se entiende así la posibilidad de admitir prueba durante todo el período probatorio, hasta que toda prueba resulte practicada y sea completo el conocimiento del «hecho procesal» (art. 4. II); y que el Juzgador decida todas las cuestiones que afectan al asunto, «hayan sido o no promovidas por los interesados» (expresa el Preámbulo y reitera el art. 4. II)<sup>26</sup>.

El espíritu que subyace en todas estas normas, reforzadoras del rol activo del Juez, aparece con claridad el texto de Calamandrei (*Relazione*)<sup>27</sup> que acompañó unos pocos años (porque luego fue ocultado) al Código Procesal Civil italiano de 1940, que quiso ser «*espressione storica dello Stato fascista e corporativo*». Y, efectivamente, dando cuenta del reforzamiento de la autoridad del Juez en el proceso civil, se explicitaba la finalidad social que perseguía el proceso:

«[...] nello Stato fascista il processo non è soltanto lotta di interessi, ma è strumento di feconda composizione di essi, e sopra tutto è strumento per assicurare non solo un ordinato sistema di vita sociale, ispirato al supremi fini dello Stato, ma anche per assicurare, attraverso l'applicazione delle norme giuridiche che disciplinano la vita della Nazione, la realizzazione nei privati rapporti dei supremi interessi di questa. E sopra tutto è strumento per realizzare quella che la

<sup>24</sup> POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 23.

<sup>25</sup> Contrasta la previsión con el art. 61 de la Instrucción del Marqués de Gerona: «Los Jueces y Tribunales repelerán sin contemplación alguna los escritos de las partes que no se ajusten exactamente a los trámites de esta instrucción, teniendo por devueltos los autos y por evacuados los traslados sin despacho, en toda ocasión en que se separen de sus disposiciones, y haciendo si conviniese las correcciones disciplinarias oportunas».

<sup>26</sup> Se dejaba aquí sentir la influencia del Juez activo que configuraba la öZPO de Klein (§§ 182 y ss.), aunque bajo el modelo austríaco quedaba a salvo la posibilidad de las partes de oponerse unánimemente a las medidas del Juez, impidiendo que fueran tomadas (§ 183. II).

<sup>27</sup> Cfr. CIPRIANI, F., «El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas», en MONTERO AROCA, J., (COORD.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 61. Más referencias en: MONTELEONE, G., «El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil», en MONTERO AROCA, J. (COORD.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 178, nota 1.

*parola del Duce ha indicato come meta della Rivoluzione fascista: una più alta giustizia sociale». (ap. 2)<sup>28</sup>.*

En la doctrina española, Montero Aroca ha atribuido a Jaime Guasp ser representante de esa «concepción fascista del proceso»<sup>29</sup>. Creo que la noción *fascista* es excesiva si se aplica a toda la obra de Guasp, pero algunas de sus posiciones fueron próximas (y, de hecho, es difícil discutir su cercanía con esas propuestas, pues participó en el Congreso de Derecho procesal organizado por la Delegación Nacional de Justicia y Derecho en 1952). Así, dice Guasp:

«El tercero y último aparato estatal, de acuerdo con la idea inspiradora que sirve para trazar la esencia peculiar de cada uno, es, sin duda, aquel que tiene como misión específica, no la dirección de la vida pública ni el cumplimiento de los fines señalados por esa dirección, sino la *resolución de los problemas particulares y concretos* que, al margen de las dos actividades anteriores, se han ido produciendo, es decir, la remoción de aquellos escollos singulares con que la comunidad estatal tropieza inevitablemente y que no puede desconocer ni dejar a un lado sin poner en peligro la razón misma de ser a la que obedece su existencia»<sup>30</sup>.

Y es justamente en ese contexto en el que Guasp entiende no solo el Derecho procesal penal, sino también el Derecho procesal civil<sup>31</sup>. A pensar lo mismo me inducen algunos fragmentos del prólogo que el propio Guasp escribió al libro de Fenech (*La posición del Juez en el nuevo Estado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941). Por ejemplo:

«El autor de *La posición del Juez en el Nuevo Estado* se ha enfrentado, en efecto, con una serie de problemas cuyas dimensiones exceden del ámbito puramente procesal para entrar dentro del área de cuestiones político jurídica que están siendo hoy día objeto de una mayor renovación de conceptos de contenido y

<sup>28</sup> Sobre el ya cerrado debate de si el Código Procesal Civil italiano de 1940 era o no autoritario, *cfr.* CIPRIANI, F., «El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas», en MONTERO AROCA, J., (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, pp. 61 y ss. Con ese texto a la vista (*Relazione*) se entiende que los autores reacios a admitir el componente totalitario (aunque sí autoritario) del Código de 1940 quieran menguar su relevancia hermenéutica: «Pero el examen del código [...], no puede ser hecho solamente a la luz del Informe que lo acompañó, cuyo valor también emblemático puede ser grande a los ojos del historiador, pero que inevitablemente disminuye para el especialista que debe brindar una valoración técnica» (VERDE, G., «Las ideologías del proceso en un reciente ensayo», en MONTERO AROCA, J., (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 81).

<sup>29</sup> MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, p. 325. Se resiste el autor a tratar, eso sí, la postura de Fenech.

<sup>30</sup> GUASP, J., *Derecho*, ed. por el autor, 1971, Madrid, p. 501.

<sup>31</sup> GUASP, J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 503.

hasta de terminología, como consecuencia del formidable empuje ideológico que ha producido el triunfo de las revoluciones nacionales» (p. 14)<sup>32</sup>.

Ahora bien, es necesaria una indagación más profunda de la obra de Guasp en conjunto (con parámetros previamente clarificados sobre lo que es y lo que no es fascista) para enjuiciarla de tal modo.

## 2.2 Oralidad y concentración

La pretensión de hacerse con la verdad enlaza con otras dos del ALEC 1938: la oralidad y la concentración (aunque ninguna de las dos presupone necesariamente la otra). Por ejemplo, la Instrucción del Marqués de Gerona había apostado decididamente por la concentración (arts. 24<sup>33</sup> y 51<sup>34</sup>, por ejemplo) sin que la pretensión de certeza de ese proceso civil pudiera equipararse a la total búsqueda de la verdad *a cualquier precio* del fascismo español. En cualquier caso, en el ALEC 1938 concentración y oralidad responden, instrumentalmente, a la búsqueda de la verdad. De ahí deriva, como se lee en el Preámbulo del ALEC 1938, que todos los incidentes se sustancien por los trámites del juicio verbal, de manera que en una sesión o dos puedan quedar resueltas cuestiones que, bajo la LEC 1881, exigían varios meses:

«[...] En estos incidentes no habrá lugar a ninguna apelación, pues al resolver los Jueces de primera instancia esas cuestiones incidentales no quedarán prejulgados en definitiva, ya que, como todas las del periodo instructivo del proceso, se elevarán al definitivo conocimiento de la Audiencia, que, al mismo tiempo que las cuestiones de fondo, resolverán estas otras intercaladas, para que no padezca la concentración, que es el secreto del proceso austríaco, sin duda el más perfecto de Europa».

---

<sup>32</sup> El prólogo termina con una referencia enigmática, cuyo destinatario no he conseguido descubrir (aunque creo que puede tratarse de Francisco Beceña). La transcribo por si alguien con más fortuna que yo pudiera saberlo: «El tema de la situación del Juez, en general, dentro del Estado y de las relaciones de la Magistratura con la Justicia, ha tenido ya entre nosotros un cultivador de máxima autoridad. Que al escuchar unas palabras juveniles, inspiradas en las nuevas realidades históricas, tengamos, por último, el consuelo de pensar que no quedó sin eco la voz maestra, desgraciadamente perdida». Beceña fue autor de una monografía a la que puede estar haciendo referencia Guasp: *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.

<sup>33</sup> «Se prohíbe la abusiva costumbre de suspender el término probatorio, cualquiera que sea la causa que se alegue para ello».

<sup>34</sup> «No se podrá suspender una vista señalada, por petición de las partes, a no alegarse causa muy extraordinaria y notoria que la justifique, al prudente arbitrio de los Jueces y Tribunales. [...] La suspensión en ningún caso podrá exceder de seis días».



Aquí se deja sentir la influencia de la öZPO de Klein que hacía real la pretensión de concentración y celeridad a través de la generalización de la oralidad<sup>35</sup>, evitando también la lectura innecesaria de documentos<sup>36</sup>. Y aunque quería Klein que el proceso fuera ágil, no se le escapaba que eso no podía suceder sin buena voluntad de los intervinientes (aunque la norma fuera perfecta): «Otra circunstancia dificultosa es que tanto la aceleración del proceso como la oralidad solo con la buena voluntad y el hacer de los intervinientes en el proceso, cuyo deseo es muy habitualmente contrario a ello»<sup>37</sup>. La öZPO, como había dicho Klein en una obra anterior (*Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Manz'sche Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1900, p. 123), traía la «auténtica oralidad, no un subrogado, una media oralidad». Esa verdadera oralidad es la que perseguía instrumentalmente el ALEC 1938.

### 2.3 Simplificación (y reestructuración de los procedimientos)

Otra pretensión clara del ALEC 1938 (igualmente advertible en el ALE-Crim 1938 y en otros muchos intentos de reforma civil) consistía en la simplificación de los procedimientos. Simplificación que

«[...] viene impuesta como una exigencia de la vida moderna, que, no obstante su complejidad pretende, en fórmulas sencillas, y por vías asequibles a la generalidad de las gentes, alcanzar un ideal de justicia civil más perfecto y completo que el que se aspiró a conseguir con el procedimiento actual»<sup>38</sup>.

Lo anterior explica la reestructuración general que realiza el ALEC 1938 de los distintos procedimientos, distinguiendo dos grandes finalidades que el proceso civil puede perseguir: la comprobación de un hecho (juicio probato-

---

<sup>35</sup> KLEIN, F., *Der Zivilprozess...*, op. cit., pp. 221 y 222. Cfr. §§ 176, 482, 509 y 538 öZPO. De la «razonable» oralidad, frente a la de las ZPO 1877 (entre otras): MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil...», op. cit., pp. 603 y 604.

<sup>36</sup> Se entiende la desconfianza de Klein por la lectura de escritos: «La impresionante, fructífera oralidad es la oralidad de la palabra libremente del natural y no coaccionado discurso, no la oralidad del leer. El leer tiene, las más de las veces, efectos opuestos. Cansa, reduce la atención, el leer resbala inexpressivamente en quienes lo oyen» (KLEIN, F., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Manz'sche Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1900, p. 124).

<sup>37</sup> KLEIN, F., *Der Zivilprozess...*, op. cit., p. 244. En la Alemania nazi, se decía, el Estado nacional-socialista había emprendido el trabajo de la renovación del Derecho (*Rechtserneuerung*) bajo el lema «No reforma de la Justicia, sino reforma de los juristas» (*nicht Justizreform, sondern Juristenreform*): HENKEL, H., *Strafrichter...*, op. cit., p. 7.

<sup>38</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

rio) o la decisión de una cuestión jurídica (juicio ordinario declaratorio)<sup>39</sup>. A eso se agrega la magnificación del juicio verbal, llamado a ser el procedimiento estrella del enjuiciamiento civil nacionalsindicalista.

La elección del procedimiento quedaba, al margen de la iniciativa de las partes, a disposición del Juez: «El Juez estudiará la cuestión litigiosa para determinar si el punto a decidir es de hecho o de derecho, y si, lo estima útil, podrá elevarlo en consulta al presidente de la Audiencia, que podrá oír al Tribunal en pleno antes de resolver» (art. 375 ALEC 1938). Como se ve, también en el proceso civil estaba viva la figura del Caudillo (en este caso, el presidente de la Audiencia: Cap VI.2.2). Respecto de la reestructuración de los procedimientos, una de las principales reformas consistía en la supresión del complejo «juicio de mayor cuantía»<sup>40</sup>. Para atajar las dificultades que suponía, el ALEC 1938 no pretendió la reducción de la cuantía que daba lugar a su aplicación (1500 pesetas en su formulación original), «sino lisa y llanamente [en cerrarlo] en la rica vitrina de nuestro Derecho histórico»<sup>41</sup>.

### 2.3.1 EL JUICIO ORDINARIO DECLARATORIO

El ámbito de aplicación de este juicio ordinario declaratorio venía previsto en el art. 373 ALEC 1938. Así:

«(s)e decidirán en juicio ordinario declaratorio los litigios en que la cuestión a decidir sea un punto de derecho controvertido entre [las] partes y estén comprendidos en alguna de las reglas siguientes: 1.º Las demandas cuyo interés exceda de mil pesetas. [...] 2.º Las demandas cuya cuantía sea inestimable o no puedan determinarse por las reglas establecidas en el artículo [art. 378]<sup>42</sup> [...] 3.º Las relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas».

Coincidía la norma en buena medida con el art. 483 LEC 1881, con la salvedad de la mención a que la «cuestión a decidir sea un punto de derecho controvertido» entre las partes. La más acusada distinción entre ambos modelos de enjuiciamiento, sin embargo, radicaba en las consecuencias de la in-

<sup>39</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

<sup>40</sup> Arts. 483 y ss. LEC 1881.

<sup>41</sup> Preámbulo ALEC 1938.

<sup>42</sup> En el texto original falta la referencia del precepto. Este es, sin embargo, el 378. En otros lugares del texto se aprecian errores parangonables (*cfr.* arts. 623 o 645 ALEC 1938).

comparecencia del demandado. Vale la pena la transcripción de los dos preceptos que se ocupan de ello:

«Transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido el demandado, el Juez resolverá si le tiene por rebelde o *le obligará a comparecer, incluso conducido por fuerza pública, para interrogarle sobre su actitud respecto a la cuestión litigiosa*» (art. 468 ALEC 1938)<sup>43</sup>.

«Transcurrido el término del emplazamiento sin haber comparecido el demandado citado en su persona o en la del pariente más cercano o familiar que hubiere sido hallado en su domicilio; y acusada una rebeldía, se dará por contestada la demanda. Hecha saber esta providencia, se seguirán los autos en rebeldía, haciéndose las notificaciones que ocurran en los estrados del Juzgado» (art. 527 LEC 1881).

Preveía, por tanto, el ALEC 1938 la posibilidad de ejercer la coacción física para hacer comparecer al rebelde. Igualmente, declarada la rebeldía, establecía el art. 469 ALEC 1938 que el Ministerio Fiscal contestara a la demanda (lo que ya había sido propuesto en Alemania, pero en sentido inverso: que el Estado pudiera demandar en lugar del interesado)<sup>44, 45</sup>. Se estaba lejos, por tanto, de aquello que, para un supuesto parecido, mantenía Gómez de la Serna: «(m)ás cuando ninguna de las partes comparece, no deben agitarse los autos de oficio, porque no deben los tribunales promover los intereses de los litigantes ni obligarlos a pleitear cuando ellos, sea por la causa que quiera, ponen tregua a sus disidencias»<sup>46</sup>. En contraste con el ALEC 1938, la LEC 1881 ordenaba que la demanda se diera por contestada (art. 528. II).

Sobre este punto ha tomado posición (aunque en referencia al Derecho soviético), Montero Aroca. Ha mantenido que cuando el Fiscal determina que la demanda del ciudadano es infundada y que eso suponga la re-

<sup>43</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>44</sup> Cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 77. Y, efectivamente: «Sería ciertamente totalitario que, por ejemplo, la tutela jurisdiccional civil de bienes jurídicos de sujetos determinados, sin implicación de un verdadero interés social, fuese dispensada *ex officio* por el aparato del Estado a su arbitrio, sin participación o con una participación únicamente nominal por parte del sujeto jurídico que afirma necesitar tutela en razón de sus propios derechos e intereses legítimos» (DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia versus...», op. cit., p. 257). Lo mismo vale para el demandado. En cualquier caso, el ALEC 1938 se adelantó aquí al nacionalsocialismo, que en 1941 promulgaba una Ley sobre la intervención del Estado en asuntos civiles de 15 de julio (*Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen*). Sobre esa Ley, cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., pp. 182 y ss. Interés tiene, desde una perspectiva comparada, el análisis de la intervención de los órganos equiparables al Ministerio Fiscal en distintos países en aquella época (pp. 194 y ss.).

<sup>45</sup> También en la Rusia soviética se defendían postulados similares. Cfr. MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 310.

<sup>46</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos...*, op. cit., p. 162.

nuncia a la acción, la «única conclusión posible es la de que los derechos subjetivos no existen»<sup>47</sup>. No creo que eso sea cierto: si así fuera, habría que concluir que los trámites de los arts. 32 y ss. LAJG son también partícipes de esa tendencia y negatorios de los derechos subjetivos. Es decir, si varios Letrados y el Ministerio Fiscal consideran insostenible la pretensión del solicitante de asistencia jurídica gratuita, esta será denegada (art. 34. II LAJG) con lo que, en el plano fáctico, el derecho subjetivo (que el solicitante cree tener) quedaría sin tutelar. Todo eso sin perjuicio del posterior control judicial.

De nuevo, la diferencia radica en si verdaderamente el Estado tiene por pretensión tutelar el libre desarrollo de la personalidad o si solo pretende consolidar procesalmente su dominio absoluto: si el Ministerio Fiscal renunciara verdaderamente a las pretensiones lesivas e infundadas, no lo haría solo en inmediato perjuicio del *renunciado*, sino en beneficio de la contraparte, de la sociedad y del Estado. Todos evitarían el desperdicio de tiempo y de recursos en un pleito que no tiene ni el más mínimo viso de prosperar. E incluso, aquel a quien forzosamente *le renuncian* la acción, se vería a la larga beneficiado (quizás evitaría una condena en costas y una multa por haberse conducido de mala fe).

Ahora bien, un mecanismo tan verdaderamente severo exigiría un altísimo grado de diligencia y compromiso del Ministerio Fiscal y la posibilidad, siempre, de revisar judicialmente la decisión (y que, claro, esa revisión judicial no consista en ratificar sin más lo decidido por el Ministerio Fiscal). Y, en realidad, el Derecho procesal civil de hoy no está lejos de supeditar temporalmente, en algunos trámites, la potencial tutela derechos subjetivos a la autorización del Estado. Me refiero, por ejemplo, a la previsión del art. 403.2 LEC («No se admitirán las demandas cuando [...] no se hayan intentado conciliaciones [...] que se exijan en casos especiales»), que se concreta en algunos preceptos como los arts. 439.7, 655 bis.2, 685.2. VIII LEC. Para que prospere la tutela que permite cada uno de ellos es necesario haberse sometido al procedimiento de conciliación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes. Lo mismo puede decirse de la obligación de acudir a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como condición de admisibilidad de la demanda (art. 5.1 LO 1/2025). En el proceso penal sucede algo similar con la conciliación preceptiva en los procedimientos por injurias o calumnias entre particulares (art. 804 LECrim).

---

<sup>47</sup> MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., p. 310.

### 2.3.2 EL JUICIO ORDINARIO PROBATORIO

El otro gran modelo que preveía el ALEC 1938 fue, dedicado a la aclaración de hechos, el juicio ordinario probatorio. Su ámbito de aplicación venía previsto en el art. 374: «Se decidirán en juicio ordinario probatorio los litigios en que la cuestión a decidir sea un punto de derecho [*sic*] controvertido entre las partes y esté comprendido en alguna de las reglas del artículo anterior». Evidentemente quería decir el texto «hecho» en lugar de «derecho», pues carecería de sentido toda la regulación del juicio declaratorio y, por otra parte, no sería compatible ni con su *nomen iuris* («probatorio» de hechos, claro)<sup>48</sup> ni con el Preámbulo del ALEC 1938, que respecto del juicio probatorio decía lo siguiente:

«El juicio probatorio aspira a verificar, o sea a acreditar la existencia de una situación presente o de un hecho pasado, y solicitada la intervención del Juez y llamadas las personas quienes interese o perjudique, se practicarán en sistema oral las pruebas necesarias y el Magistrado dictará probado o improbad el hecho o situación de que se trate».

Venía regulado *in extenso* en los arts. 491 y ss. ALEC 1938 y, efectivamente, estaba dirigido a la aclaración de cuestiones de hecho, lo que explica la prolija regulación del recibimiento a prueba de pleito (fuertemente influenciada por la LEC 1881)<sup>49</sup>.

### 2.3.3 EL JUICIO VERBAL

Finalmente, el juicio verbal se preveía para «toda cuestión [jurídica o fáctica], cuyo interés no exceda de tres mil pesetas» (art. 376 ALEC 1938)<sup>50</sup>. En detalle se ocupaban del juicio verbal los arts. 620 y ss., que atribuían la competencia para conocer de ellos a los Jueces municipales (art. 621 ALEC 1938). Se trataba de un procedimiento expedito y oral (art. 626 ALEC 1938)<sup>51</sup>. A diferencia de lo que sucedía en el juicio ordinario declaratorio, no estaba

---

<sup>48</sup> Nada parece indicar que el texto tenga alguna intención de referirse a la prueba del Derecho (extranjero o consuetudinario, por ejemplo).

<sup>49</sup> Arts. 550 y ss. LEC 1881.

<sup>50</sup> Salvo que se tratara de los supuestos del art. 621: demandas de tercería y que sean incidentales de otro juicio (en tal caso regía el art. 403 ALEC 1938) y las reconvenções en el juicio ordinario, que se regirían por los arts. 478 y 480 ALEC 1938.

<sup>51</sup> Entre la citación y la comparecencia debían mediar como mínimo 24 horas y como máximo 6 días (art. 631. I ALEC 1938), salvo circunstancias excepcionales.

legitimado el Juez para ordenar la comparecencia obligatoria del demandado que, de no aparecer, sería simplemente declarado en rebeldía (art. 634 ALEC 1938).

### III. ALGUNAS INSTITUCIONES EN PARTICULAR

El ideario del fascismo español no solo se hizo presente en la ordenación general de los procedimientos, sino también respecto de otras instituciones procesales:

#### 3.1 Medios alternativos de resolución de conflictos

A pesar de su fuerte carácter publicitario, el ALEC 1938 admitió las bondades de los medios alternativos de resolución de conflictos.

El ALEC 1938 fomentó el arbitraje, permitiendo que determinadas personas jurídicas establecieran en sus Estatutos una cláusula en virtud de la que sus miembros<sup>52</sup> se obligaran a ventilar las diferencias de Derecho privado que surjan entre ellos, sin necesidad de acudir a los Tribunales (art. 1154 ALEC 1938). Se trata, pues, de un antiguo reconocimiento del arbitraje estatutario (hoy: art. 11 bis LArb). Ahora bien, no renunciaba el Estado a ejercer un férreo control sobre tales cláusulas: exigía el ALEC 1938 que el estatuto que contuviera tal previsión fuera aprobado por la Sala de Gobierno de la respectiva Audiencia Territorial (art. 1155 ALEC 1938).

Más allá del arbitraje, el ALEC 1938 pretendía también fomentar la conciliación, atribuyéndola no a los –demostrados ineficaces– Jueces municipales sino a los Jueces instructores (que habían sustituido a los Juzgados de primera instancia: *cfr.* Cap. V.2.2):

«Como los pleitos son males sociales, el Anteproyecto estimula aún más las conciliaciones, disponiendo que cada conciliación lograda por el Juez conoedor del pleito sea anotada como mérito singular en su expediente personal, al efecto de que se recompense por la Gran Orden de Alfonso el Sabio que se cree para premiar estos y otros trabajos dignos de ello»<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> También extraños: «Las personas no pertenecientes a Corporación que tenga establecido arbitraje, podrán someter sus diferencias a este, si su estatuto permite la resolución de cuestiones habidas entre extraños».

<sup>53</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

Mediante la introducción de incentivos personales como la concesión de distinciones (además de la duplicación del salario: Cap. V.2.2) pretendía el ALEC 1938 que los Jueces se involucraran realmente en la resolución amistosa de conflictos. Así, conforme al art. 384 ALEC 1938, el Juez estaría «obligado a proponer la conciliación como primer trámite de todo litigio y cuantas veces lo crea oportuno durante la tramitación del mismo»<sup>54</sup>. La norma, exagerada, recuerda en cierta medida al régimen actual (la audiencia previa en el juicio ordinario se lleva a cabo, en primer lugar, «para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso»: art. 414.1. III LEC)<sup>55</sup>. Y, efectivamente, el art. 392 ALEC establecía que lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevaría a efecto por el mismo Juez, por los trámites establecidos para la ejecución de sentencias (arts. 646 y ss.), siguiendo el precedente de la LEC 1881 (art. 476. I) y de la LEC 1855 (art. 248). Lo mismo sucede hoy con esta transacción judicial, que cuando es homologada da lugar al título ejecutivo del 517.2.3.º LEC<sup>56</sup>.

### 3.2 El heterogéneo «procedimiento asegurativo»

Los arts. 745 y ss. ALEC 1938 daban cuenta, por otro lado, de una notable innovación. Se trataba del llamado «procedimiento asegurativo», que tenía por objeto «adoptar la medida más adecuada para [la] protección de personas, conservación de cosas o efectividad de derechos, en vía sumaria y provisional» (at. 745 ALEC 1938). Se singularizaba esta regulación por haber asumido heterogéneos procedimientos. Buena parte de estos eran incardinables en la tutela cautelar: el embargo (arts. 852 y ss.), la conservación de cosas (arts. 799 y ss.) o la constancia de derechos litigiosos (arts. 845 y ss.). Otros procedimientos subsumidos en la gran categoría de «asegurativos» habían sido entendidos tradicionalmente como mecanismos expeditos de tutela de la posesión: así sucede con los interdictos (arts. 827 y ss.).

Por otra parte, el ALEC 1938 ubicaba en el marco de estos procedimientos asegurativos otros expedientes tradicionalmente parte de la jurisdicción voluntaria, lo que explica la menor relevancia de esta última en el ALEC 1938 (*cfr.* Cap. VII.3.5): la administración de bienes abandonados y de ausentes

<sup>54</sup> La norma contrastaba con el § 204. I öZPO, que facultaba, pero no obligaba al Tribunal a intentar una conciliación.

<sup>55</sup> Para el juicio verbal: art. 4401. II LEC.

<sup>56</sup> Cuando la conciliación fructífera no es la que sucede ante el Juez, sino ante el LAJ, el título ejecutivo es el del art. 517.2.9.º LEC, al que se remite el art. 147.1 LJVol.

(arts. 806 y ss.)<sup>57</sup>, los depósitos de personas (arts. 747 y ss. ALEC 1938)<sup>58</sup>, los expedientes de apeo, deslinde y amojonamiento (arts. 812 y ss.)<sup>59</sup>, la prevención judicial en asuntos de comercio (arts. 895 y ss.)<sup>60</sup>. También otros expedientes controvertidos como los alimentos provisionales (procedimiento contencioso bajo la LEC 1881<sup>61</sup> pero voluntario en la de 1855<sup>62</sup>) venían regulados bajo la gran categoría de procedimientos asegurativos (arts. 827 y ss.).

### 3.3 Normas sobre competencia: reducción de la autonomía de la voluntad

La improrrogabilidad de la jurisdicción suponía, correlativamente, restringir la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC) para modificar la competencia legalmente prevista, ampliamente reconocida bajo la LEC 1855 (art. 2), la LEC 1881 (art. 56. I) y hoy (art. 54.1 LEC). Contra esa libertad reacciona el ALEC 1938, estableciendo en su art. 7 que «(l)a competencia está determinada por la facilidad de aportación de pruebas y de ejercicio de sus derechos para los interesados, en vista de la verdad y de la Justicia». De la misma concepción participan otras normas como el art. 12 ALEC 1938: «(l)a jurisdicción civil no podrá prorrogarse a menos que el Gobierno [¡!] autorice la sumisión con carácter de generalidad para actos o contratos, clases o personas determinadas»<sup>63</sup>. Y, del mismo modo, el art. 14 ALEC 1938 prohibía la sumisión expresa, «renunciando a su fuero propio y designando el Juez a quien se sometieren, antes de promoverse el litigio»<sup>64</sup>. Lo anterior no impedía, sin embargo, reconocer algunos supuestos en que la sumisión tácita sí era admisible (art. 15 ALEC 1938). El modelo español fue más severo, por tanto, que el que luego seguiría el Código Procesal Civil italiano de 1940<sup>65</sup>.

<sup>57</sup> Arts. 2031 y ss. LEC 1881.

<sup>58</sup> Arts. 1277 y ss. LEC 1855.

<sup>59</sup> Arts. 1325 y ss. LEC 1855.

<sup>60</sup> Arts. 2109 y ss. LEC 1881.

<sup>61</sup> Arts. 1609 y ss.

<sup>62</sup> Arts. 1210 y ss.

<sup>63</sup> Cfr. art. 54 LEC 1881: «La jurisdicción civil podrá prorrogarse a Juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial pueda conocer del asunto que ante él se proponga»

<sup>64</sup> Cfr. art. 57 LEC 1881: «Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados, renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren».

<sup>65</sup> Art. 28: «*La competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei numeri 1,2,3 e 5 dell'articolo 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge*». Los supuestos que preveía la norma italiana no son, dejando de lado los que provienen de la complejidad del tráfico jurídico (ordinales 12.º, 13.º o 13.º bis del art. 52.1 LEC) distantes de los que conoce la LEC hoy vigente (cfr. arts. 545, 684 o 769).



### 3.4 Ejecución provisional: la jurisdicción de *referée*

El ALEC 1938 introducía un sistema muy particular de *ejecución provisional*, proveniente de los arts. 806 y ss. del *Code français* de 1806<sup>66</sup>. Su sentido viene expresado en el Preámbulo ALEC 1938:

«Trátase ahora de la jurisdicción de *referée* o pedimento de ejecución provisoria. Esta especie de recurso de urgencia en lo civil es una jurisdicción perfectamente contenciosa, porque actúa con citación contraria, y totalmente oral, que interviene siempre que haya urgencia o cuando, sin ella surgen dificultades en cualquier otro proceso de ejecución. Ejercitada no por un Tribunal colegiado, sino por un Juez único que necesita una agilidad mental extraordinaria, además de mucha paciencia y de profundos conocimientos jurídicos, esta jurisdicción solo tiene una fuerza provisional, pues sus resoluciones, que no producen excepción de cosa juzgada, se abstienen siempre de prejuzgar el fondo del asunto, que queda reservado al Tribunal colegiado».

No es, en realidad, la ejecución provisional que conocen los arts. 524 y ss. LEC. Pero la mayor bondad de este sistema de ejecución provisional era —decía con alta dosis de optimismo el Preámbulo— la de evitar el pleito *stricto sensu*. Así, aunque la decisión del Juez tomada en este marco solo era provisional y la parte condenada podía reproducir la cuestión en otro procedimiento, la resolución sería definitiva no solo cuando el Juez lograra la conciliación, «sino incluso cuando no lo logre, pues en estos últimos la decisión provisional del Juez descubrirá a la parte vencida la improcedencia de sus pretensiones, y esto la desalentará para proseguir el litigio»<sup>67</sup>. Aunque el texto hace pensar que la resolución sobre el fondo quedaría reservada realmente a los Tribunales colegiados, creo que con alta probabilidad aquellos tenderían a desestimar las pretensiones que hayan fracasado en esa *instancia previa*: el condenado es demasiado contestativo con la voluntad del Estado, cuya *auctoritas* pretende elevar el ALEC 1938. Es decir, el Juez instruye a la parte sobre su derecho, le revela socráticamente la improcedencia de su deseo y, por tanto, la *desalienta* a buscar otras vías.

### 3.5 La jurisdicción voluntaria

Tampoco la jurisdicción voluntaria quedó excluida de la reforma prevista por el ALEC 1938. Su expansión era conforme, en el Estado totalitario, con el

---

<sup>66</sup> Sobre la influencia del Código Procesal Civil francés de 1806 en la Europa de la época y posterior, cfr. VAN RHEE, C. H., «Evolución del Derecho...», *op. cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>67</sup> Preámbulo, ALEC 1938.

nuevo rol activo que se confería al Juez, que se convertía así en una suerte de funcionario<sup>68</sup>. Aquí es perceptible la influencia del nacionalsocialismo, que también optó por expandir su ámbito de aplicación<sup>69</sup>. Aun así, esto no puede tampoco llevar a creer que la expansión de la jurisdicción voluntaria es muestra de autoritarismo. Creo que con razón lo ha hecho notar Alcalá-Zamora y Castillo: tampoco en la «seudojurisdicción voluntaria» (como él la llama) «se advierten por razón de su contenido, serias divergencias ideológicas entre naciones liberales y países totalitarios»<sup>70</sup>. La comprobación es, además, empíricamente compleja dada la singularidad nacional de cada Derecho procesal.

En cualquier caso, la jurisdicción voluntaria venía en el ALEC 1938 regulada en los arts. 1347 y ss. y comprendía «todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», siguiendo los precedentes del art. 1811 LEC 1811 y del art. 1207 LEC 1855. Además de las modificaciones en la ubicación sistemática de algunos expedientes (*cfr. supra*), la reforma de la jurisdicción voluntaria tuvo por finalidad descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales *stricto sensu* (tal como sucede hoy: *cfr. ap. V* de la Exposición de Motivos de la LJVol). Así, bajo el ALEC 1938 se transferían a los Juzgados municipales los actos de jurisdicción voluntaria y diligencias en que no hubiera nada que juzgar.

De tal modo, reservaba el ALEC 1938 para la jurisdicción voluntaria los siguientes expedientes: adopción y guarda de hecho (arts. 1361 y ss.), formación del Consejo de Familia, nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos (arts. 1370 y ss.), justificación de la posesión y el dominio (arts. 1383 y 1384), las informaciones para perpetua memoria u otro objeto (arts. 1385 y ss.)<sup>71</sup> y las subastas voluntarias judiciales

---

<sup>68</sup> FENECH, M., *La posición...*, *op. cit.*, pp. 129 y 147. Entronca con la cita de Lascano que recuerda Alcalá-Zamora y Castillo: «(l)a jurisdicción no existe como función independiente, sino que constituye una faz de la función administrativa» en los países totalitarios (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», en *Estudios...*, *op. cit.*, p. 256). Para el nacionalsocialismo, *cfr.* BLEN, E., «Nationalsozialistischer Richter und Familie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit», en FRANK, A. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch...*, *op. cit.*, pp. 1004 y ss.

<sup>69</sup> *Cfr.* MONTERO AROCA, J., «Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

<sup>70</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», en *Estudios...*, *op. cit.*, p. 255

<sup>71</sup> Aglutinaban los viejos expedientes de las informaciones para dispensa de Ley (arts. 1335 y ss. LEC 1855) y para perpetua memoria (arts. 1359 y ss. LEC 1855). Desaparecidos en 2015, han vuelto a existir entre nosotros tras la Ley 20/2022, de 19 de octubre, que los introduce bajo el nombre de «expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a declaraciones judiciales sobre hechos pasados» (arts. 80 bis y ss.). Para un análisis crítico, *cfr.* Banacloche Palao, J., «Una valoración crítica del erróneamente resucitado expediente de jurisdicción voluntaria de información para perpetua memoria», *Diario La Ley*, Núm. 10127, 2022, s/p.

(arts. 1393 y ss.)<sup>72</sup>. No daba cuenta el ALEC 1938 de una expansión total de la jurisdicción voluntaria, como sí se pretendió en el nacionalsocialismo.

#### IV. RECAPITULACIÓN

El proceso civil que arbitraba el ALEC 1938 era coherente con la pretensión política subyacente: amplísimos poderes directivos del Juez, correlativa reducción de la voluntad de las partes e intervención severa del Ministerio Fiscal, entre otras cuestiones. Pretendía el ALEC 1938 la simplificación de los viejos procedimientos de la LEC 1881, garantizando la tutela expedita de los intereses en liza, siempre en tanto públicos. Es decir, la tutela del interés privado es excusa o pretexto para el proceso: lo relevante es la protección del bien común (con los matices que he hecho notar sobre, por ejemplo, la función/obligación nomofiláctica del TS de hoy). A la regulación puramente procesal del ALEC 1938 se le agregaban algunas instituciones circundantes, en el influjo del Estado total era igualmente obvio: por ejemplo, el arbitraje estatutario se potenciaba, pero sin abandonar el cobijo del Estado. La *funcionarización* del Juez se producía con claridad en una relativamente tímida expansión de la jurisdicción voluntaria, que no estaba exenta tampoco de politización.

---

<sup>72</sup> Bajo la LEC 1855 eran un expediente de jurisdicción voluntaria: arts. 1374 y ss.

## CAPÍTULO VIII. ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

«Otro Estado –otro proceso penal»<sup>1</sup>. «[...] Al Derecho penal nacionalsocialista solo corresponde un proceso penal nacionalsocialista»<sup>2</sup>. A esas sentencias nazis hizo honor el ALECrIm 1938: el nuevo Estado exige un nuevo proceso penal. El ALECrIm 1938 es, de los textos que configuraron este Derecho procesal falangista, el más conocido. Ofrece particular interés en los tiempos que corren, pues plantea cuestiones tan actuales (aunque a la vez tan antiguas) como atribuir la instrucción del sumario al Ministerio Fiscal<sup>3</sup>. Demuestra esto último que, si bien la atribución de la investigación a la Fiscalía se suele vincular con sistemas democráticos, no es *per se* incompatible con sistemas de otras tendencias<sup>4</sup>. Lo reitero. Lo relevante no es ni la forma ni la institución concreta que materialice un Derecho procesal particular, sino la finalidad última: si garantizar el dominio total del Estado o el libre desarrollo de la personalidad.

Aparte de eso, el texto falangista no tuvo por pretensión construir un nuevo proceso penal, sino «remozar nuestro Enjuiciamiento Criminal»<sup>5</sup>. Igual que los procesos penales de otros regímenes, el modelo propuesto por el ALECrIm 1938 pretendía cristalizar, a través del *ius puniendi* real (y no solo como amenaza), la revolución del nuevo Estado.

---

<sup>1</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 4. También, DAHM, G. y SCHAFFSTEIN, F., *Liberales...*, *op. cit.*, p. 7: «*So spiegelt sich seither in der Strafrechtsgeschichte die Geschichte des Staatsgedankens wider*».

<sup>2</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 16.

<sup>3</sup> Cfr. Preámbulo, ALECrIm 2020 (ap. IV).

<sup>4</sup> CACHÓN CADENAS, M., «La investigación...», *op. cit.*, p. 530.

<sup>5</sup> Preámbulo, ALECrIm 1938.

## I. INFLUENCIAS EXTRANJERAS

Al margen de la influencia que la propia LECrim 1882 («*le Code de procédure criminelle [...] plus avancé du continent*»<sup>6</sup>, decía Goldschmidt) y la LOP 1933 tuvieron sobre el texto falangista, el ALECrím 1938 usó como modelos al Código Procesal Penal portugués de 1929 (actualizado en 1933)<sup>7</sup> y al Código Procesal penal italiano de 1930<sup>8</sup>. Por otra parte, aunque el Preámbulo del ALECrím 1938 no se refiere expresamente a ella, también son perceptibles semejanzas con la StPO<sup>9</sup> de la Alemania nazi<sup>10</sup>. El influjo de esta última no puede sorprender si se considera que uno de los principales responsables del texto de 1938 (Antonio Luna García: Cap. II.2) amplió sus estudios en Alemania y otros países en 1930 y 1931<sup>11</sup>. Y no solo amplió sus estudios, sino que dio buena cuenta de su conocimiento del régimen jurídico del nacionalsocialismo, por ejemplo, respecto de la organización del personal de la Judicatura (*cfr.* Cap. V.2).

Fácilmente se deducen las similitudes en sus pretensiones si se lee la *Relazione* presentada por Alfredo Rocco a Víctor Manuel III. El texto sintetizaba la tendencia del nuevo enjuiciamiento italiano:

«[...] (i) *cardini della riforma furono e sono pertanto: ottenere la massima speditezza nei procedimenti, compatibilmente con le esigenze della giustizia; eliminare tutte la superfluità; combattere le cause e le manifestazioni della cavillosità; impedire la degenerazione accademica o teatrale delle discussioni; accrescere il prestigio e la serietà della difesa; reprimere le foderi e le temerarietà processuali;*

<sup>6</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 219.

<sup>7</sup> Coimbra Editora, Coimbra, 1933. José Beza Dos Santos (presidente de la Comisión que preparó el Código de Proceso Penal de 1929) fue un destacado jurista portugués, nacido en 1885 y fallecido en 1962. A él se refirió Hans Heinrich Jescheck como el «antiguo maestro de la ciencia del Derecho penal portuguesa e inspirador de la reforma penitenciaria portuguesa» (JESCHECK, H. H., «Der VIII. Internationale Strafrechtskongress vom 21. - 27. September 1961 in Lissabon», *ZStW*, Núm. 12, 1962, p. 183). Como profesor en la Universidad de Coimbra, se destacó tanto en el Derecho privado (entre otras, con la obra, *A Simulação em direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921) como en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal en, respectivamente, obras como: «Fins das penas», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 14, 1937-1938, pp. 21 y ss.; o «Interpretação e integração das lacunas de lei e processo penal», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 11, 1929, pp. 103 y ss. También destacó su tratamiento el Derecho penitenciario. *Cfr.* *Nova organização prisional portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, obra que se presentó en España, como puede leerse en la reseña elaborada por Diego Mosquete Martín y publicada en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. 1, 1948, pp. 108 y ss.

<sup>8</sup> El Código Procesal Penal italiano de 1930 «*was profoundly permeated by authoritarian ideology and significantly reduced the rights of suspects*» (SKINNER, S., «Tainted Law...?», *op. cit.*, p. 7).

<sup>9</sup> *Cfr.* HERCE QUEMADA, V. y VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., «Notas...», *op. cit.*, pp. 385 y ss.

<sup>10</sup> LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia...*, *op. cit.*, pp. 74 y 75: «(l)os anteproyectos falangistas plantean un procedimiento civil y penal que [...] sigue muy de cerca las pautas del alemán».

<sup>11</sup> Así lo hace saber el mismo: «Pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios, en los años 1930 y 1931 tuve ocasión de conocer personalmente la vida judicial en Portugal, Francia, Bélgica, Alemania, Checoslovaquia, Austria e Italia» (LUNA, A., *Justicia...*, *op. cit.*, p. 29).

*impedire le impugnazioni infondate; elevare l'autorità del giudice; restituire al pubblico ministero le funzioni che gli sono proprie; far sì che la giustizia sostanziale abbia sempre sopravvento sulla giustizia meramente formale».*

El combate de lo que esta *Relazione* llamó «*degenerazione accademica o teatrale delle discussioni*» no fue privativo, sin embargo, del enjuiciamiento italiano: en el Derecho procesal histórico de España existen previsiones similares, como la contenida en la LENCC (1830), que ya preveía en su art. 45. I norma análoga<sup>12</sup> o en el art. 64. II de la Instrucción del Marqués de Gerona<sup>13</sup>. El nuevo modelo italiano, en cualquier caso, tuvo bien presente la necesidad de poner coto a una oralidad malentendida, que solo sirve a la vanidad del abogado y que, por el gasto inútil de recursos, perjudicaba al interés general (como ya se ha dicho antes: Cap. V.2.3)<sup>14</sup>.

## II. TENDENCIAS

La Administración de Justicia (difícilmente puede hablarse aquí de verdadero Poder Judicial) aparece configurada en el ALECrim 1938 no como un instrumento de tutela de los derechos individuales, sino como un mecanismo del Estado para protegerse de quienes amenazaban su existencia<sup>15</sup>. Así sucedió también en los procesos penales que se sustanciaron tras la Guerra Civil contra los vencidos<sup>16</sup>. Esta concepción del enjuiciamiento criminal es consecuencia lógica del ideario fascista, al que el «pueblo, unido y en orden» ha ascendido<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Así, prohibía «[...] abultar y prolongar los escritos y alegatos con citas doctrinales de los autores que han escrito sobre jurisprudencia, ni de las leyes del derecho romano o de países extranjeros, devolviéndose a las partes los que presenten en contravención de esta ley, o desglosándose del proceso en cualquier estado en que esta se advierta».

<sup>13</sup> «Los letrados por su parte se abstendrán en sus defensas de amplificaciones inoportunas; y persuadiéndose de que el tiempo mal gastado por los Tribunales y Jueces ocasiona siempre un perjuicio indebido a los demás litigantes, y especialmente a los reos encarcelados, ceñirán sus discursos a lo que fuere prudentemente necesario, según la gravedad y complicación de los negocios».

<sup>14</sup> GARLATI, L., «“Contro il...”», *op. cit.*, pp. 186 y 187.

<sup>15</sup> En CP anteriores a la democracia es claramente perceptible, en la sistemática de las normas, la esencialidad del Estado como bien jurídico. Los Libros II de los CP 1944, 1928 y 1870 –y a su manera también el de 1822– comienzan su articulado castigando conductas lesivas de la operatividad del Estado. El CP 1995 da cuenta de una sistemática distinta, subrayando la vida como el bien jurídico primordial. Respecto de esta cuestión en los textos falangistas, *cfr.* TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>16</sup> TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I., *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Publicacions UA, Sant Vicent del Raspeig, 2017, p. 234: «[...] (e)l nuevo Estado negó la posibilidad de que existiera algún principio de igualdad entre las partes contendientes, y se situó abiertamente como juez y parte cuando se trató del proceso de sus enemigos».

<sup>17</sup> Art. 1 de los Estatutos de FET y de las JONS. Eso produce una asimilación entre FE y Estado: «*The process of fascistization was thus apparent within the construction of the New State itself: the Falange peopled the New State, quite literally embedding itself within it*»: VINCENT, M., «Spain», en BOSWORTH, R. J. B. (ed.), *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, p. 376.

La (no siempre clara)<sup>18</sup> absorción del individuo y del pueblo en el Estado («*l'individuo nello Stato fascista non è annullato, ma piuttosto moltiplicato, così come in un reggimento un soldato non è diminuito, ma moltiplicato per il numero dei suoi camerati*»<sup>19</sup>) explica el deseo (y derecho/obligación)<sup>20</sup> esencial del Estado de autotutelarse: la directa protección del Estado por el Estado supone, igualmente, la indirecta tutela de la sociedad<sup>21</sup>.

Esta idea estuvo intensamente viva (además de en alguna legislación histórica)<sup>22</sup> en Ramiro Ledesma: «El Estado es más bien la base misma del pueblo, se identifica con el pueblo, y no es un mero auxiliar del pueblo para realizar sus hazañas históricas»<sup>23</sup>; o, en definitiva, «(p)ueblo y Estado son algo indisoluble, fundido, cuyo nombre es todo un designio gigantesco»<sup>24</sup>. En FE, esta posición quedaba matizada y, por ejemplo, el pto. 7 del Programa de FET y de las JONS reconocía «la dignidad humana, la integridad del hombre y su libertad» como valores intangibles que, como tales, estaban allende el Estado<sup>25</sup>. En cualquier caso, este deseo fundamental de tutelar el interés del Estado explica el trato de *enemigo* al que no fuera pueblo o quisiera *asaltar* el Estado. Y así, había dicho Julio Ruiz de Alda en el encuentro fundacional de FE que:

<sup>18</sup> «Frente al desdeñoso libertad, ¿para qué? de Lenin, nosotros comenzamos por afirmar la libertad del individuo, por reconocer al individuo. Nosotros, tachados de defender un panteísmo estatal, empezamos por aceptar la realidad del individuo libre, portador de valores eternos» (José Antonio, cit. en FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 87). En otros sí es más clara la ascensión del pueblo al Estado. Así, decía Redondo: «[...] el individuo, como la familia, tienen derechos naturales no frente al Estado, pero sí ante el Poder del Estado. Decimos no frente al Estado, porque éste no puede jamás entrar en conflicto con sus componentes [...]» (Cit. por FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 88). Ese «libertad, ¿para qué?» invoca, en lo que aquí interesa, la (estéril) discusión por la independencia del Juez en el nacionalsocialismo: «*Unabhängigkeit wozu?*» (cfr. POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht...*, op. cit., p. 123).

<sup>19</sup> MUSSOLINI, B., *La dottrina del fascismo*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1933, p. 12. Respecto de un pasaje análogo a ese se ha hecho ya notar la reminiscencia «*of the Hegelian doctrine of the State and of the true liberty of the subject consisting in unquestioning obedience to the State*» (CAMPBELL, A. H., «Fascism...», op. cit., p. 142).

<sup>20</sup> Cfr. SKINNER, S., «Violence in Fascist...», op. cit., p. 448.

<sup>21</sup> «El aseguramiento del orden estatal es, por tanto, la primera tarea del Código penal nacionalsocialista. Este orden estatal no es, sin embargo, un fin en sí mismo; pretende mantener e impulsar las naturales, espirituales y éticas fuerzas vitales de la comunidad de sangre alemana» (*Sicherung der Staatsordnung ist daher erste Aufgabe des nationalsozialistischen Strafgesetzbuchs. Diese staatliche Ordnung ist jedoch nicht Selbstzweck; sie will die natürlichen, geistigen und sittlichen Lebenskräfte der deutschen Blutgemeinschaft erhalten und fördern: Nationalsozialistisches...*, op. cit., p. 20).

<sup>22</sup> El CP soviético de 1926 mantuvo la pena de muerte, que había sido restaurada por el CP de 1922, concibiéndola como «medida excepcional de protección del Estado de los trabajadores» (cfr. CUELLO CALÓN, E., «La reforma...», op. cit., p. 11 y, especialmente, p. 14 (nota 4), que da cuenta de la espeluznante praxis de aquel momento).

<sup>23</sup> «Sobre un libro político de Ortega y Gasset», Núm. 8, *La Conquista del Estado*, 2 de mayo de 1931, p. 3.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> GARCÍA-VALDECASAS, A., «Los Estados...», op. cit., p. 27.

«(l)os comunistas no rusos son todos ellos soldados de una potencia extranjera en guerra, y como a tales hay que tratarlos»<sup>26</sup>.

Esta tendencia es también perceptible en el proceso penal nacionalsocialista, especialmente tras la incorporación el 28 de junio de 1935 de los §§ 170a y 267a StPO (que respondían a la quiebra de legalidad en el Derecho penal sustantivo: *cfr.* Cap. III.2.1). El § 170a StPO determinaba que si un hecho, no declarado punible por la Ley, mereciera castigo según el sano sentimiento del pueblo (alemán), la Fiscalía debía comprobar si coincidía con los principios generales de una Ley penal y si, por la correspondiente aplicación de esta Ley, podía llevarse la Justicia al triunfo. Lo mismo preveía el § 267a StPO respecto del Juez, de manera que:

«(s)i del juicio oral se desprende que el acusado ha realizado un hecho que, no estando punible por Ley, merezca castigo según el sano sentimiento del pueblo, el Tribunal deberá comprobar si coincide con los principios generales de una ley penal y si, por la correspondiente aplicación de esta Ley, se puede llevar a la Justicia al triunfo».

## 2.1 Búsqueda de la verdad y justicia material

Como ya se ha hecho saber antes (*cfr.* Cap. VI.1), uno de los principios esenciales que sustentó el ALECRim 1938 fue la incansable búsqueda de la verdad y la primacía de la justicia material, al precio que fuere, pretensión hoy incompatible con el Estado de Derecho. Se trata de uno de los rasgos característicos de los sistemas procesales penales con componentes autoritarios (totalitarios, en este caso) «que hacen del hallazgo de la verdad y del castigo del culpable el fin primordial que han de perseguir todas las autoridades públicas implicadas, incluidos los propios jueces»<sup>27</sup>.

Esta tendencia a la búsqueda de la verdad y la justicia se hizo clara en el ALECRim 1938. «En nombre de la Justicia de España» actuarían los Tribunales de lo penal, conforme al art. 1 del texto<sup>28</sup>. La noción «Justicia» aparecía referenciada con notable cadencia y en mayúsculas, circunstancia ya poco habitual en los textos legislativos actuales. Al margen de una reciente y malograda Ley procesal penal alemana de sugestivo título (Ley para la obtención de

<sup>26</sup> PRADERA, J., *La mitología...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>27</sup> Preámbulo, ALECRim 2020 (ap. IV).

<sup>28</sup> Misma previsión contenía el art. 1 ALEC 1938.



Justicia material)<sup>29</sup>, son pocas las normas no constitucionales que, tan desinhibidamente, emplean el término «Justicia». También fue partícipe de esta posición el proceso penal de la Rusia soviética, en que la decisión justa era aquella que fáctica y jurídicamente era adecuada, sino también aquella que mejor expresara los valores sociales y políticos del comunismo<sup>30</sup>.

El ALECrim 1938 se propuso, igual que los otros textos procesales, reaccionar a los desajustes en el proceso penal español que, a pesar de la intervención de la LECrim 1882, seguían igual. De la misma pretensión dio cuenta Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la LECrim 1882:

«[...] de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable, por tanto, a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas al ciudadano: una, que *al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado* [...]» (ap. VIII)<sup>31</sup>.

No puede soslayarse, en todo caso, la deuda del ALECrim 1938 con el Discurso de fundación de FE, pronunciado por José Antonio Primo de Rivera el 29 de octubre de 1933. Allí se podía leer que «(a)ntes, en otras épocas más profundas, los Estados, que eran ejecutores de misiones históricas, tenían inscritas sobre sus frentes, y aun sobre los astros, la justicia y la verdad»<sup>32</sup>. El papel central de la Justicia y de la Verdad quedaba patente. Cristalización de estas ideas fueron los arts. 5 y 6 del ALECrim 1938<sup>33</sup>. El primero de ellos facultó a los órganos jurisdiccionales para intervenir desde el primer trámite y hasta el último, como directores del procedimiento, «sin más guía que la de comprobar la verdad y hacer que impere la Justicia». Por su parte, el art. 6 preveía que en ningún caso un defecto de forma impediría «que prospere la Justicia de fondo»<sup>34</sup>. A estos efectos,

<sup>29</sup> Cfr. BUCHHALTER MONTERO, B., «Mal día para la Justicia material: crítica de la S. del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 31 de octubre de 2023 (2 BvR 900/22), sobre reapertura del proceso del absuelto», *Revista ítalo-española de Derecho procesal*, Núm. 1, 2024, pp. 1 y ss..

<sup>30</sup> Cfr. HEYERS, K., *Die Strafverfahren der Bundesrepublik und der Sowjetunion*, H. Hovier und CO. Verlag, Bonn, 1957, p. 89.

<sup>31</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>32</sup> Más adelante, también: «[...] no hay más dialéctica admisible que la dialéctica de los puños y de las pistolas cuando se ofende a la *justicia* o a la Patria». La cursiva es nuestra.

<sup>33</sup> Como norma hermana pueden citarse –al margen del § 244. II StPO que luego se mencionará– el art. 9.1 CPort 1929: «(o) Ministério Público poderá requerer e o juiz poderá oficiosamente ordenar quaisquer diligências que se julguem indispensáveis para o descobrimento da verdade, mesmo quando a acção penal depender de acusação particular, mas sem prejuízo do disposto nos artigos antecedentes».

<sup>34</sup> Sobre la llamada «justicia de fondo» son de destacar las reflexiones contenidas en la Exposición del Anteproyecto de 1970: «[...] se reconoce, por la doctrina y Derecho comparado la necesidad de que el proceso penal llegue a hacer «justicia material», estableciendo la «verdad real», expresiones que en el

«[...] el Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, planteará libremente tesis relativas al fondo o a la forma, corregirá los defectos procesales, admitirá los medios de prueba en todo tiempo y ampliará el período o diligencia probatoria cuando fuere necesario para que resulte completo el conocimiento del hecho procesal [...]»<sup>35</sup>.

Eso explica que ni siquiera los procesados se vieran eximidos de esta obligación de decir verdad, aunque la sanción por mentir no fuera posible<sup>36</sup>. El art. 313 ALECrím 1938 (también previsto en la LECrím 1882: art. 387) cobraba así un sentido distinto en el enjuiciamiento falangista. Establecía el precepto que no se exigiría juramento a los procesados, «exhortándoles solamente a decir verdad y advirtiéndoles el Juez de instrucción que deben responder, de manera precisa, clara y conforme a la verdad, a las preguntas que les fueren hechas».

De tal manera, aunque sea formalmente, el ALECrím 1938 se separaba de la vieja tradición del enjuiciamiento penal que facultaba al poder político para interrogar al investigado bajo juramento, como se reconocía en Partidas III, Tít. 2, L. 29, recogiendo el uso forense (aunque con opiniones en contra)<sup>37</sup>. Su más ilustre comentarista, Gregorio López, en la glosa α a esa norma dice: «*Per istam est quotidie in practica, quod accusato vel inquisito capto recipitur ab eo iuramentu de veritate dicenda [...]*»<sup>38</sup>. Como en el nacionalsocialismo: «El investigado debe subordinarse con sus intereses, como objeto de la investigación, a la comunidad»<sup>39</sup>.

En cualquier caso, no solo respecto del instructor del ALECrím 1938 tomaban cuerpo estas obligaciones de búsqueda y obtención de la verdad y justicia material: otros sujetos involucrados en el procedimiento gozaron, por los mismos motivos, de amplias potestades de investigación. Coincidente con la ideología que inspiró al ALECrím 1938 era la posición de la Policía Judicial en el proceso: sus declaraciones hacían fe de los hechos, salvo prueba en con-

---

fondo son ciertamente tautológicas, pues la justicia deja de ser tal si no es de fondo, si no es material, y la verdad ha de ser verdad a secas sin adjetivos, en forma tal que hablar de una verdad meramente formal, supone una contradicción».

<sup>35</sup> La influencia del Código portugués es aquí clara: «(a) *instrução do processo é dirigida pelo juiz, que poderá ordenar oficiosamente ou por promoção do Ministério Público, a requerimento da parte acusadora ou do argüido, depois de admitido a intervir no processo, qualquer diligência que julgue necessária para o apuramento da verdade*» (art. 159).

<sup>36</sup> A ellos y a sus abogados compelia –y compele hoy– el deber de comportarse de buena fe (cfr. Cap. 6.3).

<sup>37</sup> Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica...*, op. cit., pp. 475 y 478.

<sup>38</sup> Cit. de la edición facsímil, preparada por la Agencia BOE, Madrid, 2011, p. 84.

<sup>39</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», op. cit., p. 24.

trario (art. 619 ALECRim 1938)<sup>40</sup>. Aunque el fundamento de esta previsión no parecía ser tanto una hipervaloración de la Policía Judicial sino la necesidad de evitar la duplicación de esfuerzos probatorios<sup>41</sup>. Y, efectivamente, los párr. II y III del art. 217 establecían lo siguiente:

«(e)l Ministerio público puede reclamar de toda clase de Autoridades, funcionarios, agentes, entidades y particulares, cualquier dato, informe, certificación, declaración, documento o diligencia, incluso con carácter urgente, para los fines de la jurisdicción criminal. [...] *De la misma facultad gozan todos los funcionarios de policía judicial*»<sup>42</sup>.

Misma tendencia que acusó el enjuiciamiento italiano: «*gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non potevano infatti essere perseguiti per fatti integrativi materialmente di un reato riconducibili all'esercizio della loro funzione coercitiva*»<sup>43</sup>. La previsión italiana pretendía garantizar que el Estado se sintiera formal y materialmente liberado de *obstáculos liberales* que impidieran una eficaz persecución del delito.

Y, del mismo modo, también en el juicio oral (limitado en su publicidad)<sup>44</sup> que reguló el ALECRim 1938 regía este principio de búsqueda de la verdad, lo que conducía a la admisión de toda clase de pruebas, «siempre que tiendan al descubrimiento de la verdad»<sup>45</sup>.

La misma idea latía en el texto del § 244. II StPO, dado por la Ley de 28 de junio de 1935: «(e)l Tribunal debe hacer de oficio todo lo necesario para el descu-

<sup>40</sup> Contrasta la previsión con lo establecido en el art. 717 LECrim 1882: «(l)as declaraciones de las Autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor de declaraciones testificales, apreciables como éstas según las reglas del criterio racional».

<sup>41</sup> Así creo que se desprende del contexto en que Antonio Luna se ocupa de esta cuestión en: LUNA, A., *Justicia...*, op. cit., p. 125.

<sup>42</sup> La cursiva es nuestra. También en la regulación de las diligencias en particular se advierte este papel preponderante de la Policía Judicial. A ella corresponde, según el art. 253. I ALECRim 1938, y no al instructor, recoger y conservar los vestigios o pruebas materiales de la perpetración de un delito. Igualmente, el art. 261. I ALECRim 1938 respecto del cuerpo del delito. O, por ejemplo, el art. 406. I que facultaba al Juez «o funcionario de Policía Judicial» para «por su propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las declaraciones necesarias [...]». También el art. 411 ALECRim 1938: «(d)urante la instrucción de la causa, el Juez instructor, el Ministerio fiscal o el funcionario de Policía Judicial podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír, por saltar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad»; o el art. 453 ALECRim 1938: «(e)l procesado que hubiere de estar en libertad provisional con o sin fianza, constituirá, *apud acta*, obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el Juez o el Tribunal o Ministerio fiscal o funcionario de Policía Judicial que intervenga en la causa».

<sup>43</sup> GARLATI, L., «“Contro il...”», op. cit., p. 204.

<sup>44</sup> El art. 591. I ALECRim 1938 preveía lo siguiente: «(l)os debates del juicio oral serán públicos para las personas mayores de edad y de buena conducta que no estén ni hayan estado sujetas a procedimiento criminal».

<sup>45</sup> Preámbulo ALECRim 1938. La admisión de toda clase de pruebas (entendida como toda clase de medios de prueba y no de *fuentes*) no tiene nada de autoritario. De hecho, la LEC hoy vigente también prevé una enumeración no taxativa de medios de prueba (art. 299.3).

brimiento de la verdad»<sup>46</sup>. Esta concepción del Juez explicaba la amplia potestad que el art. 603. IV ALECrIm 1938 le atribuía para ordenar la práctica de la prueba: «(l)as pruebas de cada parte se practicarán según el orden que el Tribunal considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad». Se trataba de materializar lo que sostenía, para el proceso civil, un conocido Letrado de la época (Antonio Rodríguez-Jurado): «[...] no se puede tolerar que en la casa de la Justicia el que menos mande sea el Juez»<sup>47</sup>. Aun así, también hoy decide el Tribunal ampliamente sobre el orden de práctica de la prueba (300.1 LECr; y 701. VI LECrIm), lo que no tiene *per se* nada de autoritario (siempre que la alteración del orden respete los derechos de las partes o intervinientes y que su finalidad no sea imponer el dominio total del Estado).

## 2.2 Celeridad del procedimiento y simplificación

Otro de las notas características del ALECrIm 1938 fue la (siempre peligrosa)<sup>48</sup> pretensión de celeridad y simplificación del procedimiento, correlato lógico de la pretensión de búsqueda de la verdad<sup>49</sup>. Búsqueda de la verdad que no debía solo suceder «*severamente, ma rapidamente*»<sup>50</sup>, de manera que la función de prevención general (positiva y negativa) pudiera ser real. De la riesgosa aceleración de los procedimientos penales ha advertido a menudo el TEDH («*The right to the fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed for the sake of expedience*»<sup>51</sup>) que, con acierto, hace notar que no siempre comporta aquella la ponderación de las garantías de las partes.

<sup>46</sup> En un sentido similar preveía el art. 368 del Código Procesal Penal italiano de 1930 que «(i)l giudice deve investigare su tutti i fatti e su tutte le circostanze che l'imputato ha esposto nell'interrogatorio, in quanto possono condurre all'accertamento della verità».

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ-JURADO, A., *Los problemas...*, op. cit., p. 19.

<sup>48</sup> «Tampoco debe llevarse la recomendación de celeridad en los procesos, hasta el punto, que los graves y mesurados pasos de la justicia se conviertan en rapidez y atolondramiento. Moderada *actividad* y no *precipitación* es lo que se debe recomendar a los tribunales, para que la justicia criminal no se convierta en arbitrariedades y desaciertos» (ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica...*, op. cit., p. 444).

<sup>49</sup> No es patrimonio privativo ni de la democracia, ni del totalitarismo, la pretensión de celeridad en los procedimientos. Cfr. el Proyecto de Reglamento de las Cortes de Cádiz «para que las causas criminales tengan un curso más expedito sin los perjuicios que resultan a los reos de la arbitrariedad de los Jueces» (LASSO GAITE, J. F., *Crónica...* [Tomo III], op. cit., pp. 19 y ss.). Rodríguez-Jurado da también cuenta de preocupaciones homologables en tiempos pretéritos: «(u)na Cédula de los Reyes Católicos del año 1499 demuestra que ya Don Fernando y Doña Isabel se preocuparon de este aspecto técnico del proceso. Muchas otras disposiciones antiguas del Poder público pueden citarse en el mismo sentido, entre ellas, una Resolución de Carlos III [1716 - 1788], de 1766, y un Real decreto de Carlos IV [1748 - 1819], de 1789 [...]» (*Los problemas...*, op. cit., pp. 27 y 28).

<sup>50</sup> La expresión es de Alfredo Rocco, citada por VINCI, S., «La política giudiziaria...», op. cit., p. 5.

<sup>51</sup> STEDH de 5 de febrero de 2008 (Ramanauskas c. Lituania), § 53.

El ALECrIm 1938 redujo, por ejemplo (como también lo había hecho la II República<sup>52</sup> y el fascismo italiano<sup>53</sup>), los medios de impugnación de las resoluciones judiciales<sup>54</sup>. No llegó a la más extrema propuesta del nacionalsocialismo, también preocupado por la celeridad<sup>55</sup>, de suprimir todos los medios de impugnación, salvo el recurso de casación (*Revision* en Alemania), que debía estar al servicio de la unidad del Derecho<sup>56</sup>. A través del recurso de *Revision* se elevaba el Tribunal imperial (*Reichsgericht*) como el verdadero Caudillo de la interpretación de la Ley («*Führer in [der] Auslegung [des Gesetzes soll] das Reichsgericht sein*»<sup>57</sup>). Más allá de eso, el Preámbulo del ALECrIm 1938 dio cuenta de este deseo de celeridad –bajo el título «(e)l ideal de la Justicia penal»– sin ambages:

«(e)l Anteproyecto introduce reformas capitales que abrevian el procedimiento, no en el sentido de reducir a la mitad los plazos legales, que es el concepto iletrado de la rapidez, sino en el de borrar y suprimir un gran número de actuaciones que representaban trabajo duplicado en el sumario y en el juicio oral, sin que se alcanzara efecto útil alguno».

Esta pretensión de simplificación y agilización del procedimiento se tradujo en propuestas concretas, como las que se tratan de seguido. Existieron, sin embargo, otras como el establecimiento de un sistema de comunicación directa entre todas las Autoridades de lo Criminal de la Nación, con la idea de agilizar el intercambio de información<sup>58</sup>.

## 2.1.1 PROHIBICIÓN DE ENTABLAR CONFLICTOS JURISDICCIONALES Y DE COMPETENCIA

El proyectado enjuiciamiento nacionalsindicalista prohibió el planteamiento de conflictos jurisdiccionales (y de competencia) que, en caso de ser inevitables,

<sup>52</sup> Por ejemplo, el art. 71.h) LOP 1933 preveía que los autos de prisión que se dictaran en los casos comprendidos por ese precepto, «no precisarán de la ratificación, ni contra ellos se dará recurso alguno».

<sup>53</sup> Cfr. VINCI, S., «La política giudiziaria...», *op. cit.*, p. 9.

<sup>54</sup> Algunos juristas proclives a estas tendencias publicadoras del proceso advirtieron de este conflicto: «[...] hace falta mucho tacto para realizar la labor, procurando hacer compatible la simplificación del procedimiento con el respeto debido a esa mínima garantía que el procedimiento, inexcusablemente, debe ofrecer a los litigantes» (RODRÍGUEZ-Jurado, A., *Los problemas...*, *op. cit.*, p. 33).

<sup>55</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 15.

<sup>56</sup> SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>57</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>58</sup> Preámbulo, ALECrIm 1938.

debían resolverse «en pro de la mayor facilidad y probabilidad de éxito de las resoluciones»<sup>59</sup>. Al respecto, el art. 28. I ALECrím 1938 establecía lo siguiente:

«(c)uando dos o más Jueces o Tribunales se reputen competentes para actuar en un asunto, si a la primera comunicación no se pusieren de acuerdo sobre la competencia, darán cuenta con exposición de antecedentes y fundamentación legal, basada principalmente en la facilidad y probabilidad de éxito del procedimiento, al superior competente, y éste, en su vista, decidirá de plano y sin ulterior recurso cuál de los Jueces instructores debe actuar».

La norma coincide literalmente con el art. 22. I LECrím, aunque su espíritu debía entenderse distinto, dada la prohibición a la que quería tender el Preámbulo del ALECrím 1938. La norma se completaba con la previsión del ap. II del art. 28 ALECrím 1938, conforme al cual cada uno de los Jueces –mientras no recaiga decisión– seguiría practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia (lo que hoy repite el art. 25. III LECrím).

### 2.1.2 RESOLUCIONES JUDICIALES

La simplificación de las resoluciones judiciales también tuvo por objeto materializar la pretensión de celeridad del procedimiento. No exigía el texto falangista que las resoluciones estuvieran siempre motivadas. El art. 91. IX ALECrím 1938 establecía que, si alguna parte lo pidiera en el acto de la notificación o en las veinticuatro horas, «se redactarán extensamente, en las veinticuatro horas subsiguientes, en un Resultando que exprese la cuestión planteada y el número indispensable de Considerandos concretos y limitados a la cuestión que se decida». Y cuando debieran serlo, preveía la regla 3.<sup>a</sup> del art. 92 ALECrím 1938 que se consignaran los fundamentos doctrinales «en la menor cantidad posible de párrafos numerados». Se apartaba aquí el proyectado enjuiciamiento falangista de la regla del art. 148. III del Código Procesal Penal italiano: «*(l)le sentenze e le ordinanze devono essere motivate, a pena di nullità, se la legge non stabilisce altrimenti [...]*».

## III. ALGUNAS CUESTIONES E INSTITUCIONES EN PARTICULAR

Al margen de lo anterior, el ALECrím 1938 mostró su carácter revolucionario en la regulación de algunas instituciones en particular:

---

<sup>59</sup> Preámbulo, ALECrím 1938.

### 3.1 Redefinición de roles en el procedimiento preliminar

El nuevo proceso penal exigía redefinir los roles en el procedimiento preliminar. Al Ministerio Fiscal competía la indagación. Al Juez la *garantía* de los derechos y, más adelante, la represión.

#### 3.1.1 EL MINISTERIO FISCAL

En el nuevo Estado, «(a)l Fiscal se le quiere conceder mayor influencia sobre el sumario»<sup>60</sup>. Y así, una de las medidas fundamentales que preveía el ALE-Crim 1938 era la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, concediendo al Juez una nueva naturaleza como órgano de garantías. El Preámbulo que acompañó al texto falangista fundamentaba esta elección del siguiente modo:

«(l)a reforma esencial del Anteproyecto consiste en situar al Juez y al Tribunal penales en la postura correspondiente a su abandonada misión: la de salvaguardar la libertad del inocente y asegurar la represión del culpable. [...] Por eso el Anteproyecto sustrae del poder del Juez y del Tribunal, singularmente del primero, todo lo relativo a la instrucción de oficio, a la elección de medios probatorios, y, en general, cuanto represente una iniciativa especial encaminada a comprobar la delincuencia del acusado. Es y debe ser el Juez el fiel de la balanza, el árbitro en la cuestión penal, actuando entre el interés social, que representa el Ministerio Fiscal, y la libertad individual del acusado».

De esta manera, la actividad del Ministerio Fiscal –auxiliado por los agentes de la Policía Judicial– debía, por ejemplo, abarcar la redacción de atestados, la audiencia de testigos, la práctica de la prueba y, sobre todo, la elevación del escrito de acusación. Esta pretensión falangista no se traduce, sin embargo, en un articulado coherente y lógico, que se refiere equívocamente al Juez de Instrucción. Así, el art. 19.2.º ALE-Crim 1938 atribuye la competencia «para la instrucción de las causas» a los «Jueces instructores del partido en que el delito se haya cometido». Y, en todo caso, art. 228 ALE-Crim 1938 preveía, en la definición de lo que se entiende por sumario, su finalidad última. Es decir, que el Ministerio Fiscal pueda formular o no acusación:

«(c)onstituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con las circunstancias indispensables para que el Ministerio fiscal pueda formular o no la acusación de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos».

---

<sup>60</sup> FENECH, M., *La posición...*, op. cit., p. 207.

## 3.1.2 EL JUEZ

Correlato lógico de esta configuración del Ministerio Fiscal es la posición del Juez, entendido como «salvaguardia del derecho del acusado», pero también como institución cuyo fin es la «pura represión»<sup>61</sup>.

El importante rol de la represión y de la función retributiva de la pena no impide, como ya se ha hecho notar antes (*cfr.* Cap. III.2.2), que en algunos preceptos del ALECrIm 1938 trasluzcan algunas funciones del Juez que exceden de ese mero castigo. Así, el art. 98. II establecía lo siguiente:

«(e)l Juez o Tribunal, a su arbitrio, dirigirá al reo una breve alocución exhortándole, si fuere condenado, a conformarse con la sentencia y *a corregirse*. Y si fuere absuelto, a conducirse honradamente y justificar con su comportamiento posterior la justicia de la absolución»<sup>62</sup>.

La exhortación «a corregirse» sobrepasa la mera retribución, para introducirse de lleno en la prevención especial del delito.

Al Juez instructor del ALECrIm 1938 se reservaba, por tanto, la función de tutelar el derecho de defensa que asistiera al investigado<sup>63</sup>. Esto explica que solo a él correspondiera adoptar medidas gravemente lesivas de derechos subjetivos, lo que cristaliza en la regulación de la prisión provisional (arts. 425 y ss.), de la entrada y registro en lugar cerrado (arts. 467 y ss.) o de la detención de la correspondencia privada (arts. 501 y ss.). En palabras de James Goldschmidt: «*Le juge d'instruction n'est que la sauvegarde de l'inculpé; il veillera à ce que l'inculpé puisse se prévaloir de tous les droits de la défense [...]*»<sup>64</sup>. Esta es la tendencia que asumen los hasta ahora infructuosos Anteproyectos de LECrim del siglo XXI (*cfr.*, por ejemplo, art. 554 ALECrIm 2020) y esta es la tendencia que, de la misma manera, quiso Antonio Luna para el Juez y el Ministerio Fiscal del ALECrIm 1938.

Por último, esta concepción del Juez instructor explica que «todo lo relativo a embargo, fianza y responsabilidades civiles se lleve a efecto [señala el Preámbulo] por el Juez de lo civil mediante comisiones que el Juez penal le confiera». Así, el art. 512 ALECrIm 1938 preveía que «(t)odas las diligencias sobre fianzas y embargos se instruirán por el Juez de lo Civil en virtud de des-

<sup>61</sup> Preámbulo, ALECrIm 1938.

<sup>62</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>63</sup> El ALECrIm 1938 regulaba escuetamente algunas cuestiones que poco tenían que ver con los derechos de defensa bajo la rúbrica «(d)el derecho de defensa en los juicios criminales» (arts. 86 y ss.), como la utilización de papel de oficio en los juicios sobre faltas y en las causas criminales (art. 90. I), por ejemplo.

<sup>64</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 218.



pacho que le dirija el Juez o Tribunal que conozca de la causa». El ALECrím 1938 no quiso, por tanto, que el Juez se distrajera de su verdadera misión, que no era otra que la de reprimir severamente el delito en interés del Estado.

### 3.2 El sobreseimiento

Por otro lado, el ALECrím 1938 fue consciente de la necesidad de garantizar que el sobreseimiento fuera realmente libre. El art. 551. I obligaba a que al que fuera «libre y total», como concreción de los reproches que su Preámbulo alzaba frente al sistema vigente de sobreseimiento provisional, un «*reste de l'absolutio ab instantia*», había dicho Goldschmidt <sup>65</sup>:

«(t)odos los daños que el preámbulo de la Ley vigente señalaba a la absolución de la instancia, «corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable, una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia, marcado con el estigma del deshonor», subsisten, aunque atenuados, en el sobreseimiento provisional [...]» <sup>66</sup>.

De este modo, el sobreseimiento provisional queda desterrado del enjuiciamiento falangista: el régimen normativo se completaba, sin embargo, con una matización de esta formulación general. El art. 558 ALECrím 1938 facultaba al Tribunal –antes de acordar el sobreseimiento libre y total– para «conceder un plazo no superior de seis meses al Ministerio fiscal para que, auxiliado de la Policía Judicial a sus órdenes, pueda practicar las diligencias necesarias para formular acusación contra persona determinada». Transcurrido ese plazo sin haberlo verificado, el Tribunal sobreseerá.

### 3.3 La voluntad del acusado: monitorio penal

Sorprendentemente, y en cierta pugna con la tendencia *publicadora* del nacionalsindicalismo, el ALECrím 1938 preveía una conformidad amplia (quizás como pretensión de materializar la agilización del procedimiento):

«(e)l acta de acusación, que, como se ha dicho, reviste el doble carácter de auto de procesamiento y de calificación provisional fiscal, adquiere la categoría de decreto penal si, notificado el procesado o acusado, no protesta contra ella en

---

<sup>65</sup> GOLDSCHMIDT, J., «La révolution...», *op. cit.*, p. 218.

<sup>66</sup> Preámbulo, LECrím 1882 (ap. XV).

el plazo que se le concede, pues reputándosele conforme, como para las penas de carácter correccional establece el artículo 655 de la vieja Ley, se convierte en ejecutoria y evita el juicio» (Preámbulo ALECrim 1938).

Esta conformidad se preveía –mantiene el Preámbulo– para «toda clase de delitos y faltas, con lo que muchos hechos llegarán a ser sentenciados con la breve actuación fiscal y de Policía Judicial». La previsión se concretaba en el art. 571 ALECrim 1938 que no era del todo coherente con el Preámbulo. En cualquier caso, esto no es tampoco necesariamente totalitario: el Derecho vigente conoce instituciones análogas como el proceso por aceptación de decreto (arts. 803 bis a y ss. LECrim).

#### IV. RECAPITULACIÓN

El nuevo Estado exigía un nuevo proceso penal acorde a la cosmovisión del nacionalsindicalismo. El proceso penal ya no podía quedar de espaldas al interés del Estado en la protección de *sus* bienes jurídicos. La búsqueda de la verdad, la celeridad y la simplificación suceden a cualquier precio, quedando para el investigado la esperanza de que el nuevo Juez de garantías tomara en serio su deber. La instrucción quedaba reservada a un severamente pertrechado Ministerio Fiscal, obligado a pelear contra los enemigos del Estado con pocos límites. Cada uno de esos operadores estaba llamado a materializar el principio de caudillaje en su ámbito competencia: el Ministerio Fiscal sería el *dominus* del procedimiento preliminar y el órgano sentenciador sería el del juicio oral<sup>67</sup>. La publicación del proceso penal era total: al hundimiento del Estado de partidos, le seguiría el ocaso del proceso de partes: «*Doch dem Sonnenuntergang des Parteistaates wird, glaube ich, die Dämmerung des Parteiprozesses folgen*»<sup>68</sup>. En alemán coinciden las palabras «partes» y «partidos»: *Parteien*.

<sup>67</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 14.

<sup>68</sup> EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt...», *op. cit.*, p. 6.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El heterogéneo fascismo español presentó, en 1938, una serie de textos llamados a revolucionar el Derecho 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 tutelado (sin que algunas afirmaciones aisladas de José Antonio puedan rebatir esa tendencia). A tal fin, la Delegación Nacional de Justicia y Derecho (conducida por Antonio Luna García) hizo públicos cinco 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: dominio total del Jefe del Estado (que se materializaba en antigua regia facultad de avocar procedimientos), ampliación de las facultades para actuar de oficio de Jueces (civiles y penales), tímida expansión de la jurisdicción voluntaria (y correlativa *funcionarización* del Juez), reducción de tiempos y simplificación de procedimientos, que no siempre ponderaron los derechos de los individuos. En todas esas medidas 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 reaccionaria Austria de Klein o el enjuiciamiento francés, que se hacen presentes en el proceso civil (aunque no siempre por afinidad ideológica, sino por interés *técnico*).

En cualquier caso, frustrados en su momento, los textos cobran hoy actualidad por dos motivos: por sí mismos y por lo que significan. Por sí mismos, porque pocos textos procesales se han dejado llevar hasta tal punto por la ideología. Son buena prueba de un enjuiciamiento totalitario, llamado a la manipulación política y a servir a los intereses del Estado antes que a los del indivi-

duo. Por lo que significan son relevantes como contraejemplo, es decir, como aquello en lo que no puede convertirse ni la organización judicial ni el enjuiciamiento en el Estado de Derecho. En aquella, reinaban los Jueces de camisa azul, cuya misión –a través del enjuiciamiento– consistía más que en aplicar el Derecho (función que por naturaleza no admite fiscalización política alguna) en crear-concretar el *Derecho* (¿?) emanado del Caudillo.

Los textos de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho sirven, igualmente, para poner de relieve que no en toda norma procesal es posible trazar un contenido político concreto y que bien puede haber Jueces ampliamente activos en el proceso civil sin que eso suponga, *per se*, que el Estado para el que actúan sea totalitario. Y, desde luego, que el ALECrím 1938 haya atribuido al Fiscal la instrucción del sumario no puede ahora conducir a pensar que el ALECrím 2020, por citar uno, sea fascista.

2. La indagación que he presentado tiene como fin reiterar una idea: que el debate sobre la ideología y el proceso (o *en* el proceso) no puede abordarse formalmente. Es decir, es estéril condenar una norma o una previsión por haber sido propuesta durante el nacionalsocialismo o por venir contenida en un texto soviético. No solo porque son pocas las normas que nacen *ex nihilo* en un contexto determinado (muchas son desarrollo de épocas anteriores, que no merecen *per se* ningún reproche), sino porque las normas puestas en vitrina no son suficientes para conocer el efecto que producen. Muestra de eso es que los regímenes totalitarios han hecho valer sus pretensiones con normas procedentes del liberalismo. E, incluso, la LECrím española ha probado su versatilidad, sirviendo a los Tribunales de la Restauración, de la Dictadura de Primo de Rivera, de la República, de Franco, de la Transición y de la CE 1978. Entonces, la pregunta por el linaje ideológico de una norma (por ejemplo, la que diseñara un Juez activo o la que tomara severamente en cuenta la buena fe) solo debe ser punto de partida para entenderla, pero no para desecharla<sup>1</sup>.

A esto ayuda indudablemente el estudio histórico, que permite recordar el contexto en que una institución nace y abrir, por tanto, la perspectiva. El abordaje histórico plantea problemas, sin embargo, a quien no está dispuesto a cambiar de opinión: quien hoy defendiera que la instrucción del sumario por el Ministerio Fiscal es la única postura coherente con el modelo de la CE (aunque varias décadas de democracia hayan demostrado lo contrario), se sentirá segu-

---

<sup>1</sup> PICÓ I JUNOY, J., «El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado», en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología...*, op. cit., pp. 124 y 125: «La bondad técnica (o validez) de una norma depende su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense [...]».

ramente incómodo al leer que, en nuestro propio país, el más fascista de los ALECrim así lo quiso.

Tampoco se trata de afirmar que el otro extremo es provechoso: *positivizar* la Historia del Derecho y evitar todo avance social que contravenga la tradición.

3. De lo que se trata, entonces, es de ponderar cómo una norma *viva* sirve a los intereses del individuo (primero), de la sociedad (segundo) y del Estado (por último). Y solo cuando una norma o institución deja de ser esclava más o menos intensamente del bienestar del individuo, del libre desarrollo de su personalidad, es cuando debe ser expulsada del ordenamiento. Pero la expulsión de la norma (o *el cerrarle las puertas*) no se produce por comprobar que su linaje es indigno, sino por saber que o bien no sirve suficientemente a esos intereses o bien porque no es *in abstracto* idónea para ello. El análisis exige, como se ve, una perspectiva mucho más amplia y libre. Un análisis sectorio no es solo académicamente reprochable, sino también socialmente: el jurista (muchas veces empleado público) tiene una obligación con la sociedad, que es dedicar su trabajo y esfuerzo al avance del Derecho, no a la descalificación *a limine* de toda posición (¡o persona!) que le es incómoda. Su trabajo debe estar al servicio del avance de la cultura jurídica, sea indagando el Derecho en su perspectiva histórica, sea interrogándose por el fundamento filosófico o sea interpretándolo y aplicándolo en la calidez del día a día.

El debate no puede girar –creo modestamente– sobre si todas las normas procesales son ideológicas, puramente técnicas o solo *reglamentarias*, como se hacía saber en el siglo XIX español: recuerdo las palabras de Pedro Gómez de la Serna, al hilo del texto que daría lugar a la LEC 1855 en que hacía notar la «índole más bien reglamentaria de los códigos de procedimientos»<sup>2</sup>. Más bien, la discusión debe tener por objeto cómo la norma sirve al fin que persigue que (¡claro!) es político, porque político es todo lo que pasa en sociedad.

---

<sup>2</sup> Cit. por FAIRÉN GUILLÉN, V., «Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969, p. 99.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945 - 1972)*, Tomo II, UNAM, México, 1992.
- ALCALÁ-ZAMORA, N., *Política y proceso*, Civitas, Madrid, 1978.
- ÁLVAREZ CHILLIDA, G., *El antisemitismo en España: la imagen del judío, 1812 - 2002*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- AMBOS, K., *Nationalsozialistisches Strafrecht: Kontinuität und Radikalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- ARAGONESES ALONSO, P., «Los principios políticos y el derecho procesal: en la Academia de doctores, conferencia de D. Carlos Viada», *RGLJ*, Núm. 184, Fasc. 5, 1948.
- BÁDENAS ZAMORA, A., «El derecho a la justicia de balde en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXIV, 2014.
- BALDUS, C., «Geschichte der Rechtsmethode – Methode der Rechtsgeschichte. Der Entscheidungsspielraum als Angelpunkt rechtsgeschichtlichen Methodendenkens», *JuristenZeitung*, Núm. 74, 2018.
- BANACLOCHE PALAO, J., «Una valoración crítica del erróneamente resucitado expediente de jurisdicción voluntaria de información para perpetua memoria», *Diario La Ley*, Núm. 10127, 2022, s/p.
- BECEÑA, F., *Magistratura y Justicia: notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- BELEZA DOS SANTOS, J., «Fins das penas», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 14, 1937-1938.
- BELEZA DOS SANTOS, J., «Interpretação e integração das lacunas de lei e processo penal», *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 11, 1929.
- BELEZA DOS SANTOS, J., *A Simulação em direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921.

- BERIZONCE, R. O., «Ideologías y proceso», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 11, Volume 18, Núm. 2, 2017.
- BETTIOL, G., «Neue Strömungen in der italienischen Strafrechtslehre», *ZStW*, Núm. 59, 1940.
- BLINKHORN, M., (ed.), *Fascists and Conservatives: The Radical Right and the Establishment in Twentieth-Century Europe*, Unwin Hyman, London, 1990.
- BRAHM GARCÍA, E., «El derecho de propiedad en el nacionalsocialismo alemán», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, Núm. 3, 1986.
- BRAVO MARTÍNEZ, F., *Historia de Falange Española de las JONS*, Ediciones FE, Madrid, 1940.
- BUCHHALTER MONTERO, B., «Notas sobre nomofilaxia a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, Núm. 2, 2022.
- BUCHHALTER MONTERO, B., «Delito, pena, Justicia y proceso en la obra de J. L. Borges», *Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía*, Núm. 1, 2024, s/p.
- BUCHHALTER MONTERO, B., «Aplicación del Derecho penal extranjero por Tribunales nacionales: ¿un aporte a la Justicia y a la armonización europea?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 77, 2024, pp. 453 y ss.
- CACHÓN CADENAS, M., *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900 - 1950)*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012.
- CACHÓN CADENAS, M., *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Dykinson, Madrid, 2022.
- CACHÓN CADENAS, M., «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*, Núm. 1, 2015.
- CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- CAMPBELL, A. H., «Fascism and Legality», *Law Quarterly Review*, Vol. 62, Núm. 2, 1946.
- CANO BUESO, J., «Notas sobre la «Administración» de Justicia en el Estado Totalitario. Especial referencia a la España de Franco (1936-1945)», *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos de la Universidad de Granada*, Núm. 1, 1988.
- CAÑIZARES NAVARRO, J. B., *Las penas infamantes en la codificación penal francesa*, Tes. Doc., Universitat de València, Valencia, 2011.
- CAPPELLETTI, M., *Proceso, ideologías, sociedad*, traducción de S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.
- CASABÓ RUIZ, J. R., *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S.*, Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- CATALÁN DÍEZ, J. R., *Nacional-sindicalismo. Fascismo español. Primo de Rivera y Ledesma Ramos*, Tes. Doc., UPV, 1999.
- CAVALIERE, P. A., *Il diritto penale politico in Italia: dallo Stato liberale allo Stato totalitario – Storia delle ideologie penalistiche tra istituzioni e interpretazioni*, Aracne, Rome, 2008.

- CHUECA, R., *El Fascismo en los comienzos del régimen de Franco – Un estudio sobre FET-JONS*, CIS, Madrid, 1983.
- COLOMBO, S., «Fascism, Community, and the Paradox of Good Faith», *South African Law Journal*, Vol. 111, Núm. 3, 1994.
- CORDERO, F., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966.
- CUELLO CALÓN, E., «La reforma de la legislación penal en la Unión Soviética», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 13, 1960.
- CUERDA ARNAU, M.<sup>a</sup> L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior – Secretaría General Técnica, Madrid, 1995.
- DAHM, G. y SCHAFFSTEIN, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1933.
- DÁVILA, A., (LUNA GARCÍA, A.), *Cartas a un amigo antifascista*, Imprenta Especial, Barcelona, 1936.
- DE BENITO FRAILE, E. J., «La independencia del Poder Judicial durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1926). Realidad o ficción», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXV, 2015.
- DE CASTRO Y OROZCO, J. (Marqués de Gerona), *Exposición a S. M., Real Decreto e Instrucción del procedimiento civil, con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria, de 30 de septiembre de 1853*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.
- DE FELICE, R., *El fascismo. Sus interpretaciones*, Paidós, Buenos Aires, 1976.
- DEL ÁGUILA TEJERINA, R., *Ideología y fascismo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Prudencia versus ideología: de nuevo sobre el papel del Juez en el proceso civil», *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Núm. 2, 2012.
- DE LUENGO ZARZOSO, M., *La protección penal del domicilio y los registros domiciliarios en referencia al ámbito castrense*, Tes. Doc. UV, Valencia, 2015.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., «Los preámbulos de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 2, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., «Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 34, 1992.
- ELIAS DE TEJADA F., *La figura del Caudillo – Contribución al Derecho público nacional sindicalista*, Tipografía Andaluza, Sevilla 1939.
- ELLWOOD, S., «Falange Española and the Creation of the Francoist «New State»», *European History Quarterly*, Núm. 20, 1990.
- ELLWOOD, S., *Prietas las filas. Historia de la Falange, 1933 - 1938*, Crítica, Barcelona, 1984.
- EXNER, F., «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates», *ZStW*, Núm. 54, 1935.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho procesal*, UNAM, México, 1992.



- FAIRÉN GUILLÉN, V., «Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855», en FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1969.
- FENECH, M., *La posición del Juez en el nuevo Estado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1941.
- FERNÁNDEZ CUESTA, R., «El concepto falangista del Estado», *REP*, Núm. 13-14, 1944.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XII, Buenos Aires, 2002.
- FRANCO-CHASÁN, J., *The Reception of Positivism in Spain – Pedro Dorado Montero*, Springer, Heidelberg et al., 2023.
- FRANK, H. (ed.), *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, Zentral Verlag der NSDAP, München, 1935.
- FRASSEK, J., «Juristenausbildung im Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, Vol. 37, Núm. 1, 2004.
- GARCÍA DEL MORAL, E., «Normas fundamentales del Proyecto Código del pueblo alemán», *REP*, Núm. 11-12, 1943.
- GARCÍA-VALDECASAS, A., «Los Estados totalitarios y el Estado español», *REP*, Núm. 5, 1942.
- GARCÍA-VALDECASAS CAÑEDO, A., *Alfonso García-Valdecasas y García-Valdecasas*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derechos, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2023.
- GARLATI, L., «“Contro il sentimentalismo”. L’impianto inquisitorio del sistema delle prove nel C. P. P. del 1930», *Criminalia*, s/n., 2012.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Nuevos hechos, nuevo Derecho de sociedades anónimas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- GEA, P., «El Estado del Führer. Derecho penal nacionalsocialista alemán», *Revista General de Derecho penal*, Núm. 32, 2019, s/p.
- GOLDSCHMIDT, J., «La révolution judiciaire en Espagne», *Bulletin trimestriel de la société de législation comparée*, Núm. 2, 1939.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.
- GONZÁLEZ PRIETO, L. A., «La concreción teórica del partido único español franquista», *REP*, Núm. 141, 2008.
- GRAMSCI, A., *Sobre el fascismo*, Ediciones Era, México, 1979.
- GRANDE SÁNCHEZ, P. J., *La ontología política de Ortega y Gasset y su recepción ideológica en el fascismo español*, Tes. Doc. UCM, Madrid, 2020.
- GRAUE, E., «Das Zivilrecht im Nationalsozialismus», en Säcker, F. J. (ed.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992.
- GUASP, J., *Derecho*, ed. por el autor, Madrid, 1971.

- HAYES, P., *Fascism*, Macmillan Free Press, New York, 1973; GRIFFIN, R., *The Nature of Fascism*, Pinter, London, 1991.
- HELLER, H. D., *Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich: die deutsche bürgerlich-rechtliche Gesetzgebung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus – Anspruch und Wirklichkeit*, MV-Wissenschaft, Münster, 2015.
- HENKEL, H., *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.
- HERCE QUEMADA, V. y VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., «Notas sobre los criterios directivos del derecho procesal nacional-socialista», *RGLJ*, Núm. 173, Fasc. 4, 1943.
- HEYERS, K., *Die Strafverfahren der Bundesrepublik und der Sowjetunion*, H. Houvier und CO. Verlag, Bonn, 1957.
- HITLER, A., *Mein Kampf*, Zentralverlag der NSDAP, München, 1943.
- JAKOBS, G., «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, Núm. 97, 1985.
- JESCHECK, H. H., «Der VIII. Internationale Strafrechtskongreß vom 21. - 27. September 1961 in Lissabon», *ZStW*, Núm. 12, 1962.
- KADEČKA, F., «Gesundes Volksempfinden und gesetzlicher Grundgedanke», *ZStW*, Núm. 62, 1942.
- KADEČKA, F., «Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff», *ZStW*, Núm. 59, 1940.
- KIRCHHEIMER, O., «Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus», *Kritische Justiz*, Vol. 4, Núm. 4, 1971.
- KLEIN, F., *Der Zivilprozess Oesterreichs*, mit Ergänzungen von FRIEDRICH ENGEL, J. Bensheimer, Mannheim – Berlin – Leipzig, 1927.
- KLEIN, F., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Manz'sche Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1900.
- KLINKHAMMER, L., «Was there a fascist revolution? The function of penal law in fascist Italy and Nazi Germany», *Journal of Modern Italian Studies*, Núm. 15, Vol. 3, 2010.
- KOHLRAUSCH, E., «Das kommende Deutsche Strafrecht», *ZStW*, Núm. 55, 1936.
- KUTTNER, S., «Das neue italienische Strafgesetzbuch – Seine Entstehung und die wichtigsten Abweichungen vom Vorentwurf 1927», *ZStW*, Núm. 51, 1931.
- LADRÓN DE GUEVARA PASCUAL, C., *¿Hacia un Derecho procesal del enemigo?*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 2017.
- LAÍN ENTRALGO, P., *Los valores del nacionalsindicalismo*, EN, Madrid, 1941.
- LALINDE ABADÍA, J., «Los gastos del proceso en el Derecho histórico español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXXIV, 1964.
- LANERO TÁBOAS, M., «Proyectos falangistas y política judicial (1937 - 1952): dos modelos de organización judicial del nuevo estado», *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, Núm. 15, 1995.
- LANERO TÁBOAS, M., *Una milicia de la justicia: La política judicial del franquismo (1936 - 1945)*, CEPC, Madrid, 1996.

- LEGAZ LACAMBRA, L., *Introducción al Estado Nacional-Sindicalista*, Bosch, Barcelona, 1940.
- LINZ, J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Lynne Rienner, Boulder, 2000.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J., *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LONGHI, S., *I problemi più urgenti della riforma fascista dei codici «Il corpus juris fascista» – Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte di Cassazione 29 Ottobre 1934 - XIII*, Stampa, Roma, 1934.
- LUNA GARCÍA, A., *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.
- MANN, M., *Fascists*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- MARTÍNEZ DE BEDOYA, J., «El sentido de la libertad en la doctrina falangista», *REP*, Núm. 9-10, 1943.
- MARZAL, P., «Criminal Law under the Francoist Regime: the Influence of Militarism and National-Catholicism», en SKINNER, S. (ed.), *Fascism and Criminal Law – History, Theory, Continuity*, Hart, Oxford and Portland (Oregon), 2015.
- MAS RIGO, J. M., «La intervención de Antonio Luna García en el «golpe» contra Hedilla», *El Catoblepas – Revista Crítica del Presente*, Núm. 201, 2022.
- MASFERRER, A. (ed.), *Criminal Law and Morality in the Age of Consent: Interdisciplinary Perspectives*, Springer, Heidelberg et al., 2020.
- MASFERRER, A., *De la honestidad a la integridad sexual –La formación del Derecho penal sexual español en el marco de la cultura occidental*, Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- MASFERRER, A. (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.
- MASFERRER, A., *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.
- CARTUYVELS, Y. y MASFERRER, A., «The Making of insane offenders in the Western Tradition – A Comparative Approach to the Birth and Enforcement of Criminal Positivism (1870-1940)», *Glossae – European Journal of Legal History*, Núm. 20, 2023.
- MERKEL, L., «El derecho procesal-penal del enemigo: una mirada general», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, Núm. 1, 2022.
- MILETTI, M. N., «Le ali ripiegate. Il modello di avvocato fascista nel codice di procedura penale italiano del 1930», *Acta Histriae*, Núm. 16, 2008.
- MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. [Cit. por autor].

- MONTERO AROCA, J., «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 53, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., *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.
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Las costas y la condena en costas*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 1980.
- MUSSOLINI, B., *La dottrina del fascismo*, Instituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1933.
- Nationalsozialistisches Stafrecht – Denkschrift des Preußischen Justizministers*, R. v. Decker's Verlag – G. Schenck, Berlin, 1933.
- NORLING, E., *Las JONS revolucionarias*, Ediciones Nueva República, Barcelona, 2002.
- NORLING, E., *Nova organiação prisional portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947.
- OBARRIO MORENO, J. A., «*Ius proprium - ius commune*: La sentencia en el ordenamiento foral valenciano», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Núm. 71, 2001.
- OBARRIO MORENO, J. A., «La prueba judicial en los Furs de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Núm. 70, 2000.
- OBARRIO MORENO, J. A., «La recepción del *ius commune* en los furs de Valencia: El proceso penal», *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, Núm. 9, 1994.
- OBARRIO MORENO, J. A., *Estudios de tradición romanística: el proceso en el derecho foral valenciano*, Minim edicions, Valencia, 2002.
- ORTEGA Y GASSET, J., *Tríptico*, 7.ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1959.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Práctica general forense – Tratado que comprende la constitución y atribuciones de Todos los Tribunales y Juzgados y los procedimientos judiciales*, Tomo II, 4.ª ed., Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1861.
- PANUNZIO, S., *Il Fondamento Giuridico del Fascismo*, Bonacci Editore, Rome, 1987.
- PASSMORE, K., «The Ideological Origins of Fascism Before 1941», en BOSWORTH, R. J. B. (ed.), *The Oxford Handbook of Fascism*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- PAYNE, S. G., «Spanish Fascism in Comparative Perspective», en TURNER, H. A. (ed.), *Reappraisals of Fascism*, New Viewpoints, New York, 1975.
- PÉREZ ALONSO, J., «La independencia del Poder Judicial en la historia constitucional española», *Historia Constitucional*, Núm. 19, 2018.
- PÉREZ JUAN, J. A. y MORENO TEJADA, S. (eds.), *Justicia y represión en los estados totalitarios. España, Alemania e Italia (1931 - 1945)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- PÉREZ SERRANO, N., «Derecho popular o derecho de juristas», *RGLJ*, Núm. 169, Fasc. 5, 1941.
- PICÓ I JUNOY, J., «Ideología y proceso... *in medio virtus*», *Justicia: Revista de Derecho procesal*, Núm. 2, 2016.
- PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, 2.ª ed., Bosch Editor, Barcelona, 2012.

- PINO ABAD, M., «Las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y 1881: apuntes sobre las influencias recibidas y aportadas», en MASFERRER, A., *La codificación española – Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- POPP, H., *Die nationalsozialistische Sicht einiger Institute des Zivilprozeß- und Gerichtsverfassungsrechts*, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main – Bern – New York, 1986.
- PORTILLA, G., *El Derecho penal bajo la Dictadura franquista*, Dykinson, Madrid, 2022.
- PRADERA, J., *La mitología falangista (1933 a 1936)*, con estudio introductorio de José Álvarez Junco, CEPC, Madrid, 2014.
- PRESTON, P., *The Politics of Revenge: Fascism and the Military in Twentieth-Century Spain*, Routledge, London, 1990.
- PRIETO CASTRO, L., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Librería General, Zaragoza, 1946.
- PRIMO DE RIVERA, J. A., *Obras completas (1922 - 1936)*, IEP, Madrid, 1976.
- PROUDHON, P. J., *Qu'est-ce que la propriété?*, Chez J. F. Brocard, Paris, 1840.
- RADBRUCH, G., *Der Geist des englischen Rechts*, 4. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1958.
- REIMER, P., *Verfahrenstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.
- RIVAYA, B., «La reacción contra el fascismo (La recepción en España del pensamiento jurídico nazi)», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 100, 1998.
- RIVAYA, B., *Filosofía del Derecho y primer franquismo (1937 - 1945)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- RODRÍGUEZ-JURADO, A., *Los problemas fundamentales de la Justicia*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1944.
- ROXIN, C. y Greco, L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, 5. Aufl., C. H. Beck, München, 2020.
- ROXIN, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., C. H. Beck, München, 2006.
- ROYO VILANOVA, S., «Lo Contencioso-Administrativo en os Estados totalitarios», *RGLJ*, Núm. 170, 1940.
- RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Mohr Siebeck, 9. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.
- SÁNCHEZ MARÍN, A. L., «José Antonio Primo de Rivera: Una aproximación a su pensamiento político», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 6, 2022/2023.
- SÁNCHEZ-MEJÍA, M.<sup>a</sup> L., «Tradición histórica e innovación política en el primer liberalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, Núm. 97, 1997.
- SAUER, W., *Allgemeine Prozeßrechtslehre – Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis*, Carl Heymanns Verlag, Berlin – Detmold – Köln – München, 1951.
- SCHAFFSTEIN, F., «Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft», *ZStW*, Núm. 59, 1940.

- SCHAFFSTEIN, F., «Nationalsozialistisches Strafrecht – Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers», *ZStW*, Núm. 53, 1934.
- SCHNEIDER, R., *Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*, Duncker & Humblot, Berlín, 1976.
- SESMA LANDRÍN, N., «“La dialéctica de los puños y de las pistolas”: una aproximación a la formación de la idea de Estado en el fascismo español (1931-1945)», *Historia y Política*, Núm. 27, 2012.
- SIEGERT, K., «Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates», *ZStW*, Núm. 54, 1935.
- SILBERZAHN, C., *Das Konzept einer allgemeinen Prozessrechtslehre in Gesetzgebung und Rechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021.
- SKINNER, S., «Tainted Law? The Italian Penal Code, Fascism and Democracy», *International Journal of Law in Context*, Vol. 7, 2011.
- SKINNER, S., «Violence in Fascist Criminal Law Discourse: War, Repression and Anti-Democracy», *International Journal for the Semiotics of Law*, Núm. 26, 2013.
- STERNHELL, Z., *The Birth of Fascist Ideology: From Cultural Rebellion to Political Revolution*, Princeton University Press, Princeton, 1994.
- STOPP, H., *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.
- TARUFFO, M., «Ideologías y teorías de la justicia civil», *Advocatus*, Núm. 28, 2013.
- TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I., *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Publicacions UA, Sant Vicent del Raspeig, 2017.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., «La proyectada Ley de Prisiones de 1938 y la figura de D. Federico Castejón», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Núm. 257, 2014.
- TERRASA MATEU, J., *Control, represión y reeducación de los homosexuales durante el franquismo y el inicio de la Transición*, Tes. Doc., UB, 2016.
- TORMO CAMALLONGA, C., «El derecho es la justicia de los hechos; a propósito de la Instrucción del Marqués de Girona», *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LXXXI, 2011.
- TUSELL, J., GENTILE, E. y Z. G. (eds.), *Fascismo y franquismo: cara a cara*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- UGUET SORIANO, J., *Apuntes para la reconstrucción del Derecho procesal valenciano según las disposiciones de los Fueros*, Tes. Doc., Universidad Central, Madrid, 1913.
- UNGARI, P., *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1963.
- VAN RHEE, C. H., «Evolución del Derecho procesal civil en Europa: cómo el Juez activo se convirtió en lo normal», *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, Núm. 2, 2011.
- VELARDE FUETES, J., *El nacionalsindicalismo cuarenta años después*, Editora Nacional, Madrid, 1972.

- VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal*, Tes. Doc., UCM, Madrid, 2002.
- VINCENT, M., «Spain», en BOSWORTH, R. J. B. (ed.), *The Oxford Handbook of Fascism*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- VINCI, S., «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*, Núm. 10, 2016.
- VON WEBER, H., «Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht», *ZStW*, Núm. 56, 1937.
- WOLF, E., «Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgrundsätze», *ZStW*, Núm. 54, 1935.
- WOLF, E., *Vom Wesen des Rechts in deutscher Dichtung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1946.
- WOOLF, J. (ed.), *Fascism in Europe*, Meuthen, London, 1981.
- ZAFFARONI, E. R., *Doctrina penal nazi – La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, Ediar, Buenos Aires, 2017.
- ZAITZEFF, L., «Das Strafrecht im Sowjetstaate», *ZStW*, Núm. 51, 1931.

## **Colección**

### **Derecho Penal y Procesal Penal**

*Director:*

**Luis Rodríguez Ramos**

#### **Títulos publicados:**

20. El principio de responsabilidad penal por el hecho

**Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo,  
Víctor Gómez Martín**

**Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra,  
Vicente Valiente Ivañez**

21. El derecho penal estudiado en principios  
y en la legislación vigente en  
España por Luis Silvela

**Presentación por: Gonzalo Quintero Olivares**

22. La pena y su renuncia en la justicia  
transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento  
premio a la violencia terrorista?

**David Gallego Arribas**

23. Una propuesta de reforma para la  
regulación racional de la concurrencia  
delictiva en el Código penal español

**Directores: Enrique Peñaranda Ramos,  
Laura Pozuelo Pérez**

**Coordinador: Nicolás Cantard**

24. Límites de la protección del Derecho  
penal al inicio y fin de la vida humana  
en la sociedad moderna

**Coordinadores: Juan Pablo Montiel, Laura  
Neumann, Helmut Satzger, Víctor Gómez Martín**

25. Cibercrimen: Tendencias y desafíos actuales

**Coordinadores: Marina Mínguez Rosique,  
David Gallego Arribas**

26. El delito de trato degradante discriminatorio

**David Miras Estévez**

27. Verdes y justas: responsabilidad penal y diligencia  
debida en las organizaciones multinacionales

**Directores: Jacobo Dopico Gómez-Aller,  
Marta Muñoz de Morales Romero, Adán  
Nieto Martín**

**Coordinador: Luis Miguel Vioque Galiana**



## Brian Buchhalter Montero

Brian Buchhalter Montero es investigador postdoctoral (FPU) en el Área de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Es graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia, donde recibió el Premio Extraordinario de Fin de Carrera (2021), así como el Premio de la Sociedad Española de Excelencia Académica (SEDEA) ese mismo año.

Posee, además, el título de Máster en Derecho Alemán (LL.M.) por la Universidad de Konstanz (Alemania), en la que obtuvo la calificación máxima. Ha realizado estancias de investigación en centros como la Bodleian Law Library de la University of Oxford (Reino Unido), el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Universität Freiburg (Alemania), la Universität Konstanz o el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España).

Es autor de una monografía (*Comisiones parlamentarias de investigación y Justicia penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2025) y de varios artículos publicados en revistas como la *Revista General de Derecho Procesal, Justicia*, *Anuario de Derecho Civil*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, o la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, así como capítulos de libro en editoriales jurídicas de referencia como Aranzadi-Thomson Reuters, La Ley o Atelier.

El heterogéneo fascismo español presentó, en 1938, una serie de textos llamados a revolucionar el Derecho 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 en estos cinco Anteproyectos: uno de Código Penal, 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: dominio total del Jefe del Estado (que se materializaba en antigua regia facultad de avocar procedimientos), ampliación de las facultades para actuar de oficio de Jueces, tímida extensión de la jurisdicción voluntaria (y correlativa *funcionarización* del Juez) y simplificación de procedimientos, que no siempre ponderaron los derechos de los individuos.

En todas esas decisiones se deja sentir, tanto la influencia de antiguos textos españoles, como el Derecho totalitario: fascista y nacionalsocialista. Tampoco puede obviarse el influjo de otras naciones, como la reaccionaria Austria de Klein o el enjuiciamiento francés, que se hacen presentes en el proceso civil (aunque no siempre por afinidad ideológica, sino por interés *técnico*). El objeto de esta obra es examinar estos textos en perspectiva histórica y comparada, sin perder de vista su actualidad por dos motivos: por sí mismos y por lo que significan. Por sí mismos, porque pocos textos procesales se han dejado llevar hasta tal punto por la ideología. Por lo que significan son relevantes como contraejemplo, es decir, como aquello en lo que no puede convertirse ni la organización judicial ni el enjuiciamiento en el Estado de Derecho.