

Libertad de asociación y Ley penal

Un estudio sobre el Núm 5.º del Art. 172 del Código penal

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*: 1. La reforma introducida por la Ley 23/1976, de 19 de julio.—2. El objeto de protección del artículo 172 del Código penal.—3. La existencia de una *asociación* como exigencia común a las cinco modalidades del artículo 172.—4. Los requisitos de la asociación y su fundamentación.—5. Cuestiones planteadas en relación al concepto de asociación por la Ley 21/1976, de 14 de junio, de Asociación política. — II. *Examen del número 5.º del artículo 172, en particular*: 1. El requisito de la *implantación de un sistema totalitario como propósito de la asociación*: A) La exigencia de que el propósito lo sea de la asociación. B) El significado del término “totalitario”; planteamiento de la cuestión interpretativa. C) El *totalitarismo* en la ciencia política. D) Las posibilidades de su definición. E) Consecuencias de la exposición precedente en orden a la interpretación del número 5.º: a) Las cuestiones planteadas por la indeterminación del concepto. b) Propuesta de unos criterios interpretativos. c) Partido político y sistema totalitario.—2. El *sometimiento* a una disciplina internacional.—3. Conclusión sobre el ámbito de aplicación del precepto.—III. *Otras cuestiones*: 1. El problema de la aplicabilidad del número 3.º del artículo 172.—2. Examen de ciertas cuestiones planteadas por la Ley 21/1976, de 14 de junio, de asociación política: A) Constitución de asociaciones sin cumplir las exigencias legales. B) Referencia de los artículos 6 y 8 de la Ley 21/1976

I

1. 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” ha introducido varias reformas que afectan a aspectos sustanciales de las libertades políticas. De entre la serie de materias reguladas por los indicados preceptos, es nuestro propósito dedicar el presente trabajo a un examen crítico de uno de los sectores de la referida Reforma; a saber, al representado por el número 5.º del artículo 172.

El número 5.º del artículo 172 del Código penal declara “asociaciones ilícitas” a “las que, sometidas a una disciplina internacional se propongan implantar un sistema totalitario”. La inclusión de este número en el artículo 172 proviene de la Ley 23/1976, de 19 de julio, que, aparte de sustituir los números 3 y 4 de dicho artículo 172 en

su redacción anterior por modalidades dotadas de una configuración distinta y de añadir el número 5, derogó el artículo 173 que, desde entonces, ha quedado sin contenido.

La Ley 23/1976, de 19 de julio, resulta plausible en la medida en la que ha derogado el artículo 173 del Código penal, que declaraba "asociaciones ilícitas, entre otras, a 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". La expresión "declaradas fuera de la Ley" guarda correspondencia con lo que establecía la Ley de Responsabilidades políticas de 9 febrero 1939, que había sido declarada vigente por la disposición derogatoria dos de la Ley de 15 de noviembre de 1971. En virtud de la Ley de Responsabilidades políticas se declaraban fuera de la Ley "los siguientes partidos y agrupaciones: Acción Republicana, Izquierda Republicana, Unión Republicana, Partido Federal, Confederación Nacional del Trabajo, Unión General de Trabajadores, Partido Socialista Obrero, Partido Comunista, Partido Sindicalista, Sindicalista de Pestaña, Federación Anarquista Ibérica, Partido Nacionalista Vasco, Acción Nacionalista Vasca, Solidaridad de Obreros Vascos, Esquerra Catalana, Partido Galleguista, Partido Obrero de Unificación Marxista, Ateneo Libertario, Socorro Rojo Internacional, Partido Socialista Unificado de Cataluña, Unión de Rabassaires, Acción Catalana Republicana, Partido Catalanista Republicano, Unión Democrática de Cataluña, Estat Catalá y todas las Logias Masónicas y cualesquiera otras entidades, agrupaciones o partidos filiales o de análoga significación a los expresados, previa declaración oficial de hallarse, como los anteriormente relacionados fuera de la Ley".

No obstante el juicio por nosotros emitido en el párrafo anterior, observemos que la inclusión en el Código penal de elementos valorativos que comportan una falta de determinación del ámbito de los tipos, resulta gravemente censurable. En numerosas ocasiones en lugar de ofrecer el legislador una descripción clara y terminante de las acciones conminadas con pena, establece la esfera de lo delictivo en virtud de elementos cuya indagación requiere la formulación de juicios de valor determinantes de una incertidumbre, mayor o menor, en la fijación del ámbito de lo punible. No escasos ejemplos de ello, cuya enumeración no puede efectuarse aquí, ofrecen el Código penal y las Leyes Penales especiales, con la particularidad, además, de que la introducción de elementos de esta naturaleza se ha visto acrecentada en las sucesivas reformas penales. Consecuencia de todo ello es que la función atribuida a los Tribunales vea incrementada su complejidad por la atribución a éstos de cometidos que originariamente son propios del legislador. La labor de los órganos judiciales consistente en la pura aplicación de la Ley a la realidad, se ha visto, en efecto, ampliada por la tarea de llenar de contenido una serie de elementos valorativos dotados de una formulación abstracta e indeterminada. De todo ello, el número 5.º del artículo 172 del Có-

digo penal ofrece un ejemplo de significación extrema, como en el presente trabajo nos proponemos demostrar. Para su desarrollo, tras exponer unas breves consideraciones referentes a las asociaciones ilícitas en general, estudiaremos el contenido y alcance del número 5 del artículo 172 y, por último, ciertas cuestiones que el examen de dicho precepto plantea.

2. El objeto de los artículos 172 a 176 del Código penal es el castigo de las trasgresiones o abusos que con ocasión del ejercicio del derecho de asociación reconocido por las Leyes, puedan llevarse a cabo. La presente regulación —arts. 172 a 176— encuentra su origen en el Código penal de 1870, que, a su vez, respondía al propósito de castigar el ejercicio abusivo del derecho de asociación reconocido y proclamado por el artículo 17 de la Constitución de 1869, que rezaba según el tenor siguiente: “tampoco podrá ser privado ningún español: ...del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública.” Dentro de la normativa vigente el derecho de asociación aparece reconocido por el artículo 16 del Fuero de los Españoles —“los españoles podrán... asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes”—, y por el artículo primero de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre derecho de asociación política —“el derecho a asociarse libremente para fines lícitos, reconocido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, se ejercerá, en cuanto tenga por objeto la acción política, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”.

De los cinco números comprendidos en el artículo 172 del Código penal, los dos primeros provienen del Código penal de 1870 y los tres últimos de la Ley 23/1976, de 19 de julio, que, a la vez que incorporó dichos números al artículo 172 en sustitución de los que bajo los números 3.º y 4.º aparecían antes de dicha Ley, privó de contenido al artículo 173.

3. Común a las cinco modalidades comprendidas en el artículo 172, es la existencia de una *asociación*. La redacción de cada uno de los cinco números comienza, en efecto, con la expresión “las que”, referida a las “*asociaciones* ilícitas” aludidas por el párrafo primero, habiendo desaparecido, tras la reforma efectuada por la Ley de 19 de julio de 1976, la referencia a los “grupos y diversas entidades”, que aparecía contenida en el hoy derogado artículo 173 del Código penal. Necesario resulta, pues, el determinar, ante todo, qué es lo que debe entenderse por “asociación”.

A tal efecto, recordemos que la presente regulación encuentra su origen en los artículos 198 a 201 del Código penal de 1870, que respondían al propósito de castigar el ejercicio abusivo del derecho de asociación reconocido y proclamado por el artículo 17 de la Constitución de 1869. Cabe, pues, afirmar que existe una comunidad de significado entre los términos “asociaciones” y “asociación”, empleados por el Código penal y la indicada Constitución, respectivamente. La “asociación” no puede ser definida sino 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.

4. La existencia de una *asociación* a efectos de la posible estimación de cualquiera de las modalidades del artículo 172 del Código penal, requiere la concurrencia de los elementos de la noción antes formulada: pluralidad de sujetos y entidad organizada en función de una cierta finalidad. La formulación de un tal concepto de asociación está basada en las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, en que si el origen de la regulación del artículo 172 se encuentra, según vimos, en los textos constitucionales relativos al *derecho de asociación*, y si esta última presupone —en la significación que a un tal término le corresponde en la esfera jurídico penal, es decir, en la iuspolítica, e incluso en la iusprivada (1)— la existencia de una entidad mínimamente organizada resultante de la unión de varias personas para la consecución de una meta, el conjunto de tales requisitos resultará imprescindible para las “asociaciones” a las que las Leyes penales hacen referencia. Sería, en efecto, inaceptable el entender que la asociación requiere la presencia de una serie de elementos en la esfera de las Leyes políticas y civiles, y estimar, en cambio, que los mismos no resultan necesarios en las Leyes penales, máxime cuando la regulación de éstas encuentra su origen en los textos constitucionales.

En segundo lugar, la confrontación entre las modalidades del artículo 172 y otras figuras que fueron en su día previstas o aparecen hoy incluidas en el Código penal —*entidades* del art. 173 antes de la reforma de 19 de julio de 1976, *asociación para el delito de robo* del artículo 513 y *conspiración* del artículo 4—, conduce, asimismo, a reclamar para las “asociaciones” del indicado artículo 172 la concurrencia de los requisitos antes referidos. Resulta así significativo el que el artículo 172 exija para cada uno de sus números la existencia de una *asociación*, a diferencia del artículo 173 en el contenido que tenía antes de la referida reforma de 1976, que extendía el ámbito de lo punible a “grupos”, “organizaciones”, “partidos” y “demás entidades”. Y obsérvese, además, que la confrontación entre las asociaciones del artículo 172 —particularmente las del número 2.º— y la conspiración del artículo 4.º, conduce a destacar las siguientes diferencias entre aquéllas y ésta: a) la conspiración equivale al concierto entre dos o más personas para la ejecución de un delito, unido a la resolución conjunta de ejecutarlo en concreto; b) la asociación, aun cuando no presupone una tal resolución, exige, en cambio, la integración de cada individuo en una entidad mínimamente organizada.

5. Para estimar la existencia de una asociación a los efectos de

(1) ALBADALEJO, *Derecho civil, I, Introducción y Parte General*, Barcelona, 1970, p. 290. LLUIS y NAVAS, *Derecho de asociaciones*, Barcelona, 1967, pp. 91 y ss.; SÁNCHEZ DE FRUTOS, *La asociación. Su régimen jurídico en Derecho español*, en “Revista de Derecho inmobiliario, 1965, pp. 883 y ss.

aplicar el artículo 172, no es necesario, obviamente, que la respectiva asociación o entidad ostente personalidad jurídica según la Ley 21, 1976, de 14 de junio, es decir, que haya sido objeto de la inscripción prescrita por el artículo segundo, número cuatro, de dicha Ley —“La inscripción determina la adquisición de la personalidad jurídica por la asociación...”.

Huelga, por otro lado, decir que las asociaciones constituidas con arreglo a dicha Ley 21/1976 pueden ser *ilícitas* a los efectos del artículo 172 del Código penal. Expresamente lo reconoce así el artículo 6.º, número 2, cuando declara: “serán sancionados con suspensión de uno a tres años o disolución de la asociación, según la gravedad y demás circunstancias apreciadas por la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo 8.º: a) Las actividades que determinen la ilicitud de las asociaciones conforme a lo establecido en el artículo 1.º —el número 4 del artículo 1.º dispone que “son asociaciones ilícitas las tipificadas como tales en el Código penal”—. Aun cuando el artículo 8.º de dicha Ley exija para la ilicitud de las asociaciones que lleven éstas a cabo unas “*actividades*”, parece claro que la atribución a una asociación de la cualidad de *ilícita* a los efectos del artículo 172 del Código penal, no debe entenderse condicionada, como más adelante veremos a la realización por ella de determinadas actividades.

II

Una vez sentadas las precedentes observaciones de orden general, procede que seguidamente entremos en el examen particularizado de los elementos integrantes del número 5.º del artículo 172 del Código penal que declara “asociaciones ilícitas” a “las que, sometidas a una disciplina internacional se propongan implantar un sistema totalitario”.

1. Para que una asociación pueda ser calificada como ilícita conforme al número 5.º del artículo 172, se requiere que la misma se *proponga implantar un sistema totalitario*.

A) Ante todo, es preciso poner de relieve que dicha finalidad debe ser perseguida *por* la asociación. Esto es, del propósito definidor de la asociación ilícita debe ser titular la asociación y no sus individuos. El que la referida finalidad inspire la conducta de determinados partícipes, no resulta, pues, suficiente para atribuir a la asociación la cualidad de *ilícita* conforme al número 5.º del artículo 172. Para averiguar si concurre o no un tal requisito, deberá el juzgador indagar cuáles son los fines que realmente son propios de la correspondiente entidad, sin que las dificultades de prueba que esta labor comporta, puedan ser soslayadas a través de la pura y simple consideración de cuáles eran los propósitos que *individualmente* perseguían determinados miembros.

En relación a este punto se suscita la cuestión de si, de ser completamente imposible a la respectiva asociación la efectiva consecución de la meta de implantación de un sistema totalitario, procede,

o no, descartar su calificación conforme al correspondiente número del artículo 172. Aun cuando la *letra* de la Ley no ofrezca base suficiente para responder en sentido afirmativo a la cuestión planteada, cabe pensar en que la consideración de la *voluntad* del precepto conduzca a excluir en tales casos la estimación del número 5 del artículo 172. De interés resultan en relación a un problema similar, aunque en materia de propagandas ilegales (arts. 251 y siguientes del Código penal), las sentencias de 23 de enero de 1967 y 17 de mayo de 1967.

La aplicación del número 5.º del artículo 172 requiere la *concreta* constancia del fin de implantar un sistema totalitario como objetivo de la asociación. Con ello queremos destacar el que la *abstracta* o *vaga* alusión a que la meta de la respectiva asociación era la implantación del aludido sistema, resulta insuficiente a los efectos de aplicar el artículo 172. Las *características particulares* del referido propósito deben aparecer claramente establecidas. La estimación del número 5 del artículo 172 requiere, pues, la determinación del modo y forma *concretas* de la implantación del sistema totalitario, como meta de la respectiva entidad. Ilustrativa sobre este punto resulta la jurisprudencia dictada en materia de propogandas ilegales —cfr., vgr., las sentencias de 18 de junio de 1966, 23 de enero de 1967, 26 de mayo de 1970 y 6 de octubre de 1970.

B) Qué es lo que merece la consideración de “totalitario”, no lo dice ni el Código penal ni ningún otro texto legal. Tampoco la Ley de reforma 23/1976, de 19 de julio, aporta datos, ni en su articulado, ni en su exposición de motivos, para determinar qué es lo que debe entenderse bajo un tal término. A la vista de ello la única vía posible para interpretar la referida noción, es la de indagar qué es lo que por “totalitario” se entiende fuera del lenguaje de la Ley. Un tal término pertenece a la ciencia política. Es, pues, preciso acudir a ella, y con una cierta extensión en atención a la importancia del actual precepto, para determinar el significado y alcance del indicado término.

C) La palabra “totalitario” parece encontrar su origen, según los tratadistas de la ciencia política, en la Italia y Alemania de fines de los años veinte y decena del treinta (2). Mussolini y Hitler utilizaron el término en sus discursos, habiendo sido empleado por Karl Schmitt al calificar el Estado nacional socialista como “totalitario” (3). Esta palabra ha sido aplicada, en numerosas ocasiones, en relación al régimen político existente en la Unión Soviética, aun cuando, según se ha observado, el Diccionario de la Academia Soviética usó exclusivamente dicho término para otorgar una denominación a los regímenes “fascistas”, y los autores de la Unión Soviética reprobaban la aplicación de la palabra “totalitario” al régimen existente en su país, como expresivo, dicho uso lingüístico, de un aspecto de la pro-

(2) SCHAPIRO, Leonard, *Totalitarianism*, Londres, 1972, pp. 13 y ss.

(3) FIJALKOWSKI, Jürgen, *La Trama ideológica del totalitarismo*, Madrid, 1966, pp. 235 y ss.

paganda de la “guerra fría”. Observemos, por último, que, según Schapiro pone de relieve, desde el fin de la segunda guerra mundial el referido término ha sido utilizado por periodistas, políticos y autores de ciencia política de un modo impreciso e indiscriminado, a sistemas tan heterogéneos como el de la China comunista, Cuba, las democracias populares de la Europa Oriental, la Rusia Zarista, el Imperio Romano durante Deocleciano, los Estados Unidos durante la decena de los sesenta, Ginebra bajo Calvino y la Iglesia Católica. El repetido término ha sido, además, aplicado no sólo a Estados o sistemas políticos, sino incluso a Movimientos, Líderes, Procesos e Ideales (4).

El examen de la utilización que se ha dado a la palabra “totalitario” conduce a suscitar la cuestión de si, aparte de dejar constancia del empleo de aquélla en relación a los objetos referidos, cabe atribuir a la misma una determinación conceptual dotada de un significado claro y un ámbito de aplicación real. Una postura muy difundida es la de entender que el referido término tiene una vaguedad tal, que la convierte en una noción inservible. Así, por ejemplo, BENJAMÍN R. BARBER, sostiene que es “difícil hallar una justificación convincente de la presencia del *totalitarismo* en el vocabulario del análisis de política comparada”. Las definiciones de dicha noción, prosigue el citado autor, son contradictorias, careciendo de un significado específico (5).

Ello, no obstante, no faltan autores en la ciencia política, que han ofrecido una definición del repetido término. Hasta el punto, incluso, de que se ha intentado una clasificación sistemática de las definiciones formuladas en dos grupos: “esencialistas” y “fenomenológicas”. Bajo la primera categoría se incluyen aquellas que recalcan el contenido ideológico, las metas y otros atributos relativamente abstractos y no susceptibles de mensuración. Y bajo la segunda, aquellas definiciones que tratan de identificar el concepto a través de un “síndrome” de características descriptivas de un comportamiento objetivo y, por ello, mensurable, de determinada clase de regímenes (6).

De particular interés, para el objeto de nuestro estudio, pueden resultar, por su rigor formal, elaboraciones tales como la de LEONARD SCHAPIRO. Según este autor, existen cinco rasgos que permiten atribuir a un régimen la cualidad de *totalitario*: el Líder; la subyugación del orden jurídico; el control sobre la moralidad privada; la continua movilización de la población y la legitimación basada en el apoyo de las masas populares (7). Sobre la base de estos elementos SCHAPIRO y otros autores distinguen el sistema totalitario, por un lado, del Estado de Policía y del Estado absolutista, por otro. Observan, así, que el de Policía, a diferencia del totalitario, carece de una ideología v de

(4) SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 14 y s.

(5) BARBER, Benjamín R., *Conceptual Foundations of Totalitarianism*, en CARL J. FRIEDRICH, MICHAEL CURTIS, BENJAMÍN R. BARBER, *Totalitarianism in Perspective: Three Views*, Nueva York, Washington, Londres, 1969, pp. 37 y s.,

(6) BARBER, *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

(7) SCHAPIRO, *ob. cit.*, p. 20.

una movilización de masas. Y, en relación al Estado absolutista, ponen de relieve que, aparte de presuponer el Estado totalitario el hecho histórico de la llamada "revolución democrática" o "democracia de masas", el absolutismo contiene los principios del liberalismo moderno, a diferencia del totalitarismo que niega por completo tales principios (8).

Interesante para el presente estudio resulta, asimismo, la significación que al *Partido* le es atribuido por los sistemas totalitarios. Nos referimos con ello al hecho de que, como los tratadistas de ciencia política observan, el Partido es concebido, en los regímenes totalitarios, como un instrumento al que el Líder y el grupo dominante acuden para, junto a otros medios, alcanzar o mantener su autoridad. En atención a ello, no parece correcto, en términos generales, el atribuir a un partido político la calificación de totalitario (9).

D) El examen del valor atribuido por la doctrina política al término "totalitarismo" no permite ofrecer una noción que, como formulación conceptual basada en un consenso general de la doctrina, conduzca a calificar de un modo seguro e inequívoco a determinados objetos como *totalitarios*. La elevada vaguedad de la noción a la que en la exposición anterior hemos hecho referencia, se ha visto incrementada por el hecho de que, en no escasas ocasiones, el referido término ha sido utilizado como expresión de actitudes que, por su evidente emotividad, están reñidas con el rigor lógico que debe regir la utilización de las categorías conceptuales. Así, BABER y NEUMANN ponen de relieve que los hombres de Estado incurren, en ocasiones, en una emotividad en la utilización del referido término, que resulta peligroso y equívoco a los efectos de la aprehensión conceptual de ésta. Aluden con ello dichos autores al hecho de que la indicada palabra es utilizada, en ocasiones frecuentes, con el propósito, no tanto de definir o esclarecer una realidad, cuanto de provocar una reacción de orden afectivo entre los destinatarios de la correspondiente manifestación (10).

La vaguedad de la referida noción ha dado lugar a que la determinación de los regímenes a los que la misma deba ser aplicada, sea absolutamente incierta. Así, por ejemplo, HERBERT MARCUSE formula una crítica a la noción de *totalitarismo* en atención a que, según dicho autor, las características de restricción de libertades y dictadura que se atribuyen a la Unión Soviética no guardan una gran diferencia en relación a aquellas que definen a otros países, tales como los Estados Unidos de América, que, incorrectamente, son, con frecuencia, contra-

(8) SCHAPIRO, *ob. cit.*, p. 104.

(9) Como ilustración de lo expuesto, los autores hacen referencia a la relación que Stalin mantuvo con el Partido Comunista durante la época del acceso del primero al poder y de la consolidación de éste (SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 60 y ss.).

(10) BARBER, *ob. cit.*, p. 38; NEUMANN cit. por BARBER. Este último autor, en el pasaje aludido, pone los ejemplos de la advertencia formulada por el General De Gaulle a la Unión Soviética, de evitar la realización de una política totalitaria en Checoslovaquia, y de la intervención del Presidente Johnson al defender la presencia americana en el Vietnam.

puestos al régimen soviético. Pese a la aparente libertad existente en América, el grado de aquélla no difiere sensiblemente, a juicio de MARCUSE, de la existente en el otro sistema político aludido, ya que lo decisivo en la presente materia no es el valor que formalmente pueda atribuirse a la libertad, sino la determinación real de “qué es lo que puede ser elegido y qué es lo que es elegido por el individuo” (11). Y recuérdese, por último, que la evolución experimentada durante los últimos años en los países socialistas ha conducido a que la doctrina política haya puesto en tela de juicio la aplicabilidad de la noción de “totalitario” para describir a todos y cada uno de los sistemas políticos existentes en los referidos países (12).

E) Una vez determinada la significación correspondiente al término “totalitario”, en virtud de la indagación del valor correspondiente a dicha noción, procede seguidamente extraer las consecuencias que de lo expuesto se desprenden, a fin y efecto de interpretar el número 5.º del artículo 172.

a) Ante todo, debemos observar que si la utilización en la ciencia política del término “totalitario” resulta, por su vaguedad e imprecisión censurable, con mucha mayor razón lo será en el lenguaje del Código penal, en atención a la claridad y certeza que para cumplir una función de garantía debe observar la letra de la Ley punitiva. Al parecer, dicha vaguedad e imprecisión han sido, además, intencionadamente creadas por el legislador español al objeto de transmitir a los Jueces y Tribunales la carga, que aquél no quiso asumir, de decidir cuáles asociaciones, de las originariamente constitutivas —en la redacción anterior a la Ley de Reforma de 1976— de las organizaciones y partidos políticos cumplidores del tipo del número 3 del artículo 173, caen dentro del ámbito del número 5 del artículo 172 del Código penal vigente. La vaguedad e incertidumbre de la redacción del número 5.º del artículo 172 bien puede, así, ser calificada de excepcional, como una breve referencia a otros pasajes del propio Código y a sistemas jurídicos distintos al español, demuestra.

En comparación al número 5.º del artículo 172 la vaguedad de otros elementos valorativos utilizados a lo largo del Código penal —tales como, en relación a la materia objeto del presente estudio, la “moral pública” y la “subversión”— palidece en importancia (13).

Un examen de la regulación contenida en otros sistemas jurídicos distintos al español pone de relieve el que, aunque éstos recurran a la inclusión de elementos valorativos al objeto de determinar el

(11) MARCUSE, *Repressive Tolerance*, en ROBERT PAUL WOLFF, BARRINGTON MOORE JR. y HERBERT MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, Londres, 1969, pp. 122 y s., y MARCUSE cit. por BARBER, *ob. cit.*, p. 106.

(12) SCHAPIRO, *ob. cit.*, pp. 106 y ss.; BARBER, *ob. cit.*, pp. 108 y ss.

(13) Resulta así sorprendente el que, con ocasión de la discusión de la Ley de Reforma 23/1976, de 19 de julio, haya podido sostenerse por algún procurador que sus reparos a otorgar su voto favorable a dicha Ley, respondían a la incertidumbre de la que ésta adolece, aunque no por la fórmula del número 5 del art. 172, sino por la utilización de términos tales como “número considerable de personas” por el núm. 4 del art. 166 —fórmula ésta que, por lo demás aparecía ya utilizada por el art. 189 del Cód. pen. de 1870—.

ámbito del ejercicio ilícito del derecho de asociación, tales elementos no comportan, en términos generales, la vaguedad y consiguiente incertidumbre de la fórmula empleada por el número 5.º del artículo 172. Ante la imposibilidad de efectuar en el presente trabajo un estudio ius-comparatista de esta interesante cuestión, nos limitaremos a hacer una referencia a guisa de ejemplo, a la ordenación contenida en los Códigos penales alemán e italiano.

El primero de ellos castiga en su parágrafo 84 determinados actos de participación en un "partido declarado anticonstitucional por el Tribunal de Garantía de la Constitución Federal, o en un partido del que el Tribunal de Garantía de la Constitución Federal haya afirmado que constituye la organización sucedánea de un partido prohibido". Y en su parágrafo 85 pena ciertas conductas de participación en "un partido o asociación del que se ha declarado por resolución firme que constituye la organización sucedánea de un partido prohibido, en un proceso seguido conforme al parágrafo 33, párrafo 3.º, de la Ley de Partidos", o "en una asociación que haya sido prohibida por resolución firme en atención a contrariar el orden constitucional o las ideas del entendimiento entre los pueblos ('Völkerverständigung'), o de la que se ha afirmado por resolución firme que constituye la organización sucedánea de una tal asociación prohibida". En relación a estos preceptos importa poner de relieve que al Juez Penal no le corresponde una facultad de decisión sobre la concurrencia, o no, de los presupuestos correspondientes a la calificación del respectivo partido o asociación (14).

En cuanto al Código penal italiano, el artículo 270 declara: "Quien en el territorio del Estado promueva, constituya, organice o dirija asociaciones encaminadas a establecer violentamente la dictadura de una clase social sobre las otras, o bien a suprimir violentamente una clase social o a subvertir violentamente los ordenamientos económicos o sociales constituidos en el Estado, será castigado con la reclusión de cinco a doce años. A la misma pena queda sometido quien en el territorio del Estado promueva, constituya, organice o dirija asociaciones que tengan por fin la supresión violenta de todo ordenamiento político o jurídico de la sociedad" (15).

Sin entrar en una consideración crítica de los distintos aspectos y cuestiones referentes a la regulación de los límites del ejercicio del derecho de asociación en el Derecho Penal comparado, por la imposibilidad de llevarla a cabo en el marco de la presente exposición, debemos concluir que el grado de vaguedad e incertidumbre que la redacción del número 5.º del artículo 172 del Código penal español resulta excepcional.

Los referidos defectos del texto del número 5.º del artículo 172 ponen seriamente en tela de juicio la viabilidad de dicho precepto,

(14) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Munich, 1974, páginas 683 y ss.

(15) PIOLETTI, *Associazioni sovversive e antinazionali*, en *Enciclopedia Forense*, I, 1958, p. 480.

esto es, la posibilidad de su aplicación a la vida real. Si censurada ha sido la utilización del término "totalitario" en la ciencia política, por las enormes dificultades de determinar la significación de dicha palabra, con mucha mayor razón lo deberá ser su empleo en el lenguaje del Código penal, que, por una irrenunciable función de garantía, debe extremar el rigor lógico en la redacción de la Ley, empleando términos cuyo sentido no deje lugar a la duda e incertidumbre. Y si costoso resulta a la ciencia jurídico-penal dilucidar la significación y ámbito del referido término, estas dificultades alcanzarán la más elevada cota en relación a quienes en el ejercicio de la función jurisdiccional, deban aplicar la Ley, y a quienes, como ciudadanos, sean destinatarios de ésta. Baste a tal efecto observar, en una situación que raya los lindes de lo grotesco, que, para indagar los Jueces y Tribunales, de una parte, y los destinatarios de la norma, de otra, el ámbito correspondiente a lo prohibido en el ejercicio del derecho de asociación, deberían en rigor acudir a una detenida lectura de los tratadistas de ciencia política y tomar, además, postura en orden a la cuestión de si, conforme a lo que un sector de ellos sostiene, ostenta el término "totalitario" un significado lógicamente aprehensible y caso de responderse de modo afirmativo, en relación, además, al problema de cuál sea en concreto dicha noción. Y si difícil resulta determinar el cumplimiento del elemento objetivo del tipo, correspondiente al referido término del número 5.º del artículo 172, cabe imaginar, la frecuencia con que en la práctica diaria pueden difundirse situaciones de error sobre la concurrencia del indicado elemento.

b) No obstante las consideraciones expuestas en el apartado sistemático precedente, el intérprete debe intentar, por todos los medios, ofrecer una exégesis de lo dispuesto en la Ley, es decir, del número 5.º del artículo 172. Y ello, en último término, al objeto de evitar los mayores males que, de lo contrario, acaso pudieren seguirse en la aplicación del precepto. En cumplimiento de esta función y en atención a las características del término "totalitario" expuestas con anterioridad, procede que extrememos el rigor lógico en la interpretación del precepto, a fin de compensar, en la medida de lo posible, la imprecisión e incertidumbre de la redacción legal —con todo, la cuestión que queda abierta en la de que ello sea posible—. *Extremar el rigor* no puede aquí sino significar el exigir, para la estimación de un "sistema totalitario", todos y cada uno de los requisitos que, en virtud de su conjunción, determinen el que, a los ojos de cualquier observador, merezca el respectivo sistema la cualidad de *totalitario*. La concurrencia de *una parte* tan sólo de las características definidoras de dicha noción, o de aquellas que únicamente para un cierto sector doctrinal puedan motivar la apreciación de la cualidad de *totalitario*, debe estimarse, pues, insuficiente, a no ser que se quiera incurrir en una interpretación laxa del referido término. Al objeto de determinar cuáles son los requisitos que en su conjunto definen la indicada noción, deberá acudirse a aquellas construcciones.

de la ciencia política que manifiesten un mayor rigor o cúmulo de exigencias. Útil a tal efecto puede resultar, por ello, el síndrome de características elaborado por SCHAPIRO, conforme a los términos expuestos con anterioridad, y a los que aquí, en evitación de reiteraciones, nos remitimos —supra C.—. En suma, deberá entenderse que una asociación se propone instaurar un sistema totalitario, si persigue la creación de un orden político que cumpla la totalidad de requisitos correspondientes a la elaboración doctrinal referida.

c) Dado el valor que a los partidos políticos ha correspondido en los sistemas totalitarios —cfr. supra C.—, debe extremarse el rigor lógico a la hora de dilucidar si un cierto partido merece la consideración de totalitario. En efecto, si el partido es concebido en los regímenes totalitarios, según pusimos de relieve, como un *instrumento* al que el líder y el grupo dominante acuden para, junto a otros medios, alcanzar o mantener su autoridad, resulta evidente la necesidad de operar con el indicado rigor. Únicamente si la respectiva asociación tiene como objetivo la instauración de un régimen político de liderazgo o caudillaje según los términos antes expuestos, deberá entenderse cumplido el presente elemento del tipo.

2. Aparte del propósito de implantar un sistema totalitario, el número 5.º del artículo 172 del Código penal requiere el que la respectiva asociación esté *sometida a una disciplina internacional*, como exigencia ésta que debe añadirse al propósito examinado en el apartado sistemático precedente. El término “disciplina” posee distintas acepciones. Equivale en una primera de ellas y, según el Diccionario de la Lengua, a “doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral”, y también a “regla, orden y método en el modo de vivir”, que “tiene mayor uso hablando de la milicia y de los estados eclesiásticos secular y regular”. Dado el contexto del número 5.º del artículo 172 en el que el Código habla de “sometidas a una disciplina internacional”, no parece que “dicha disciplina” deba ser entendida como *doctrina*, esto es, como conjunto de principios referentes a un determinado sector de la realidad cual puede ser, en este caso, el de la vida política, sino en el de *ordenación* de las actuaciones o comportamientos conforme a los principios y jerarquías. La existencia de una *comunidad ideológica* entre la asociación que se propone instaurar un sistema totalitario y otras entidades existentes fuera de la nación, no resulta, pues, suficiente para motivar la concurrencia del presente requisito. Únicamente si la asociación que persigue la implantación del indicado sistema, está sometida a un orden jerárquico dotado de una existencia supra-nacional, es decir, vigente en uno o varios Estados distintos al español, deberá entenderse cumplido el presente elemento del tipo.

3. A la vista de las dificultades inherentes a la determinación del ámbito de lo “totalitario”, de las observaciones efectuadas sobre la relación entre dicha noción y la de partido político, así como de la exigencia concerniente al sometimiento a una “disciplina internacional”, debemos concluir que el ámbito de aplicación real del

número 5.º del artículo 172 no puede sino ser extremadamente limitado y reducido. En términos generales, entendemos que del hecho de constituir una asociación alguno de los partidos o agrupaciones declarados fuera de la Ley, por la de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, no cabe derivar la consecuencia de que aquélla cumpla los requisitos del número 5.º del artículo 172.

III

1. Llegados a este punto de la exposición, la duda que al intérprete asalta, es la de si el crítico examen efectuado del número 5.º del artículo 172 resulta, o no, inútil a los efectos de lograr una limitación del ámbito de lo delictivo cumplidora del postulado de certeza y seguridad jurídicas. Cabe, en efecto, pensar en que el rigor lógico en la interpretación de dicho número 5.º es a tales efectos inútil, pues, dada la amplitud del número 3.º del artículo 172, las asociaciones que escapen a la aplicación del número 5.º por inobservancia de alguno de sus requisitos, resultarán alcanzadas, en último término, por el número 3.º del artículo 172 que reputa "asociaciones ilícitas" 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". En respuesta a la cuestión planteada, y frente a lo manifestado por determinadas voces, digamos que del hecho de constituir una asociación alguno de los partidos declarados fuera de la Ley, por la de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939, no cabe derivar la consecuencia de que aquélla cumpla los requisitos del número 3.º del artículo 172. La aplicación de dicho número 3.º requiere la concreta constancia de que la respectiva asociación en sus *características particulares* tenía 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".

2. Para concluir importa hacer una breve referencia a ciertas cuestiones que en relación al objeto de nuestro estudio plantean determinados preceptos de la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política.

A) El que una asociación se constituya sin haber cumplido los requisitos y trámites exigidos por la Ley, no debe dar lugar hoy a la estimación de ninguno de los cinco números del artículo 172 del Código penal. La asociación para la acción política surgida al margen de lo establecido por la Ley 21/1976, de 14 de junio, queda, sin duda, fuera del ámbito de aplicación de los tipos de asociación ilícita.

B) El párrafo 2 del artículo 6, de la Ley 21/1976, de 14 de junio, dispone: "serán sancionados con suspensión de uno a tres años o disolución de la asociación, según la gravedad y demás circunstan-

cias apreciadas por la Sala del Tribunal Supremo prevista en el artículo 8.º: *a)* las actividades que determinen la ilicitud de las asociaciones conforme a lo establecido en el artículo 1.º; *b)* la recepción de fondos procedentes del extranjero o de Entidades o personas extranjeras”. El párrafo 6 del propio artículo 6.º declara: “La responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros se exigirá ante los Tribunales de Justicia ordinarios, de acuerdo con la legislación sustantiva y procesal común.” Y el artículo 8.º de la propia Ley establece: “Una Sala del Tribunal Supremo conocerá de todos los asuntos contenciosos que puedan plantearse al amparo de esta Ley. El procedimiento se regulará por Ley.”

En relación a los trascritos preceptos importa aquí poner de relieve que las resoluciones que al amparo del artículo 6.º adopte la Sala del Tribunal Supremo prevista por el artículo 8.º, no resultan vinculatorias para los Jueces y Tribunales Penales, pues, al no disponer así precepto legal alguno —a diferencia de lo que rige en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán—, no cabe sino entender que la decisión correspondiente a la jurisdicción penal debe formarse de modo autónomo e independiente.

Observemos, por último, que aun cuando el número 6 del artículo 6.º hable de “la responsabilidad civil y penal de las asociaciones políticas y de sus miembros”, no cabe entender que exista base suficiente para estimar que dicho precepto crea una responsabilidad penal para las personas jurídicas. En responsabilidad penal únicamente pueden incurrir, pese a la equívoca redacción de dicha disposición, los individuos de las asociaciones políticas.