

La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones (*)

JUAN JOSE GONZALEZ RUS

Profesor Ayudante de Derecho Penal (Granada)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASOCIACIONES ILÍCITAS: 1: *Precedentes históricos y evolución legislativa*. 2. *La Ley de 19 de julio de 1976*. 3. *El derecho de asociación*. 4. *Concepto de asociación*. 5. *Naturaleza del delito de asociación ilícita*. 6. *Formas de aparición*. 7. *Supuestos de ilicitud de las asociaciones*: A) Contrarias a la moral pública. B) De objeto delictivo. C) Carácter subversivo violento. D) De carácter discriminatorio. E) De naturaleza totalitaria. 8. *Especial consideración sobre el carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España*: A) Antes de la Ley de 19 de julio. B) Después de la reforma: a) ¿Es el Partido Comunista de España una asociación que, sometida a una disciplina internacional, se propone implantar un sistema totalitario? 9. *Penalidad: Artículos 174 y 175*.—III. CONCLUSIÓN: *Consecuencias de la Ley de 19 de julio de 1976*.

I. INTRODUCCION

La reforma del Código penal que opera la Ley de 19 de julio de 1976, precisamente en las materias en que se ha producido, era prácticamente impensable hasta hace muy poco tiempo. Es necesario, por ello, para comprender su verdadero significado, su alcance y necesarias limitaciones, contemplarla históricamente y referir las circunstancias de todo orden, especialmente políticas, que la propiciaron y condicionaron de principio.

(*) Este trabajo es una de las Ponencias de que constaba el Seminario sobre "Delitos Políticos" que se desarrolló durante el curso pasado en el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada. Las observaciones y comentarios de todos los participantes, especialmente de su director, el profesor don José Antonio Sáinz Cantero, hicieron que lo que empezó siendo una breve exposición se convirtiera en un análisis de toda la Ley de 19 de julio, y del que lo que se contiene a continuación es sólo una parte.

El hecho fundamental a tener en cuenta es lo que no hay duda en calificar como el suceso más trascendente de la más reciente historia de España: la muerte del general Franco. El 25 de noviembre de 1975, desaparece un poder casi absoluto, un poder sustraído a la posibilidad de discusión por ser indiscutible; un poder ejercitado con esas características durante cuarenta años. Sería muy simple, desde luego, cifrar en ese momento el proceso de descomposición de un régimen del que ahora se está haciendo su radical transformación; pero, no es éste el momento ni el lugar de buscar, una por una, las circunstancias que han provocado la situación presente. Nos limitaremos a indicar, como en un trabajo de esta naturaleza había de ser, las transformaciones jurídicas que han hecho necesaria la reforma del Código penal de que vamos a ocuparnos.

La legislación reguladora de los derechos de reunión y asociación, aunque lo habían sido siempre (1), se reconoce ahora "que constituyen más un obstáculo que un instrumento idóneo para la promoción y el encauzamiento de nuestro desarrollo político" (2). Tanto el derecho de reunión como el de asociación política tenían en la pasada realidad española más una presencia nominal que efectiva, pues ésta la hacían sumamente dificultosa las innumerables limitaciones que a su realización práctica se oponían. El reconocimiento de su ejercicio quedaba reducido sólo a aquellos integrados en el sistema o que aspiraban a estarlo, en una formulación coherente con un régimen político en que, por principio, no existía el contraste de pareceres ni otra opinión que no fuera la del Estado.

La nueva situación política que va surgiendo con la transformación de ese sistema exigía un nuevo tratamiento de estos derechos. La reforma se inicia con la Ley de 29 de mayo de 1976, reguladora del derecho de reunión, que, aunque superable, es más liberalizadora que la anterior y que deja para el Código penal la determinación de qué reuniones son ilícitas (art. 1.º, dos). La Ley de 14 de junio de 1976, sobre el derecho de asociación política, constituye un compromiso más para la modificación del Código penal, al encargar también a éste el señalamiento de la ilicitud de las asociaciones (art. 1.º, cuatro) (3).

(1) Sobre las razones que explican esta normativa, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español (Ley 23/1976, de 19 de julio)*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, mayo-agosto 1976, págs. 209 a 212

(2) *Exposición de motivos* de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión.

(3) Esta misma necesidad se expresa por el señor Escrivá de Romaní y de Olano, de la Ponencia, en el Pleno del día 14 de julio de 1976 en el que se aprobó el Proyecto: "La modificación del Código penal que se somete a SS. SS., es pieza complementaria de otras dos leyes ya aprobadas en fechas recientes: las que reconocen y regulan los derechos de reunión y asociación política; por cierto, también, que sin este necesario complemento se produciría una discordancia grave en nuestra legislación, al quedar consagrados y regulados los referidos derechos de reunión y asociación en tanto que, en nuestro Código penal, el hecho de reunirse, manifestarse o asociarse continuaría estando sancionado con penas de

Para dar respuesta a esta necesidad, el Consejo de Ministros del día 18 de marzo de 1976 acordó mandar a las Cortes un Proyecto de modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo (4). Rodríguez Devesa (5) señala como características más acusadas del Proyecto, las siguientes: eliminar radicalmente la ingerencia de las autoridades gubernativas en la apreciación de cuáles han de ser las conductas punibles, tratando de conseguir una separación más neta entre el injusto administrativo y el injusto penal y, finalmente, la interrelación que se establece entre los delitos de reuniones y manifestaciones ilegales, asociación ilícita y propaganda ilegal, tomando como punto de referencia a las asociaciones ilegales y pasando las reuniones, manifestaciones y propagandas a constituir delito cuando persiguieran los fines consignados para las asociaciones ilícitas.

El Proyecto fue sometido en su tramitación al procedimiento de urgencia. Al mismo se presentaron sesenta enmiendas, la mayoría referentes a varios artículos y de las cuales seis lo eran a la totalidad (6). La Ponencia (7) incorporó a su texto (8) algunas de las modificaciones propuestas, por lo que el original del Gobierno quedó bastante desfigurado. El dictamen que elaboró fue sometido, también en procedimiento de urgencia, al Pleno del día 9 de junio de 1976 (9), el mismo en que se aprobó la Ley Reguladora del Derecho de Asociación Política. Intervino en primer lugar el entonces ministro de Justicia, don Antonio Garrigues y Díaz Cañabate, quien, con el claro

considerable gravedad". *Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 3.

(4) Apareció publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del día 19 de abril de 1976, núm. 1.498, págs. 36309 y ss. El Proyecto constaba de cuatro artículos. El primero de ellos significaba la modificación del 166 y 171, en materia de reuniones, 172 y 174 en relación con las asociaciones y 251 y 253 sobre propagandas ilegales; indicando a continuación la forma en que habían de quedar redactados. El segundo, proponía la rebaja de las penas señaladas en los artículos 132 y 252, párrafo 1.º (de prisión mayor a prisión menor) y 252, párr. 2.º de prisión menor a arresto mayor). El tercero añadía, dentro de los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, un nuevo precepto, relativo a los "piquetes de huelga", que habría de llevar la numeración de 499 bis a), pasando el actual 499 bis a 499 bis b). Por fin, el artículo cuarto derogaba el 173, 175 y 268 bis, que quedarían sin contenido.

(5) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español*, cit., pág. 213.

(6) Las generales las formularon los señores Díaz-Llanos, Cercós Pérez (don Alberto) y Mateo Tarí; las otras tres, presentadas por Fernández de la Vega; Serrats Urquiza y Laclea Pablo, no obtuvieron el suficiente número de firmas para ser defendidas en el Pleno.

(7) La Ponencia estaba formada por los señores Escrivá de Romani y de Olano, Dancausa de Miguel, Fernández Nieto, Iglesias Selgas y Madrid del Cacho.

(8) El informe de la Ponencia aparece publicado como anexo en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.508.

(9) Debía haberse discutido en el Pleno que estaba convocado para el día 6 del mismo mes, pero fue suspendido a causa de la crisis ministerial provocada por la dimisión del señor Arias Navarro.

propósito de tranquilizar a los Procuradores, hizo algunas precisiones sobre el alcance del Proyecto. Ponente fue el señor Dancausa de Miguel, dando paso, a continuación, a los enmendantes señores Díaz-Llanos y Mateo Tari, el primero de los cuales proponía enviar el Proyecto a la Comisión de Justicia para su estudio y reconstrucción.

A pesar de la insistencia de la Ponencia sobre la contradicción en que incurriría el ordenamiento jurídico si no se sancionaba la reforma —llegando a afirmar el señor Madrid del Cacho que el aprobarla era “casi un principio de honestidad política” (10)—, pues se podrían crear asociaciones legales que, en cambio, estarían sancionadas penalmente, no hubo más remedio que adoptar, sobre la marcha, una solución de compromiso que evitara que la votación resultara negativa. Por eso, la Ponencia propuso sustituir la votación del Proyecto de Ley por la de unas “líneas fundamentales” a las que debería someterse la Comisión de Justicia, a la que le sería confiado, para que lo elaborara con arreglo a ellas si eran aceptadas (11). Admitidas éstas, se remitió a la Comisión de Justicia, que, presidida por don Licinio de la Fuente, trató, durante las Sesiones de los días 21 y 23 de junio, el texto aprobado por el Pleno y el dictamen que al mismo debía haber sido presentado (12).

Las discusiones de la Comisión, con los Procuradores alineados en

(10) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, pág. 133.

(11) Los puntos concretos que se sometían al Pleno eran los siguientes: “*Primero*: Que se acepte la necesidad de la modificación del Código penal. *Segundo*: Que tal modificación debe afectar a los derechos de reunión, manifestación, asociación, propagandas ilegales, expresión de las ideas y libertad de trabajo. *Tercero*: Que serán consideradas como asociaciones ilícitas: a) Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública. b) Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o la independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. d) Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica. e) Las que, sometidas a disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario. *Cuarto*: Que se tipifique toda coacción que pueda ser ejercitada contra la libertad de trabajo. *Quinto*: Que se establezcan las penas adecuadas a las figuras delictivas que se tipifiquen, en concordancia con el sistema general de penas del Código penal”. La propuesta, que se hacía con la conformidad del Gobierno, fue aprobada con 74 votos en contra y 38 abstenciones. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, págs. 143-144.

(12) En la primera sesión, del día 21, se planteó, como cuestión previa, si, por haber sido aprobadas por el Pleno las directrices a que debía ajustarse la Comisión, quedaba en pie el texto de la Ponencia o, por el contrario, desaparecía. El Presidente, que durante todas las sesiones dio muestras de una gran habilidad, alegó que el Pleno lo único que había hecho había sido determinar el marco de actuación en que debía moverse el estudio del Proyecto; como su dictamen no había sido discutido ni rechazado, continuaba en vigor. Lo que se termina por hacer es que antes del examen de cada artículo la Ponencia dice si mantiene su texto y sobre él, o el nuevo que presente, será sobre la base que giren las deliberaciones y enmiendas. *Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de Sesiones de las Comisiones. Comisión de Justicia*, núm. 703, págs. 3 y siguientes.

dos grupos perfectamente definidos, se desarrollaron sobre todos los artículos a los que afectaba la reforma. De ellas quedó excluido, precisamente, lo que más interesaba cuestionar: el artículo 172, que declaraba qué asociaciones eran ilícitas. El argumento que para ello dio la Presidencia de las Cortes, a través del de la Comisión, fue que éste había sido el único punto que se aprobó por el Pleno en su redacción definitiva, puesto que al haber sido presentada en distintos apartados era preciso considerarlo como una enumeración exhaustiva de los supuestos que hacen ilícita una asociación (13); si se trataba de algo autorizado por el supremo órgano decisorio de la institución legislativa, estaba claro que la Comisión no podía ir contra lo que allí se hubiera dicho y votado. De esta forma, sin saber cómo ni por qué, el grupo que tanto había presionado e insistido para que el Proyecto se llevara allí donde podían haber participado e influido sobre él, se vio privado de aquello por lo que tanto había luchado. El tema que se encontraba detrás de tantas incidencias no era otro que la diferencia de tratamiento que quería darse a la participación política y, a nadie se le escapa, sobre todo, la cuestión del Partido Comunista y partidos de ideología afín (14).

Los Procuradores no se resignaron, a pesar de todo, a que el tema escapara totalmente a su intervención. Su porfía ante el Presidente de la Comisión hizo que éste lograra del de las Cortes la posibilidad de, aún sin poder modificarse nada del artículo—sólo cuestiones de detalle: cambiar las letras con que aparecía en las “líneas fundamentales” por números—, tratar de obtener un consenso mayoritario que expresara la opinión de sus miembros sobre el número 5.º del artículo 172; pues a éste tan sólo se limitó la facultad de discusión. En definitiva, el supuesto que más interesaba.

Fruto de los debates en este tema fue la aprobación de una “sugerencia” que se proponía como fórmula sustitutoria del núm. 5.º del artículo 172 (15). La incorporación de la “sugerencia” al Proyecto, como veremos, no fue aceptada por el Pleno extraordinario que se celebró el día 14 de julio, y la redacción del tan preocupante número 5.º quedó, por fin, como aparecía en aquellas orientaciones dadas en el anterior. El nuevo dictamen de la Ponencia fue defendido por el señor Escrivá de Romaní y de Olano, siendo, a continuación, apoyado por el Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla, que hizo suyas las palabras del ponente. Sometido a votación, el Proyecto se convirtió en Ley, con 248 votos a favor, 174 en contra y 57 abstenciones (16). Nuestro examen se va a ocupar del contenido de esta Ley en lo que se refiere a las asociaciones ilícitas.

(13) Vid. el texto de la declaración en nota 11.

(14) En el mismo sentido JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal Español*, cit., pág. 216.

(15) Lo relativo a este punto lo trataremos con más profundidad y detalle al ocuparnos del mismo.

(16) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 33.

II. ASOCIACIONES ILICITAS

1. *Precedentes históricos y evolución legislativa*

No obstante recogerse supuestos de asociaciones ilícitas ya en los Códigos de 1822 y 1848 (17), el primer reconocimiento legal que se hace en nuestra tradición jurídica del derecho de asociación se produce en la constitución de 1869; respetado en la monárquica de 1876, adquiere carta de naturaleza en la de 1931.

La legislación dictada durante, y después, de la guerra civil supone un grave atentado al ejercicio del derecho, al recortarse sus límites hasta dejarlo prácticamente anulado.

De este tenor son los Decretos de 13 de septiembre de 1936, que declaraba ilícitos todos los partidos integrantes del llamado "Frente Popular"; el de 25 de septiembre de 1936, prohibiendo absolutamente cualquier forma de partidismo político, y el de 19 de abril de 1937, que *vuelve a insistir* en la misma declaración.

Toda esta legislación se ve confirmada, al término de la guerra, por la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, que reitera la ilegalidad de los partidos integrantes del "Frente Popular" en las elecciones del 16 de febrero de 1936, y la Ley de Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940.

En el orden administrativo, al fin de la contienda se pone en vigor la Ley de Asociaciones de 30 de julio de 1877, retocada por un Decreto de 25 de enero de 1941.

La Ley de 19 de julio de 1944, que autoriza la publicación de un texto refundido del Código de 1932 y fija el alcance de las reformas que se producen en él, prescribe que en el Libro II se abrirá un Título, que se denominará "Delitos contra la Seguridad interior del Estado", en el que se incluirán, en su parte pertinente, las definiciones de delitos y sanciones a ellas aplicables comprendidas en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, cuya entrada en el Código se confirma en el Decreto de 23 de diciembre de 1944, de promulgación del texto refundido.

A este respecto, dice García Pablos (18) que se incorpora al Código un prolijo y heterogéneo catálogo de figuras delictivas, inspiradas en varios criterios de política criminal y de muy distinta estructura y "ratio legis", porque los nuevos preceptos persiguen, ante todo,

(17) En ambos cuerpos legislativos se prestaba especial atención a las sociedades secretas. Así, dos Decretos de 1824 y 1825 castigaban con pena de muerte la formación de este tipo de sociedades. A ellas se refería también el Código de 1848, art. 207, junto con las asociaciones ilícitas, art. 211: aquellas constituidas por más de veinte personas que se reúnan diariamente o en días señalados para tratar de asuntos religiosos, literarios, o de otra clase, sin el consentimiento de la Autoridad.

(18) ANTONIO GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1976, págs. 87 y 88.

reforzar penalmente las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de asociación; interesa el control riguroso de éste y evitar todo posible resquicio que conduzca a la impunidad, pretensión a la que se sacrifica cualquier otra exigencia, incluidas las de técnica legislativa.

Hasta 1945, con el Fuero de los Españoles, no hay una declaración constitucional que reconozca el derecho de asociación, cuyos cauces amplía de alguna forma el Principio VIII de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, al referirse "a las demás entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes".

La Ley de 24 de diciembre de 1964, que sustituye a la de 1877, reconoce el derecho de asociarse para fines que no sean contrarios a los Principios Fundamentales y demás Leyes constitucionales, leyes penales, a la moral, al orden público y a la unidad política y social de España. El Estatuto Orgánico del Movimiento de 4 de enero de 1969, siguiendo la línea marcada por la Ley Orgánica del Estado, conducirá al Decreto-Ley 7/1974, de 21 de diciembre, regulador del Estatuto Jurídico del Derecho de Asociación Política (19).

Hoy regula la materia la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el Derecho de Asociación Política, modificada por el Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero, en lo que hace a procedimiento de inscripción, denegación de la misma y sistema sancionatorio.

En cuanto a la regulación penal de las asociaciones ilícitas, desde 1944 en que, como queda señalado, se incorporan las tipicidades de la Ley de Seguridad del Estado, se producen dos reformas posteriores. En 1973, de pequeña entidad y dirigida a elevar la cuantía de las multas. En 1967, modificando el párrafo 4.º del núm. 1.º, del artículo 174, y que refuerza la severidad del precepto. La reforma de 15 de noviembre de 1971 introduce variaciones en los artículos 173, números 2.º y 5.º, 174, 1.º y 2.º, derogándose la Ley de 9 de febrero de 1939, excepto su artículo 2.º, que recoge la relación de partidos políticos prohibidos por la ley, y la de Masonería y Comunismo de 1 de marzo de 1940.

Las características de la regulación, en este momento, pueden resumirse, con Rodríguez Ramos, en las siguientes: 1.º Tipificación prolija y falta de raigambre tradicional y de la necesaria tónica de paz civil. 2.º Agrupación sistemática incorrecta. 3.º Ausencia del mínimo exigible de seguridad jurídica por falta de una adecuada aplicación del principio de legalidad. 4.º Gran confusión de zonas administrativas y penales. 5.º Grave desproporción de las penas con respecto a otras figuras de justificación más evidente (20).

(19) Sobre evolución histórica puede verse LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal. (Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes)*, Madrid, 1975, págs. 129 y ss.

(20) LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., páginas 184 y 185, quien señala, además, la línea defensora del orden seguida por la jurisprudencia, mediante la utilización de un criterio extensivo de la intensidad y ámbito de aplicación de los preceptos penales.

2. La Ley de 19 de julio de 1976

Esta es la situación de la regulación penal de las asociaciones en el momento de producirse la reforma. Y éstas son las que más se ven afectadas, cualitativa y cuantitativamente, por la Ley de 1976, que incumbe a los artículos 172, 174 y 175 y deja sin contenido el artículo 173 (21).

El proceso seguido en la elaboración y estudio de estos preceptos por la Comisión de Justicia, por lo azaroso y accidentado, merece ser reseñado.

Recordemos que el Proyecto se presentó al Pleno de las Cortes del día 9 de junio, el mismo en donde se aprobó la nueva Ley de Asociación. Ya vimos cómo en él, ante la creciente posibilidad de que la Ley fuera rechazada, la Ponencia, de conformidad con el Gobierno, sometió a votación, en vez de éste, unas directrices a las que habría de someterse la Comisión de Justicia, a la que se le devolvería para su nueva elaboración. Dentro de estas líneas fundamentales que se aprobaron figuraba, como punto tercero, la enumeración de las asociaciones que eran consideradas ilícitas (22).

Al procederse al estudio del Proyecto por la Comisión, se empieza, al centrar los temas objeto de debate, por excluir el artículo 172. El hecho de que, a diferencia de las demás materias, el punto de la declaración que a ellas se refería fuera estructurado en distintos apartados, se interpreta por la Presidencia de las Cortes como elaboración definitiva (23), de forma que había que considerarlo intocable.

Las protestas de los Procuradores se repitieron con insistencia ante el Presidente de la Comisión, alegando, no sin razón, que era absurdo tratar y discutir la supresión del artículo 173 (que completaba y ampliaba el artículo 172 en su declaración de qué asociaciones eran ilícitas) fundada en que sus tipos estaban recogidos en el nuevo 172, cuando no podía saberse qué asociaciones quedaban dentro de él. Las peticiones volvieron a sucederse al llegar a los artículos 174 y 175, que señalan las penas en relación con el 172. Aparte de estas razones de orden jurídico, la verdad es que en el tema había un interés político, debido, fundamentalmente, a la cuestión de los partidos de orientación comunista (24).

(21) El Proyecto enviado por el Gobierno dejaba también sin contenido el art. 175. Vid. nota 4.

(22) Vid. nota 11.

(23) La interpretación que sobre el tema dio el Presidente de las Cortes insistía en el carácter exhaustivo de la enumeración de las Asociaciones ilícitas contenidas en el punto tercero de las directrices del Pleno a la Comisión. Por eso, el dictamen de ésta estaría condicionado, de un modo total, por el acuerdo del Pleno; porque lo aprobado por una Comisión no podía ser contrario a lo decidido en un Pleno de Cortes. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 703, págs. 52 y 53.

(24) En ningún momento se hizo referencia ni se pensó que dentro del núm. 5 pudieran estar incluidos los partidos socialistas.

Como consecuencia de los ruegos de los Procuradores acerca de este punto, el Presidente, después de consultado el de las Cortes, y como portavoz suyo, consintió en tratar el artículo; pero con dos grandes limitaciones: por un lado, sólo se permitían las correcciones de orden técnico que la redacción, por razones de estética o precisión, pudiera exigir; por otro, sólo se autorizaba la discusión de su punto 5.º (las que, sometidas a disciplina internacional, se propongan la implantación de un sistema totalitario), para ver de lograr un consenso de la Comisión que permitiera elevar una sugerencia de redacción sustitutoria del mismo al Pleno que habría de celebrarse para la aprobación del Proyecto (25).

En cuanto a las precisiones técnicas, lo que debía hacerse era encajar el punto tercero de los aprobados por el Pleno en el artículo 172, con las rectificaciones de detalle que pudieran ser estrictamente necesarias como, en concreto, la sustitución de las letras con que aparecía ordenado por números de orden, que es la técnica seguida por el Código.

En materia de asociaciones, como ya se señaló, la reforma afecta a todos los artículos dedicados a ellas, con excepción del 176, que podríamos calificar de importancia menor en la materia.

3. *El derecho de asociación*

El derecho de asociarse, derecho natural del hombre, puede ser entendido, en su aspecto subjetivo, como aquella facultad inherente a la persona humana en virtud de la cual puede ésta utilizar libremente la asociación como instrumento para alcanzar sus fines particulares de progreso espiritual o material (26). El alcance que haya de tener este derecho dependerá, como es lógico, del valor que se conceda a la libertad de asociarse.

Las limitaciones que pueden establecerse a esta facultad serán aquellas que exija el bien común, el derecho de los demás y los supremos principios del orden y la moralidad. Y a estas tres condiciones

(25) El Presidente de la Comisión de Justicia, don Licinio de la Fuente, en la apertura de las discusiones de la Sesión del día 23 de junio, manifestó que ante los deseos de los Procuradores él había hecho llegar al Presidente de las Cortes sus reiteradas peticiones de que se hiciera saber cuál era el criterio de la Comisión en orden especialmente a algunos de los puntos de este artículo 172, "el señor Presidente de las Cortes considera que después de elaborado este dictamen formal y, como si dijéramos, fuera del mismo, yo pueda plantear a la Comisión la posibilidad de que se eleve a la Presidencia, para que ella vea la forma de hacerlo llegar al Pleno, las sugerencias que pudiéramos arbitrar entre todos si fuéramos capaces de recoger una especie de consenso mayoritario acerca de una redacción más perfeccionada de alguno de los puntos de este art. 172". Después, esta posibilidad se reconoció que se refería sólo al núm. 5.º. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, pág. 2.

(26) BUENAVENTURA PELLISE PRATS, Voz "Asociación", en "Nueva Enciclopedia Jurídica Española", tomo III, pág. 62.

debe ajustarse el derecho positivo en la regulación que haga del mismo (27).

En nuestro ordenamiento constitucional, el derecho de asociarse con fines ilícitos y determinados, se halla recogido en el Fuero de los Españoles (art. 16) (28). Cuando tenga por fin la actividad política se regirá por lo dispuesto en la Ley de 14 de junio de 1976 (artículo 1.º, uno).

Los fines esenciales que esta Ley señala a las asociaciones son los de contribuir democráticamente a la determinación de la voluntad política nacional y a la formación de la voluntad política de los ciudadanos, así como promover su participación en las instituciones representativas de carácter político, mediante la formulación de programas y la representación y apoyo de candidatos en las correspondientes elecciones (art. 1.º, dos). Ilícitas serán las que así se tipifiquen en el Código penal (art. 1.º, cuatro).

Este es el cometido que está llamado a desempeñar el artículo 172 del Código penal, a través de sus cinco apartados, y del que quizá la característica más acusada sea la precipitación con que fue aprobado (29). El artículo 172 dice: "Son asociaciones ilícitas (30): 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico o el ataque, por cualquier medio, a la so-

(27) Esto mismo señala TOMÁS S. VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, en "Cuadernos de Política Criminal", 1977, núm. 1, página 89, al decir que por su propia esencia, un sistema democrático ha de reconocer el derecho básico a la libertad en la medida en que pueda subsistir con la libertad de todos, según una ley universal.

(28) Art. 16 del *Fuero de los Españoles*: "Los españoles podrán reunirse y asociarse para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes".

(29) El Proyecto del Gobierno fue notablemente mejorado por el presentado por la Ponencia, que fue el que resultó aprobado. En la redacción originaria, el art. 172 decía: "Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública o a las buenas costumbres. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio, o a la seguridad nacional. 4.º Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario. 5.º Las que pretendieren constituirse o actuar al margen de lo establecido en la Ley de Asociaciones Políticas, aun cuando su reconstitución se encubra en cualquier otra forma social reconocida por las leyes. 6.º Las que, cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con la Ley sobre Asociaciones Políticas. 7.º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36311.

(30) A este párrafo afectó una de las precisiones técnicas que se permitió hacer a la Comisión de Justicia. En el Pleno fue aprobado como "serán consideradas", cambiándose por la redacción actual: "son asociaciones ilícitas". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 4 y siguientes.

beranía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. 4.º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica. 5.º Las que, sometidas a disciplina internacional, se pongan implantar un sistema totalitario” (31).

4. *Concepto de asociación*

El artículo 172 establece cuáles son las asociaciones ilícitas, pero sin decir qué ha de entenderse por ellas. Se hace necesario, por esto, intentar dar una noción que, en todo caso, ha de ser previa a los supuestos de ilicitud, pues difícilmente la podremos proclamar si no sabemos sobre qué ha de recaer.

Podemos definirla, con Córdoba Roda (32), como el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas dotado de una entidad independiente de sus individuos y dirigido al logro de un determinado fin. Deberán tener cierta consistencia formal y hasta un esbozo de organización y jerarquía; de otro modo no serían éstos los artículos aplicables, sino los de la codeincuencia o la circunstancia de cuadrilla, verdaderas “asociaciones esporádicas” que poco o nada tienen que ver con las que, aun siendo ilícitas, tienen ya un cierto rango de personalidad moral (33).

La diferencia entre éstas y las reuniones se encuentra en que en la asociación hay un vínculo real, permanente y estable común a todos los asociados y que los une en vista a unos fines, característica que falta en la reunión. Esto, por lo que hace a la relación entre los miembros. En cuanto a la propia entidad de una y otra, la diferencia más importante se halla en la aspiración a la continuidad y permanencia que caracteriza a la asociación, frente a la esencia coyuntural y esporádica que inspira a la reunión.

Tampoco hay base legal alguna que permita precisar con certeza cuál ha de ser el número mínimo de asociados suficiente para integrarla. Del artículo 513, que habla de asociación para el delito de robo, parece que ha de contar, al menos, con tres personas (34).

(31) El art. 172, en su forma derogada, establecía: “Se reputan asociaciones ilícitas: 1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. 2.º Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3.º Las prohibidas por la Autoridad competente. 4.º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley”.

(32) JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1977, págs. 7 y 8.

(33) En el mismo sentido, ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., puesta al día por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966, pág. 522; y JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 8. En contra, LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 170. EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, 14 ed., tomo II, Parte Especial, volumen 1.º, Barcelona, 1975, pág. 76.

(34) En el mismo sentido, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed., Sevilla, 1976, pág. 543. A la misma conclusión

Conviene advertir que no debe confundirse asociación ilícita con "persona jurídica"; aquéllas no lo son en derecho al faltarles el requisito de legalidad necesario para ello (35). La prueba más evidente y, al mismo tiempo, la diferencia más trascendental entre una y otra es el diferente tratamiento inherente a cada una de ellas en orden a la responsabilidad criminal por las infracciones cometidas: por los delitos que lleve a cabo una persona jurídica responderán sus representantes; pero no por asociación ilícita, que no lo es, sino por la concreta conducta delictiva realizada (36).

5. *Naturaleza del delito de asociación ilícita*

Para la determinación de la naturaleza y finalidad del precepto es preciso partir de una previa diferenciación dentro del ámbito de aplicación de cada uno de los apartados del artículo 172: mientras que los dos primeros números (contrarias a la moral pública y fin delictivo) son comunes a todo tipo de asociaciones, cualquiera que sea su programa, los tres restantes llevan patente su caracterización eminentemente política. Frente a las posturas doctrinales que afirman su naturaleza preparatoria, por considerar que se eleva a la categoría de delitos actos que son de preparación, afirmamos, con García-Pablos (37), el carácter autónomo de la figura delictiva de asociación ilícita. La forma en que en el Código aparece concebida la infracción, incriminando realizaciones objetivas (fundar, promover, afiliarse) y no meras intenciones, con independencia de que se intervenga o no en la ejecución de los delitos programados por la asociación y aun que éstos lleguen o no a realizarse—en cuyo caso surgiría el concurso de delitos—confiere fisonomía propia al delito de asociación (38).

Para que su naturaleza fuera preparatoria sería preciso que el bien jurídico que se trata de amparar con las mismas fuera el concreto correspondiente a los delitos que se ven amenazados por el programa criminal de la asociación, cuando, por el contrario, lo que se quiere proteger es un bien jurídico "abstracto e independiente de éstos", del que es titular el propio Estado, que trata de proteger el ordenamiento penal frente a determinadas conductas individuales que discurren a través de cauces organizativos (39).

llega QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 522, en base a la circunstancia de cuadrilla. En contra, ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, enero-abril, 1971, pág. 53, que admite basta con dos personas cuando se propongan cometer más de un delito.

(35) Vid. JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., págs. 8 y 9.

(36) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 525.

(37) ANTONIO GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y Frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, en la "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid". Vol. XVIII, núm. 49, págs. 79 a 86.

(38) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 83 a 85.

(39) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 84.

Estamos, entonces, ante un delito autónomo e independiente; pues una cosa es que con él se haya adelantado el momento de la protección penal, y otra muy distinta, que sea de naturaleza preparatoria.

Junto a ésta, e íntimamente relacionada con ella, surge la cuestión sobre el carácter del delito de asociación ilícita: ¿Se trata de un delito de peligro o de un delito de resultado? No parece acertado plantear el problema en estos términos, ya que el delito de peligro no es otra cosa que una infracción de resultado al ser precisamente la situación de amenaza creada el resultado de la conducta (40). Es, por tanto, incorrecta la tesis jurisprudencial que, considerando como infracción "de peligro" al delito que tratamos, lo contraponen a las de "resultado" (41), cuando la única posibilidad correcta de enfrentamiento sería hacerlo con los de lesión.

Que no se trata de un delito de esta naturaleza está claro; ni tan siquiera si se piensa que la finalidad del precepto es proteger, no los bienes jurídicos concretos hipotéticamente atacados por el programa de la asociación criminal, sino un interés abstracto del Estado que le lleva a anticipar los medios de defensa de que dispone para la represión de esas conductas. Indudablemente que el mero hecho de la existencia de la asociación ilícita lesiona ese interés que constituye la finalidad del precepto; pero es que ese interés es precisamente la plasmación del peligro que el Estado advierte ante esas manifestaciones asociativas que le mueven a protegerse creando el delito, por lo que este entendimiento del bien jurídico protegido, lejos de rechazar, confirma inequívocamente la caracterización que como "delito de peligro" corresponde a la figura. Como la determinación de la posible amenaza se hace con fines generales y no en atención a situaciones concretas, se trata de un delito de "peligro abstracto" (42), lo que no quiere decir que la inexistencia en un caso determinado de la amenaza que se trata de precaver suponga la inexistencia del delito, pues por eso son delitos de peligro "abstracto" y no "concreto".

Aunque después insistiremos sobre ello, debe reseñarse aquí que la reforma supone acabar con el constante enjuiciamiento formal que se hacía de las asociaciones ilícitas en base a los desaparecidos números 3.º y 4.º del artículo 172, que elevaban a la categoría de delito la infracción de preceptos policiales o administrativos (43). A partir de

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*, 5.ª edición, Madrid, 1976, pág. 361.

(41) Entre otras, Sentencias de 14 de junio de 1964 y 6 de marzo de 1963.

(42) En contra, GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 94.

(43) Distinguiendo los apartados 1.º y 2.º, así lo establece la Sentencia de 14 de octubre de 1969, al decir que en la infracción de esta categoría de normas "es en lo que radica el dolo, al quebrantar conscientemente lo establecido para la constitución de la Asociación, abstracción hecha de que el fin perseguido por ésta no sea delictivo... a diferencia de los números 5.º, 1.º y 2.º que contemplan el objeto y fin perseguido". Para todos los casos, establecen esta naturaleza, entre otras, las Sentencias de 11 de mayo de 1970 y 7 de julio de 1967.

ahora, la declaración de ilicitud de la asociación no podrá hacerse hasta después de haber examinado el contenido y finalidad a que la misma responde (44).

6. Formas de aparición

La Ley de 19 de julio establece un nuevo tratamiento en lo que se refiere a las formas imperfectas. En virtud de ellas, desaparecen las normas "ad hoc" relativas a algunos supuestos de aparición incompleta (45) contenidas en los artículos 174, 1.º, párrafos 2.º y 4.º (46). ¿Quiere decir esto que a partir de ahora son impunes las formas imperfectas? La pregunta no es ingenua si se recuerda lo polémico del tema, siendo considerable el número de las opiniones doctrinales en contra (47). Ni conceptual, ni materialmente, hay obstáculos que impidan la configuración de las formas tentadas o frustradas en el delito de asociación ilícita, que ahora se regirán por las disposiciones comunes al resto de los delitos contenidas en el artículo 3.º (48).

No es óbice para ello la conceptualización que como delito de "peligro abstracto" hemos hecho del de asociación ilícita; pues, al no exigir la concreta situación de peligro, la tentativa se produce no respecto a la causación de éste, sino en relación a la acción cuya ejecución ha previsto el legislador que podría provocarlo (49) y sobre la que son perfectamente imaginables ejecuciones interrumpidas. De cualquier forma, tanto la tentativa como la frustración afectan no a la asociación como ente, sino a las conductas tipificadas: fundar, promover, dirigir, militar, etc., que son las que determinan su posible constitución. Por esto, baste aquí señalar la admisión de las formas imperfectas para la

(44) Sobre la posible naturaleza de delito permanente, vid. CARLOS GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, en "Cuadernos para el Diálogo", Los Suplementos, núm. 69, Madrid, 1976, pág. 23.

(45) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 76 y 78, se resolvían algunas de las hipótesis posibles, no todas.

(46) El primero de ellos bajaba la pena un grado cuando las asociaciones comprendidas en el art. 173 y en los núms. 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 no hubieran llegado a constituirse; previsión referida a los fundadores, directores y presidentes, quedando impune el caso del mero afiliado. El párrafo 4.º recogía la misma rebaja de pena cuando "los hechos sancionados en el párrafo anterior (si la asociación tuviera por objeto la subversión violenta...) carecieran de gravedad o la asociación no hubiere llegado a constituirse"; bonificación actuante, en este caso, sólo sobre los meros participantes.

(47) Vid. GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 61 a 75, con exhaustiva reseña de las posiciones doctrinales.

(48) GARCÍA-PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 94 a 96.

(49) VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milán, 1950, páginas 98 y 99, JUAN CÓRDOBA RODA Y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, págs. 141 y 142.

figura y quede para el estudio de cada una de las actividades en relación con ellas sancionadas el examen concreto de las mismas.

La característica, ya señalada, de independencia y autonomía de la responsabilidad por asociación ilícita, afirma su compatibilidad con otros delitos (50) que por medio de ellas se cometan (51), al tener un bien jurídico distinto a los que se ven amenazados por el programa criminal de la asociación, y que explica que las penas señaladas prescindan del número, gravedad y clase de delitos que lo formen (52). Así lo tiene proclamado la jurisprudencia en multitud de sentencias, especialmente en relación a conductas tan inherentes a las asociaciones como las propagandas ilegales (53).

Para los casos de reunión ilícita hay, en realidad, un concurso aparente de normas penales que debe ser resuelto en favor de la asociación (54).

7. Supuestos de ilicitud de las asociaciones

A) Contrarias a la moral pública

Como primer supuesto de ilicitud recoge el artículo 172 el de aquellas asociaciones que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública (55). Es esta una circunstancia común con las reuniones que la utilizan también como criterio para concretar la ilicitud de las mismas, según la redacción dada al artículo 166 por la Ley de 19 de julio.

Moral pública, en el sentido del núm. 1.º del artículo 172, se ha venido considerando como referida al orden político-social imperante en cada momento histórico, de manera que son contrarias a ella todas aquellas asociaciones que atenten contra esos principios básicos que lo constituyen: la anarquía, el colectivismo, la lucha del trabajo contra el capital, de los trabajadores contra la burguesía, atentar contra la propiedad industrial, contra la Autoridad, preconizar la solidaridad, la

(50) Vid. CARLOS GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, cit., pág. 23.

(51) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 543. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 177.

(52) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 113.

(53) "Ambos delitos son perfectamente compatibles... por ser el de asociación de naturaleza meramente formal y pasiva, mientras que el de propaganda entraña actividades materiales", Sent. 11 de mayo de 1970; "se trata de actos distintos dotados cada uno de su propia intencionalidad, con dolo específico propio", Sent. 12 de mayo de 1956; en términos parecidos, Sentencias de 25 noviembre 1959, 14 mayo 1965, 28 mayo 1965, 26 abril 1969, 29 febrero 1972, 3 mayo 1972.

(54) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 105.

(55) El texto del Gobierno añadía "o a las buenas costumbres". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36310.

revolución social, etc. (56). Especialmente representativa de esta opinión es la Sentencia de 20 de diciembre de 1933: "Debe reputarse contraria a la moral pública toda asociación que contradiga o se oponga a las normas fundamentales que sirven de soporte a la convivencia nacional de todos los ciudadanos, al tratar de obtener el logro de sus fines, cualquiera que sea su clase, fuera de las vías legales o por otro procedimiento que no sea la vida normal propia de las naturales discusiones humanas, por cuanto el término "moral pública" que emplea este artículo no cabe interpretarlo como análogo al concepto restrictivo de buenas costumbres, sino como afirmación de todo un sistema de exigencias jurídicas fundadas en la mera naturaleza humana, que regula las condiciones mínimas de convivencia social".

Frente a esta tesis, pensamos, con Ferrer Sama (57), que el significado amplio dado a la moral pública responde a la regulación que de las asociaciones se hacía en el Código de 1870, muy distinto en este punto a la del vigente. En aquel Código tan sólo se declaraban de manera expresa asociaciones ilícitas, a las que por su objeto y circunstancias fueran contrarias a la moral pública y a las que tuvieran por objeto cometer alguno de los delitos penados en el Código; por esto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hubo de comprender en el marco de las asociaciones contrarias a la moral aquellas que perseguían y defendían los fines que acabamos de ver y que de otra forma hubieran quedado impunes. Esta es la razón de que el término "moral pública" no resultara análogo al restrictivo de buenas costumbres. Una interpretación tan amplia era, pues, explicable por falta de otros enunciados legales referentes a las asociaciones de tipo subversivo, de tal manera que si no se hubiese seguido el criterio manifestado en las citadas sentencias hubieran quedado sin sanción penal aquellas asociaciones que, sin atentar propiamente a las buenas costumbres al no tener por objeto la comisión concreta de determinados delitos, se quería que fueran penadas por resultar evidentemente contrarias al orden social establecido. Ahora bien, la reciente redacción del Código declara también ilícitas una serie de asociaciones que resultan opuestas a ese orden social, y siendo así, no debe forzarse la interpretación del término

(56) En esta dirección se mueve la jurisprudencia: "La moral pública es referente a las acciones que salen de la esfera privada y trascienden o afectan a los intereses generales de la sociedad; y siendo principios fundamentales de la asociación la anarquía y el colectivismo, y proponiéndose emprender y sostener la lucha del trabajo contra el capital y de los trabajadores contra la burguesía, es indudable que dicha asociación, tanto por su objeto como por sus circunstancias, es contraria a la moral pública, contradiciendo, como contradice, el principio más fundamental del orden social, cual es el de la Autoridad y la propiedad industrial" (Sent. 28 enero 1884); "es ilícita la asociación que tiene por divisa "la solidaridad, anarquía, colectivismo y revolución social" (Sent. 12 julio 1884); "la asociación es contraria a la moral pública porque se atacan con ella los principios básicos de la organización social" (Sent. 7 octubre 1935); en el mismo sentido, Sent. 24 enero 1885.

(57) ANTONIO FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, 1.^a ed., Murcia, 1948, pág. 117.

“moral pública”, cuyo significado estricto se aproxima más al de “buenas costumbres”, aunque sin identificarse con ellas (58).

El ir contra la moral pública debe ser el objeto esencial de la asociación, lo que afirma su naturaleza tendencial, al requerir una finalidad dolosa ulterior, que presupone un acto de voluntad del sujeto aceptando dicho fin (59).

Es necesario hacer mención a la precisión técnica que hubo de hacerse en este apartado y que de no haberse admitido hubiera modificado fundamentalmente su significado. Al defender la Ponencia su dictamen sobre los retoques que habían de efectuarse al artículo 172, hizo la salvedad de que en su número 1.º, por un error tipográfico, se había colocado, entre “objeto” y “circunstancia”, una “y”, en vez de la “o” que correspondía, por lo que debía entenderse que bastaría que las dos circunstancias se dieran alternativa y no acumulativamente; es decir, que había de ponerse la disyuntiva “o” y no la copulativa “y”.

Manteniendo la intangibilidad del texto, tantas veces proclamada por el Presidente, algún Procurador se mostró contrario al cambio, por entender, como así era, que la modificación que se proponía no era una simple cuestión técnica, sino que cambiaba totalmente el significado del precepto. Efectivamente, de constar “objeto y circunstancias”, sería preciso que se dieran las dos condiciones conjuntamente, de manera que si una asociación era inmoral por su objeto, pero no por sus circunstancias, no sería ilícita. Ante el problema, el Presidente manifestó que el error se había producido en el “Boletín Oficial de las Cortes” y no en el texto sometido a votación; de todas formas, para mejor confirmación, se examinarían las transcripciones taquigráficas de la sesión y a su resultado se estaría. La consulta confirmó la protesta: en lo aprobado figuraba la indeseada “y”. Evidentemente no era este el sentido que había querido darse al enunciado típico, por lo que en su informe definitivo ante la Comisión la Ponencia volvió a solicitar el cambio de la conjunción que, después de todo, fue aprobado (60).

El recurso a la moral pública como criterio definidor de la ilicitud de una asociación nos parece innecesario, como muestra el que hasta ahora haya sido muy escasamente aplicado (61). La verdad es que tal como es entendido por la jurisprudencia apenas si tiene sentido; las asociaciones que en él pudieran incluirse, o bien lo serían todas

(58) Por la identidad absoluta se pronuncian FEDERICO PUIG PEÑA, *Derecho Penal, III, Parte Especial*, 4.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1955, pág. 62. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 148.

(59) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 171. QUINTANO, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 524.

(60) *Diario de Sesiones de las Comisiones*, cit., núm. 707, págs. 4 y siguientes.

(61) VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, cit., pág. 92, mantiene la anticonstitucionalidad del precepto por entender que en el campo moral el hombre, siendo completamente autónomo, se halla sometido sólo a su propia legislación.

(pues toda asociación ilícita es, en última instancia, contraria a esa idea de moral pública), o bien ninguna, por ser subsumibles con más facilidad y corrección técnica en otros apartados del artículo; concretamente en los que sancionan la finalidad delictiva, núm. 2.º (62), o el que se refiere a las subversivas violentas, núm. 3.º.

B) De objeto delictivo

De todos los números del artículo 172 es éste, sin duda, el que plantea de forma más correcta y respetuosa del principio de legalidad, el tema de la ilicitud de las asociaciones (63). Es el objeto perseguido por la asociación lo que provoca la ilicitud; ilícito que nace de la contradicción entre el objeto social y el ordenamiento penal.

Las asociaciones ilícitas a que se refiere este número segundo son las formadas por un grupo de personas que persiguen, como finalidad esencial, la comisión de uno o varios delitos (64). El que se hable de "algún delito" no puede llevar a pensar que ha de tratarse de uno solo y determinado, que también puede ocurrir; sino que tal expresión, de carácter indeterminado, debe ser entendida como destinada a concretar, no el delito, sino, tan sólo, el objeto delictivo que ha de perseguir la asociación.

Es esencial que el objeto delictivo sea el único o, al menos, el más importante de los fines perseguidos por la asociación, de tal forma que no incurrirán en la responsabilidad propia de este artículo los que habiendo constituido una asociación con fines ilícitos se propusieron posteriormente ejecutar alguna conducta delictiva por medio de la misma (65). Esto es así porque los delitos de asociaciones ilícitas no persiguen la tutela de los bienes jurídicos singularmente amenazados por los planes criminales contenidos en el programa de la corporación, sino la de un bien abstracto y distinto de aquéllos; por lo que el atentado a éste es compatible con el de otros bienes jurídicos, que, al no haber sido contemplados por el tipo, da paso al concurso de delitos (66). Esto mismo explica que la pena se imponga sin tener en cuenta la gravedad, importancia o número de delitos que se

(62) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 544, mantiene que recoge casos que no son sino asociaciones para cometer un delito.

(63) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 159.

(64) SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las asociaciones ilícitas*, cit., pág. 53. GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 112. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 221. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 169, se pronuncia porque ha de tratarse de un número indeterminado de delitos.

(65) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 118.

(66) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 104.

piensa cometer, atendiendo tan sólo al papel que dentro de la asociación desempeña el individuo.

El delito se comete con la sola incorporación a la asociación sin necesidad de participar en la ejecución de los delitos proyectados. Es, dice García-Pablos (67), un dolo recortado el que se requiere, pues basta con conocer la finalidad criminal de la asociación y que se está formando parte de ella; es así, porque el objeto delictivo lo es de la entidad y no de los socios: tales delitos basta con que sean conocidos por el afiliado en referencia a la asociación y al solo efecto de fundamentar la conciencia de la ilicitud de ésta.

Supuesto especial de asociación delictiva es la recogida por el artículo 513, que declara comprendida en el núm. 2.º del artículo 172 "a la mera asociación, aun transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo". El artículo 513, confirma, por un lado, que la asociación delictiva del núm. 2.º tiene un carácter general y no limitado a los de finalidad política; por otro, hace surgir la duda sobre qué diferencia hay entre la asociación para el delito de robo—si es que la hay—a qué se está refiriendo y las asociaciones para cometer un delito contenidas en el núm. 2.º del artículo 172. La doctrina mayoritaria considera superfluo el artículo 513; si el robo es un delito, que lo es, la asociación para cometerlo no es ni más ni menos que una entidad con finalidad delictiva, por lo que el precepto no tiene sentido y debería ser suprimido (68).

Frente a esta postura, aunque acaba pronunciándose por la supresión, García-Pablos, mediante una hábil interpretación, llega a la conclusión de que el artículo 513 contempla un tipo de asociación distinta de la del artículo 172. Aquél, dice, se refiere a la "mera asociación, aun transitoria", afirmando, entonces, que únicamente contempla las asociaciones transitorias para cometer el delito de robo que, por no concurrir en ella los requisitos de la auténtica asociación, no podrían ser acogidas por el artículo 172 (69). Y esto es verdad sólo en parte. Obsérvese que se utiliza el advverbio "aun" y no su homólogo "aún". La diferencia, aunque a primera vista parezca fútil, es importante. De haberse puesto "aún", que, como se sabe, significa "todavía", "hasta el momento", la tesis de García-Pablos sería la correcta: el artículo 513 se referiría a las asociaciones todavía transitorias, distintas, entonces, de aquellas a las que hace referencia el artículo 172; pero es el caso que se escribe "aun transitoria", es decir, "incluso", "también" las transitorias, por lo que acoge, en primer lugar, a las asociaciones propiamente dichas y, además, considera incluidas "también" (aun) a las

(67) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 113.

(68) SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 56. BUENAVENTURA PELLISÉ PRATS, *Asociación*, cit., pág. 95. GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., pág. 111.

(69) GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., págs., 112 y 113.

provisionales a que se refiere, con lo que la norma se convierte en un precepto interpretativo para las asociaciones que pretendan cometer el delito de robo, sin que por ello pueda decirse que se refiere exclusivamente a las transitorias. Esta aclaración tenía sentido en la Ley de Seguridad del Estado de donde se incorpora al Código, pues coexistiendo ésta con el Código penal de 1932, que no penaba la conspiración, interesaba declarar que para el caso de robo tal conducta estaba sancionada, porque no otra cosa que una conspiración es la asociación transitoria (70).

Así lo ha venido considerando el Tribunal Supremo, que incluye las asociaciones "estables" para llevar a cabo el delito de robo dentro del artículo 172, mientras que la transitoria con el mismo fin, la viene calificando como conspiración (71). Si lo hubiera hecho de otra forma hubiera tenido que castigar por la pertenencia a la asociación ilícita y por el robo cometido, cuando tiene declarado que "si la infracción criminal ha empezado a ejecutarse o, como aquí ha acontecido, la mera concurrencia y previo acuerdo de pluralidad de sujetos activos no permite desdoblarse la acción delictiva y derivar del mismo hecho perpetrado dos responsabilidades y dos sanciones, porque la consumación del ilícito acuerdo y concierto de voluntades absorbe la figura penal que trata el artículo 513, aplicable en el supuesto de que la actuación de los culpables no haya rebasado los límites de la mera coincidencia de propósitos de tres o más personas para realizar el robo, e inaplicable si éste se ha intentado, frustrado o consumado, pues entonces entran en juego los preceptos a que estos grados de la infracción penal se refieren" (Sent. de 15 de noviembre de 1947) (72).

No debe confundirse, y esto sí interesa señalarlo, el motivo de ilicitud de las asociaciones que estudiamos con la conspiración; ni tampoco que su supresión no determinaría ningún tipo de impunidad, pues se llenaría el vacío con las reglas generales de la cooperación, autoría y participación (73). Y no es así, porque lo que determina la conspiración es la voluntad colectiva de cometer un delito, de manera que de esa voluntad surja la resolución y decisión de ejecutarlo (74); por lo que si una persona participa inicialmente en la conspiración, pero se vuelve atrás en las deliberaciones y no llega a formar parte de esa resolución conjunta, no podrá ser castigado por ello; mientras que,

(70) Vid. Sent. 15 noviembre 1947.

(71) Sentencias de 14 febrero 1948, 28 diciembre 1948, 24 marzo 1949, 3 octubre 1949.

(72) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 522, señala cómo, en el caso de aplicación del 513 remitiendo al núm. 2.º del art. 172, no cabrá la aplicación de la circunstancia 13 del art. 10, de ejecutar el hecho en cuadrilla.

(73) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 169.

(74) JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, *Derecho Penal, I*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Unidad Didáctica núm. 5, Madrid, 1974, págs. 9 y 10. CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, cit., págs. 151 y ss.

como hemos visto, el afiliado a una asociación puede no intervenir en la adopción del acuerdo de realizar un delito, pues es el fin delictivo de la entidad lo que hace ilícita su adscripción a través de la ilegalidad de la misma (75). En otras palabras, para ser conspirador es preciso participar con otros en la resolución de cometer un delito; para poder ser castigado como afiliado a una asociación delictiva, basta conocer el carácter de la misma, aunque ni se decida, ni se delibere, ni se ejecute ningún delito. Además, ambas figuras, aunque en algunos casos pueden excluirse, es posible que se den juntas: por ejemplo, miembros de una asociación delictiva que resuelven ejecutar alguno de los delitos comprendidos en el programa de la asociación. No puede, entonces, confundirse la asociación para cometer un delito con la conspiración para delinquir (76).

De todo lo dicho aparece claro que el delito de asociación con fines delictivos es compatible con las infracciones criminales en que se tome parte en ejecución de los proyectos de la misma y cuyo repertorio sería inacabable; pues el concepto de delito a que se extiende abarca tanto los comprendidos en el Código penal como en las Leyes especiales (77).

Durante la vigencia del precepto anterior a la reforma apenas si se ha hecho uso del núm. 2.º del artículo 172. Como pone de manifiesto Rodríguez Devesa, es deseable que en el futuro no ocurra lo mismo por cuanto el apartado debía constituir el núcleo central de la tipicidad, al permitir hacer frente a la delincuencia organizada, cada día más desarrollado e importante, sobre todo en determinadas manifestaciones criminales (78).

C) Carácter subversivo violento

Bajo la titulación de asociaciones subversivas violentas hacemos referencia a "las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional". Este número tercero del artículo 172, recogido también en el 166, quiere

(75) JUAN CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley Penal*, cit., pág. 8.

(76) Sobre el tema puede verse GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 112 y ss.

(77) Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., página 522. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 118. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 177 (con especial referencia las propagandas ilegales). GARCÍA-PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de Asociaciones ilícitas* cit., págs. 102 y ss.

(78) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 221, que aun reconociendo que en su forma actual el precepto acoge todos los casos merecedores de sanción penal, propone como fórmula más práctica la de "actividades delictivas con independencia de la responsabilidad criminal que corresponda por los delitos cometidos".

ser una síntesis de toda la normativa derogada en aquello que no fuera contrario a la nueva realidad dada al derecho de asociación política por la Ley de 14 de junio de 1976. Esta vocación integradora de los artículos 173 y parte del 174 (79) con que nace el enunciado típico se logra en una buena medida, configurándose el vigente núm. 3.º del artículo 172 como una especie de "Cocktail Molotov" de ambas formulaciones, sobre todo por la alta dosis de amenazante inseguridad que hereda del dé ingrató recuerdo artículo 174, núm. 1.º, párrafo 3.º.

Su existencia responde a la declaración hecha en el artículo 1.º, tres, de la Ley de Asociación Política, cuando dice que las asociaciones conformarán su actuación a las Leyes Fundamentales del Reino y, en particular, a los principios de respeto a la soberanía, unidad, integridad, independencia y seguridad de la Nación y a la libertad de los ciudadanos.

La enumeración de valores contenida en el apartado no es, ni más ni menos, que la relación de los principios fundamentales que se consideran atributo del Estado; es decir, los elementos político-sociales indispensables en un sistema como el nuestro, lo que no es otra cosa, según vimos, que la concepción amplia de la "moral pública".

La descripción típica consta, en realidad, de dos conductas: una, la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, y, otra, el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional. Además, los bienes contra los que se atenta son, en esencia, los mismos. Dentro del orden jurídico, político, social o económico, que no es otra cosa que el orden constitucional, están recogidos, como postulados fundamentales y dogmas del régimen, los conceptos de soberanía, unidad, integridad territorial, independencia, seguridad nacional, etc. Lo segundo no es más que una especificación de lo primero. Está claro que se atendió más a lo literario y grandilocuente que a lo técnico y jurídico. La Patria, a lo que parece, no es posible defenderla sin acudir al retoricismo redundante y repetitivo. Pero es que, por si fuera poco volver dos veces sobre la misma idea, dentro del último párrafo se alude, primero, a la unidad de la Patria y, cuatro palabras después, a la integridad de su territorio; expresiones ambas a las que si se quiere encontrar alguna diferencia ha de ser en el terreno de la pirueta lingüístico-ideológica

(79) En efecto, así es. La descripción vigente recuerda mucho al desaparecido 173 y, sobre todo, al núm. 1.º del art. 174. El primero de ellos decía: "Se comprenden en el artículo anterior. ...2.º) Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional". El art. 174, 1.º, párrafo 3.º, era aplicable al caso en que "la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional", siendo castigados "con la pena de reclusión menor, los fundadores y directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes".

que, como toda acrobacia jurídica, inevitablemente acabará en confusión.

Por "subversión" habrá de entenderse el cambio radical de la estructura a que afecte logrado por medios violentos. Del mismo modo ha de concebirse la "destrucción"; pues si bien es verdad que ésta no se adjetiva, la admisión de las formas no violentas ampliaría desmesuradamente el ámbito de aplicación, obligando a la inclusión dentro de ella de los intentos reformistas o renovadores que, aunque sea por vía pacífica, también pretenden el cambio del orden establecido que protege el artículo (80). En forma aún más vaga y ambigua se completa la determinación de las posibilidades comisivas al hablarse de ataque "por cualquier medio"; formulación completamente abierta a cualquier interpretación, pero que debe también ser restringida a sólo los casos de medios violentos (81).

Nos encontramos en presencia de una norma penal en blanco. Será la constitución la que habrá de dar contenido en cada momento a los conceptos eminentemente políticos e ideológicos con que el texto se llena.

El análisis del precepto lleva irremediamente a un lugar ya común: su redundancia con respecto a los números 1.º y 2.º. Con el número 1.º, la identidad es total si la "moral pública" a que aquél se refiere sigue entendiéndose en el sentido amplio acuñado por la jurisprudencia y que es la interpretación tradicional y mayoritaria que del mismo se hace, al ser ambos enunciados típicos, uno textualmente, otro por vía interpretativa, la relación de los principios político-sociales básicos que informan el sistema al que el Código responde. Redundancia que viene en apoyo de la comprensión estricta de la "moral pública" que defendemos. Con el núm. 2.º, porque si se piensa, como creemos, que tanto la subversión como la destrucción han de ser violentas, su ejecución constituirá en la mayoría de los casos, por no decir en todos, una conducta ya recogida como delito en otros lugares del Código, con lo que el núm. 3.º vendrá a convertirse en una asociación para cometer un delito de los incluidos en el apartado 2.º.

Quede constancia, en fin, que la concepción que se maneje de los valores contenidos en la formulación típica será lo que permita su subsistencia o inaplicabilidad. No puede desconocerse que todo partido o grupo político con aspiraciones de poder tiene necesariamente que presentar alguna innovación al elector con respecto al sistema, por lo que, además de limitar los medios comisivos a los violentos, es preciso utilizar concepciones amplias de algunos de los principios protegidos:

(80) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6.ª ed., Madrid, 1975, pág. 661, lo mantiene así para el derogado art. 174, 1.º, prácticamente igual que al que nos estamos refiriendo. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., pág. 545.

(81) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 545, exige, además, que la subversión, destrucción y el ataque sean por sí mismos constitutivos de delito, lo que le lleva a mantener la inutilidad del apartado por tratarse de una asociación que tendrá por objeto la actividad delictiva.

soberanía, seguridad nacional, unidad de la Patria, etc., de forma que permitan el libre juego democrático de las ideas y distintas opciones.

D) De carácter discriminatorio

En su núm. 4.º, el artículo 172 recoge como ilícitas a las asociaciones “que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica”. Estamos en presencia de una hipótesis típica que, además de ser nueva en nuestro derecho, es el paradigma más claro que pueda encontrarse de imprecisión jurídica. Al igual que ocurría con el núm. 3.º, una vez más nos hemos dejado llevar por lo sonoro y grandilocuente y se ha olvidado que no se estaba haciendo una constitución, en donde el enunciado hubiera encontrado un acomodo ideal, sino una ley penal que ha de ser, antes que estéticamente agraciada, clara, concreta, precisa y fácil de interpretar. Justamente todo lo contrario de lo que es el núm. 4.º del artículo 172.

Interpretado literalmente, el apartado es inaplicable. Y esto es así, porque, “discriminar” significa separar, distinguir, diferenciar, o, en una segunda acepción más conforme con lo que se quiere castigar, dar trato de inferioridad a una persona o colectividad. Y es inaplicable, porque nuestra sociedad está basada, precisamente, en la discriminación. Para probar esto basta recordar alguna de las disposiciones establecidas por ese mismo legislador que ahora sanciona la discriminación. Por razón de sexo la hay, sin ir más lejos, en la regulación dada al adulterio del hombre y de la mujer, basada en un descarado y vergonzante privilegio masculino; la hay, también, en otras distintas disposiciones, por ejemplo, la violación o la misma circunstancia de agravación basada en la dignidad o sexo del ofendido, etc. (82). Por razón de religión, la discriminación está institucionalizada en la misma plasmación legal del ejercicio de la libertad religiosa, lo que se hace ya en la misma rúbrica que los acoge (“Delitos contra la libertad religiosa, la religión del Estado o las demás confesiones”), y que se desarrolla y amplía en otras facetas como la incondicionada autorización para el culto público (83), o la misma exigencia de profesar la religión católica para poder ser Jefe de Estado que se establece por la Ley de Sucesión (84), llevando a su última consecuencia una regulación que es contraria a la repetidamente proclamada igualdad de los españoles ante la ley, al otorgar, en general, una sobreprotección al católico sobre el que no lo es, al que profesa una religión reconocida

(82) VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal* cit., pág. 99.

(83) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 806: “la especial tutela jurídica que se concede a la Religión Católica ha de interpretarse como una protección indirecta no de la Divinidad, sino de los sentimientos de quienes por ser católicos son los únicos autorizados para rendir sin ningún condicionamiento culto público a Dios en el país”.

(84) Art. noveno de la *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado* de 26 de julio de 1947, texto refundido de 20 de abril de 1968.

sobre el que practica una no reconocida y, más ampliamente, al creyente sobre el no creyente (85). Por razones económicas, la pena de multa y el sistema de arresto sustitutorio dispuesto por los artículos 90 y 91, puede servir de ejemplo válido. ¡Y todo esto sin salir de las propias normas dictadas por el mismo legislador! Quizá, si en el momento de legislar se hubieran recordado ejemplos como los puestos, que hubiera sido lo deseable, el precepto ahora no existiría.

E) De naturaleza totalitaria (86)

Con el punto 5.º (“las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario”), entramos en lo más controvertido y borrascoso de la reforma. La influencia que tuvo en el desarrollo de los acontecimientos y en las vicisitudes que atravesó el Proyecto hasta su aprobación quedan apuntadas páginas atrás. No es descubrir nada nuevo decir que al redactar se estaba pensando en el Partido Comunista. Y la duda sobre si estaba o no incluido después de la reforma fue decisiva a la hora de crear aquel clima de tensión y recelo que aconsejó a la Ponencia no someter a votación el Proyecto en aquel histórico Pleno del día 9 de junio de 1976 (87). Ya en la Comisión de Justicia, el desarrollo de los hechos que llevaron hasta la posibilidad de plantear la discusión del artículo quedó recogido antes (88).

En su sesión del día 23 de junio, en la que se trató del tema de la “sugerencia”, se empezaron los debates por las precisiones técnicas que correspondía hacer al apartado. La corrección que se solicitó para este núm. 5.º fue la sustitución del término “sistema totalitario” por

(85) VIVES ANTÓN, *Reforma política y Derecho Penal*, cit., pág. 99, declara anticonstitucional tal tratamiento.

(86) Sobre el tema, amplio estudio en CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley Penal*, cit., págs. 5 a 18.

(87) El problema fue planteado con claridad por el que fue enmendante en aquella ocasión, señor Díaz Llanos, cuando dirigiéndose a los demás Procuradores, de por sí preocupados, les aumentaba sus dudas respecto a la posibilidad de que la reforma pudiera suponer la impunidad del Partido Comunista. Después de señalar la ambigüedad de una “redacción propicia a altas disquisiciones políticas”, tocó directamente en la llaga cuando preguntaba a los autores del Proyecto: “¿Qué es lo que han querido definir como delito?, ¿el comunismo? Y si es así, ¿por qué no se dice claro, tanto para evitar confusión a los Tribunales de Justicia como para demostrar que las palabras se convierten en realidad? ¿Es que se tiene precaución a lo que se pueda opinar en el extranjero?”. Paradójicamente, el Proyecto, que fue devuelto a la Comisión en gran parte por esta razón, llevaba ya aprobada la solución del problema y no podría ser modificada en ella. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 27, página 128.

(88) Vid. págs. 8 y 9.

el de "régimen" (89), sin que, en fin, fuese aceptado el cambio (90).

Dentro de la discusión del contenido material de la norma las posiciones se delinearón perfectamente. Un primer grupo de Procuradores defendía la supresión del núm. 5.º, por entender que las asociaciones que en él pudieran estar incluidas lo quedaban ya en el núm. 3.º del mismo artículo. Otro grupo, partidario del mantenimiento de la figura, se mostraba disconforme con su redacción: unos, por solicitar una mención expresa del Partido Comunista; otros, por considerarla ambigua y de complicada aplicación. Entre los Procuradores había acuerdo unánime en que el Partido Comunista debía ser excluido de las asociaciones legalmente permitidas (91). Las diferencias nacían precisamente a la hora de buscar la fórmula más apropiada para expresar ese rechazo. La cuestión a dilucidar era si, puesto que el artículo erradicaba los totalitarismos, el Partido Comunista participaba o no de esa naturaleza; lo que pronto fue puesto fuera de toda duda: lo era.

La opinión de los que pedían un repudio expreso del Partido Comunista, se observó, contaba con el inconveniente de que, aparte de que había grupos o partidos de esa ideología que no llevaban tal nombre, un simple cambio de titulación abriría la puerta para burlar la ley, motivo por el que la proposición fue descartada (92). Desechada

(89) Fue la misma Ponencia la que solicitó la modificación de términos, para, después de la intervención del señor Cisneros Laborda, que precisó el significado teórico-político de uno y otro concepto, volver atrás en su pretensión y mantener el texto original. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 3 y sgs.

(90) En el Proyecto del Gobierno figuraba con el núm. 4.º del artículo 172, redactado en los siguientes términos: "Las que se propongan la implantación de un régimen totalitario". *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, núm. 1.498, pág. 36311.

(91) En forma encubierta parece pronunciarse en contra el señor Meilán Gil, quien celebrando la desaparición del artículo 173, especialmente su número tercero, mostraba su preocupación por que el número 5.º del artículo 172 pudiera servir para reencarnar algunas de las exclusiones que establecía el 173 que se derogaba. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 705, págs. 57 y 58.

(92) Como ya había manifestado en el Pleno del día 9 de junio, el señor Díaz-Llanos, expuso, con la misma brillantez que en aquella ocasión, una opinión bastante parecida: "Régimen totalitario hoy lo es sólo el comunista, desaparecidos como están el nazi y el fascista italiano. Totalitarismo equivale a la supremacía del Estado sobre la sociedad, esto supone que no hay nada fuera del Estado. En la democracia, entendida en su recto sentido, la sociedad tiene la palabra... hay miedo a llamar a las cosas por su nombre. No debe asustarse el Gobierno por señalar al marxismo, en sus distintas formas, como el único ente totalitario, la única doctrina totalitaria que se yergue ante nosotros. Si el Gobierno se quiere referir al comunismo que no le llame totalitarismo, sino por su nombre". En este mismo sentido se propusieron varias redacciones de la "sugerencia". El señor Hernández Navarro, la concebía redactada en estos términos: "Los partidos comunistas o cualquier tipo de organizaciones políticas cuyo propósito sea alcanzar el poder para la sustitución del orden constitucional por un Estado excluyente de la pluralidad y libertad de participación política". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 11 y siguientes.

esta opción, el tema se encaminó por nuevos derroteros. Prescindiendo del vocablo "totalitario", se hizo hincapié en la salvaguardia del pluralismo político, sancionando todas aquellas asociaciones cuya ideología fuera incompatible o contraria al mismo (93). De este orden fue la que, por fin, se aprobó (94) en el seno de la Comisión: "Las que por su objeto, programa, actuación o circunstancias, atenten a la dignidad o a la libertad humana o sean contrarias al pluralismo asociativo como medio para la participación política". Texto que, aparte otras consideraciones, hubiera hecho innecesario, aún más, el núm. 4.º del mismo artículo, referente a las que promuevan la discriminación por razón de raza, religión, sexo o situación económica. La "sugerencia" fue presentada en el Pleno del día 14 de julio como "voto particular" que, después de dos votaciones, acabó siendo rechazada (95).

A los efectos que aquí interesan de tratar de descubrir la teleología del núm. 5.º del artículo 172, no pueden dejar de recordarse las palabras pronunciadas por el Ponente, señor Escrivá de Romaní y de Olano, en el Pleno del día 14 de julio: "Con cualquiera de las dos redacciones propuestas para el núm. 5.º del artículo 172, y, por su-

(93) Si la exclusión nominal del Partido Comunista podía considerarse resumida en las palabras que recogíamos del señor Díaz-Llanos, la esencia de la postura a que ahora nos referimos lo está en las del señor Meilán Gil: "La redacción de este número supone un desenfoque clarísimo, porque por vía penal me parece que no se debe castigar una ideología sin más... Es más conveniente cambiar lo de totalitario por otra denominación que se refiera no tanto a la ideología cuanto a los medios que esa ideología puede llevar a cabo. Estos medios pueden ser la negación de la existencia de otros partidos que concurren con él en el juego democrático". Por todo ello, la "sugerencia" debía haber quedado así: "Las que se propongan la implantación de un régimen que niegue el pluralismo asociativo como medio de participación política". Del mismo tenor son las propuestas por otros miembros de la Comisión. Así, el señor Escudero y Rueda: "Las que se propongan implantar un sistema de partido único o no democrático". El señor Cabanillas Gallas: "Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a un orden constitucional democrático y libre". El señor Angulo Montes: "Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias al pluralismo democrático y a la condición irreversible del poder político". El señor Cisneros Laborda: "Las que propugnan la negación del pluralismo asociativo como sistema de participación en las instituciones representativas de carácter político", a la cual el señor Esperabé de Arteaga añadía: "o que no admitan la intervención de los ciudadanos en la vida pública a través del sufragio activo y pasivo". *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, págs. 13 y sgs.

(94) El texto fue aprobado con 27 votos a favor, 7 en contra y 3 abstenciones. *Diario de Sesiones de las Comisiones*, núm. 707, pág. 30.

(95) Según el Reglamento de las Cortes entonces vigente, el "voto particular debía ser sometido a votación antes que el Proyecto, por lo que fue precisa una primera votación para decidir la pertinencia de que la Cámara se pronunciase sobre el contenido del mismo, es decir, manifestarse sobre si la sugerencia podía ser tratada o ser rechazada "a priori" (227 votos a favor, 203 en contra y 57 abstenciones), para, a continuación, resolver sobre su incorporación al Proyecto en sustitución del núm. 5.º del artículo 172, que, recordó el señor Presidente, había sido aprobado por el Pleno anterior. La sugerencia se rechazó con 240 votos en contra, 200 a favor y 49 abstenciones, manteniéndose el texto que figuraba en las líneas fundamentales, hoy en vigor. *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, págs. 14 y sgs.

puesto, con la del núm. 3.º de este mismo artículo, quedan claramente condenados los totalitarismos de cualquier signo y, desde luego, el totalitarismo comunista”. Seguidamente, el ministro de Justicia, hoy todavía titular del Departamento, manifestó que quería aclarar sin ningún margen de duda que “el Gobierno asume el dictamen que nos ofrece la Comisión de Justicia”, sin que se sepa si esa aceptación se refería sólo al Proyecto o se extendía también a las palabras del Ponente (96).

Puestos en planteamientos lógicos, el especial interés que se prestó a este núm. 5.º del artículo 172, teniendo en cuenta los esfuerzos dialécticos y la gran atención que suscitó, debía haber terminado en una redacción técnicamente ejemplar. Como veremos, desgraciadamente todo fue un derroche inútil.

El núcleo fundamental de la interpretación del artículo se centra en la determinación de dos cuestiones: qué ha de entenderse por régimen totalitario y análisis concreto del partido o asociación que en cada momento quiera en él subsumirse, para concretar si responde o no a ese carácter. Como es claro, no es éste ni el lugar ni el momento de entrar en altas disquisiciones políticas para decidir aquello en que tantos especialistas de Derecho político no han logrado ponerse de acuerdo de una forma definitiva. Y lo peor es que este problema que encontramos ahora nosotros mucho nos tememos que será el mismo con que se enfrente los Tribunales a la hora de aplicar el tipo, pues, lo primero que tendrán que hacer será descifrar el significado y contenido de los sistemas totalitarios (97). Es por esto que es preciso entrar, aunque sea someramente, en el análisis y significado del concepto, al ser premisa inevitable por la que habrá de pasar toda interpretación.

El totalitarismo, en una aproximación amplia y esquemática, tiene como característica principal más destacada la invasión que hace el Estado de la vida pública y privada, persiguiendo todas las formas de diferenciación e individualismo. Tres son, muy a “grosso modo”, las notas que lo definen: 1.º Concentración en uno solo de los tres poderes clásicos en cuya independencia se asienta la democracia: legislativo—cuyo papel queda reducido a mero órgano formal dedicado a refrendar y aplaudir las decisiones de los gobernantes—, ejecutivo—en el que se encarna la esencia del sistema totalitario— y judicial—utilizado como claro instrumento de represión por el ejecutivo. 2.º Desconocimiento absoluto del pluralismo político, con establecimiento del partido único en el que el encuadramiento pueda ser coactivo y hasta obligatorio. 3.º Control y dirección estatal de los medios de comunicación de masas, que utiliza para su intervención en sindicatos, iglesia, religión, escuela, costumbres, etc. Va siempre acompañado de un ingente aparato policíaco y de investigación, empleado, casi con exclusi-

(96) *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, págs. 10 a 13.

(97) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 15, destaca el amplio margen de inseguridad que el término introduce, tanto respecto a los particulares como a los mismos Tribunales.

vidad, para la defensa del sistema mediante el aplastamiento de las más ligeras disidencias (98). Los modelos clásicos del totalitarismo en Europa han sido el nazismo y el comunismo (99). El fascismo, de naturaleza discutida, se identifica más con el sistema dictatorial (100).

La vaguedad y pluralidad de concepciones que el concepto admite, evidencian aún más las dificultades de interpretación que presenta la descripción típica establecida (101). El término "totalitario", carente de toda referencia legal y susceptible, como acabamos de ver, doctrinal y prácticamente de criterios evasivos, no es el más aconsejable para ser recogido como criterio fundamental y definitorio de un tipo penal. Debe tenerse en cuenta, además, como señala Muñoz Conde (102), que en la realidad política actual ya ha pasado la moda de los "totalitarismos" o por lo menos nadie se confiesa como tal. El Tribunal o el intérprete, a la hora de subsumir una asociación en este o en cualquier otro número del artículo 172, debe, por consiguiente, tener en cuenta la actividad desplegada por la asociación más que la finalidad confesada por ésta o que se la haya atribuido habitualmente (103).

En todo caso, si se quiere dar a la fórmula del núm. 5.º del artículo 172 un mínimo de practicabilidad y coherencia con los anteriores supuestos de asociación ilícita, deberá entenderse que lo que caracteriza a un sistema totalitario es el ataque a la organización democrática del Estado con medios violentos y, por tanto, delictivos, con lo que estaríamos también en una asociación para cometer un delito (104), o, en última instancia, en una de las recogidas en el núm. 3.º (105).

La "disciplina" que exige el apartado no ha de entenderse en sentido amplio, comprensivo de toda manifestación de cooperación o identidad ideológica, sino que estará presente únicamente en aquellos casos en que haya sumisión a las directrices emanadas de instancias de carácter internacional (106).

Pero, con ser bastante, no es esto sólo lo que hay que reprochar al tipo. Si se observa, resulta que las asociaciones que se recogen son las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan la implantación de un sistema totalitario, con lo que se legisla el absurdo de que si se trata de una organización estrictamente nacional que se

(98) Vid. EDUARDO HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, Barcelona, 1974, pág. 276. THEO STAMMEN, *Sistemas políticos actuales*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1969, págs. 196 y sgs.

(99) HARO TECGLÉN, *Diccionario Político*, cit., pág. 276.

(100) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 153. Sobre el fascismo, vid. NICOS POULANTZAS, *Fascismo y Dictadura (La III Internacional contra el fascismo)*, Ed. Siglo Veintiuno, 3.ª ed. Madrid, 1973.

(101) Vid. CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., página 13.

(102) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546.

(103) En la misma dirección, CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 9.

(104) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546.

(105) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 17.

(106) CÓRDOBA RODA, *Libertad de Asociación y Ley penal*, cit., pág. 16.

proponga los mismos fines no podría ser declarada ilícita (107). Si se quiere recoger a estas asociaciones totalitarias no sometidas a disciplina internacional, habría de ser en el núm. 3.º del mismo artículo, con lo que lo único que se hace es afirmar la inutilidad del supuesto a que nos estamos refiriendo. Y ello, porque el origen de la disciplina o directrices a que se está sometido, sea nacional o internacional, no puede ser lo determinante de la tipificación cuando los fines de la asociación sean los mismos, salvo que se sancionaran con distinta pena, lo que aquí no ocurre.

8. *Especial consideración sobre el carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España*

En un principio podría pensarse que plantear ahora el problema del P. C. E. y las asociaciones ilícitas, cuando ya está legalizado, cuando ya forma parte de la vida "normal" y cotidiana del país, es, cuando menos, inútil. No creemos que sea así. Es verdad que no nos corresponde a nosotros tratar la importancia y trascendencia del tema —que de serlo, y lo es, justificarían por sí solos la atención sobre el mismo—, pero, tampoco lo es menos que si nos compete dar respuesta a ese enigma jurídico, ya casi histórico, que encarnaron el núm. 5.º del artículo 172, por un lado, y el P. C. E. por otro. Y para la respuesta que, aunque no lo consiga, aspira a ser técnica cualquier tiempo es bueno. Es por esto que vamos a ocuparnos del mismo.

Aparte consideraciones de orden social o político, la legalidad del Partido Comunista ha tenido una relevancia que acaso sólo los que hemos vivido estos años podamos comprender en su verdadera dimensión; probablemente la pátina del tiempo restará entidad al significado del reconocimiento del P. C. E. Hoy, sabemos que tal hecho ha supuesto dividir en dos etapas la historia de la evolución del delito de asociación ilícita: antes y después de la Ley de 19 de julio de 1976. Se hace necesario, entonces, ver cada una de ellas.

Hasta ese momento, respecto de la ilicitud y carácter de asociación ilícita del Partido Comunista de España, no había, ni podía haber, la más mínima vacilación. Tanto en base al núm. 3.º del artículo 172, como en los apartados 2.º y 3.º del hoy vacío artículo 173, se venía considerando ilícito al Partido Comunista (108); en ambos casos en re-

(107) Con lo de sometidas a "disciplina internacional" parece que se quiere salvar el totalitarismo nacional. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 546. VIVES ANTÓN, *Reforma Política y Derecho Penal*, cit., pág. 100.

(108) En el número 3.º del artículo 172, se decía: "Se reputan asociaciones ilícitas: ... 3.º Las prohibidas por la autoridad competente". El artículo 173, en sus números 2.º y 3.º, declaraba comprendidas en el artículo anterior: "2.º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad

lación con el Decreto de 13 de septiembre de 1936, leyes de 9 de febrero de 1939 y 9 de marzo de 1940, de Masonería y Comunismo (109), esta última derogada, con excepción de su artículo 2.º que se declara expresamente vigente, por la Ley de Reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971. Y era precisamente este artículo 2.º el que declaraba fuera de la ley al Partido Comunista y demás organizaciones que formaron parte del Frente Popular en las elecciones de 1936.

La jurisprudencia muestra un amplio repertorio de sentencias en las que se afirma el carácter ilegal del Partido Comunista, según la calificación que antes apuntábamos (110), así como de otras organizaciones también incluidas en el artículo 2.º de la Ley de 9 de febrero de 1939 (111). Como reconstituidas bajo nombre diverso, pero también ilegales por ser de tendencia análoga a las anteriores, se califican; además, junto a las ya anteriormente proscritas, prácticamente todas las asociaciones de oposición de ideología marxista: Comisiones Obreras (112), Comisiones Juveniles (113), E. T. A. (114), Federación Ibérica de Juventudes Libertarias (115), F. R. A. P. (116), F. U. D. E. (117), Juventudes Comunistas (118), Fuerzas Armadas Revolucionarias (119), Juventudes Socialistas (120), Liga Comunista Revolucionaria

nacional o el orden institucional. 3.º) Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviera lugar bajo forma y nombre diversos". En cualquier caso, la correcta subsunción tiene un carácter secundario si es obvia la ilicitud de la asociación concreta. GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit. pág. 88.

(109) Además, en forma tácita, el VIII de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de marzo de 1958, texto refundido de 20 de abril de 1967, al declarar ilegal toda organización política que no sea la familia, el municipio, el sindicato o cualquier otra que se reconozca por las leyes.

(110) Entre otras, pueden verse, Sentencias de 12 mayo 1956, 25 noviembre 1959, 16 enero 1960, 27 enero 1965, 9 noviembre 1966, 23 enero 1967, 7 julio 1967 y 15 octubre 1968.

(111) Así, U. G. T. Sentencias de 24 marzo 1953, 12 noviembre 1960, 21 noviembre 1968 y 2 diciembre 1968; C. N. T., 16 abril 1958, 30 octubre 1967, 13 marzo 1968 y 28 septiembre 1971. F. A. I., 21 noviembre 1968, P. S. U. C., 28 mayo 1965 y 20 junio 1970.

(112) Sobre CC.OO., la Sentencia de 20 diciembre de 1963 declara su condición de "agrupación filial y auxiliar del P. C. E., patrocinadas y orientadas por el mismo, cuyas consignas secunda". En parecidos términos se expresan las de 16 de febrero de 1967, 4 y 15 de octubre 1968, 24 abril 1970, 22 enero 1973 y 6 abril 1974.

(113) Sentencias de 22 enero 1969 y 9 febrero 1970.

(114) Sentencias 3 abril 1968, 20 noviembre 1970, 22 diciembre 1970, 17 junio 1971, 23 marzo 1974, 31 enero 1975.

(115) Sentencias 13 marzo 1968, 21 noviembre 1968.

(116) Sentencias 16 abril de 1974 y 3 octubre 1975.

(117) Sentencia 23 mayo 1966.

(118) Sentencias de 8 junio 1974 y 23 abril 1970.

(119) Sentencia de 4 febrero 1969.

(120) Sentencia 12 diciembre 1960.

ria (121), P. S. O. E. (122), Partido del Trabajo (123), Oposición Sindical Obrera (124), Sindicato Obrero de Estudiantes (125) y Acra-tas (126).

A más de la profusa y extensa relación de tipos penales que antes de la reforma sentaban la ilicitud de los partidos políticos, no puede dejar de señalarse la especial severidad con que el Tribunal Supremo se ha ocupado de algunos de ellos; especialmente del Partido Comunista y partidos afines; sobre todo con el primero. La jurisprudencia deja ver cómo se enjuicia en forma más grave a éste que a otras asociaciones, también de carácter comunista, con programas más subversivos y violentos (como, por ejemplo, trotskystas y anarco-sindicalistas); por lo menos, hasta tanto no adquieren un especial significado en la vida del país, a causa de los actos violentos a ellos atribuidos (127). Por esto, para el Partido Comunista la pena venía fijándose según el artículo 174, 1.º, párrafo 3.º (128), por considerarse inspirado de una indeleble violencia esencial, potencial y actual, “tanto para la conquista del poder para su dictatorial ejercicio e incondicional conservación una vez alcanzado, sin retorno ni salida pacífica posible a distinta forma de vida” (Sentencia de 20 de diciembre de 1973) (129).

B). Después de la reforma

La segunda etapa de la evolución que antes señalábamos se produce a partir del nuevo tratamiento que para dar respuesta adecuada a las necesidades del país, establece la Ley de 19 de julio de 1976, y su complementaria anterior de 14 de junio del mismo año.

(121) Sentencias de 26 enero 1974 y 23 marzo 1974.

(122) Sentencias de 12 diciembre 1960 y 8 junio 1971.

(123) Sentencia de 28 mayo 1973.

(124) Sentencias de 12 mayo 1965, 12 noviembre 1968 y 20 marzo 1974.

(125) Sentencia de 14 septiembre 1969.

(126) Sentencia de 11 mayo 1970.

(127) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., páginas 175 y 176, señala el caso del FRAP, que, “aun teniendo un ideario más subversivo y radicalizado que el P. C. E., y estar formado por tendencias izquierdistas extremas, fue tratado menos duramente que él hasta su participación en el 1.º de mayo de 1973, confundiendo, como venía haciendo con éste, fin de la asociación y actividad de los miembros”.

(128) Artículo 174, 1.º, párrafo 3.º: “Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o directores, y con la de prisión menor los meros afiliados o participantes”. Hoy derogado.

(129) En el mismo sentido se expresa la Sentencia de 9 junio 1969: “La formación de grupos de matiz comunista, que por esta cualidad se ha decidido que “per se” integran la modalidad agravada de lo subversivo violento del artículo 174, 1.º, párrafo 3.º”; en contra, Sentencia de 10 noviembre 1969. Esta concepción se hace extensiva, con algunas excepciones a CC.OO. después de la Sentencia de 16 febrero 1967, que estableció por primera vez la conexión entre ellas y el P. C. E. En esta dirección, entre otras, Sentencia 20 diciembre 1973.

La última de ellas, Reguladora del Derecho de Asociación Política, establecía, en su artículo 2.º (130), tres, las condiciones y el procedimiento a seguir para llegar a la inscripción de los partidos políticos que lo solicitaren. El Real Decreto-Ley 12/1977, de 8 de febrero (131), cambia totalmente el procedimiento de inscripción, al prever que si se presume la *ilicitud penal* de la asociación (132) el expediente será enviado a la Sala del Tribunal Supremo que se señale. Así se hizo el 22 de febrero mediante escrito del Gobierno a la *Sala IV* (*¿de lo contencioso administrativo!*) del Tribunal Supremo, encargando, contra todas las disposiciones legales en la materia, a un Tribunal administrativo que enjuiciase una presunción de ilegalidad penal (133).

La Sala IV, en Sentencia de 1 de abril de 1977 (134), declara su incompetencia en la materia por considerar que lo que se pretende es algo por entero ajeno a su jurisdicción, al ser la inscripción una actividad administrativa que corresponde a la Administración y no a la Sala, por no reunir el acto las características del proceso contencioso-administrativo; además, continúa el T. S., a esta Sala le está vedado cualquier tipo de enjuiciamiento penal—incluso si se trata de una cuestión prejudicial—, por lo que “nunca podría esta Sala, en correctos términos jurídico-procesales, decidir o confirmar con trascendencia judicial la existencia, ni aun indiciaria, de una *ilicitud penal*; y si se arguye que se trata solamente de una presunción, el mandato del artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obligaría a la investigación sumarial adecuada, *ya que todo delito o la presunción de su comisión determina su persecución en el procedimiento y ante el orden judicial penal sin que pueda elegirse una vía administrativa para depurar este tipo de conducta... que, en todo caso, habría de dirimirse ante la jurisdicción penal ordinaria en la forma establecida por las leyes*” (Sentencia de 1 de abril de 1977). Por todo ello, después de

(130) En él se disponía que la facultad de autorizar o denegar la inscripción era competencia del Gobierno, y podría rechazarse cuando del expediente presentado “se desprenda objetivamente la *ilicitud* de la asociación conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º o cuando exista infracción de los preceptos de esta Ley”. La decisión era recurrible ante el Tribunal Supremo.

(131) *Boletín Oficial del Estado* de 10 de febrero de 1977, núm. 35.

(132) Artículo 1.º, dos: “Si se presume la *ilicitud penal* de la Asociación el Ministerio de la Gobernación, dentro del mismo plazo (diez días) y con suspensión de la inscripción, remitirá la documentación presentada a la Sala del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo octavo de la Ley”. Obsérvese que se habla de *ilicitud penal*, mientras que antes la *ilicitud* se determinaba dentro del ámbito de la propia Ley de Asociaciones.

(133) Sobre el tema puede verse, GARCÍA PABLOS, *Los partidos: un lamentable endoso al Tribunal Supremo*, en “La Verdad” de Murcia, del día 2 de marzo de 1977, y *El Gobierno se equivocó de Tribunal, de Sala y de Jurisdicción*, en “Ideal” de Granada, del día 16 del mismo mes y año.

(134) *Boletín Oficial del Estado* del día 9 de abril de 1977, núm. 85, página 7837, publica únicamente el fallo de la sentencia. El texto íntegro puede verse en “Ideal” de Granada, del 3 de abril de 1977.

devolver el expediente al Ministerio de la Gobernación, el fallo hace reserva "de las acciones que para declarar la ilicitud penal que se presume por la Administración Pública, a ella le compete", con lo cual, la sentencia, que no dio sino la solución correcta que cabía esperar, no daba respuesta al interrogante sobre cuál era la situación legal del Partido Comunista.

Ante esta declaración, el Ministerio de la Gobernación dio traslado al Fiscal del Reino de todo lo actuado, que oída y de conformidad con la Junta de Fiscales generales, emitió, el día 9 de abril, informe en el que se hacía constar que de la documentación presentada por el P. C. E. instando su legalización, "no se desprende ningún dato, ni contiene ninguna manifestación, que determine de modo directo la incriminación del expresado partido en cualquiera de las formas de asociación ilícita que define y castiga el artículo 172 del Código penal en su reciente redacción" (135), añadiendo que "el solo hecho de solicitar la inscripción o legalización de un partido, aunque éste pueda resultar ilegal y se deniegue la solicitud, no acarrea responsabilidad penal para los solicitantes, ni puede fundar la presunción de comisión de delito, sin perjuicio de ejercitar las acciones penales en cuanto existan conductas o actos que puedan ser tipificados en el Código penal, o evidencien la ilicitud de los fines del partido conforme al ya citado artículo 172 del Código penal". Por todo ello, desechada la presunción de ilicitud penal que había fundamentado la suspensión de la inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas, se acuerda por esta resolución gubernativa de 9 de abril de 1977 el alta en el mismo, y por tanto la legalización, del Partido Comunista de España.

Conviene observar, no obstante, que incluso la Sentencia de 1 de abril de 1977 del Tribunal Supremo ya se pronunciaba, aunque indirectamente, en contra de la ilicitud penal presumida. Y esto, porque si la propia Sala la hubiese apreciado, independientemente de que no pudiera pronunciarse sobre ella, debería haber correspondido al mandato que le impone el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y proceder de oficio a remitir y poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las actuaciones, dada la obligación general de denuncia que establece aquél artículo a quienes por razón de sus cargos, profesiones u oficios, tuvieren noticia de algún delito público, lo que no hizo la Sala.

En el aspecto jurídico, del informe del Fiscal del Reino, lo más destacable es la ausencia de justificación de su fallo; es decir, se ha legalizado al Partido Comunista Español, pero sin fundamentar jurídicamente la solución ofrecida. Las preguntas que surgen inmediatas, entonces, son muchas: ¿Había razones para presumir la ilicitud penal del Partido Comunista? Si las había, ¿cuáles eran? ¿Eran del suficiente peso para denegar la inscripción? ¿En base a qué precepto se invocaba la ilicitud? ¿Ha sido técnicamente correcta la solución adoptada? Las preguntas no pueden hallarse más que después de un

(135) Texto de la resolución gubernativa autorizando la inscripción del P. C. E., en "Ideal", de Granada, del día 10 de abril de 1977.

examen de la ideología del Partido Comunista de España y su relación con el artículo 172.

De éste, el apartado de invocación más inmediata es su núm. 5.º, puesto que para él fue pensado y legislado (136). Si el criterio determinante de la interpretación fuera la "mens legislatoris", que no lo es, no cabría la más ligera incertidumbre sobre su ilicitud. Atendiendo a las "mens legis", como así ha de ser (137), la solución se ofrece, en una interpretación que quiera ser técnicamente correcta, llena de dificultades y conjeturas en las que, aún admitiendo que en todo proceso de aplicación de la ley hay un cierto margen de subjetivismo, éste se convierte aquí en el principal protagonista; característica que, debe coincidirse, no es la más apropiada para una ley penal. Por esto, el tipo corre el riesgo de que su aplicación obedezca a criterios personales más o menos estrictos, y hasta "viscerales", de preferencias políticas del sujeto que analice la norma.

Como ya señalamos, el proceso de interpretación de este núm. 5.º ha de recaer sobre dos extremos: naturaleza totalitaria de la asociación o partido político y sumisión a disciplina internacional. Referido a nuestro estudio, las preguntas han de ser: ¿Es el Partido Comunista de España de carácter totalitario? ¿Está sometido a disciplina internacional?

La primera cuestión puede ser planteada desde que aparecieron las tendencias llamadas "eurocomunistas" que, mientras que del comunismo ortodoxo nadie discute su carácter de totalitario, por suponer sustanciales modificaciones en las que podríamos llamar "doctrina comunista pura", hace discutible su adscripción dentro de esa categoría de sistemas políticas. Si el llamado "eurocomunismo" no constituye una modalidad del sistema totalitario, es claro que, puesto que dentro de él se integra el Partido Comunista Español, el núm. 5.º del artículo 172, podrá servir para otras asociaciones, pero no para él. La solución de legalización adoptada sería, entonces, la correcta.

- a) ¿Es el Partido Comunista de España una asociación que, sometida a una disciplina internacional, se propone implantar un sistema totalitario?

Para que sea posible la respuesta a esta interrogante (138) se hace

(136) Nuestro examen se centra en el punto 5.º, por ser el que directamente y en forma más clara se legisla para dar cabida al Partido Comunista. No olvidamos la posibilidad que ofrece el núm. 3.º del mismo artículo, pero a la que aquí no se hará referencia por haber sido tratada ya.

(137) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 547.

(138) Sobre la materia puede verse, NICOS POULANTZAS, *Fascismo y Dictadura*, cit.; HARO TECLEN, *Diccionario político*, cit., págs. 99 y sgs. En *Para una democracia socialista*, LUCIO COLLETTI, *Estado de Derecho y soberanía popular*, y MYLNAT ZDENEK, *Problemas de la política y del Estado en una sociedad socialista*, Cuadernos Anagrama, Barcelona,

precisa una panorámica general de la evolución del Partido Comunista y su ideología y, en concreto, la del Partido Comunista de España. El tema así lo exige, pues, el eurocomunismo, que es a lo que nosotros vamos a referirnos, es un fenómeno que no puede ser entendido correctamente si se examina aislado, olvidando que no es sino el fruto de una evolución, el resultado de unos condicionantes (139).

El Partido Comunista —tanto el que para distinguirlo vamos a llamar “ortodoxo”, como el “eurocomunista”— se proponen, mediante la crítica implacable de todo lo que existe, la creación de un proceso revolucionario que permita la transformación de la sociedad capitalista en una sociedad sin clases en donde los medios de producción sean comunes; en definitiva, la instauración de la sociedad socialista (140).

Prescindiendo de antecedentes remotos (141), el comunismo, el que en la actualidad se conoce como tal, el que se ha llamado “socialismo científico” (142), arranca de Carlos Marx y el establecimiento del régimen comunista en Rusia en 1917, en donde se produce la primera experiencia práctica de la ideología marxista.

Dadas las especiales circunstancias en que la misma hubo de llevarse a cabo (143), en un medio económicamente feudal y campesino, con escasos y muy concentrados núcleos industriales que presentan graves problemas de desarrollo y ante la que se produce inmediatamente el

1976. COMIN COLOMER, *Historia del Partido Comunista de España*, I, 1965. FERNANDO CLAUDIN, *La crisis del Movimiento Comunista, Tomo I: Del Kormitern al Korminform*, Ruedo Ibérico, París, 1967. THEO STAMMEN, *Sistemas políticos actuales*, cit., págs. 196 a 246. FERNANDO CLAUDIN, *Volver a Marx*, en “El Viejo Topo”, enero 1977, págs. 9 y sgs. *La trinidad encarnada*, en “Guadiana”, núm. 96, de 16 de marzo de 1977, págs. 14 y sgs. SANTIAGO CARRILLO, *Eurocomunismo y Estado*, Madrid, 1977. MÁXIMO LOIZU Y PERE VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, Barcelona, 1977. HARO TECGLÉN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, en “Triunfo”, núm. 681, de 14 de febrero de 1976, págs. 6 y 7. FEDERICO ENGELS, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Madrid, 1969, páginas 37 y sgs. K. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, Ed. Ayuso, 3.ª ed., Madrid, 1976, págs. 22 y sgs. Sobre organización y aspectos criminológicos, ALFONSO SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, cit., págs. 53 y sgs. Sobre aspectos históricos, FERNANDO CLAUDIN, *La siembra de tempestades*, DEGRAIN, *Los días rojos* y GOMÁRIZ MORAGA, *Los cuchillos largos*, en “Historia 16”, núm. 7, noviembre 1976, páginas 68 y sgs. OSKAR ANWEILLER, *Los Soviets en Rusia (1905-1921)*, Madrid, 1975.

(139) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 5.

(140) Vid. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., páginas 22 y sgs.

(141) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 99, encuentra ya antecedentes del mismo en Platón o Zenón o los primeros cristianos, pasando por los utopistas—Moro, Campanella, etc.—los jesuitas de las misiones del Paraguay y los socialistas utópicos del siglo XIX.

(142) FEDERICO ENGELS, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, cit., págs. 37 y sgs., con un examen crítico de los intentos de socialismo utópico de Saint-Simon, Fourier, Owen, etc.

(143) FERNANDO CLAUDIN, *La siembra de tempestades*, cit., págs. 68 y sgs., con un amplio examen de las condiciones en que la misma hubo de desarrollarse.

bloqueo por parte de los países de Occidente, se provoca una clara situación de hegemonía (144) que necesariamente ha de exigir unos medios de acción especiales —que condicionan no poco algunas de las obras de Lenin y las hacen inútiles hoy (145)— y que llegan a conformar una específica forma de acceso al socialismo: la vía soviética.

Muerto Lenin (146), el gran enriquecedor del socialismo de Marx (147), Stalin accede al poder y es entonces cuando, aprovechando lo que era una estrategia hegemónica necesaria, se da paso a la represión más bárbara y rigurosa. Stalin aniquila a la oposición de izquierda representada por Trotski, acaba con la experiencia democrática de los “soviets” (148), elimina las tendencias dentro del Partido, e impone una dictadura burocrática y policíaca; dictadura, por otra parte, más personal que del Partido. Se asiste, en estos momentos, a la más genuina y fiel representación de lo que constituye un sistema totalitario.

Dadas las dificultades con que se enfrenta el “ideal” que se considera nacido con la revolución rusa, los partidos comunistas de todo el mundo se dedican a todo trance a la defensa de la experiencia soviética, tratando de transplantar la mecánica en que se había producido a sus situaciones sociales respectivas. Todo ello provoca, en el aspecto externo, aparte de la copia de la estructura organizativa interior del Partido bolchevique (149), una relación de dependencia de estos partidos con respecto a la U. R. S. S., viéndose obligados a abandonar sus posiciones autónomas y pasando a convertirse en instrumentos de

(144) En su aplicación práctica, el Partido Comunista se mueve en base al “centralismo democrático”. Es éste un concepto fundamental en la ideología comunista que necesita ser comentado, aunque sea brevemente. El centralismo democrático gira alrededor del concepto de hegemonía. La expresión centralismo alude al elemento central, a la dirección del Partido; democrático, por el contrario, hace referencia a la participación de la base. En otras palabras, la adopción de decisiones y acuerdos, en circunstancias normales, deberá ser sometida, en un primer momento, a la deliberación de los miembros que, después de estudiada y discutida, elevarán su propuesta al Comité Central. Una vez adoptada por éste la decisión que corresponda, y aquí entra el centralismo, ha de actuarse, se esté o no conforme con ella, con arreglo a la directriz señalada, sin que ante la orden de actuar quepa la mera pasividad; ello, claro está, combinado con una férrea disciplina de aplicación implacable para los casos de disidencia. La intervención de la hegemonía altera por completo el esquema de funcionamiento. En situaciones de emergencia, la hegemonía permite que la directriz a seguir se imponga por el Comité Central sin participación de la base. Es decir, el elemento democrático desaparece para que el centralismo se erija como exclusivo.

(145) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., páginas 18 y 19.

(146) Sobre el papel desempeñado por Lenin en la Revolución, vid. GOMÁRIZ MORAGA, *Los cuchillos largos*, cit., págs. 83 y sgs.

(147) A partir de él, el marxismo pasará a llamarse “marxismo-leninismo”, uniendo el nombre de su fundador al de quien lo llevó a la práctica por primera vez.

(148) Sobre los soviets MARTÍNEZ DEGRAIN, *Los días rojos*, cit., páginas 76 y sgs.

(149) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 8.

la política exterior del Estado soviético (150) a través de las Internacionales Comunistas. En el aspecto interno, la intransigencia dogmática y acrítica característica de este momento, comprensible dada la represión constante que los reducía y obligaba a la clandestinidad, provocó la hegemonía plena del centralismo y el olvido de las prácticas democráticas, esto es, la “des-marxistización” del socialismo marxista.

Dentro de este ambiente general, nace, en 1921, el Partido Comunista de España. En él se integran, por un lado, un grupo de disidentes del Partido Socialista Obrero Español (Virginia González, García Quejido, Dolores Ibárruri), por otro, un fuerte contingente del anarcosindicalismo andaluz, donde con tanta fuerza habían prendido las doctrinas de Bakunin. Es en la Segunda República donde el Partido Comunista de España adquiere verdadera entidad como fuerza política; hasta entonces, falto de militantes y de la tradición histórica y de experiencia que podía tener, por ejemplo, el socialista, había tenido muy poco peso específico dentro de la política nacional. Participante en el “Frente Popular” (151) en las elecciones de 1936, resulta uno de los grandes vencidos de nuestra guerra civil. Al término de la misma, la legislación del Nuevo Estado lo recoge en todas las leyes que dicta al efecto como asociación ilícita, hasta el punto de que una de ellas, la de 1 de marzo de 1940, lleva por título el de “Ley contra delitos de Masonería y Comunismo”. A partir de estos momentos se inicia la confusión de los militantes comunistas con los de otras tendencias, al establecer la referida Ley que a sus efectos se consideran comunistas tanto a ellos como a los trotskistas, anarquistas y similares.

La mayoría de sus miembros, en el exilio, participan de la esperanza de una invasión aliada que, al no producirse, les lleva a la lucha de guerrillas en el interior del país. La represión de que es objeto, la clandestinidad a que se ve obligado, son factores determinantes en el proceso de stalinización que se produce en el Partido, configurándose casi con carácter definitivo la estructura hegemónica del centralismo, con sumisión mecánica, sistemática, de la mayoría a la minoría. Somos momentos de disciplina férrea e incontestable en los que la desconfianza y razones de seguridad impondrán el fraccionamiento como característica de la organización (152). Perdidas las esperanzas de intervención exterior y barridos completamente los cuadros dirigentes, se produce, a partir de 1950, un radical cambio de táctica en el Partido Comunista de España: se desecha la posibilidad de acceso a la democracia a través de la vía violenta.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, y por la activa intervención en ella de los partidos comunistas en la lucha contra el nazismo y

(150) *La trinidad encarnada*, cit., pág. 16.

(151) Sobre la influencia que tuvo la política de los “Frentes Populares” en la evolución de los PP.CC. europeos, vid., LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 12 y 15.

(152) Vid. SERRANO GÓMEZ, *Criminología de las Asociaciones ilícitas*, citada, pág. 70.

participación en los gobiernos de "unidad nacional" (1945-1948), se vio fortalecida la posición del comunismo europeo, con la excepción del español, que se desarrolla en otras circunstancias. Posteriormente, la división del mundo en bloques y el inicio de la guerra fría, provoca que los comunistas europeos, situados en "terreno enemigo", continúen la defensa del modelo soviético como único posible, supeditándose ideológicamente, aún más, al Partido Soviético, considerado como "Partido guía", y en el que encuentra una cierta "seguridad teórica" ante la imposibilidad de recuperar la iniciativa política perdida en sus respectivos países (153).

La llegada de Krushev al poder supone un aire de cambio dentro del Partido Comunista Soviético y, por reflejo, dentro de los partidos comunistas del resto de los países.

Su "informe secreto" al XX Congreso del Partido Comunista Soviético, celebrado en 1956, denunciando a Stalin, pone a revisión determinados dogmas de la ideología comunista de aquel momento y recoge, en cierta medida, la actitud de algunos de los miembros más jóvenes y progresistas del Partido, provocando, por un lado, la caída de los dos grandes principios de la etapa anterior: la del "modelo único" y el "Partido guía" y, por otro, la desestalinización a distinto ritmo y en diferentes condiciones, de los partidos comunistas europeos (154).

A partir de este acontecimiento, va a surgir dentro del Partido Comunista Español una corriente ideológica representada por los militantes más jóvenes, de alguna manera enfrentados con los principios dogmatizados y petrificados por el stalinismo de los más viejos o veteranos. Consecuencia de este nuevo talante será el inicio de la "reconciliación nacional" y la nueva actitud en las relaciones con los católicos e intelectuales. Pero, ese enfrentamiento provoca también dentro del Partido Comunista Español crisis internas que desembocan, por aplicación de la disciplina del Partido, en la expulsión de elementos renovadores que venían sometiendo a crítica algunos de sus principios fundamentales (155).

(153) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., pág. 14.

(154) LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., páginas 16 y 17.

(155) Nos estamos refiriendo a lo que algunos llamaron "crisis de los italianos" —por "italianos" eran conocidos los militantes que la provocaron, no muy numerosos, pero con puestos clave, sobre todo en la organización universitaria—, que se desarrolló durante parte del año 1963 y se resolvió en 1964. La crisis se expresó en los niveles de dirección del Partido Comunista de España a través de las perspectivas defendidas, en prolongados debates, por Federico Sánchez (nombre político del escritor Jorge Semprún) y Fernando Claudín (miembro del Comité Central). El Partido había conocido, más o menos paralelamente, otra crisis, la maoísta, que terminó en escisión; una parte de la izquierda del partido se desprendió y se constituyó en un nuevo grupo que apoyaba la aplicación de las tesis chinas en la elaboración de una política revolucionaria para nuestro país. Fernando Claudín y Federico Sánchez plantearían una modificación de la política del partido surgida en los Congresos.

La continuidad de los viejos métodos dentro del Partido Comunista de España se sigue justificando con la subsistencia de la represión no obstante, la asimilación de los ingredientes progresistas es imparable, aunque lenta e intermitente. 1968 constituye otro de los fundamentos decisivos en el proceso que llevaría al eurocomunismo. En él se produce la separación, iniciada ya antes, respecto a la Unión Soviética. En ese año tiene lugar la "Primavera de Praga", anunciada ya por la ruptura entre la U. R. S. S. y Yugoslavia y con los Chinos, con la que el P. C. E. se había sentido muy identificado, produciéndose una muy enérgica protesta pública que fue la determinante del distanciamiento.

En el interior, olvidado el modelo soviético y descartada la vía soviética al socialismo, se comprende la necesidad de adaptar el proceso revolucionario que conduzca a la sociedad socialista según cada situación en concreto y cada país específico; pero sin que sea válido con carácter general lo que hasta entonces se había tenido como ejemplo a seguir: la vía soviética. La experiencia, además, había mostrado cómo el comunismo hubo de ser adaptado a otra coyuntura distinta cuando su implantación en China y después en Cuba, también con otras circunstancias geográficas, económicas y sociales muy distintas. Se abrieron, así, distintas vías de interpretación de los textos fundamentales y de las experiencias adquiridas y el comunismo práctico inició una diversificación de lo que había sido monolítico; en países de sistema capitalista, los comunistas empezaron a adoptar posturas políticas nacionales alejadas de los principios de revolución internacional, formándose, incluso, pequeños o grandes grupos de otros comunistas de distinta inspiración—maoístas, castristas, trotskistas— (156).

Es en este momento cuando el P. C. E. formula su tesis política sobre cómo ir al socialismo en los países capitalistas desarrollados, con especial referencia a Europa. Las nuevas vías de acceso al socialismo propuestas provocan varias escisiones en su seno: Organización Revolucionaria de Trabajadores, Partido Comunista Internacional o Partido del Trabajo (P. T.), Frente de Liberación Popular, etc., que al no aceptar los caminos elaborados para acceder a la sociedad socialista abandonan el Partido.

Estas son las causas fundamentales del eurocomunismo, que supone un replanteamiento reformista del esquema comunista tradicional y su actitud ante el poder; en concreto, el concepto de dictadura del proletariado (157). El primero en iniciar el camino al mismo fue el

V y VI, que, en determinados puntos, coincidiría con la que años más tarde se adoptaría. *La trinidad encarnada*, cit., pág. 17.

(156) HARO TECGLÉN, *Diccionario político*, cit., pág. 100.

(157) El Manifiesto Comunista de 1848 establecía que el proletariado debía apoderarse de la supremacía política del poder para arrancar todo capital al Estado y centralizar toda la producción en manos del proletariado organizado en clase dominante". Para que fuera posible este cambio tan radical sería necesario instaurar, durante un cierto tiempo,

Partido Comunista Italiano que, en la línea de los grandes pactos de colaboración con la burguesía, establecieron el llamado "Compromiso histórico". Siguió, después, el P. C. E., que llevó adelante, como vimos, la política de "reconciliación nacional" y, más tarde, en el VIII Congreso, "El Pacto por la libertad". Al final lo haría el Partido Comunista Francés, que en su XXII Congreso afirmaba lo que parecía ser una exigencia del área geopolítica: el abandono de la dictadura del proletariado (158). Sin embargo, a pesar de anteriores encuentros (Liborno, en julio del 75 y Roma, en noviembre del mismo año), la vía eurocomunista no se manifiesta oficialmente hasta la Conferencia de Berlín, el llamado "Concilio Rojo", celebrada en junio pasado. A él asistieron todos los representantes del comunismo europeo; los tres líderes mediterráneos —con la adhesión del Partido Comunista Inglés y Japonés— dejaron claro el significado de su política: negación del "Estado-guía" en favor de las autonomías nacionales; rechazo de la política de alienación de bloques; vía democrática al socialismo y, lo más importante, desprecio del concepto de la "dictadura del proletariado" (159).

Las condiciones políticas, económicas, geográficas y sociales de estos países, elementos decisivos a la hora de la creación del eurocomunismo (160), llevaron a esta nueva concepción de la actuación y medios de lucha, en la que vía al socialismo se entiende a través de una mayoría electoral lograda mediante la utilización de los sistemas establecidos en el juego democrático del sufragio, coaliciones, frentes populares, etc.; todo ello asentado en una captación del sistema pluralista y respetuoso de la libertad de todos los demás partidos políticos y sobre la base de que para llegar al socialismo por la andadura democrática que se preconiza, es preciso lograr las condiciones objetivas imprescindibles para la creación de un marco apropiado en donde el proceso sea posible. Es, por eso, necesaria la colaboración

una situación en la que se emplearían "intervenciones despóticas". Cuatro años más tarde, el propio Marx aclararía esta frase en el sentido de que la lucha de clases conduciría necesariamente a la dictadura del proletariado, entendida como una situación autoritaria y obligatoria para producir el tránsito a la sociedad socialista". HARO TECGLÉN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, cit. pág. 6. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., págs. 22 y sgs.

(158) En el XXII Congreso del Partido Comunista Francés se propuso el siguiente texto que vendría a sustituir al concepto de dictadura del proletariado: "El poder que conducirá a la transformación socialista de la sociedad será el poder de la *clase obrera y de las otras categorías de trabajadores*, manuales e intelectuales, de la ciudad y del campo, es decir, de la gran mayoría del pueblo. Este poder se constituirá y actuará sobre la base de *opiniones libremente expresadas por el sufragio universal* y su tarea será la de realizar la *democratización* más avanzada de toda la vida económica, social y política del país. Su deber será *respetar y hacer respetar la elección democrática que haya hecho el pueblo*". LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 82 y 83.

(159) *La trinidad encarnada*, cit., pág. 17.

(160) *Extracto del Manifiesto-Programa del P.C.E.*, en LOIZU Y VILANOVA, *¿Qué es el Eurocomunismo?*, cit., págs. 50 a 73.

con el resto de las fuerzas políticas del país interesadas en el logro del mismo objetivo (161).

La U. R. S. S. ya no representa hoy el centro de la ortodoxia comunista, excepto cuando tiene ocasión de implantarla por la fuerza: —como en el caso de la invasión de Checoslovaquia, que intentaba un nuevo modelo de “comunismo en libertad” (162)—, siendo el suyo, sin duda, un claro ejemplo de sistema totalitario actual, que supone una amenaza continua para el eurocomunismo ante el temor creciente de que el ejemplo pudiera cundir entre las democracias populares sometidas a su control y dirección (163).

Analizando el programa político que hoy corresponde al P. C. E., hay que negar su carácter de totalitario, en cuanto que uno de sus postulados es el respeto del pluralismo democrático. Cuestión aparte es la credibilidad que haya de darse a esta doctrina. Si se trata de un “lobo con piel de cordero”, el tiempo será el que se encargará de decirlo. La Ley, de todas formas, no puede actuar en base a presunciones sin demostrar hechas con previsión de futuro. Para la aplicación del núm. 5.º del artículo 172, como ya antes afirmamos, es fundamental la determinación del carácter totalitario o no de la asociación o partido político de que se trate, hecho con valoraciones de presente y referidas a acontecimientos que permitan un enjuiciamiento correcto. Los hechos políticos que en nuestro país se están produciendo inducen a la credibilidad de la sinceridad del eurocomunismo. De cualquier forma, el núm. 5.º; estaría ahí —¡ojalá no lo estuviera!— para, caso de que efectivamente se tratara de una máscara, poder ser esgrimido con toda su fuerza.

Lo referente a la disciplina internacional también queda recogido cuando se señalaba la sumisión de los partidos comunistas a la Internacional Comunista y al “Estado-guía”. El derrumbamiento de ambos postulados que se produce con el eurocomunismo elimina ese carácter de sumiso sometimiento (164). No consiste en eso la cooperación que en el proceso de elaboración de la doctrina se produce entre los PP. CC. Español, Italiano y Francés, al participar el eurocomunismo, precisamente, del reconocimiento de la independencia y diferencia de los caminos de acceso al poder en sus respectivos países; aparte de que aquí se trata de colaboración —no obediencia— en un plano

(161) No quiere decir esto que la vía eurocomunista haya sido aceptada por todas las tendencias comunistas. Siguen manteniendo la vía violenta y la dictadura del proletariado determinados grupos escindidos del P.C.E., que lo fueron, como ya vimos, precisamente por esa razón.

(162) HARO TECLEN, *Diccionario político*, cit., págs. 100 y 101.

(163) En diversas ocasiones los líderes “eurocomunistas”, tanto a nivel privado como oficial, han manifestado diversas críticas respecto al sistema soviético, declarando su temor de que se haya anclado definitivamente en el estadio de la dictadura del proletariado. HARO TECLEN, *El fin del dogma de la dictadura del proletariado*, cit., pág. 7.

(164) Baste decir que la adición de la referencia a la “disciplina internacional” se hizo pensando también en el P.C.E. Sobre su sentido dentro de la ideología marxista, vid. MARX Y ENGELS, *El Manifiesto Comunista*, cit., págs. 37 y 38.

de igualdad y que no tiene más trascendencia de la que pueda tener cualquiera de los intentos del mismo orden que están llevando a cabo actualmente el resto de las fuerzas políticas del país (165).

Como conclusión al tema, podemos afirmar, pues, que el actual planteamiento e ideología del P. C. E., no está incluido dentro del número 5.º del artículo 172.

9. *Penalidad: artículos 174 y 175*

La pena que corresponde a las asociaciones declaradas ilícitas por el artículo 172 la van a fijar los artículos 174 y 175. Para su señalamiento se sigue un doble criterio: distinción entre la gravedad de las asociaciones y, dentro de éstas, diferenciación según sea el papel desempeñado por el individuo (166), tipificándose a este efecto una variada gama de posibilidades que abarcan desde el "director" al "mero afiliado" (167).

Respondiendo a la primera diferenciación, el artículo 174, determina la pena que corresponderá a las asociaciones de los números 2.º (de finalidad delictiva), 3.º (subversivas violentas) y 5.º (las que persigan la implantación de un régimen totalitario), que considera las más graves de las hipótesis previstas para la ilicitud de las mismas. Dentro de éstas, a las que corresponden las penas más elevadas, se da satisfacción al segundo criterio de concreción distinguiéndose entre fundadores, directores y presidentes (prisión menor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas), "miembros activos" (prisión menor), "meros afiliados o participantes" (arresto mayor) y cooperadores económicos o de cualquier otra clase (arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas). El artículo 175, por su parte,

(165) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código penal*, citada, pág. 217, se pronuncia también por la no inclusión: "El problema del Partido Comunista queda soslayado. Está fuera de toda duda que el llamado "comunismo nacional" no está sancionado en la ley".

(166) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, cit., página 524, manifiesta que "es loable el propósito de diferenciar entre cabezas de la asociación y meros individuos, que corresponde al propósito de valorizar la peligrosidad del elemento subjetivo en el acto criminoso".

(167) El proyecto del Gobierno llevaba consigo también la supresión del artículo 175, pues las penas correspondientes las establecía todas el artículo 174: "Los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones comprendidas en el núm. 3.º del artículo 172 (las que tengan por objeto la subversión violenta) serán castigados con las penas de prisión mayor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas. Los fundadores, directores y presidentes de las demás asociaciones a que se refiere el artículo mencionado serán castigados con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 25.000 a 250.000 pesetas. Los miembros activos serán castigados con la pena de prisión menor y los meros afiliados o participantes incurrirán en la de arresto mayor. Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización o actividad de las asociaciones mencionadas en el artículo 172 serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 10.000 a 100.000 pesetas". *Proyecto de Ley*, cit., pág. 36311.

se dedica a las asociaciones previstas en los números 1.º (contrarias a la moral pública) y 4.º (las que promuevan la discriminación), con un menor criterio selectivo que el artículo anterior, pues aquí se diferencia sólo entre fundadores, directores y presidentes (arresto mayor, inhabilitación especial y multa de 10.000 a 100.000 pesetas), por un lado, y afiliados —sean o no miembros activos— y cooperadores económicos o de cualquier otra clase (multa de 10.000 a 100.000 pesetas), por otro.

Detrás de tanta categoría diferente como pretende establecer el Código hay, en realidad, sólo dos grandes grupos en donde adscribir a los miembros de las asociaciones: “dirigentes”, donde tendrán cabida los fundadores, directores y presidentes, y “meros afiliados”, en donde se acoge a los simples militantes. La cooperación se constituye como figura aparte, en cuanto que ha de tratarse de conductas realizadas por sujetos que no se hallen comprendidos en la asociación bajo alguna de las otras formas examinadas. Para la determinación de uno y otro concepto, el criterio preferente es el de la naturaleza de las actividades desarrolladas dentro de la asociación por cada uno de ellos. Así, “dirigente” es el que se dedica en forma exclusiva y remunerada a propagar las doctrinas del partido, captación de adeptos, da instrucciones a los afiliados, concede su trabajo intelectual de manera relevante y activa para la fundación, estructuración, gobierno o propaganda de la asociación (168). “Mero afiliado” es aquel que voluntariamente se adscribe a la entidad como hombre de filas, conociendo y aceptando los fines de la misma y comportándose como miembro disciplinado en actitud pasiva, asistiendo a reuniones y efectuando cotizaciones periódicas y participando en la actividad de propaganda dentro del medio donde normalmente se desenvuelve (169).

La interpretación jurisprudencial de las categorías participativas se ha caracterizado por, en unos planteamientos eminentemente defensionistas, una extensión del concepto de dirigente en perjuicio del mero afiliado (170), como no podía menos de ocurrir si recordamos que el papel de simple participante quedaba reservado únicamente a comportamientos totalmente pasivos (171), de manera que se consideraba como “dirigentes” a todos aquellos que, aun sin poseer mando, desarrollaban la más mínima actividad política al servicio de la organización. Para evitar esto puede servir la nueva figura participativa creada por la reforma del “miembro activo”, entendiéndola actividad en

(168) Entre otras, Sentencias de 19 noviembre 1966 y 30 octubre 1967.

(169) Sentencias de 30 octubre 1967, 19 noviembre 1966, 23 enero 1967, 5 junio 1968.

(170) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 178.

(171) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 87, señala cómo la jurisprudencia más reciente advierte, con acierto, que la mera afiliación a la empresa criminal basta para realizar el tipo del mero individuo, con independencia de que la actividad real que éste despliegue y aunque la asociación no alcance sus fines específicos.

referencia a la asociación y no a la actividad delictiva (172) y que podría instalarse en ese terreno difuso que, hasta ahora de nadie, las más de las veces era conquistado en favor de los "dirigentes". Si no se utiliza así, el concepto no vendrá más que a complicar la ya de por sí confusa enumeración de protagonismos (173).

La cooperación, decíamos, se configura como una forma distinta de participación. El sujeto que la presta debe ser ajeno a la entidad, pues dentro de las actividades del mero afiliado ya se incluye la prestación de cuoñas o de ayuda a la organización. Puede ser económica o de cualquier otra clase, siempre que sea capaz de favorecer la fundación, organización o desarrollo de las actividades de la asociación (174).

El sistema seguido por el Código, de graduación de la pena según la importancia de la participación, excluye para las asociaciones ilícitas las reglas generales de la misma; pues, tanto la autoría como la complicidad o el encubrimiento se hallan ya incluidas dentro de las categorías diferenciadas (175).

En cuanto a las formas imperfectas, son imaginables hipótesis de tentativa y frustración para los casos del mero individuo, directores, presidentes y cooperadores, siendo más dudosa para el caso de los "miembros activos" (176). Debe tenerse en cuenta, también, que las distintas formas participativas se excluyen entre sí; es decir, no se podrá responder, al mismo tiempo y por la misma conducta, como fundador y director, por ejemplo, así como tampoco por fundador y mero afiliado; en el primer caso porque el mismo legislador equipara los comportamientos señalándoles la misma pena; en el segundo, porque habría de castigarse con arreglo a la infracción más grave (177).

(172) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 95.

(173) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., págs. 547 y 548, prevé que la novedad va a plantear problemas y lo configura, como aquí hemos defendido, como una actividad superior a la del mero afiliado, pero sin llegar a la del dirigente. GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., pág. 78, considera acertada la inclusión, por cuanto clarificará la categoría del mero partícipe.

(174) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., pág. 662. GARCÍA VALDÉS, *El delito político*, citado, pág. 25. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., página 548.

(175) Opina lo mismo MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, citado, pág. 548.

(176) GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, cit., págs. 67-68 y 94-95.

(177) GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 92.

III. CONCLUSION: CONSECUENCIAS DE LA LEY DE 19 DE JULIO DE 1976

Como al principio avisamos, y acabamos de comprobar, es en materia de asociaciones donde más incidencia tiene la reforma de 19 de julio. Aparte de la total reestructuración que se produce en cuanto a los criterios determinantes de la ilicitud de las asociaciones, es importante destacar en la misma la notable rebaja de las penas que se produce en algunos casos.

En cuanto al primer aspecto, los supuestos de ilicitud, la nueva configuración dada al artículo 172, con ser menos mala, no llega a ser buena. Se siguen manteniendo fórmulas descriptivas vagas e indeterminadas (moral pública, discriminación, ataque por cualquier medio, etcétera) que en nada van a ayudar a la interpretación. Adolece, además, de redundancia, puesto que casi todos los casos recogidos serían reconducibles al de asociación que tenga por objeto cometer algún delito (178).

Esto, en atención a lo que ahora hay. Pero, sin duda, lo más trascendente de la reforma es, precisamente, lo que ya no figura en el artículo 172. Hay que celebrar sin reservas la desaparición de los números 3.º y 4.º del artículo, referentes a las asociaciones prohibidas por la ley y las mal constituidas, preceptos incompatibles e irreconciliables con el reconocimiento de un derecho de asociación que quiera ser mínimamente serio y eficaz. Con más beneplácito todavía hay que acoger la derogación del artículo 173, ahora vacío, desapareciendo lo que fue "ángel vengador" del sistema y obstáculo permanente al pluralismo político y a la reconciliación nacional, al seguir manteniendo la separación entre "vencedores" y "vencidos" establecida con la guerra y encarnada en el artículo 2.º de la Ley de 9 de febrero de 1939. Desde el punto de vista jurídico, además, el artículo difícilmente podía ser superado en cuanto a acopio de vaguedades e imprecisiones. Con una declaración inicial ("se comprenden en el artículo anterior") incierta, porque los cinco apartados que a continuación recogía se ocupaban de definir una serie de conceptos que encerraban otras tantas declaraciones de ilicitud independientes de las contenidas en el artículo 172 (179). Con unas descripciones típicas basadas en el abuso de normas penales en blanco que remitían a una normativa adminis-

(178) Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., página 547, que los considera contenidos en el número 2.º. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código penal*, cit., pág. 221, destaca que en toda la materia gravita el deterioro del que debía constituir el único supuesto de ilicitud, a saber, el caso del núm. 2.º del artículo 172.

(179) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 119. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, Madrid, 1963, página 534.

trativa, a veces reglamentaria, que provocaba la inseguridad del particular al asociarse (180). Con un empleo excesivo de términos penalmente indeterminados, con el consiguiente ataque al principio de legalidad (181). Con una sistemática, por último, auténtico embrollo provocador de continuas relaciones de alternatividad y concursos ideales (182), debidos al uso de varios criterios clasificatorios que inevitablemente habían de producir la intersección de los tipos penales (183).

Junto al 173, desaparece el no menos desafortunado que él, número 1.º del artículo 174, para reencarnarse en la casi idéntica redacción del núm. 3.º del artículo 172, y que nace con unas pretensiones parecidas a su antecesor (184). No se mantienen, sin embargo, las conductas delictivas que recogía el artículo 175 y consistentes en no permitir la entrada o la asistencia a las reuniones a los agentes de la autoridad, o el no levantar la sesión al requerimiento que con este objeto se les hiciera.

En cuanto al capítulo de penas, parece acertada la distinción que de la gravedad de las asociaciones se hace a la hora de la sanción en los artículos 174 y 175. La cuantía de las mismas se rebaja, pero sin que pueda llegar a decirse que la ley ha sido generosa; con excepción de algunos supuestos antes exagerados en extremo (art. 174, 1.º, párrafo 3.º); de todas formas, la Ley mejora el Proyecto del Gobierno en este sentido (185).

La aportación más importante, pues, y ésta puede ser la conclusión con que se acabe esta evaluación de las consecuencias de la Ley de 19 de julio, es la supresión de los números 3.º y 4.º del artículo 172, que subraya el deslinde que debe haber entre el ilícito penal y administrativo (186), 173 y 174, 1.º, si bien este último aparece, con un cometido desde luego más benigno que aquél, en el núm. 3.º del ar-

(180) RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., página 157.

(181) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 245. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, cit., pág. 161. RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., pág. 211.

(182) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, cit., página 211. RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, citado, pág. 157.

(183) GARCÍA PABLOS, *La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas*, cit., pág. 88.

(184) El espíritu del precepto, su ámbito de aplicación, lo expresan, sin duda mejor que aquí pudiéramos hacerlo, las palabras del Ponente señor Escrivá de Romaní y de Olano, en la defensa que hizo del Proyecto en el Pleno del día 14 de julio: "En este punto 3.º del artículo 172 se contiene un extenso catálogo de asociaciones ilícitas, hasta el extremo de que con sólo este apartado podrían sancionarse la casi totalidad de las asociaciones o partidos que, políticamente hablando, deben considerarse inadmisibles en cualquier país civilizado, y, concretamente el Partido Comunista". *Diario de las Sesiones del Pleno*, núm. 28, pág. 7.

(185) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, citado, pág. 219. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 542.

(186) RODRÍGUEZ DEVESA, *La reciente reforma del Código Penal*, citado, pág. 220.

título 172. La remoción de estos obstáculos supone abrir la puerta al pluralismo político y, en concreto, la autorización de los partidos, antes proscritos y que ahora lo serán sólo, que no es poco, en base al artículo 172. Ha desaparecido, así, la protección que se había procurado a sí mismo un Estado de Partido Único, celoso en extremo de su exclusividad y que conformaba una situación insostenible en un país que quiere acomodar sus estructuras a la democracia (*).

(*) Coincidiendo con la corrección de las pruebas de imprenta de este trabajo, se anuncia una revisión de las materias a que hemos dedicado nuestro estudio. Nada puede adelantarse de la futura regulación, puesto que es ahora cuando se está elaborando. Únicamente desear que sirva para enmendar los errores en que incurrió la Ley de 19 de julio, cuya corta vida ha sido la mejor crítica que podía hacersele.