

La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio) *

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad
Complutense de Madrid

I

INTRODUCCIÓN

La muerte del Jefe del Estado el 20 de noviembre de 1975 puso término a una larga etapa del poder personal y autoritario. El profundo cambio político que se produjo tenía que encontrar necesariamente un inmediato reflejo en el Código penal. Porque en él, más que en ninguna otra ley, se traducía un sistema en donde, si bien se mantenían ciertos derechos fundamentales, estaban sujetos a tales limitaciones que se tornaban inoperantes, sobre todo en orden al respeto a un legítimo pluralismo político.

El aciago destino que arrastró al país a la guerra civil se prolongó en los años que siguieron. La España republicana, vencida en los campos de batalla, triunfó ideológicamente. No medió un acuerdo entre vencedores y vencidos, que restableciera la paz, sino rendición incondicional. El Gobierno de la República en el exilio mantuvo igual intransigencia. La Segunda Guerra Mundial desencadenada poco después de concluir la guerra de España con la invasión de Polonia por los alemanes el 1.º de septiembre de 1939, mantuvo las esperanzas de los republicanos que confiaban en que los aliados restablecerían la República. La España de Franco se vio enfrentada con terribles problemas. La reconstrucción nacional, sin oro ni reservas de ninguna clase, las fuertes presiones para que saliera de su neutralidad, liquidar el endeudamiento exterior y hacer frente al bloqueo internacional. Todo ello inmersa en una situación de enorme penuria que el pueblo recuerda con el nombre de "años del hambre". Hasta 1953 en que se

* Artículo escrito para el Homenaje al Ministerialdirigent Dr. Eduard DREHER, publicado con autorización de la editorial Walter de Gruyter & Co.

firman los Tratados con los Estados Unidos y el Concordato con la Santa Sede, no consigue el país salir de su aislamiento.

Durante el duro período que siguió a la guerra civil se dictaron disposiciones penales de una gran severidad. El derecho de reunión, regido por una ley de 1880 no derogada, se restringió por una Orden Circular de 20 de julio de 1939 exigiendo autorización ministerial incluso para “los actos públicos de conmemoraciones, inauguraciones, dedicaciones, homenajes y otros análogos” (regla 3.^a), sin exceptuar más que las reuniones que se celebrasen por “asociaciones legítimamente establecidas” y las procesiones del culto católico (regla 2.^a). En cuanto al derecho de asociación, regulado antes por una ley de 1887, a partir de 1936 experimentó profundas transformaciones que en el orden político afectaron a una serie de partidos, agrupaciones y organizaciones. La llamada ley de responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, derogada en 1971, confirmó el Decreto número 108 de la Junta de Defensa de 12 de septiembre de 1936 que colocaba “fuera de la ley” a todos los partidos o agrupaciones políticas asociadas que integraron desde las elecciones de febrero de 1936 el denominado Frente Popular y cuantas organizaciones se opusieron a las fuerzas que cooperaron con el Movimiento Nacional, enumerando hasta veinticinco partidos y grupos e incluyendo “todas las logias masónicas” y cualquier otra entidad, agrupación, partido filial o de análoga significación “previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados, fuera de la ley” (Ley 1939, art. 2.^o). La ley de 15 de noviembre de 1971 declaró expresamente en vigor el artículo 2.^o de la ley de 1939. La vieja ley de 1887 fue sustituida por la de 24 de diciembre de 1964. El Decreto-Ley 7/74, del 21 de diciembre, reguló por primera vez desde 1936 el derecho de asociación política.

La legislación penal de la posguerra se caracterizó por su extremo rigor. El bando militar de 28 de julio de 1936, que extendió la declaración del estado de guerra a todo el territorio nacional, consideraba a quienes celebrasen “cualquier reunión, conferencia o manifestación pública sin previo permiso de la autoridad, y a quienes asistieren, como reos del delito de rebelión militar (por equiparación), lo cual permitía llegar incluso a la pena de muerte. La vigencia del Bando concluyó en fecha no exactamente determinada. Desde luego no estaba en vigor en 1946 (1). Superponiéndose a ésta se dictaron varias disposiciones. Recordaré tan sólo la llamada Ley de masonería y comunismo de 1.^o de marzo de 1940, no derogada de modo expreso hasta la Ley de 15 de noviembre de 1971 (2). La Ley para la seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, donde por primera vez se incriminaron las propagandas ilegales con una extensión y amplitud hasta entonces desconocidas en nuestra legislación, fue incorporada en su totalidad al texto refundido del Código penal de 1944, pero no se

(1) Cfr. mi *Derecho penal español. Parte general*, 5.^a ed. 1976, pág. 147.

(2) Cfr. mi *Derecho penal español. Parte especial*, 6.^a ed. 1975, pág. 653.

derogó abiertamente hasta 1947 (3). Las penas para los directores o promovedores de una reunión o manifestación ilegal podían llegar hasta los doce años (art. 170); las de los fundadores, organizadores o directores de una asociación cuyo fin fuera "la subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado" eran de doce años y un día a veinte años (art. 174, 1.º, párrafo tercero); la pena de las propagandas ilegales era de seis meses y un día a seis años, pudiendo llegar a los doce años de privación de libertad si concurría el fin de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado (arts. 251 y 253).

Esta era la situación en el momento de ocurrir la reforma. Confusión incluso sobre los preceptos penales vigentes en cada momento. Vaguedad (4) en la descripción de las conductas punibles. Defectuosas relaciones de alternatividad, porque en múltiples ocasiones podía estar legitimada también la aplicación de otras disposiciones del propio Código. Y como denominador común, una tremenda severidad. Es preciso, sin embargo, tratar de explicarse (comprender no es justificar) cómo se llegó a esa situación. Para ello hay que retrotraerse a los años en que se afirman y consolidan los criterios que informaron nuestro Código penal hasta la reforma de 1976, es decir, a los años de la guerra civil y de la posguerra. Los partidos políticos y grupos declarados "fuera de la ley" mantuvieron dentro del país una guerrilla que, como de manera maestra ha descrito Cholojov en *El Don apacible* (5) degeneró con el transcurso del tiempo en bandidaje. La España republicana encontró en el exilio importantes ayudas materiales y morales. Los exiliados que combatieron con el General francés Leclerc invaden el país por los Pirineos. Los vencidos consiguen en el exilio un bloqueo que se prolonga largo tiempo y trata de doblegar a España por el hambre. Una política muy activa consiguió dificultar constantemente a todos los niveles nuestras relaciones internacionales, tanto bilaterales como multilaterales. De nada sirvió la neutralidad observada durante la Segunda Guerra Mundial, con indudable beneficio para los aliados. El pluralismo político y la ideología liberal habían triunfado en el mundo occidental dentro del que se encuentra enclavada España geográficamente. La consecuencia fue que los problemas políticos internos se entrecruzaron con los de orden internacional. La seguridad interior del Estado con la seguridad exterior. La solución que se adoptó con las potencias del Eje: ocupación por los ejércitos aliados, no era posible en España ni podía aducirse pretexto alguno para ello, aunque estuviera bien vista en algunos círculos de exiliados. Las reuniones, manifestaciones, asociaciones, propagandas de matiz político discrepante se identificaron así como una amenaza a la independencia del país. Esto per-

(3) Cfr. *op. cit.*, pág. 524, n. 10.

(4) Véanse *Recomendaciones de las Primeras Jornadas de Profesores numerarios de Derecho penal en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1972, pág. 616.

(5) CHOLOJOV, *El Don apacible*, versión castellana de Pedro CAMACHO, Barcelona, ediciones G. P., 1965, *passim*.

mite comprender la dureza de la reacción penal, aun prescindiendo de que las ideas punitivas imperantes no habían sufrido todavía el impacto del repudio general, extendido más tarde contra las penas muy largas privativas de libertad y contra las penas cortas de prisión, que se empieza macar particularmente desde el Congreso de las Naciones Unidas de 1960 en Londres. La inercia, el conservadurismo-jurídico y, acaso, el subconsciente nacional, hicieron el resto.

El sistema severamente represivo estaba condenado al fracaso. Apenas salió el país de la agobiante penuria económica que siguió a la guerra civil, los intercambios internacionales con el mundo occidental aumentaron hasta colocar a España en uno de los más preeminentes lugares del turismo internacional, al tiempo que una gran masa de trabajadores emigró a otros países europeos. La efectividad de las normas punitivas pasó de dudosa a inoperante. Los partidos políticos, no sólo resistieron, sino que proliferaron de modo inaceptable en la clandestinidad (6). La propaganda clandestina de la oposición se repartía abiertamente en fábricas y Universidades, en las que se vendía por el procedimiento de "sírvese usted mismo", la prensa socialista y comunista. El coeficiente de detenciones era insignificante al lado de la enorme magnitud de la cifra negra. De otro lado, las penas impuestas fueron objeto de una mitigación constante, primero por la institución de la redención de penas por el trabajo en 1938 (incorporada al derecho común con el Código de 1944) y luego con una larga serie de indultos generales (7) complementados con una revisión sistemática de las sentencias dictadas, amparándose en lo prevenido en el artículo 2.º del Código penal (por entender que las penas eran excesivas) y en la Circular de 25 de enero de 1940 de la Presidencia del Gobierno, en virtud de la cual se organizó en cada capital de provincia una "Comisión de examen" de penas (8) para unificar criterios.

(6) Según *Equipo de Redacción: España, 200 grupos políticos clandestinos en Plataforma*, núm. 1, del 20 octubre 1975, págs. 8 y ss., los doscientos grupos que mencionan no constituyen la totalidad de los que integran la oposición. BLANCO TOBÍO, *Trescientos quesos en ABC* del 13 de agosto de 1976. afirmaba que las "agrupaciones políticas censadas hasta la fecha en España" son unas trescientas.

(7) Hubo indultos generales en 1945, 1947, 1949, 1952, 1958, 1961, 1963, 1964, 1965, 1971 y 1975. El mismo efecto práctico surtieron las normas sobre libertad condicional, prescindiendo del tiempo que normalmente se requiere para su concesión, que es el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena: en 1940 la libertad condicional se extendió hasta las penas de seis años, en 1941 hasta las de doce años, 1942 a los catorce años y ocho meses, y en 1943 hasta los veinte años. También se dictaron normas ampliando progresivamente hasta los veinte años la libertad provisional. Estas y otras instituciones trataron de conciliar el rigor de la ley con la sensibilidad del país. El cambio de concepciones penitenciarias ha hecho que en los decretos de indulto promulgados a partir de 1961 se haya concedido indulto total del resto de la pena a los condenados a penas privativas de libertad que hubieran cumplido veinte años de reclusión efectiva.

(8) El texto íntegro de la Circular puede consultarse en FERNÁNDEZ ASIAÍN, *El delito de rebelión militar* (¿Madrid, 1943?), págs. 202 y ss.

II

EL PROYECTO

El Consejo de Ministros del día 18 de marzo de 1976 acordó remitir, como se hizo el día 8 de abril, a las Cortes un Proyecto de reforma de los preceptos del Código penal relativos a los derechos de reunión, manifestación, asociación y libertad de expresión, el cual se publicó por decisión del Presidente de las Cortes del día 12 de abril en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, número 1.498, del 19 de abril. El Proyecto constaba de cuatro artículos. Por el primero se proponía la modificación de los artículos 166, 171 (reuniones ilegales), 172, 174 (asociaciones ilícitas), 251 y 253 (propagandas ilegales) del Código; el segundo pretendía reducir las penas previstas en los artículos 132 y 252 (circulación de noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos) a las inferiores en grado; el tercero consideraba la conveniencia de adicionar un nuevo artículo, 499 bis a) para castigar específicamente la coacción a una huelga o cierre empresarial; y el cuarto contenía una cláusula derogando los artículos 173, 175 (asociaciones ilícitas) y 268 bis, este último por contener "una presunción impropia de la técnica penal" para el caso de que "no aparecieran los jefes, promotores, organizadores o directores" en los delitos previstos en el Título II del Lib. II (Delitos contra la seguridad interior del Estado). Se presentaron sesenta enmiendas, suscritas por treinta y seis Procuradores en Cortes. Algunos de ellos presentaron varias (Navarro López firmó once; Cristóbal Montes, siete; Moya Clúa y Fernández Carrió, cuatro cada uno; Cercós, Pérez y Martínez de Salinas, dos cada uno). El número de enmiendas no puede entenderse como igual al de los reparos que formularon los enmendantes, porque algunos acumularon varias enmiendas en un único escrito, mientras que otros presentaron cada enmienda por separado.

Prescindiendo por ahora de la nueva figura de coacciones para una huelga o cierre empresarial, hay una característica clara en el Proyecto, a saber, una considerable reducción de las penas, acentuada más tarde en la ley. Una segunda nota muy marcada fue la de eliminar radicalmente la ingerencia de las autoridades gubernativas en la apreciación de cuáles habían de ser las conductas punibles. Desde el Código de 1870 se reputaban reuniones o manifestaciones no pacíficas (9) aquellas que se celebrasen infringiendo las "disposiciones de policía establecidas con carácter general" (10) y ya hemos visto que

(9) Sobre las relaciones con la Constitución de 1869 del que era en el Código de 1870 art. 189, véase GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, vol. III, 1874, pág. 246.

(10) Este supuesto se mantuvo inalterado en los mismos términos que en 1870 en los Códigos de 1932 (art. 176, 1.º) y 1944 (art. 166, 1.º) hasta el texto refundido de 1973. La liberalización de los derechos de reunión y manifestación no se ha producido hasta la Ley 17/1976, que se cita más adelante en el texto.

la Orden Circular de 1939 no exceptuaba de la previa autorización ministerial más que las asociaciones legítimamente constituidas y las procesiones del culto católico (11). En materia de asociaciones el Código de 1944 añadió dos casos: las prohibidas por la autoridad competente y las que se constituyeran sin haber cumplido los trámites exigidos por la ley (12). Todos estos supuestos desaparecieron en el Proyecto, aunque en él se apreciaba un residuo del antiguo artículo 172, 4.º en cuanto a las asociaciones políticas (13). Por lo tanto, trató de conseguir una separación más neta entre el injusto administrativo y el injusto penal. Finalmente, el Proyecto interrelacionó los delitos de reuniones y manifestaciones ilegales, asociación ilícita y propaganda ilegal, tomando como punto de referencia las asociaciones ilegales. Las reuniones, manifestaciones y propagandas pasaban a constituir delito cuando persiguieran los fines consignados para las asociaciones ilícitas (14).

La discusión del Proyecto no fue placentera (15), a pesar de que nada lo hacía presagiar. El Pleno de las Cortes del 14 de julio, día en que se aprobó la ley, estuvo lleno de tensiones e incertidumbre (16). Sin embargo, la Cámara había aprobado el proyecto de ley de asociaciones políticas (Ley 21/1976, de 14 de junio, "B. O. E. núm. 144,

(11) El Tribunal Supremo mantuvo constantemente la vigencia de la Orden de 1939, como, por ejemplo, en la sentencia de 4 febrero 1974. La tesis era insostenible en virtud del principio de jerarquía de las normas, reconocido de modo expreso por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957, art. 28, en relación los arts. 25 y 26, porque estaba en contradicción con la ley de 1880.

(12) Art. 172, núms. 3.º y 4.º

(13) Porque, aun suprimiendo el núm. 4.º del art. 172, comprendía en el repertorio de asociaciones ilícitas "las que pretendieran constituirse o actuar al margen de lo establecido en la Ley de Asociaciones Políticas, aun cuando su constitución se encubra en cualquier forma social reconocida por las leyes" (Proyecto, art. 172, 5.º) y "las que cualquiera que sea la forma que adopten, encubran una asociación política disuelta o suspendida de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Asociaciones Políticas" (Proyecto, art. 172, 6.º). No obstante el criterio era más liberal que el mantenido desde 1944, puesto que aludía no a cualquier asociación, sino tan sólo a las asociaciones políticas.

(14) Para los delitos de reunión o manifestación ilícita bastaba que persiguieran cualquiera de los fines previstos en el art. 172 (Proyecto, art. 166, 1.º), pero para las propagandas ilegales se remitía, con criterio más restrictivo, a los recogidos en los números 3.º y 4.º del art. 172 que en el Proyecto eran los fines de subversión violenta, destrucción del orden jurídico, político, social o económico, ataques a la soberanía, unidad o independencia de la Patria o a la integridad de su territorio o a la seguridad nacional (art. 172, 3.º) y de implantar un régimen totalitario (art. 172, 4.º).

(15) Al escribir estas líneas no se habían publicado todavía los Diarios de Sesiones del Pleno y de las Comisiones correspondientes a los debates, por lo que me atengo a la Prensa diaria que consagró gran extensión a estos temas.

(16) Cfr. Bonifacio DE LA CUADRA en *El País* del 15 julio 1976 ("La sesión plenaria tuvo, junto con otros atractivos, la incertidumbre del resultado —por vez primera en treinta y cinco años de Cortes españolas—..."). El ABC de misma fecha calificó la sesión de "laboriosa y movida" y "no exenta de tensiones". La misma tónica se halla subrayada en todos los grandes rotativos de la prensa diaria.

del 16) por 338 votos a favor, 91 en contra y 24 abstenciones. Importa señalar que esta ley remite la determinación de qué se entiende por asociaciones ilícitas al Código penal (17). También aprobó la ley 17/1976, de 29 de mayo ("B. O. E." núm. 130, del 31), reguladora del derecho de reunión y manifestación, con solos cuatro votos en contra y veinticinco abstenciones. Nada autorizaba a suponer que el Gobierno encontrase dificultades en la reforma del Código penal. No obstante, el Proyecto halló una fuerte oposición. Debíó discutirse el 6 de junio, pero ese Pleno se suspendió a causa de la crisis ministerial provocada por la dimisión de Arias Navarro. Llevado al Pleno del día 9 de junio, precisamente el día en que se aprobó por la mañana la Ley de Asociaciones Políticas, se acordó, en un debate agitado, que volviera de nuevo a la Comisión de Justicia para que dictaminase ajustándose a cinco "líneas fundamentales" (18). La Comisión no necesitó los cinco días que se le otorgaron. Tuvo bastante con los días 21, 22 y 23 de junio para elaborar el nuevo dictamen, que con una "sugerencia" (19) volvió a examinar el Pleno del día 14 de julio, sin duda histórico, en el cual tras tres votaciones (20) se aprobó la reforma por 245 votos a favor, 175 en contra y 57 abstenciones, margen como se ve muy escaso para el Gobierno, sobre todo si se tiene en cuenta que el Gobierno proporcionó 19 de los votos a favor de la modificación del Código penal (21). La oposición obstinada que halló la reforma se centraba en el tema de las aso-

(17) Cfr. Ley 21/1976, del 14 de junio, art. 1.º, núm. 4.

(18) Las llamadas "líneas fundamentales" fueron las siguientes: "1. Aceptación de la modificación del Código penal; 2. Que tal modificación afecte a los derechos de reunión, manifestación, asociación, propaganda ilegal, exposición de las ideas y libertad de trabajo; 3. Que son ilícitas las asociaciones que atenten contra la moral pública; 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 nacional; las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica; las que por disciplina internacional promuevan un Estado totalitario; 4. Que se tipifique toda acción contra la libertad de trabajo; 5. Que se adecuen las penas" (Véase *Ya* del 12 junio 1976).

(19) La "sugerencia" que elevó la Comisión de Justicia a la Presidencia de las Cortes, como alternativa a la fórmula del núm. 5.º del art. 172, se aprobó en su seno por 27 votos a favor, 7 en contra y 3 abstenciones (*Ya* del 26 junio 1976). Su texto era como sigue: "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." El texto se votó dos veces en el Pleno. Una para decidir si se votaba incorporarlo al Proyecto, con 226 a favor, 203 en contra y 57 abstenciones, y otra sobre su incorporación al Dictamen con resultado negativo, por 240 votos en contra, 198 a favor y 49 abstenciones (*Ya* del 15 julio 1976).

(20) Las dos primeras votaciones fueron las apuntadas en la nota anterior, la tercera sobre la ley de modificación del Código penal. La propuesta elevada por los cuatro Grupos Parlamentarios a que se alude más adelante en el texto con objeto de prohibir de modo expreso el Partido comunista, no se puso a votación por aplicación estricta del Reglamento de las Cortes por el Presidente de la Cámara (*ABC* del 15 julio 1976).

(21) Menos el Ministro del Aire, que no estaba presente en ese momento (*ABC* del 15 de julio 1976).

ciaciones ilícitas. El informe de la Ponencia (22) había conservado la referencia a los fines de las asociaciones ilegales como nexo entre éstas y las reuniones y manifestaciones ilícitas de una parte, y de otra las propagandas ilegales. Por consiguiente, el *punctus pruriens* se hallaba aquí, tanto más cuanto que la cuestión se relacionaba estrechamente, a su vez, con la de los partidos políticos (23). Esto fue expresado con la máxima claridad en la intervención del Procurador Díaz Llanos, al afirmar que “los citados artículos 172-3 y 173-3 del Código penal hasta hoy vigentes, en relación con el artículo 2.º de la ley de 9 de febrero de 1939 y la ley de 1 de marzo de 1940, han venido invocándose para castigar a los marxistas, troskistas y extremistas en centenares de sentencias del Tribunal Supremo” por lo que, añadía, nadie puede negar que se “suprime la sanción de la ilegalidad y los tipos quedan sin pena alguna” (24). Por eso se devolvió el Proyecto a la Comisión de Justicia el día 9 de junio, y por eso en el Pleno del 14 de julio cuatro Grupos parlamentarios presentaron un escrito dirigido al Presidente de las Cortes, pidiendo que se incluyeran *expressis verbis* en el número 5.º del artículo 172 “en todo caso, los grupos, asociaciones o partidos comunistas, nacionales o internacionales”. El debate estuvo en gran medida dominado por este problema. Aunque la propuesta no prosperó en el sentido de llevar al Código penal un repudio expreso del partido comunista, la Ponencia no se atrevió a llegar a una negativa rotunda. Escrivá de Romaní (de la Ponencia) dijo en el Pleno del 14 de julio que con “el punto 3.º del artículo 172” se podía sancionar “la casi totalidad de las asociaciones o partidos que, políticamente hablando, deben considerarse inadmisibles en cualquier país civilizado, y, concretamente, el partido comunista”, palabras que hizo suyas el Ministro de Justicia antes de la votación (25). Pero, lo cierto es que no hubo condena nominativa de ningún partido político, abriendo a todos una opción para participar en la vida política siempre y cuando respeten lo dispuesto en el Código reformado, que se examina a continuación.

(22) Puede verse el texto del informe de la Ponencia, publicado como anexo en el “Boletín Oficial de las Cortes Españolas”, núm. 1.508, en *Pueblo* del 6 junio 1976.

(23) Porque en la antigua redacción se mencionaba expresamente el artículo 173, 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 tuviere lugar bajo forma y nombre diverso”). Al suprimir la vinculación al art. 2.º de la ley de 1939 con la derogación del artículo 173 en bloque, se desprende automáticamente que el mero hecho de pertenecer a un partido político no constituye, sin más, delito, lo que conjugado con el art. 1.º de la ley de asociaciones políticas da como resultado su licitud.

(24) Intervención de Díaz-LLANOS en la sesión del Pleno del 9 de junio de 1976 (*Ya* del día 10 de junio).

(25) Las palabras del Ministro de Justicia fueron éstas: “Queremos decir con toda claridad que el Gobierno asume el dictamen que nos ofrece la Comisión de Justicia” (*ABC* del 17 julio 1976).

III

LA REFORMA

La "Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo" ("B. O. E.") número 174, del 21), sigue fundamentalmente el primer dictamen de la Ponencia, salvo en materia de asociaciones ilícitas que por haber constituido el tema central de las discrepancias merecen ser tratadas en primer lugar.

En materia de *asociaciones ilícitas*, el Proyecto proponía la derogación del artículo 173 y la modificación de los artículos 172 y 174. Respecto al artículo 172, donde se definían, el Dictamen se limitó a prescindir en el número 1.º de la referencia a las buenas costumbres, omitiendo los números 4.º, 5.º y 6.º del Proyecto relativos a la finalidad de implantar un régimen totalitario y a los casos de asociaciones políticas constituidas al margen de la Ley 21/1976 o que encubrieran un asociación disuelta o suspendida con arreglo a la misma ley. Por lo tanto, quedaron reducidos a cuatro los siete casos del Proyecto, a saber, los dos tradicionales (sin la referencia las buenas costumbres) más el de las asociaciones que tuvieran por objeto la subversión violenta, etc., heredado del texto de 944 y el relativo a la discriminación, que carece de antecedentes. Las "líneas fundamentales" aprobadas por el Pleno del 9 de junio dieron lugar a la adición de un número 5.º para incluir las asociaciones que, "sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un régimen totalitario" (26). El primer Dictamen de la Ponencia dulcificó también las penas previstas en el Proyecto, criterio mantenido por la Ley. Ahora no se impone ninguna pena privativa de libertad superior a prisión menor (seis meses y un día a seis años) y para los meros afiliados, "sean miembros activos o no", de las asociaciones que propugnan la discriminación o son contrarias a la moral pública, la pena es multa de 10.000 a 50.000 pesetas (art. 175, 2.º, nueva redacción); para los que cooperan económicamente o de cualquier otro modo a la fundación, organización o actividades de las asociaciones previstas en los números 2.º, 3.º y 5.º (que tengan por objeto cometer algún delito, la subversión o la implantación de un régimen totalitario) la pena es, alternativamentefi arresto mayor (un mes y un día a seis meses) o multa de 10.000 a 100.000 pesetas. El problema del partido comunista queda soslayado. Está fuera de duda que el llamado "comunismo nacional" no está sancionado en la ley.

Respecto a las *reuniones o manifestaciones ilícitas*, el primer Dictamen de la Ponencia, seguido, con la única salvedad que luego se

(26) Criticaron el adjetivo "totalitario" por su imprecisión las enmiendas 2 (FUJARDO), 43 (LORING) y 44 (PRIMO DE RIVERA), Sobre los problemas que va a plantear el art. 172, 5.º, véase: RODRÍGUEZ MOURULLO, *Errores técnicos en el Proyecto de ley en El País* del 20 junio 1976.

dirá, por la Ley, se apartó bastante del Proyecto. En éste se prevenían tan sólo dos supuestos, aquellas que tuvieran por objeto alguno de los fines que se enunciaban para las asociaciones ilícitas y las que se celebraran con un concurso "considerable de personas armadas". Los casos han aumentado hasta cuatro: "que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública", "que se celebren con el fin de cometer algún delito", que tengan por objeto "alguno de los fines previstos en el número 3.º del artículo 172" (la subversión violenta etc.), y "aquellas a las que concurra un número considerable de personas (27) con armas, artefactos explosivos (28) u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos". La única novedad en relación con el Dictamen de la Ponencia es la específica consignación de los "artefactos explosivos".

Las más importantes variaciones respecto a la anterior redacción y al Proyecto inicial se hallan en la definición de las *propagandas ilegales*. La ley castiga ahora en el artículo 251, con las penas de arresto mayor (29) y multa de 10.000 a 50.000 pesetas, "a los que realicen propaganda de todo género y en cualquier forma dentro del territorio español, o fuera de él, si se tratase de españoles, con alguno de los fines siguientes: 1.º Realizar o proyectar un atentado contra la seguridad del Estado o lesionar los intereses u ofender la dignidad de la Nación española. 2.º Cualquiera de los señalados en los números 3.º 4.º y 5.º del artículo 172". En el concepto de propaganda incluye la ley, siguiendo el primer Dictamen de la Ponencia, "los dibujos o escritos en paredes, vallas o edificios" (30). Se ha suprimido el tipo cualificado por el "abuso de funciones docentes" (art. 251, párrafo último, redacción anterior). También se ha modificado el artículo 253, que antes permitía elevar la multa hasta cuatro millones de pesetas apreciando las "circunstancias del delincuente, especialmente su situación económica" y también imponer las penas de inhabilitación absoluta o especial en ciertos casos.

Finalmente, la ley acepta el criterio de llevar al artículo 496 (31) las

(27) Las enmiendas 3 (MORENO ARENAS), 11 (NAVARRO LÓPEZ) y 28 (YAGÜE YUS) propusieron la supresión de esta referencia, tradicional por lo demás en nuestro Código, "porque la gravedad o el peligro estriba en la utilización de medios que pongan en peligro la vida". La enmienda 45 (LÓPEZ HENARES) proponía se diera la cifra convencional de más de diez personas, por la imprecisión que conlleva lo de "número considerable".

(28) Los "artefactos explosivos" se añadieron el 21 de junio en la Sesión de la Comisión de Justicia. No figuraban, ni en el Proyecto, ni en el primer Informe de la Comisión.

(29) La reducción de la pena de prisión menor que figuraba en el Proyecto responde a las enmiendas núms. 35 (CÉRCOS PÉREZ) y 60 (ESCUADERO y RUEDA).

(30) Parece innecesario desde el momento en que se menciona "cualquier procedimiento que facilite la publicidad".

(31) En el Proyecto se situaba entre los "delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo", introduciendo un nuevo art. 499 bis a). Las "Observaciones" de DÍAZ-LLANOS (enmienda núm. 30) indujeron a la Ponencia en su primer informe a trasladar la novedad al art. 496 (coacciones) mediante la adición de dos párrafos. Cuando el Proyecto fue devuelto a la Comisión de Justicia después del Pleno del día 9 de junio, sostuvo DÍAZ-LLANOS que

coacciones para apoyar una huelga, paro o cierre empresarial, mejorando simplemente la redacción y reduciendo las penas privativas de libertad, que en el Proyecto eran de prisión menor y prisión menor en su grado máximo para los casos cualificados por tratarse de personas ajenas al conflicto o "portar armas o instrumentos peligrosos", penas que ahora son de arresto mayor en su grado máximo (y multa de 10.000 a 100.000 pesetas) y prisión menor, respectivamente.

En cuanto a los *artículos 132 y 252*, para los que el Proyecto proponía sustituir la prisión mayor por prisión menor, la tónica de benignidad se acentúa en la ley sustituyendo, además, las penas de inhabilitación absoluta que esos artículos señalaban por la de inhabilitación especial (32). La ley ha dejado, también, sin contenido los artículos 173 y 268 bis.

La *disposicional adicional* de la ley contiene normas para la aplicación con efecto retroactivo de los preceptos más favorables, estableciendo que cuando se trate de penas de distinta naturaleza sea oído el reo. La *disposición* final ordena que entre en vigor el mismo día de su publicación, que fue el 21 de julio de 1976.

IV

CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Destaca como nota positiva, en contraste con la situación anterior, una notable moderación de las penas. Al predominar las penas de prisión menor y arresto mayor será posible en gran número de casos hacer aplicación de la remisión condicional de la pena cuando se trate de delincuentes primarios y se cumplan las condiciones prevenidas en los artículos 92 y siguientes del Código penal. También merece encomio la simplificación y mejor redacción que, en general, han recibido los artículos modificados. Igualmente ha de alabarse la derogación del artículo 268 bis que, como delito de sospecha, contenía una presunción para el caso en que no se hubiera acreditado quien fuera el jefe, promotor, organizador o director, presunción incompatible con una correcta técnica jurídico-penal. Y, asimismo, ha de elogiarse el propósito de eludir a todo trance la transformación automática de meras infracciones administrativas en delito.

debía llevarse al art. 247 (Desórdenes públicos) por razones procesales: para que fueran delitos de competencia del Tribunal de Orden Público, propuesta que no prosperó (*Ya* del 23 de junio de 1976).

(32) El *art. 132* se halla entre los "delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado" y castiga al español que fuera del territorio nacional haga circular noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos o ejecute actos de cualquier clase encaminados a perjudicar el crédito o la autoridad del Estado o a comprometer la dignidad o los intereses de la Nación española, y al extranjero que en España realice hechos de la misma clase. El *art. 252* se refiere también a la circulación de iguales noticias, rumores o actos con el propósito de perjudicar el crédito o la autoridad del Estado.

Pero la reforma debió haber sido más profunda y radical. Subsisten graves defectos de ambigüedad e imprecisión (33) difíciles de conciliar con el principio de legalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico-penal. Las raíces de esos defectos se hallan, a mi juicio, en que no se supieron formular con la necesaria claridad las metas político-criminales de la reforma, en el estrépito emocional que rodea estos temas en los momentos actuales y, sobre todo, en una herencia dogmática y jurisprudencial que no ha valorado nunca en su justa medida lo que debe constituir el supuesto básico en la materia. Trataré de explicarme lo mejor posible, tomando como referencia lo que ha sido el nudo polémico de la reforma, a saber, las asociaciones ilícitas.

En la reforma de los preceptos relativos a las asociaciones ilícitas destaca netamente la proscripción de los números tercero y cuarto del viejo artículo 172 y de su corolario, el número tercero del antiguo artículo 173. Es decir, se abandona el sistema de enumerar las asociaciones prohibidas designándolas nominativamente y el criterio de que basta incumplir disposiciones administrativas, tratándose de asociaciones de tipo político, para elevar el injusto administrativo a injusto criminal. De otro lado, tenazmente, como lo demuestra el incidente de la propuesta de los cuatro grupos parlamentarios en relación con el partido comunista, se sostiene que la ilicitud penal debe derivarse de los fines que la asociación en cuestión persiga y no de su nomenclatura. La *ratio legis*, tal como se desprende de los materiales, es inequívoca. Se pretende excluir del juego político tan sólo aquellas asociaciones de tipo extremista. Ahora bien, la consecuencia en el orden técnico debió ser declarar criminales únicamente aquellas asociaciones que tuvieran por objeto la realización de actividades delictivas. Pues con ello hubieran quedado incluidas, no sólo aquellas cuyo objeto fuera la comisión de delitos comunes, sino también las que tuvieran por finalidad la realización de delitos de los llamados políticos, como, por ejemplo, delitos contra la seguridad exterior del Estado, pues la separación por la violencia de una parte del territorio español constituye delito de traición, o delitos contra la forma de Gobierno o las leyes fundamentales como son los ataques por medios ilegales a la Constitución del Estado.

El no haber orientado técnicamente la reforma de las asociaciones ilícitas en esta dirección se debe, como decía antes, en parte al estrépito emocional que acompaña hoy a estos temas. Durante el siglo pasado la preocupación del legislador giraba en torno a las sociedades secretas (34). Actualmente, las organizaciones políticas extremistas, con sus múltiples conexiones internacionales y el empleo

(33) Las primeras opiniones de algunos penalistas (GARCÍA VALDÉS, RODRÍGUEZ MOURULLO, STAMPA BRAUN) al rotativo *El País* del 15 julio 1976 coinciden en denotar la persistencia de la inseguridad jurídica en materia de asociaciones ilícitas.

(34) Véanse los Códigos penales de 1848 (art. 202) y 1850 (art. 206), así como los Proyectos de 1880 (art. 201), 1882 (art. 180) y 1884 (art. 222).

del terrorismo con método de persuasión (35), han trastornado profundamente la conciencia colectiva a nivel nacional e internacional. El Derecho no es pura lógica. Hay un poderoso trastorno emotivo que no debe ser desconocido (36). De ahí el deseo de mencionar con nombres y apellidos las organizaciones que han de reputarse punibles. Acaso opera también un viejo residuo del pensamiento mágico. La impotencia del Estado para acabar con tales organizaciones le lleva a elevar más y más las penas, a dictar repetidas leyes para calmar sus propios temores y los de la colectividad, olvidando la vieja experiencia de que la eficacia de las leyes depende más que de su dureza de su grado de aplicación y olvidando que lo esencial para aplicarlas es descubrir el delito y capturar al delincuente, que escapa aquí con indeseable frecuencia a la ira de la ley. Esa raíz emocional conduce al casuismo, a fórmulas vagas como huidizos son los delincuentes a los que se pretende combatir, y a reiteraciones legislativas.

Finalmente, en toda la materia de asociaciones ilegales gravita el desacierto y deterioro del que debía constituir el único supuesto de ilicitud, a saber, el caso del número segundo del artículo 172. Apareció por primera vez en el Código de 1870. Sin duda sobre el modelo francés. Mas el Código español no limita la asociación de malfaiteurs al modo francés, restringiéndola a los delitos contra las personas o la propiedad (37), sino que le da un carácter más general. La fórmula permanece invariable desde 1870: son ilícitas las asociaciones "que tengan por objeto cometer algún delito". El empleo del singular arrastra a pensar que el delito de que se trata ha de ser concreto y determinado (38), pero una interpretación de tal clase carece de sentido en el contexto del Código, puesto que se halla prevista la conspiración para delinquir. Los tribunales no han hecho uso prácticamente del artículo 172, 2.º. Lo cual no deja de ser lamentable, porque es el único precepto que permite hacer frente a la delincuencia organizada, cada día más importante. Acaso convendría que se acudiera a una fórmula más plástica, como la de asociaciones que tengan por objeto "actividades delictivas, con independencia de la responsabilidad criminal que corresponda por los delitos cometidos". Pero, insisto, la fórmula, que permanece idéntica después de la reforma de 1976, es lo bastante expresiva, a mi entender y con arreglo a la opinión dominante, para comprender todos los casos merecedores de ser penados por la ley. Pues la asociación

(35) La repugnancia que siempre inspiró el aforismo de que el fin justifica los medios ha desaparecido, como lo demuestran los versos de Gabriel CELAYA: "La riada del pueblo / va hacia el bien por el mal / Y, entre escombros, levanta / el nuevo hombre social".

(36) Cfr. mi *Derecho penal español, Parte general*, 5.ª ed. 1976, pág. 11.

(37) Véase el art. 265, redacción dada por la ley de 18 diciembre 1893, del Código penal francés.

(38) Véase, por ejemplo, la tesis de RODRÍGUEZ RAMOS, *Suprimir artículos totalitarios*, en *Informaciones* del 26 junio 1976, equiparando la asociación para cometer algún delito a la conspiración para delinquir.

para delinquir, aun cuando no haya dado comienzo todavía a la ejecución de ningún delito determinado, es algo más que una simple exteriorización de una voluntad criminal, ya que supone el mantenimiento de una organización.

Creo que la proliferación de las figuras de delito en las propagandas ilegales responde a la misma razón: falta de uso de otras prescripciones que serían suficientes para solucionar el problema, sobre todo desde que la reforma de 1944 generalizó la punibilidad de la provocación para delinquir. Las disposiciones penales sobre delitos cometidos por medio de la prensa o la imprenta deberían ser suficientes, sin necesidad de nuevos tipos penales, para la mayoría de los casos que se pretenden sancionar con los delitos de propaganda ilegal. Pues si la propaganda no se refiere o incita a la comisión de hechos delictivos no tiene sentido castigarla, porque carece de él estimar que la realización de lo que propugna el que hace la propaganda es lícito y que el propugnarlo constituye delito. La inaplicación de esos preceptos, que son letra muerta salvo que alguien se sienta afectado por ellos, ha llevado consigo una proliferación que no favorece en nada la claridad. Y, además, hay que tener en cuenta que aparte de lo establecido para la provocación criminal, el Código recoge delitos de propaganda ilegal en los artículos 132, cuya pena se ha reducido a prisión menor con la reforma, y 164 bis, que castiga las propagandas contra los Principios del Movimiento Nacional o que tiendan a derogar o modificar fuera de las vías legales las restantes normas establecidas por las Leyes fundamentales del Reino. Los artículos 251 y siguientes son de todo punto superfluos y vienen simplemente a corroborar la ineficacia de esos preceptos que siguen en el Código aunque no tengan vigencia real.

En cuanto a las reuniones o manifestaciones ilegales no es fácil explicarse, dentro del contexto de la ley, porqué ha de reputarse ilegal una reunión que pretenda alguno de los fines previstos en el número 3.º del artículo 172 y no aquella que tenga por objeto la discriminación racial o la implantación de un Estado totalitario sometido a disciplina internacional.

En cambio, ha sido un acierto ubicar la novedad que se pretendía en orden a la coacción caso de huelgas, paros y cierres empresariales en el artículo 496 y no en el artículo 499 bis *a*) como proponía el Proyecto (39), pero es claro que la nueva figura era y es innecesaria. Es evidente que ha nacido porque no se ha aplicado el delito de coacciones a las que se han producido con abundancia en el curso del año 1976 para obligar, con malos tratos incluso, a secundar las huelgas a obreros que querían entrar al trabajo. La situación no cambiará si, aunque esté prevista una pena más severa, la norma sigue sin encontrar aplicación.

(39) *Vid. supra*, nota 31.

V

¿DESCRIMINALIZACIÓN?

Es muy difícil pronunciarse sobre los efectos que en virtud del principio de retroactividad de la ley penal más favorable tendrá la reforma. El sistema de proscribir nominativamente determinados partidos o grupos políticos tenía la ventaja de su carácter inequívoco. Bastaba para condenar que resultara probada la afiliación o pertenencia al partido prohibido. La reforma, al adoptar un criterio radicalmente opuesto, digno de encomio, no facilita las comparaciones. Desde luego, el efecto beneficioso para el reo es evidente cuando las penas son más reducidas, lo que ocurre, por lo general, como acabamos de ver. Pero decidir si ha habido o no una descriminalización, esto es, qué conductas de las que antes constituían delito han dejado de ser punibles es algo a primera vista complicado. Las esperanzas iniciales de que en el fondo la reforma penal venía a ser una especie de amnistía (40) no se han visto confirmadas (41).

La duda no surge, claro está, en lo que concierne a las asociaciones antes ilícitas por mero incumplimiento de trámites administrativos. Pero el número 4.º del artículo 172 que a ellas se refería permaneció inaplicado en la práctica. El problema se plantea con las asociaciones que siguen siendo ilícitas a causa de sus fines. Entiendo que si nos remontamos a los principios que han inspirado la reforma ha de estimarse que deja de constituir delito el simple hecho de pertenecer a una asociación reputada antes ilícita, cualquiera que haya sido la participación del sujeto, sea como miembro, activo o no, sea como director, organizador o promotor. Pues no es comparable lo que años atrás venían calificando los tribunales de subversión con el concepto de la subversión en estos momentos. Por lo menos existe una duda razonable a la vista de la exteriorización de opiniones políticas que no ha mucho se tenían por subversivas, y sobre todo cuando antes de la reforma han salido a la luz con su genuina filiación política, grupos y partidos que se venían incriminando en el Código. Si esto es así, hay una auténtica descriminalización porque el pertenecer a cualquier grupo, partido u organización ha dejado, en principio, de constituir delito y los fines de esos grupos u organizaciones han de ser reinterpretados en un nuevo contexto político, jurídico y social. Esta opinión, sin embargo, deberá ser confirmada por la jurisprudencia, cosa que no ha ocurrido al parecer hasta ahora.

(40) El Ministro de Justicia, que entonces lo era GARRIGUES DÍAZ-Cañabate, dijo en el Pleno del 9 de junio: "viene a significar, de hecho, una amnistía de estos delitos políticos". Véase también el editorial de *El país* de 16 julio 1976 titulado: "Esperando la amnistía".

(41) *El país* del 28 julio 1976: "Al parecer, la citada reforma únicamente ha supuesto hasta hora la libertad de siete presos políticos en el ámbito de todo el Estado".