

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Asociaciones ilícitas en el Código Penal». Prólogo de José María Rodríguez Devesa. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1978, 406 páginas.

No se limita el autor en el presente libro al examen del número 2.º del artículo 172 del Código Penal, relativo a la asociación para delinquir sobre la que había versado su tesis doctoral. Consciente de la importancia y trascendencia que la reforma llevada a cabo en materia de asociaciones ilícitas por la ley 23/1976, de 19 de julio, suponía para el Derecho penal español, ha abordado Antonio García-Pablos un estudio de mayor envergadura: el tratamiento conjunto de todas las figuras de asociaciones ilícitas previstas en la citada ley. No constituye, pues, este libro la mera publicación de la tesis doctoral.

Tras examinar los antecedentes históricos del sistema penal español en materia de asociaciones ilícitas, analiza el autor el proceso de reforma para acabar con el estudio del derecho positivo procedente de la ley 23/1976, de 19 de julio. La reforma, que venía justificada por los defectos de la legislación anterior, ha sido en opinión del autor más política que técnica. Por ello, a pesar de todo, el sistema español vigente en materia de asociaciones ilícitas sigue estando necesitado de profundas y sustanciales modificaciones. Por una parte, por la vaguedad e imprecisión con que están contruidos los tipos, la reforma no satisface las elementales exigencias de certeza y seguridad jurídicas, y por otra, ha dejado intactas las líneas fundamentales del sistema tradicional. A este respecto señala acertadamente el autor como principal defecto del sistema español el hecho de que la problemática de los partidos políticos siga estando inserta en el marco de la legalidad ordinaria, cuando debería estar en el marco de una «suprallegalidad», pues se trata de un tema constitucional.

Con la pretensión de abandonar de antemano posturas formalistas, dedica García-Pablos, antes de adentrarse en el examen del derecho positivo, unas referencias muy atinadas y elaboradas al bien jurídico protegido. Y es que piensa, con otros muchos autores, que «la actitud crítica del jurista no ha de limitarse a comprobar si la ley positiva se ajusta o no al postulado de la legalidad—que es una garantía fundamentalmente formal—, sino que exige del mismo el examen de la actividad represiva del Estado contemplada en su totalidad, y a la luz de los principios que deben inspirar la acción de un Estado, que tomo como modelo: el Estado democrático de Derecho, el Estado de Derecho social y democrático» (pág. 200). El tema del bien jurídico exige, en opinión del autor, un tratamiento distinto en la asociación para delinquir y en las asociaciones políticas. Si en la asociación para delinquir del número 2.º del artículo 172 del Código Penal parece claro que el objeto de la tutela es el propio poder del Estado en cuanto que es éste quien «encarna la autotutela del ordenamiento jurídico frente a determinados comportamientos individuales que discurren por el más peligroso cauce organizativo» (pág. 173), la cuestión es más discutida con relación a las asociaciones de carácter político. No participa a este respecto el autor ni de la tesis de la seguridad interior del Estado ni de la tradicional que apela al legítimo ejercicio de los derechos individuales. «El Estado de

Derecho de nuestros días—afirma—no parecé que acuda al C. P., tipificándolos estos delitos, para proteger la propia seguridad, sino para hacer respetar las normas que regulan la libre y democrática participación política de acuerdo con un determinado modelo de la misma. Lo que necesariamente no prejuzga—en un sentido u otro—el tema distinto de su «seguridad» (pág. 147). Por otra parte, con anterioridad a la reforma de 1976, el Código «reforzó con su sanción la efectividad de unas normas extrapenales puramente limitativas, o incluso el vacío hormaivo. El Código, pues, tutelaba el interés de restringir al máximo o impedir el ejercicio del derecho (?) de asociación. Pero, con la reforma de 1976, entiendo que el problema del bien jurídico debe replantearse... Uno de los objetivos de ésta ha sido, desde luego, *hacer posible el proceso constituyente*, quitando los obstáculos legales que impedían la determinación, por la soberanía popular, de nuevas fórmulas políticas. De los antecedentes de la Ley 23/76, de 19 de julio, se desprende que su finalidad no es otra que la de *crear y hacer respetar un marco de participación política* con arreglo a un modelo aún impreciso—necesariamente impreciso—cuyos contornos definitivos se trazarán al aprobarse la nueva Constitución. El legislador pretende asegurar el respeto por todos de unas normas de juego para la participación política, excluyendo la violencia y el totalitarismo, es decir, los extremismos, las posturas que a corto o largo plazo impedirían aquélla» (págs. 148-149). Después de examinar los modelos alemán e italiano, acaba estas referencias declarando que el sistema español se encuentra en una primera fase en cuanto a la tutela del bien jurídico. «El Estado sigue siendo más Estado *«aparato de poder»* y conjunto de instituciones, que Estado *«comunidad» nacional...* En nuestro sistema está todo por hacer. Porque los contornos de ese «orden democrático», de esas reglas del juego de participación política, serán elaborados por los nuevos Diputados, una vez concluido el proceso constituyente» (pág. 162).

La problemática de la naturaleza jurídica y caracterización de la tutela penal es abordada por García-Pablos, limitándose al supuesto básico y fundamental de la asociación que tiene por objeto cometer otro delito. Con referencia a este problema entiende que las asociaciones criminales no entrañan una anticipación de las barreras penales en cuanto que no incriminan «meras intenciones delictivas, ni ideológicas, sino determinados *actos «externos»*, conductas que nuestra ley *sustantivizada*, en lugar de describir, con los correlativos verbos transitivos...» (pág. 172). Teniendo en cuenta la concepción del bien jurídico de que parte, tampoco comparte el autor la tesis de la naturaleza preparatoria de la asociación. Mientras sea irrelevante para el tipo la ejecución de su propio programa no puede ser acertada la afirmación de la naturaleza preparatoria de la asociación criminal. En su opinión se trata «de un delito *sui generis*, de una técnica a la que ya se refirió Berner en los siguientes términos: *como acto preparatorio aparece un comportamiento dado sólo cuando se configura con relación a otro comportamiento, a la ejecución de este segundo. Pero si la ley penal castiga una acción que bien pudiera tomarse por acto preparatorio, no en consideración a ese momento ejecutivo que prepara, entonces no se castiga aquélla en cuanto tal acto preparatorio: aparece, por el contrario, como una acción que se castiga en sí misma*» (pág. 175). Por otra parte y en orden a la polémica en torno

a la caracterización de estos delitos como delitos de peligro «puede afirmarse que si el tipo no exige un *principio de ejecución de los delitos planeados*, si el delito de asociación ilícita se *consume* aunque no se ejecuten ninguno de los hechos criminales en programa, es obvio que la asociación criminal no es un delito de «peligro» respecto a los mencionados bienes jurídicos singulares» (pág. 179).

Con relación a la necesidad de la tutela penal en el ejercicio de la asociación política, resume García-Pablos su opinión en los siguientes términos: «no puede descartarse la *«necesidad»* de la pena, para la protección de un orden de valores que la sociedad, mayoritariamente, aprueba y estima; aunque la pena ha de ser siempre la *«última ratio»* y no el medio normal y primario del Estado. Ahora bien, no basta con la necesidad real de proteger ciertos bienes jurídicos: es decisivo el *modo* en que se articula la tutela de los mismos y los *mecanismos de garantía* y control que impidan los abusos y extralimitaciones, la falta de certeza o de seguridad jurídica, en una materia de tal trascendencia como la de los *derechos fundamentales* del individuo. Esta garantía formal, constitucional, brilla por su ausencia en el sistema español» (pág. 200). En este sentido no es lícito en una sociedad democrática acudir al Código Penal para prohibir determinados partidos políticos. «El C. P. debe limitarse a configurar *delitos de «desobediencia»*, abandonando sus actuales pretensiones de crear una ilicitud penal primaria y autónoma» (pág. 215). Las limitaciones del derecho de asociación deben establecerse en una ley fundamental o constitucional y debe ser asimismo un Tribunal Constitucional quien controle todo el mecanismo. Se trata de dos exigencias fundamentales. De lo anteriormente expuesto deduce el autor que sólo el actual número 2 del artículo 172 del Código Penal tiene perfecta justificación, tanto desde el punto de vista técnico como de política criminal. Constituye, sin duda, «un resorte eficaz y necesario contra la *delincuencia común asociada*, si bien los tribunales españoles han sido y siguen siendo reacios a su aplicación» (pág. 361). Los demás supuestos de asociaciones ilícitas acusan los condicionamientos de la reciente reforma y son muy cuestionables tanto desde puntos de vista dogmáticos, como procesales, constitucionales y de política criminal.

Con un acendrado rigor crítico lleva a cabo el autor el análisis e interpretación de los tipos, tanto de los elementos comunes a los mismos (concepto de asociación, de objeto social y de mero individuo, miembro activo, presidente, director, fundador y favorecedor), como de los específicos de las respectivas figuras de asociaciones ilícitas. Con el mismo rigor científico deja bien patente su profundo conocimiento de la dogmática jurídico-penal en el estudio de las cuestiones referentes a la culpabilidad y al error, a las formas imperfectas de ejecución y al concurso tanto de leyes como de delitos.

Ponen punto final al libro los siguientes Anexos: 1) Texto resumido de la Sentencia de 8 de junio de 1936, de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, sobre la licitud de la Asociación «Falange Española de las JONS»; 2) Texto literal de la Sentencia de 1 de abril de 1977 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo sobre la licitud penal del Partido Comunista de España; 3) Texto íntegro de la resolución gubernativa que legaliza el Partido Comunista de España, acor-

dando su inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas del Ministerio de la Gobernación (resolución de 9 de abril de 1977), y 4) Relación cronológica y provisional de los partidos políticos legalizados y pendientes de legalizar.

Como ya he dicho antes, y como señala en el prólogo el profesor Rodríguez Devesa, Antonio García-Pablos ha estudiado este polémico tema de las asociaciones ilícitas con gran rigor crítico y científico, tanto en el análisis e interpretación de la ley como en el manejo del Derecho comparado, no dejándose fácilmente deslumbrar por las soluciones que en esta materia hayan podido darse en otros países. Por otra parte, demuestra el autor un amplio conocimiento de la dogmática jurídico penal, que hace que el trabajo realizado sea muy valioso no sólo para el estudio de las asociaciones ilícitas, sino también para otros muchos problemas del Derecho penal.

MANUEL GALLEGO DÍAZ

HENTIG, H. (von): «La criminalidad del homófilo». Trad. J. Belloch Zimmernann. Espasa-Calpe. Madrid, 1975, 268 páginas.

Se divide la obra en cuatro capítulos, dedicándose el primero a la introducción, en donde se tratan consideraciones generales, así como el significado del vocablo homófilo, con relación al cual escribe el autor: «existe, dentro del campo homosexual, impotentes, frígidos, subdesarrollados, frustrados, tímidos y a su lado otros sublimadamente agarrotados, aplicándose a estos últimos exactamente la expresión *homófilo*». Se destaca la conducta de algunos homófilos, lo que permite una mayor comprensión del concepto. Se hace referencia también de las estadísticas de estos sujetos en algunos países poniendo en tela de juicio el valor de las mismas, ya que el número de casos desconocidos es muy elevado.

Se ocupa el capítulo segundo de la sociología del homófilo. Se hace una breve exposición de la vida de éstos en la prisión y de la tendencia a ocupar determinadas profesiones, como el ejército, maestros, cocineros, sastres, masajistas y otras en donde se tiene relación con varones. También se trata de la coartada del matrimonio como medio para camuflar la condición homosexual, así como de los chantajes de que suelen ser objeto. Se recoge la inclinación homófila de algunos personajes históricos, como Federico el Grande de Prusia y Luis III de Baviera.

Con relación a los rasgos psicológicos del homófilo se destaca el mayor porcentaje de hijos ilegítimos, mientras que, dentro de los ambisexuales los heterosexuales son los más frecuentes, aunque se prefiere a los sujetos del mismo sexo, siendo ésta una forma de ocultar socialmente su verdadera condición. De todos modos la condición bisexual en buena parte de los casos es simulada y no real. En ocasiones se dan situaciones masoquistas, lo que facilita la sumisión en la pareja homosexual, mientras que cualquiera de ellos puede terminar suicidándose como consecuencia de situaciones depresivas derivadas de la conducta sexual, mientras que el odio y el temor a las mujeres suele ser frecuente.

Se trata en el cuarto y último capítulo de la criminalidad en la esfera ho-