

EL CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE LA DICTADURA FRANQUISTA^(*)

Victoria Sandoval Parra
Universidad de Murcia
vsp46180@um.es

RESUMEN:

Durante la dictadura franquista avanza la concepción técnica del delito de terrorismo. Frente a las concepciones puramente ideológicas del terrorismo, que amparaban una legislación de carácter excepcional, y frente a la dificultad de separar su contenido criminal de otros delitos habitualmente concurrentes en la práctica violenta del terror, el totalitarismo franquista va a desarrollar una configuración técnica más compleja que, partiendo del delito común de terrorismo contemplado en el Código Penal de 1944, dará lugar, con la reforma legislativa de 1971, a la forma del delito de terrorismo en comando, con la que se refuerza la intencionalidad dolosa y los factores de perturbación del orden y la paz pública, y que a su vez se distinguirá por una parte del delito de terrorismo impropio y por otra parte del delito de terrorismo cualificado. En el desarrollo jurídico de estos tipos delictivos legales tiene una importancia destacada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se advierte además la conexión de los delitos de terrorismo con otros delitos que también históricamente habían resultado afines, en particular el delito de asociación ilícita y el delito de propaganda ilegal.

PALABRAS CLAVE:

Totalitarismo, comando terrorista, terrorismo, asociación ilícita, propaganda ilegal.

(*) Este trabajo de investigación pertenece al proyecto titulado *Conflicto y reparación en la historia jurídica española moderna y contemporánea*, referencia PID2020-113346GB-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020 (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

THE CONCEPT OF TERRORISM IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT DURING THE FRANCO DICTATORSHIP

ABSTRACT:

During Franco's dictatorship, the technical conception of the crime of terrorism advanced. Faced with the purely ideological conceptions of terrorism, which protected legislation of an exceptional nature, and faced with the difficulty of separating its criminal content from other offences usually involved in the violent practice of terror, Franco's totalitarianism was to develop a more complex technical configuration, starting from the common crime of terrorism contemplated in the 1944 Criminal Code, will give rise, with the legislative reform of 1971, to the form of the crime of commando terrorism, which reinforces the malicious intentionality and the factors of disturbance of public order and peace, and which in turn will be distinguished on the one hand from the crime of improper terrorism and on the other hand from the crime of qualified terrorism. In the legal development of these legal offences, the jurisprudence of the Supreme Court has an outstanding importance, in which the connection of terrorist offences with other offences that had also historically been related, in particular the offence of unlawful association and the offence of illegal propaganda, is also noted.

KEY WORDS:

Totalitarianism, terrorist commando, terrorism, unlawful association, illegal propaganda.

INTRODUCCIÓN

Conceptualmente, el hallazgo de una definición concreta de terrorismo es, y ha sido a lo largo del tiempo de su evolución histórica contemporánea, una labor complicada. La definición está condicionada precisamente en gran medida por su dependencia de los nuevos medios, instrumentos o mecanismos generadores de terror o alarma social. A su vez, esta dificultad definitoria involucra en su estudio a diversas disciplinas que trabajan para ofrecer una visión de carácter jurídico, político o social que inevitablemente se entrelazan. Incluso, como recientemente ha explicado Martyn Frampton, dada la multitud de definiciones sobre el terrorismo, un enfoque puede basarse en ofrecer una visión de conjunto, desde una perspectiva multidisciplinar, en busca de una acepción común¹. A tal efecto, López Calera en su análisis destacaba lo que a su juicio constituyen los elementos esenciales y las claves que habría que valorar para la comprensión de dicho acto delictivo extremo, como el hecho de tratarse de un atentado contra los

¹ M. Frampton 2021, 31-32.

derechos fundamentales de la persona; su finalidad por producir terror (individual o colectivamente); la necesidad de objetivar cuantitativamente a los sujetos pasivos del terror y el tiempo en el que permanece el terror social; el ejercicio de una violencia indiscriminada en la que no hay distinción entre víctimas; los motivos que generan su actuación o amenaza y que principalmente son de carácter político con el fin de subvertir, alterar gravemente o incluso destruir las bases y estructuras elementales de un Estado, intimidando a sus ciudadanos; o la motivación de sus actos (“motivos políticos buenos” o “motivos políticos malos”) que convierten (o no) una forma de violencia en terrorismo². Sea como fuere, en su sentido criminal, la dificultad de conceptuar el terrorismo como acto delictivo típico reside en su ambigüedad, como entendía Quintano Ripollés, calificándolo como un *delito político* en el que hay que atender a los elementos que presenta de tipo *común*, en relación con el daño que objetivamente causa a las personas y las cosas, pero también en relación con circunstancias especiales como el móvil y su objetivo, en consideración a los motivos que empujan al autor a la comisión de actos antijurídicos volcados a la producción del temor social³.

La intención de este trabajo consiste en delimitar estrictamente, en la medida de lo posible, la definición del terrorismo y de otros delitos afines, como la asociación ilícita y la propaganda ilegal, desde el punto de vista jurisprudencial, durante la dictadura franquista, sobre todo en su época tardía, desde finales de la década de los sesenta, como punto de inflexión por el auge y el desarrollo de bandas criminales de tendencia ideológica sobre todo de ideología izquierdista, comunista o anarquista, o el ascenso y consolidación de bandas terroristas de inclinación nacional-separatista, como la E.T.A. A través del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha tratado de averiguar qué entiende por terrorismo el criterio judicial. Es necesario precisar si la represión del terrorismo se ciñe a lo estrictamente regulado por la ley: el Código Penal de 1944⁴, y su posterior adaptación por la ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre la reforma del Código Penal⁵, en la que fueron corregidos los artículos reguladores del terro-

² N. López Calera 2002, 52-61.

³ A. Quintano Ripollés 1963, 301-302.

⁴ “Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944”, *Boletín Oficial del Estado*, nº 13, 13 de enero de 1945. Un reciente estudio de G. Portilla Contreras (2022) analiza el Derecho penal durante la primera etapa franquista, atendiendo a las claves ideológicas para su desarrollo (55-148), la legislación penal, el anteproyecto de Código Penal de 1938 y el Proyecto de Código Penal de 1939 (153-186), la jurisdicción militar y su represión durante el primer franquismo (229-252), o los tribunales especiales para la prosecución y persecución de delitos como la masonería y el comunismo (279-336), entre otros temas.

⁵ “Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma de Código Penal”, *Boletín Oficial del Estado*, nº 274, 16 de noviembre de 1971, pp. 18415-18419. Sobre la evolución histórica de la legislación antiterrorista española, M. Cerrada Moreno 2018 considera que la pri-

rismo, recogiendo un nuevo tipo o modalidad de terrorismo “intermedio”, de tipo grupal o comando, y endureciendo sus penas; o bien si la interpretación judicial se desvía del cauce legal, dentro de ciertos parámetros, habida cuenta de la legitimación de la discrecionalidad que amparaba la propia ley en determinados casos y circunstancias. Paralelamente, es evidente que la fijación de un concepto de delito terrorista impide obviar ciertos delitos afines al terrorismo (históricamente y con absoluta persistencia), como la asociación ilícita y la propaganda ilegal, que si bien son delitos de menor magnitud, atendiendo a las formas de represión del Código Penal de 1944, conectan con la clandestinidad de la estructura de una banda criminal con fines terroristas y su necesidad de publicitar y difundir sus actos criminales para captar al mayor número posible de adeptos de cara a la participación y afiliación en sus grupos fuera de la ley.

1. TIPICIDAD Y CONSUMACIÓN DEL TERRORISMO

El capítulo XII del libro segundo del Código Penal de 1944 contempla, en sus secciones primera y segunda, la tenencia y depósito de armas o municiones, y los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos respectivamente. En la segunda de sus secciones, la norma penal reconoce como actos terroristas, en sus artículos 260 y 262, cualquier acto violento dirigido a la destrucción de obras, edificios públicos y privados, religiosos o culturales, vías de comunicación de cualquier tipo, depósitos de combustible, aeropuertos, embalses, y otras construcciones similares, con la finalidad de atentar contra el orden público y la seguridad del Estado. Asimismo, se incluye cualquier acto violento dirigido contra cualquier obra, edificio, dependencia o depósito del Ejército o de las fuerzas dedicadas a la defensa nacional (aun no siendo el propósito alterar las bases del Estado), y

mera legislación antiterrorista “estuvo claramente enfocada a la lucha contra el terrorismo de signo anarquista”; posteriormente, sería la banda terrorista E.T.A. la que condicionaría dicha legislación. En una primera fase, el terrorismo quedaría delimitado por la resistencia de grupos del bando republicano, para después identificarse con los actos guerrilleros preparados principalmente en Francia por el Partido Comunista. Tras un repaso de la diversa legislación promulgada bajo el franquismo (Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, Ley de 2 de mayo de 1943, el Código Penal de 1944, que recogería por primera vez el término “terrorismo”, el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947 sobre rebelión militar y bandidaje y terrorismo, el Decreto de 21 de septiembre de 1960, que unificaba las leyes dictadas en 1943 y 1947, derogado por la Ley 154/1963 de 2 de diciembre, la Ley 44/1971 de 15 de noviembre sobre reforma del Código Penal, que refundiría las leyes de 1943, 1947 y 1960, y el Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto sobre prevención del terrorismo), el autor dedica su estudio al concepto jurídico de terrorismo, que define como un término “histórico y cambiante”, sin que aún se haya alcanzado “un concepto unívoco del término”, algo preocupante particularmente en el ámbito jurídico (16) en una disciplina como el derecho penal en donde debe imperar “la seguridad en las definiciones y en las consecuencias que el Derecho asigna a los hechos”.

al uso de armas o sustancias explosivas e inflamables con el objeto de alterar el orden social. Tales actos, en función de la gravedad, son castigados con penas que oscilan entre la muerte y la reclusión mayor o menor. Los artículos 263 y 264 reprimen, además, la amenaza de causar cualquiera de los actos mencionados, y la tenencia, fabricación, transporte o suministro de sustancias o materiales explosivos o análogos⁶.

Posteriormente, por Ley de 15 de noviembre de 1971⁷ los artículos dedicados al terrorismo (260-264) serían adaptados “a las necesidades actuales”, cuya principal novedad, según la opinión judicial, residiría en la criminalización de las actuaciones producidas por los “comandos”, según la modificación introducida en el artículo 263⁸, entendidos como una “modalidad atentatoria contra la paz

⁶ Sobre la distinción delictiva que implica el título de la sección segunda del capítulo XII del libro segundo del Código Penal de 1944, “De la tenencia y depósito de armas o municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos”, afirma A. Quintano Ripollés 1963, 302, que es “más aparente que real, puesto que en el primer grupo son imaginables igualmente atentados por explosivos”, y cuestiona el significado que la legislación parece darle al terrorismo en cuanto “*resultado dañoso y finalista a la vez*”, sin matizar la existencia de “modalidades formales” en los delitos de explosivos “que en los terroristas propiamente dichos no son imaginables”.

⁷ “Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma de Código Penal”, cit. A. Quintano Ripollés 1963, 301-302, subraya el “marcado carácter de tendencia” presente en el delito de terrorismo y explosivos, en cuanto a que requiere un propósito posterior de carácter catastrófico y subversivo, descrito por lo que denomina “propaganda por la acción directa” dados los medios empleados, la oposición y el miedo colectivo generado. De “estructura ambigua”, al ser un *delito político* “en atención al móvil y elementos subjetivos que lo informan”, al mismo tiempo presenta elementos de tipo *común*, “al presuponer conductas incriminadas en figuras delictivas ordinarias, contra las personas o la propiedad”. Su inclusión en el título II del libro segundo, afirma Quintano, “parece implicar un criterio de politicismo”, cuestionado e incluso rechazado por la doctrina en lo que respecta a la “criminalidad terrorista”. Así, el terrorismo no sólo daña o perjudica un “determinado orden estatal”, sino que va más allá de los principios humanitarios que interesan a la comunidad, reivindicando, dada su evolución y las nuevas modalidades de este acto delictivo, una “acción penal internacional”. Su constante evolución y los diversos medios de delincuencia con explosivos que van surgiendo dieron lugar a una regulación especial, al margen de la codificación penal vigente, que se remonta a finales del siglo XIX con las leyes excepcionales de 1894 y 1896 para la represión del terrorismo anarquista. A pesar de que en los códigos penales existían delitos de condiciones similares, bajo el tipo delictivo de “estragos”, afirma el autor que “a modo de agravación específica de los daños, se consideró que ello no era suficiente para la rápida y severa represión que la gravedad del mal reclamaba”. Con arreglo a la permanencia de este criterio, se promulgó la Ley sobre Terrorismo de 1934, durante la II República, la Ley de Seguridad del Estado de 1941, ya dentro del régimen franquista, sustituida por la Ley sobre Bandidaje y Terrorismo de 18 de abril de 1947 (vigente hasta la promulgación de la Ley 44/1971). La confluencia de leyes especiales según Quintano produjo mayores dificultades técnicas, en particular por lo que se refiere a la desproporcionalidad existente en las penas de las leyes especiales en contraste con la normativa general del Código Penal.

⁸ “Ley 44/1971”, cit., artículo 263: “Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden, causando lesiones o vejación a las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstacu-

pública”, caracterizados por su actuación en grupo a través de “actos o golpes esporádicos, insólitos y autónomos”. Así, el Tribunal Supremo⁹ justificaría la represión de estos nuevos grupos de actuación, sin una exigencia organizativa extrema, al comprender que el orden público afecta a las “exteriorizaciones colectivas de la vida de la comunidad social”, y que depende, además del respeto de las instituciones que garantizan un Estado de Derecho, de la “paz de los lugares de uso público”, garante de un adecuado y normal funcionamiento de sus servicios públicos. Por ende, podría decirse que la idea de terrorismo se extiende en la década de los setenta incorporando el concepto de “paz pública”, “más amplio que el orden público”, yendo más allá del atentado contra este último y considerando como delictiva cualquier conducta grupal cuyo objeto implique una coacción o presión en el normal ejercicio de los “derechos individuales”. En definitiva, la norma pretende reprimir cualquier acto grupal que perturbe o produzca “desasosiego” alterando la convivencia “ciudadana”. En esta línea, como matiza la jurisprudencia, cabe distinguir en la conducta delictiva desarrollada por los comandos una pretensión objetiva y externa y otra subjetiva. La primera estaría representada por el daño real ejercido contra las personas o las cosas, valorado de acuerdo con las circunstancias delictivas que atienden al lugar, personas implicadas y medios empleados. El segundo presta atención al daño moral que de manera dolosa se produce al perturbar la paz pública, lo cual implica, necesariamente, que el daño moral o subjetivo provocado deba ser valorado según la discrecionalidad de los jueces.

STS 622/1973 de 12 de diciembre de 1973: “Considerando que como es conocido, el orden público afecta primordialmente a las exteriorizaciones colectivas de la vida de la comunidad social y esencialmente depende del respeto a los Órganos a través de los cuales se concreta la voluntad de la Ley en un Estado de Derecho, así como de la paz de los lugares de uso público, y por extensión de ésta, del normal funcionamiento de los servicios públicos, de cuyos conceptos se desprende que el respeto a los órganos del Estado es premisa sin la que no se concibe la realización de los fines de éste, y que la paz pública como exponente de disciplina social y política excluye cualquier presión o intimidación que coarte el ejercicio de los derechos individuales, constituyendo y encarnando por ello el orden público, tanto un bien jurídico de toda sociedad evolucionada, como un objetivo de vital interés estatal, administrativa y penalmente protegido en todas las legislaciones modernas, entre éstas la española, cuya más reciente regulación viene establecida por la

lizando las vías públicas u ocupando edificios, salvo que al hecho corresponda pena más grave en otro precepto de este Código”.

⁹ Las sentencias (= STS) y los autos (= ATS) citados de la Sala Penal del Tribunal Supremo se pueden consultar en la página web del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial.

Ley de 15 de noviembre de 1971, que revisa y modifica la Sección segunda del Capítulo XII del Libro II del Código Penal común, adaptando los artículos 260 a 264 que la integran a las necesidades actuales, dando cabida en su texto articulado a los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados y estables y la simple pertenencia a éstos según expresa literalmente el preámbulo explicativo de la misma, cuya novedad más significativa posiblemente venga representada por el nuevo contenido del artículo 263 al criminalizar manifestaciones diversas de conductas contra el orden público caracterizadas por las notas singulares y específicas de “actuar en grupo” y de actuar mediante actos o golpes esporádicos, insólitos y autónomos, es decir, lo que en Versión corriente se entiende y comprende por la modalidad atentatoria contra la paz pública –concepto más amplio que el orden público–, representada por la moderna actuación delictiva de “comandos”, que en rápida acción perturban aquélla y originan daños morales o materiales sobre personas o cosas, sembrando el desasosiego, la inquietud o alarma en los núcleos urbanos, tipificándose tal delito cuando objetiva y externamente la perturbación pública revista cierta entidad, elemento normativo cuya apreciación viene condicionada por la concurrencia de circunstancias de tiempo, lugar, personas y medios puestos en práctica, y subjetivamente cuando la voluntad culpable se dirige con una finalidad dolosa a alterar la coexistencia ciudadana normal mediante cualquiera de las formas que taxativamente se prevén y reseñan en el artículo 263 de referencia”.

La siguiente sentencia del Tribunal Supremo detalla los mecanismos de reunión y actuación del comando, también identificado con la “asociación de malhechores”, la delincuencia “asociada”, “sectaria” o de “grupo”, como “tipo de codelinquencia” *enquadable* en el reformado artículo 263 del Código Penal. Atendiendo a la controversia que supuso esta “innovación”, reconoce la doctrina legal del Tribunal Supremo que “ciertos sectores doctrinales” discutieron su encaje jurídico, concretamente bien porque dichas “conductas criminalizadas” podrían encuadrarse en otras normas del Código Penal, bien porque a falta de una previsión precisa por parte del legislador de lo que este sector doctrinal califica como “delitos contra el orden público equiparados al terrorismo”, no mermaría la “capacidad de reacción punitiva”, legitimando en consecuencia las imprecisiones o inexactitudes de la norma penal para priorizar o ensalzar su dureza represiva. La sentencia del Tribunal Supremo justifica el *innovador encuadre* del comando exponiendo con detalle sus modos de articulación o “tácticas operativas”. Así, el comando es definido como un grupo adocetrinado que “obedece las reglas de sus generalmente ignotos dirigentes”, cuya pretensión es la de *combatir* o alterar el sistema político vigente, manifestando la repulsa de sus componentes generales (legislación e instituciones) a través de diversas actuaciones que, en su esencia, no solo provocan alteración o desorden públicos, sino que perturban la “paz pública” (“alterar la paz, la tranquilidad y el sosiego ciudadanos”). De conformidad con esta perspectiva, su modo de actuación se caracteriza por un acuerdo

previo, la concentración discreta e individual en un lugar señalado (periférico o céntrico) para que, una vez concertado el grupo, se disponga con celeridad la provocación de daños materiales de diversa naturaleza (entre otros, “actos parecidos de vandalismo callejero”). Con “estrategia guerrillera urbana”, una vez que acuden las fuerzas de seguridad y “alterada la normal vida ciudadana” por la perturbación social sembrada, el grupo huye de manera dispar, previo consenso y tras un aparente (o no) enfrentamiento con las fuerzas de seguridad del Estado, para reaparecer y repetir “idénticos” o “análogos” actos “en obediencia a las consignas” de sus dirigentes (ocultados en la “penumbra” y bajo el *anonimato*).

STS 1395/1975 de 7 de febrero: Considerando que dentro de la asociación de malhechores o delincuencia asociada, llamada también delincuencia sectaria o delincuencia de grupo, modalidad de participación caracterizada por la reunión de sus elementos componentes medio previo acuerdo, actuando todos ellos por una misma fe, por un mismo ideal y por un fin común, puede encuadrarse el tipo de codelincuencia plasmado o definido en el artículo 263 del Código Penal, el cual fue incorporado mediante la reforma de 15 de noviembre de 1971, constituyendo innovación que obedecía, según ciertos sectores doctrinales, a necesidades ficticias porque las conductas en dicho precepto criminalizadas podían incardinarse o incluirse en otros preceptos del dicho Código vigente antes de la reforma, mientras que otros sectores doctrinales los denominan “delitos contra el orden público equiparados al terrorismo” y alaban si no la previsión del legislador sí su capacidad de reacción punitiva, porque en los últimos años una de las tácticas operativas de quienes en la clandestinidad combaten el sistema-político imperante en España y desean no sólo perturbar el orden público sino alterar la paz, la tranquilidad y el sosiego ciudadanos, o anhelan mostrar y evidenciar, de algún modo, su protesta o disconformidad con las instituciones o la legislación vigentes, consiste en, obedeciendo las órdenes o consignas de sus generalmente ignotos dirigentes, concentrarse en un lugar periférico o, a veces céntrico, de una ciudad, acudiendo al lugar señalado, individualmente, desde diversas procedencias y sin llamar la atención, y una vez integrado el grupo, cumpliendo lo acordado, proceder de modo rapidísimo a romper escaparates o cristalerías, volcar, dañar o incendiar vehículos automóviles, lanzar o arrojar piedras u otros proyectiles, o botellas que contienen líquidos incendiarios o sustancias detonantes, emitir gritos subversivos, atacar a las personas, poner obstáculos a la circulación rodada, o ejecutar otros actos parecidos de vandalismo callejero, y una vez producida la alarma, sembrados el desasosiego y la intranquilidad y alterada la normal vida ciudadana, al acudir la fuerza pública, con estrategia guerrillera urbana o de comando planeada anticipadamente, previo breve, y hasta aparente enfrentamiento con dicha fuerza o sin él, disolver el grupo inmediatamente, huyendo todos en diversas direcciones hasta que, en obediencia a las consignas de los dirigentes y organizadores que permanecen en la penumbra y en el anónimo, reaparecen en otro lugar para repetir la actuación de idéntico modo o de otro análogo”.

Frente a la dificultad de las definiciones del terrorismo que se pudieran asentar en un perfil del tipo delictivo descriptivo de la violencia, o que partieran de una relevancia de la calificación terrorista en función de una concreta asignación ideológica, se impone un concepto participativo u organizativo e instrumental que concede un primer plano al *comando terrorista*, reconociendo importancia sobresaliente a su composición y acciones delictivas (táctica y resultados). Los requisitos para la aplicación del artículo 263 en lo que respecta a la criminalización del comando son sistematizados por el Tribunal Supremo, como puede apreciarse en la doctrina de la siguiente sentencia. En primer lugar, se presta atención al sujeto integrado o a los sujetos activos integradores de un grupo (no delimitado numéricamente) que no necesariamente ha de estar formalmente organizado (de ahí su carácter inestable). En segundo lugar, se ocupa de la perfección de sus actos, equiparando las lesiones con las vejaciones en las personas (por lo tanto, la violencia física con una violencia que puede causar daño moral o psicológico), los daños materiales (“desperfectos” en las propiedades, sin matizar qué se entiende por, o cuál es la magnitud del desperfecto), y otras acciones dirigidas a entorpecer el tránsito regular por las vías públicas o la convivencia y la armonía ciudadanas (así la “obstaculización de las vías públicas u ocupación de edificios”). Como si se quisiera determinar una estructura temporal del hecho delictivo, se insiste en el “especial ánimo” doloso como elemento subjetivo, bajo la “injusta” intencionalidad de “atentar contra la paz pública”, para concluir con el propósito perseguido y consumado de alterar el orden público. Por último, es puesto de manifiesto el carácter subsidiario de la norma de cara a la aplicación de otra pena plausible de mayor gravedad.

STS 375/1975 de 22 de marzo: Doctrina. Terrorismo. Requisitos: “Los requisitos de aplicación del artículo 263 del Código Penal relativo al delito de terrorismo son los siguientes: Primero. En cuanto al sujeto activo, que se trate de persona o personas integradas en grupo, organizado o no y sin carácter estable; segundo, en cuánto a la actividad, que se causen lesiones ó vejaciones en las personas, desperfectos en las propiedades, obstaculización de las vías públicas u ocupación de edificios; tercero, en cuanto al dolo que concurra el elemento subjetivo del injusto consistente en el especial ánimo de atentar contra la paz pública; cuarto, que se persiga y logre la finalidad de alterar el orden; y quinto, subsidiariedad, pues de corresponder, por los mismos hechos, pena más grave en otro precepto del Código, se aplica éste”.

La criminalización del comando como cauce de los actos que forman parte de un delito de terrorismo común implica la conexión de un ánimo delictivo (fundamentalmente colectivo, pero también integrador individual) y un resultado de la acción delictiva. La valoración del daño objetivo que produce el medio empleado (como el lanzamiento de piedras a un coche patrulla de policía, o la colocación de vallas en una calzada) está en consonancia con el propósito dañoso

(un ánimo de perturbación) pretendido en su eficacia material (“perturbando al propio tiempo la normalidad callejera”, “perturbando la normalidad del tráfico viario”, “logrando con ello interrumpir durante varios minutos la circulación rodada”). Como se ha dicho, la calificación del comando depende de una actuación grupal que no se encuentra definida cuantitativamente por la ley penal: es un grupo que puede restringirse o ampliarse (“formando parte de un comando o conjunto de quince individuos”, “acción conjunta de ‘comando’ con otros”, “grupo de cuatro o cinco personas”), previo concierto libre y voluntario (“se concentró en la acera”, “el recurrente se integró en el grupo libre y voluntariamente”) y que actúa con responsabilidad conjunta y recíproca, con el propósito doloso de obstaculizar el orden público. La alteración del orden público ha generado un daño no solo objetivo sino también moral al perturbar la paz pública (la circulación normal del tráfico, obstaculizar “con fines subversivos” una vía pública), lo cual revela “per se”, según considera la jurisprudencia, la finalidad de los hechos ejecutados, junto a los cuales por lo demás el concurso de otras acciones de carácter secundario (como el traslado de panfletos de “organizaciones extremistas”) confirma una correcta aplicación del artículo 263.

STS 622/1973 de 12 de diciembre: “Considerando que acreditando los hechos probados de la sentencia impugnada que el 13 de marzo de 1972 el procesado, formando parte de un comando o conjunto de quince individuos, se concentró en la acera de la calle de Alcalá, en Madrid, “y desde allí lanzaron piedras contra un coche radio-patrulla de la Policía, que en servicio se hallaba estacionado en la calzada, al que rompieron los cristales y causaron desperfectos, perturbando al propio tiempo la normalidad callejera”, narración fáctica complementada por la afirmación de la misma naturaleza del primer Considerando de que el recurrente se integró en el grupo libre y voluntariamente, actuando en acción conjunta y recíproca cooperación para alterar el orden “realizando con este fin el apedreamiento del coche de la Policía, produciéndole desperfectos, entorpeciendo la calzada y perturbando la normalidad del tráfico viario”, de cuya transcripción se desprenden sin duda alguna los requisitos básicos exigidos para la tipificación del delito de terrorismo del artículo 263 del Código Penal [...]”.

STS 603/1973 de 19 de diciembre: “Considerando que acreditando los hechos probados de la sentencia impugnada, que sobre el mediodía del 28 de abril de 1972, un grupo de cinco, jóvenes entre los que se encontraba el recurrente, “de común acuerdo y en forma repentina, procedió a colocar en la calzada de la Avenida del Arco de la Victoria, en Madrid, vallas de unas obras que se estaban realizando lanzando también el procesado un tubo de hierro de un metro de largo, logrando con ello interrumpir durante varios minutos la circulación rodada, muy intensa en dicho lugar y hora”, de cuya transcripción fáctica se desprende inequívocamente los requisitos exigidos para la correcta estimación del artículo 263 de referencia, toda vez que el recurrente de acuerdo y en acción conjunta de “comando” con otros obstaculizó una vía pública

de primer orden con fines subversivos, como “per se” lo revelaba el hecho y por añadidura se desprendía del contenido de los panfletos de organizaciones extremistas que en tales momentos llevaba consigo y se le ocuparon al ser detenido, precepto punitivo que habiendo sido acertadamente aplicado por el Tribunal de instancia, procede mantener y confirmar [...]”.

Los hechos que producen una alteración del orden público evidencian una intencionalidad dolosa que después se superpone a cualquier tipo de pretexto o motivación que aclare el origen de los actos. Además, la propia jurisprudencia aclara que el “tono menor que caracteriza a estas infracciones”, en referencia a la posible inferior magnitud del daño objetivo que hayan producido, no pone en duda la “voluntariedad de tales acciones”, al haber causado “temor” e “intranquilidad” en la población afectada. A lo que se suma que entonces, contando con el respaldo legal, matiza la doctrina del Tribunal Supremo que la voluntariedad y el ánimo doloso en la acción se presumirá en conformidad con el párrafo segundo del artículo primero del Código Penal de 1944¹⁰, siendo evidente que, aunque la presunción admita prueba en contrario, la intencionalidad terrorista queda doblemente reforzada: por la presunción y por la malignidad superpuesta a partir de la perturbación del orden público. La valoración de este último factor del orden público o la paz pública, que pesa además sobre la posible prueba contra la presunción, amplía la discrecionalidad judicial y se impone parcialmente (porque también las puede considerar) a la valoración de las tradicionales circunstancias delictivas (en atención a la persona, espacio, tiempo o magnitud, entre otras), si no las absorbe, como demuestra la relevancia adquirida por cualidades de índole moral o psicológico (“ansiedad y zozobra entre los habitantes”).

STS 375/1975 de 22 de marzo: “Considerando que esto sentado basta leer la narración histórica de la sentencia recurrida para comprender que los hechos allí descritos se adecúan y subsumen perfectamente en el artículo 263 del Código Penal pues los procesados actuaron en grupo y de consuno y, con pretexto de ciertas tensiones de carácter laboral, pero con intención evidente de producir ansiedad y zozobra entre los habitantes de Éibar, privándoles de la tranquilidad y paz pública a que tenían derecho, arrojaron reiteradamente piedras contra edificios y establecimientos comerciales, causando en ellos desperfectos considerables, interrumpieron el tránsito, turbaron la normalidad viaria y callejera y profirieron voces, alterando con todo ello el orden, y sembrando, siquiera sea en el tono menor que caracteriza a estas infracciones, el temor y la inquietud entre la población afectada, sin que pueda dudarse de

¹⁰ Código Penal de 1944, artículo 1.º: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley. / Las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. / El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar”.

la voluntariedad de tales acciones dada la presunción establecida en el párrafo segundo del artículo 1 del Código Penal, no desmentida, en este caso, por cualquier clase de prueba en contrario”.

Dado que la naturaleza del terrorismo de comando definido por el reformado artículo 263 del Código Penal reside en su pretensión de alterar la tranquilidad o paz públicas mediante el desorden público, la definición exacta del concepto de paz pública, tan abstracto, será una premisa en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo profundice reflexionando sobre su conexión con el orden público. La cuestión no radica únicamente en eludir una duplicidad, sino en entender cómo la alteración del orden público se convierte en el medio, en una vía para atentar contra la paz pública. Con arreglo a esta dimensión, la paz pública se identifica con la “convivencia pacífica ciudadana” y la “evolución normal del desarrollo social”. Precisamente, es el medio empleado (conductas antijurídicas que alteran el orden público), con el fin específico proyectado que la determina (atacar la paz pública así como producir “alarma” entre las personas que pasean por una vía pública) lo que la convierte en un concepto de “mayor alcance”, si bien ha de ser circunscrita por la norma penal para evitar otras interpretaciones, quizá de mayor extensión o subjetividad (existencia o no de paz pública ante “situaciones de grave injusticia y de violación de los derechos humanos”), que tergiversarían su definición formal. En definitiva, concluye la jurisprudencia, se trata de un “bien jurídico protegido por el precepto” (artículo 263), con refuerzo represivo, y cuya amplitud no significa merma de la importancia del “orden público”, también evidentemente protegido por la norma penal, pues su protección legal (el orden público no será alterado “con actos violentos de cualquier tipo”) es el vehículo que garantiza la tranquilidad que “engendra en las gentes”, esto es, la propia paz pública. Visto a la inversa, la protección del orden público como un bien jurídico garantiza también que, de ser alterado, su represión legal resulte inmediata para restablecer la tranquilidad o la paz pública perturbada.

STS 2689/1973 de 2 de febrero: “Considerando que en cuanto a lo primero, suscitada la cuestión de lo que debe entenderse por “paz pública”, expresión que en el recurso se viene a diversificar o diferenciar de la de “orden público”, es de notar que cabe reputarla como una novedad no determinada por el simple deseo de eludir una redundancia, puesto que en el mismo texto se alude seguidamente a los que “alteren el orden”, sino en atención a que es claro que si el legislador sanciona a los que con el fin de atentar contra la paz pública alteren el orden, esta alteración del orden no es más que uno de los medios para lograr aquel atentado, de lo que se infiere que evidentemente la paz pública es algo de mayor alcance que el “orden”, pero sin que se le pueda dar la significación que pretende el recurrente, en el sentido de que la paz pública sólo existe cuando no se dan situaciones de grave injusticia y de violación de los derechos humanos fundamentales [...]”.

STS 477/1975 de 4 de abril: “[...] como dice el relato, produjo alarma entre las personas que por allí pasaban, constituyendo atentado contra la “paz pública”, bien jurídico protegido por el precepto, que es término más amplio que el de “orden público”, también protegido, pues la paz pública es la convivencia pacífica ciudadana y la evolución normal del desarrollo social, con la tranquilidad que esta situación engendra en las gentes de que no será alterado el orden público con actos violentos de cualquier clase”.

En ocasiones los recurrentes en casación, tratando de evitar la aplicación del artículo 263, alegan ante el Tribunal Supremo entendiendo que sus hechos, susceptibles de ser calificados por dos o más artículos del Código Penal, deben considerarse en cualquier caso como un delito de menor gravedad que el terrorismo en comando. Sucede así con el delito de daños, regulado en el artículo 563 del Código Penal¹¹. Pero al Tribunal Supremo le parece una “argumentación enteramente inviable a los fines postulados”, en la medida en la que las circunstancias objetivas apreciadas le conducen a una aplicación *inequívoca* del régimen punitivo más riguroso, conforme a las pautas comentadas anteriormente: comisión de los hechos en grupo, ataque súbito y espontáneo de un banco produciendo roturas y deterioros en el local, lanzamiento a la vía pública de panfletos de propaganda ilegal; a las que se añaden efectos objetivos conectados con perturbaciones subjetivas (“alteración viaria, conmoción y alarma”). Los hechos son valorados en conjunto, sin atender al grado de responsabilidad penal que pueda tener cada uno de los miembros del grupo delictivo en cada una de las concretas y enlazadas actividades delictivas, y desde luego la *perturbación accidental* que la totalidad de las actuaciones produjo (en referencia al “orden y tráfico urbano en vía pública importante”) constituye igualmente un elemento punible que, aun sin ser producido con dolo sino de forma casual o accidental, no cede en su relevancia delictiva, como una circunstancia más integrada en el conjunto de los hechos tanto objetivos (la alteración del orden público) como subjetivos (la perturbación de la paz pública “con finalidad social subversiva”). En este último punto se constata la disposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a reforzar la punibilidad no solo por la vía del refuerzo de la intencionalidad delictiva presumida y deducida de la alteración del orden social, sino también por la vía de la integración acumulativa de factores externos aun de naturaleza accidental.

Por supuesto, esto significa la inviabilidad de la aplicación del delito de daños. Frente al argumento de que el único fin de la acción delictiva consistió en “causar un detrimento material a la entidad bancaria referida como protesta y

¹¹ Código Penal de 1944, artículo 563: “Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe pase de 250 pesetas, serán castigados con la multa del tanto al triplo de la cuantía a que ascendieren, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas. / Esta disposición no es aplicable a los daños causados por el ganado y los demás que deban calificarse de faltas con arreglo a lo que se establece en el Libro III”.

represalia por una ley francesa”; empero, este propósito, aun admitido, ve transformada su “proyección y ejecución” al provocar la *lesión* de un “bien jurídico” que *desfigura* la esencia del daño particular y lo *transforma* en un delito contra el orden público, de “mayor relieve”, pues media la alteración del orden público como cauce “para la consecución de otros fines”, en alusión a la paz o tranquilidad públicas. De nuevo, aun a falta de intención delictiva depurada o ante la intermitencia del dolo, el conjunto de los hechos consumados, valorados globalmente, deriva en la calificación de terrorismo. Por eso insiste el Tribunal Supremo en las *consecuencias perjudiciales concretas*, sobre un “determinado bien patrimonial”, del *indefinido* delito de daños, como una clave de especificidad distintiva respecto de la globalidad circunstancial (objetiva y subjetiva) perturbadora del delito de terrorismo en comando, además de la “prioridad dimanante” de la gravedad de este último, al amparo del artículo 68 del Código Penal¹².

STS 1404/1975 de 14 de febrero: “Considerando que acreditando los hechos probados de la sentencia recurrida, que al atardecer del 3 de julio de 1973, en Barcelona, un grupo de cinco personas, entre las que se encontraba el procesado, situado junto al establecimiento bancario Credit Lyonnais de la calle de Londres, inició de forma súbita y sorpresiva un ataque contra el mismo, lanzando piedras y artefactos explosivos, causando deterioros en el local, vidrieras y enseres, valorados en más de 100.000 pesetas, al tiempo que arrojaban en la vía pública octavillas ciclostiladas alusivas a un país extranjero, “cuyos actos –afirma literalmente el relato probatorio– produjeron gran alteración viaria, conmoción y alarma entre los empleados del Banco y público que por allí transitaba”, de cuya transcripción se desprenden inequívocamente los requisitos exigidos para la correcta aplicación del artículo 263 de referencia, toda vez que el recurrente en acción conjunta y propia de “comando” con otros individuos, perturbó accidentalmente el orden y tráfico urbano en vía pública importante, causó desperfectos de relieve en propiedades y ocasionó inquietud y alarma en indeterminado número de personas con finalidad social subversiva, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación contenida en el recurso de que la actuación del grupo del que formaba parte el procesado, no tenía otro objeto que causar un detrimento material a la entidad bancaria referida como protesta y represalia por una ley francesa que prohibía un grupo político, por lo que procedía calificar tal actuación como constitutiva del delito de daños tipificado en el artículo 563 del Código Penal, argumentación enteramente inviable a los fines postulados, porque aunque esa fuera la ocasión, otra muy distinta fue la proyección y ejecución y sobre todo el bien jurídico lesionado, dando lugar al delito contra el orden público calificado que, en sentido estricto y riguroso, lo son todos aquéllos en los

¹² Código Penal de 1944, artículo 68: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos”.

que esencialmente la alteración usada y producida como medio para la consecución de otros fines tiene mayor relieve que éstos, mientras que el delito de daños a falta de definición legal, se conceptúa objetiva y doctrinalmente como una consecuencia perjudicial concreta, una destrucción o menoscabo de un determinado bien patrimonial, siempre que no merezca otra calificación jurídica penal prevalente, por lo específica, como sucede en el caso concreto enjuiciado, en que la conducta del recurrente corresponde ser criminalizada a tenor del artículo 263 tanto por hallarse configurada especialmente en su texto, como por la prioridad dimanante de su gravedad que proclama el artículo 68 del repetido Código punitivo, razones que en consecuencia conducen a rechazar el recurso examinado por su carencia de justificación”.

Asimismo, el cumplimiento parcial del objetivo delictivo no resta responsabilidad penal al comando. El hecho de que no llegasen a explotar “dos botellas llenas de gasolina” introducidas por los recovecos que deliberada y violentamente produjo un grupo de personas (“comando”) en las puertas de un edificio, no quita magnitud (“siendo evidente por su trascendencia”) a la alteración de la paz pública que el hecho supuso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no deja de prestar atención a la intención dolosa en los preparativos delictivos y la finalidad delictiva (“teniendo muy en cuenta el edificio elegido”, “el hecho había de producir y produjo la alteración de la paz”), como si en el terrorismo la antijuridicidad de la conducta fuera previa a la valoración formal del daño real u objetivo y moral o subjetivo desencadenado.

STS 477/1975 de 4 de abril: “El hecho de personarse un grupo de cuatro o cinco personas, del que formaban parte los dos procesados que recurren, ante el edificio de la C. N. S. de Valencia, procediendo a romper los cristales de las tres puertas principales y de un lateral del edificio, logrando arrojar en su interior por los huecos producidos dos botellas llenas de gasolina, que no llegaron a explotar, esta conducta antijurídica ha de ser encuadrada en el marco del artículo 263 del Código Penal, pues resulta evidente que por su trascendencia, teniendo muy en cuenta el edificio elegido, que el hecho había de producir y produjo la alteración de la paz, [...]”.

El delito de terrorismo en comando resulta, por lo tanto, el tipo delictivo concreto en el que se deshace o al que se reduce la abstracción característica del planteamiento jurídico teórico del delito terrorista. Es evidente que, como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el concepto de terrorismo había experimentado, a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, una profunda evolución “en todo el mundo”. Técnicamente, pues, el fruto de esta evolución, en el totalitarismo franquista, consistió en el perfil jurídico del comando terrorista. Anteriormente, podría admitirse que terrorismo y bandidaje iban unidos, en la dinámica de unos hechos delictivos entre los que destacaba la tenencia o asociación ilícita de armas, los homicidios en despoblado, el allanamiento de

morada con coacción e intimidación, o bien actos vinculados con la delincuencia callejera¹³. Sus más “graves especies” fueron reguladas por el Decreto-ley de 18 de abril de 1947 sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo¹⁴.

Con el tiempo y su “extraordinaria proliferación” *mundial*, el terrorismo acogió en su definición todo un conjunto de actividades delictivas de “extraordinaria violencia” y con un objetivo común: “infundir el terror” en la sociedad para la consecución de “determinados fines subversivos, políticos o sociales”. Así, la apertura internacional del régimen franquista hacia la relación con países democráticos, europeos o americanos, sirvió de legitimación, como recuerda el Tribunal Supremo, para la aprobación de la Ley de reforma del Código Penal de 15 de noviembre de 1971, con el objetivo de introducir, en armonía con otros códigos penales extranjeros, una “serie de medidas profilácticas y represivas” que dieron lugar a la enmienda de algunos artículos y a la *construcción*, de acuerdo con el nuevo contenido del artículo 263, de una “figura de delito intermedio”, diferenciable tanto del tipo delictivo terrorista contemplado en los artículos 260 y 261, como del “impropio o pequeño terrorismo” que, bajo la denominación de “delitos contra el orden público”, quedaba a su vez recogido entre los artículos 246 y 249 del Código Penal¹⁵.

El terrorismo “impropio o pequeño”¹⁶ se caracteriza por la ejecución de actos de menor gravedad y de menor alarma social que el terrorismo en comando contemplado entre los artículos 260 y 263. Esta menor gravedad y alarma mantiene la naturaleza terrorista porque, como subraya la doctrina legal del Tribunal Supremo, no deja de constatarse cómo las correspondientes acciones afectan a

¹³ Algunas sentencias sobre terrorismo y bandidaje anteriores a la década de los setenta ofrecen las claves sobre su actividad delictiva, a la vez que los conflictos de jurisdicción (ordinaria y castrense, esta última con competencia en los supuestos de mayor gravedad, de acuerdo con lo estipulado por el Decreto-ley de 18 de abril de 1947) evidencian las dificultades para esclarecer la magnitud de los actos terroristas y, en consecuencia, la inhibición –o no– del conocimiento de la causa por una jurisdicción u otra: ATS 62/1948, STS 1065/1948, ATS 129/1950, ATS 23/1951, ATS 53/1951, ATS 251/1954, ATS 350/ 1955, STS 1447/1961, ATS 555/1969, ATS 135/1970.

¹⁴ “Decreto-ley (rectificado) de 18 de abril de 1947 sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, *Boletín Oficial del Estado*, nº 126, 6 de mayo de 1947, pp. 2686-2687.

¹⁵ Concretamente, el artículo 246 del Código Penal de 1944 reprime la turbación grave del orden en la audiencia de un tribunal, juzgado, actos públicos de autoridad o corporación, colegio electoral, oficina o local público, espectáculos, solemnidad o reunión numerosa; el artículo 247 castiga la turbación grave para causar injuria o mal a persona o que tenga por finalidad impedir a cualquier individuo el ejercicio de sus derechos cívicos; los gritos provocativos alentando a la rebelión o sedición en lugar público, reunión o asociación, la ostentación de bienes o banderas que provoquen la alteración del orden público, según el artículo 248; y los desperfectos provocados en caminos de hierro, líneas telegráficas o telefónicas, junto con la interceptación de la comunicación o correspondencia.

¹⁶ A. Quintano Ripollés 1963, 303 califica el terrorismo *impropio* de “excepcional figura no finalista”, en el que no existe un “propósito específico de “aterrorizar” o de atentar contra la seguridad y el orden”.

la objetiva alteración del orden público y a la perturbación suficiente de la paz pública, pero la gravedad y la alarma es menor que en el delito de terrorismo en comando porque la perturbación no responde a un objeto o finalidad que consista en “producir terror”. En efecto, podría decirse entonces que la paz pública, que garantiza el mantenimiento y la estabilidad del orden público, es el único bien jurídico alterado (reducida la perturbación subjetiva) bajo la figura delictiva de los desórdenes públicos, en la que hay que situar el “pequeño o impropio terrorismo”. Pero en el razonamiento del Tribunal Supremo hay otra novedad: la posible ruptura del nexo consecutivo entre orden público y paz pública propio del terrorismo en comando. Porque si la paz pública parecía constituir el “bien jurídico atacado en esta figura”, como “modo de expresión y logro del mantenimiento del orden público”, a continuación sin embargo es afirmada la posibilidad de alterar el orden público sin que necesariamente sea alterada la paz pública, como sucede con las manifestaciones estudiantiles celebradas en centros docentes y campus universitarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo resta gravedad a las manifestaciones estudiantiles dado que en un sentido general y “salvo casos de excepcional gravedad” no afectan a la “tranquilidad espiritual y política de una gran mayoría de ciudadanos”, los cuales muestran una clara indiferencia hacia las pretensiones y reivindicaciones de los estudiantes, de las que “se sienten ajenos”. De esta manera, la alteración del orden público (perturbación material), exento de la alarma social o terror (perturbación moral) contraria a la paz social, entrañaría el delito impropio de terrorismo.

Con todo, en un esfuerzo por precisar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aclara cuáles son las diferencias entre el terrorismo en comando, conforme al artículo 263, y el terrorismo “impropio” de los artículos 246 a 249, a la vista de la similitud de muchos de sus actos delictivos. Y es que, además de la finalidad perseguida, también marca distancia el “bien jurídico atacado”, en atención al lugar escogido (un sitio limítrofe y apartado de la ciudad), que junto a la “escasa trascendencia” de los hechos acaecidos (ausencia de lesiones, vejaciones o coacciones a “persona determinada”, inexistencia de daños u ocupación de edificios, tan solo la rotura de la puerta de la facultad producida por las entradas y salidas en *avalancha* por los estudiantes, pero no “intencionadamente y con fines terroristas”), no alteran la “paz pública del pueblo de Madrid”. En segundo lugar, la jurisprudencia subraya el papel del “sujeto activo” presente en un delito u otro, habida cuenta de que el terrorismo del artículo 263 se caracteriza por la existencia de un grupo o comando –según el “lenguaje contestatario”– previamente organizado y coordinado, mientras que el desorden público obedece a una “masa” cohesionada de forma esporádica y temporal, cuyos actos son fruto de arrebatos pasionales e impulsivos que sin continuidad en el tiempo son “de menor peligrosidad en la generalidad de los casos”. Aunque es de notar que esta referencia a la “menor peligrosidad” vuelve al eje de la finalidad de la alarma y el terror, lo que se compadece con una concepción del comando terrorista que,

como vimos, no excluye organizaciones flexibles y no del todo compactas o cerradas en sus actividades criminales.

STS 1855/1974 de 6 de abril: “Considerando que la extraordinaria proliferación experimentada en éstos últimos tiempos en todo el mundo por los delitos llamados de terrorismo, entendiéndose bajo tal denominación aquéllos que por medio de actos de extraordinaria violencia o grave intimidación, secuestros, daños, etc., tratan de infundir el terror en la población para conseguir determinados fines subversivos, políticos o sociales, han inducido a los Gobiernos a celebrar reuniones a escala internacional como el Convenio de la Organización de Estados Americanos y el Convenio Internacional de París, celebrados ambos en el año 1971, y a introducir en sus Códigos una serie de medidas profilácticas y represivas que han tenido reflejo en nuestra Patria a través de la Ley de reforma del Código Penal de 15 de diciembre (*sic*) de 1971, en la que se ha dado nueva redacción a algunos preceptos y creado otros, construyendo en el nuevo artículo 263 una figura de delito intermedio entre los tipos contenidos en los artículos 260 y 261 y aquellos otros contemplados en los artículos 246 y siguientes, denominados desórdenes públicos o delitos contra el orden público, de menor gravedad, que pudiéramos llamar de terrorismo impropio o pequeño terrorismo, en el que las acciones realizadas son de menor gravedad y originan menor alarma que las señaladas en los artículos anteriores, pero van más allá que lo que supone la alteración objetiva del orden público, en tanto en cuanto que si no necesitan producir terror, sí son suficientes para perturbar la paz pública, que constituye el bien jurídico atacado en esta figura, porque si bien la paz pública es en gran modo expresión y logro del mantenimiento del orden público, todavía puede ser perturbado éste sin que resulte afectada aquélla, como sucede precisamente con las algaradas y manifestaciones estudiantiles celebradas en los Centros docentes y “campus” universitarios, que en su mayor parte y salvo casos de excepcional gravedad no alcanzan a perturbar la tranquilidad espiritual y política de una gran mayoría de ciudadanos que si no se sienten ajenos, por lo menos son indiferentes a tales problemas; terrorismo impropio que por haber surgido como decimos en la zona limítrofe de aquellos delitos que sólo perturban materialmente el orden público, son a veces confundibles con éstos, sobre todo en las figuras contenidas en los artículos 260 y siguientes del mismo Cuerpo legal, de las que en este caso concreto se diferencia no sólo por la finalidad perseguida en ambas, que es distinta, así como el bien jurídico atacado, pues en el supuesto que nos ocupa no puede decirse que haya alterado la paz pública del pueblo de Madrid, dado el sitio donde los hechos tuvieron lugar (“campus” universitario y entrada de la Facultad de Ciencias Económicas de Somosaguas) y la escasa trascendencia de los mismos, sino también diferenciables por el sujeto activo y mientras en el delito del artículo 263 tiene que ser un grupo actuante coordinado y, por tanto, previamente organizado o comando como en lenguaje contestatario se le denomina en el delito de desórdenes públicos está constituido por una masa que sólo asume una mera cohesión temporal y episódica, a impulsos de una

momentánea excitación pasional no persistente y, por tanto, de menor peligrosidad en la generalidad de los casos; grupo que en el caso que nos ocupa no se da como existente y en todo caso no aparece probado que de existir formasen parte del mismo los recurrentes; sino también por no haberse realizado las acciones y resultados materiales especificados en el mentado precepto, puesto que no se produjeron lesiones ni coacciones a ninguna persona determinada, ni siquiera ocupación del edificio ni desperfectos en el mismo, ya que no consta que los causados en la puerta de entrada de la Facultad hubiesen sido producidos intencionalmente con fines terroristas y no como consecuencia de las avalanchas de estudiantes que entraban y salían con gran desorden, como parece indicarse en el correspondiente relato fáctico de la sentencia de instancia, en el que se habla de un profundo desorden del que resultó destrizada una gran puerta de cristales”.

Pero la doctrina del Tribunal Supremo va más allá en su esfuerzo por sistematizar el terrorismo en función de su gravedad o magnitud. Al terrorismo común del Código Penal de 1944 que la Ley de reforma del Código Penal de 1971 transformó bajo el concepto preeminente del comando, y al terrorismo “pequeño o impropio” (desorden público), habría que añadir la aparición de un nuevo tipo delictivo, el terrorismo “cualificado”, que se acuña a raíz de la actividad criminal en la década de los setenta de la banda terrorista E.T.A. El terrorismo cualificado implica una desviación de la vía procesal ordinaria, porque la competencia sobre sus delitos la asume la jurisdicción castrense, conforme al artículo 294 bis, sección a), del Código de Justicia militar¹⁷. En el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cualificación del terrorismo reside ahora en el agravamiento de sus propósitos y en los medios empleados, “explosivos” o “catastróficos”. De modo que, aunque los propósitos de ambos terrorismos, ordinario o cualificado, no difieran en exceso en relación con su “naturaleza” o “finalidad” (de origen sedicioso o revolucionario, o bien de tipo separatista), son

¹⁷ Ley 42/1971 de 15 de noviembre “por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia Militar”, *Boletín Oficial del Estado*, nº 274, 16 de noviembre de 1971, pp. 18414-18415, artículo 1.º, artículo 294 bis a): “Los que, perteneciendo o actuando al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, alterasen la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras u otros hechos análogos o emplearen cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos, serán castigados: / Primero. Con la pena de treinta años de reclusión a muerte, si resultare la muerte, mutilación o lesiones graves de alguna persona. / 2º. Con la pena de reclusión, en los demás casos”; artículo 294 bis, b): “Los que, perteneciendo o actuando al servicio de las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo anterior que, con los mismos fines o con propósitos intimidativos o de represalia para favorecerlos, atentaren contra las personas, incurrirán: / Primero. En la pena de treinta años de reclusión a muerte, si causaren la muerte, violación o secuestro de alguna persona. / Segundo. En la pena de reclusión, en los demás casos”.

ahora los medios empleados, a los que se añade su categorización como “criminalidad sectaria”, los requisitos necesarios para la adecuación del delito en la “figura penal castrense”.

Parece que se retorna así a una caracterización ideológica del criminal terrorista, similar a la que formó parte de la legislación excepcional terrorista contra el anarquismo de finales del siglo XIX. No obstante, a diferencia de esta legislación antiterrorista histórica, el influjo del concepto concreto de delito de terrorismo en comando, consolidado por el totalitarismo franquista, se hace sentir con toda su fuerza técnica, de tal manera que el terrorismo cualificado parte de la existencia de una organización criminal dirigida y estructurada, aunque también, como en el comando, se acepta, como vamos a ver, la versatilidad organizativa. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo define al grupo terrorista como asociación clandestina de naturaleza criminal, particularmente violenta y de evidente “carácter paramilitar”, inclinada a atentar contra la “unidad de la Patria”. En consonancia con la cualificación del terrorismo, la mera participación al servicio de una banda criminal organizada que cumpliera con estos requisitos constituiría un motivo suficiente para que legalmente pudiera la jurisdicción castrense *subsumir* “esta especialidad de terrorismo”, aun no concurriendo la existencia de una *afiliación formal* a la “secta”, como aclara el propio artículo 294 bis al referirse a la *pertenencia* o *actuación*, indistintamente, en este tipo de organizaciones. La jurisprudencia es tajante al respecto, pues atribuye responsabilidad criminal a cualquier involucrado en el proceso, independientemente del grado de participación en el acto delictivo, “sin escisión posible, recurran o no”, al admitir que “entran en el supuesto de la norma y consiguiente competencia militar”, lo que deroga toda posibilidad de aplicación del terrorismo común del artículo 260 del Código Penal y admite “menos todavía” la aplicación de figuras delictivas ordinarias conforme a los resultados criminales concretos (atentado, asesinato, lesiones, estragos y daños) de los meros “componentes del terrorismo sectario cualificado”. A ello se añade la valoración de la magnitud del acto en cuanto al impacto, escándalo y repercusión social que pudiera haber generado el acto terrorista (evidente en el caso del asesinato del presidente del Gobierno: ataque directo contra las bases del Estado), y la activa participación mediante actos que, con independencia de una afiliación formal a la banda, reflejen “rasgos tan destacados en las actuaciones”, así el ofrecimiento anticipado de “refugios” o locales similares contruidos a propósito para el secuestro de víctimas, o la escritura a mano de “textos originales” para la publicación de folletos exponiendo la “sangrienta empresa decidida y ejecutada”. La cualificación del terrorismo subsume por lo tanto, de acuerdo con el criterio judicial, cualquier elemento de trascendencia político-social que apunte la gravedad criminal para justificar “por imperativo ineludible de la legalidad vigente” la arrogación de competencia por la jurisdicción militar.

STS 579/1975 de 17 de junio: “Considerando que, sin esencial disparidad de naturaleza ni de finalidad, subversiva o separatista, entre ambas modalidades de terrorismo –el ordinario, previsto en el artículo 260 del Código Penal Común, y el cualificado, sancionado en el artículo 294 bis, a), del Código de Justicia Militar– difieren entre sí tanto por los medios, que han de ser explosivos o catastróficos en el último caso, como, sobre todo, por incardinarse en la figura penal castrense la criminalidad sectaria, categoría en la que, manifiestamente entra, en la realidad social actual, la denominada ETA, organización clandestina, eminentemente violenta, de notorio carácter paramilitar, atentatoria a la unidad de la Patria, sin que sea necesario, para la legal subsunción de esta especialidad de terrorismo, en la mentada norma castrense que el agente esté formalmente afiliado a la secta, por cuanto basta, meramente, con que actúe a su servicio, según el propio precepto prevé; y tal ocurre con la conducta atribuida a los procesados recurrentes, sin contar con la inculpada al resto de los procesados, rebeldes, implicados en el mismo proceso y justiciables de la misma Jurisdicción, sin escisión posible, recurran o no que, por ello, entran en el supuesto de la norma y consiguiente competencia militar, y no en el aducido artículo 260 del Código Penal Ordinario, sobre terrorismo común, y menos todavía en las genéricas hipótesis, también alegadas, a fines de casación, de atentado, asesinato, lesiones, estragos y daños, resultados expresamente tomados en cuenta, por lo demás, como componentes del terrorismo sectario cualificado, definido en tal tan citado artículo 294 bis, b), del Código de Justicia Militar, netamente aplicable, en cuanto a competencia, a todos los implicados, sin excluir a los ahora recurrentes, Rosario y Blas, sobre quienes recaen –muy especialmente en cuanto a la primera– serios cargos de participación en la trama que, bajo los auspicios de ETA, acabó con la vida del Presidente del Gobierno y de sus acompañantes y que, por lo que afecta a dicha procesada, muestra rasgos tan destacados, recogidos en las actuaciones, como el anticipado ofrecimiento a los magnicidas, afines de secuestro ajeno o de cobijo propio, según fuere el eventual curso de los acontecimientos, de los “refugios” o “cárceles del pueblo”, construidos “ex profeso” por su orden y existentes a su disposición, en los que, incluso, había anillas utilizables para mejor aseguramiento de prisioneros, así como la ulterior redacción y escritura, de su propio puño y letra, de textos originales que habían de servir para la publicación del folleto “Operación Ogro”, en que, con relativa veracidad, se narra la sangrienta empresa decidida y ejecutada por la secta separatista en cuestión; acto terrorista de superlativa trascendencia político-social e importante resonancia histórica que, por imperativo ineludible de la legalidad vigente, no puede por menos de caer bajo el ámbito y competencia propios de la Ley marcial, asimismo aplicada en España, en las postrimerías del pasado siglo y por razón jurídica quizá no tan consistente como la actual, con ocasión de la muerte alevosa, a manos anarquistas, de otro Jefe de Gobierno”.

2. TERRORISMO Y DELITOS AFINES

El tránsito del delito común de terrorismo al delito de terrorismo en comando, y la distinción de este último respecto del delito de terrorismo impropio y el delito de terrorismo cualificado, ofrecen un panorama conceptual complejo y lleno de matices, al que hay que sumar, para una comprensión completa del delito terrorista, el conjunto de delitos afines de menor magnitud que facilitan los medios y animan a la participación o afiliación en bandas criminales o grupos y comandos calificados de terroristas, o bien alientan a la difusión y propagación de sus actos.

2.1. Terrorismo y asociación ilícita

El derecho de reunión y asociación es reconocido por el *Fuero de los Españoles*¹⁸ siempre que tenga un fin lícito. Esta es una base advenida al artículo 166 del Código Penal de 1944, dentro de la sección primera del capítulo II del libro segundo, “Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”, donde no se admite como reunión o manifestación pacífica la que resulta celebrada infringiendo las disposiciones policiales, aquella en la que participa un número considerable de personas armadas (al margen del tipo de arma portada), la reunión o manifestación celebrada con el fin de cometer un delito contemplado y reprimido por la ley, ni aquella durante cuya celebración se cometa un delito que atente contra la seguridad interior del Estado¹⁹. Planteado el delito en estos términos, su conexión

¹⁸ “Fuero de los Españoles”, *Boletín Oficial del Estado*, nº 199, 18 de julio de 1945, pp. 358-359, artículo 16: “Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes. / El Estado podrá crear y mantener las organizaciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines. Las normas fundacionales, que revestirán forma de Ley, coordinarán el ejercicio de este derecho con el reconocido en el párrafo anterior”.

¹⁹ La asociación ilícita queda extensamente recogida entre los artículos 166 y 177 del Código Penal de 1944. Por destacar algunos de sus principales rasgos, se reprimen a los promovedores y directores de reuniones o manifestaciones contempladas por el artículo 166 (identificados por los discursos pronunciados, la publicación y el reparto de impresos publicitarios, la ostentación de banderas, proclamas, lemas o cualquier otro rasgo simbólico) y a los meros asistentes, aun no llegándose a celebrar dichas reuniones. El artículo 172 admite como asociaciones ilícitas a “1º. las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública. / 2º. Las que tengan por objeto cometer algún delito. / 3º. Las prohibidas por la autoridad competente. / 4º. Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley”, a la par que el artículo 173 comprendía dentro del artículo 172 a “1º. Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional. / 2º. Los grupos o asociaciones, constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma de la Nación española o para promover o difundir

con el terrorismo es evidente, o al menos constituye una antesala o vía inicial para dar lugar a su comisión si se tiene en cuenta que la estructura de una banda criminal con fines terroristas nace habitualmente de una organización clandestina con fines ilícitos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo describe los elementos constituyentes de la asociación ilegal, poniendo de relieve su jerarquía, continuidad y sucesión “en orden a las relaciones personales de sus miembros”, en un entramado de subordinación. Así, el liderazgo o dirección de la “célula” es asumido por un individuo cuya formación –fundamentalmente ideológica y de tendencia izquierdista, comunista o anarquista– está vinculada a la asociación ilegal (“permaneció dos días más [...] para completar su formación trotskysta”), en la que ha alcanzado una *capacitación suficiente* para asumir la dirección, aunque no se conozcan con claridad los medios o mecanismos de elección. A su vez, la actividad de estas “células” o asociaciones ilícitas no necesariamente está vinculada a un ámbito local o restringido, sino que son capaces de federar su actividad fundando otras sedes de carácter regional –se sobrentiende que de acuerdo con sus posibilidades financieras y el éxito en su propagación y difusión– que sirven

actividades separatistas. [...]. / 3º. 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. / 4º. Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fuesen. / 5º. Las formaciones con organización de tipo militar prohibidas expresamente por las Leyes. [...]”. El artículo 174 reprime con penas que oscilan desde la prisión menor, la inhabilitación especial y multas de 1000 a 5000 pesetas, a los fundadores, directores o presidentes de asociaciones observadas por el artículo 173, aunque no haya llegado a constituirse o tuviera por finalidad la “subversión violenta o la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado”, y a los que cooperasen económicamente en la fundación, organización y establecimiento de la asociación. El artículo 176 reprime con penas inmediatamente superiores en grado a las estipuladas a quienes reincidiesen en la celebración u organización de este tipo de reuniones tras haber sido suspendidas por las autoridades correspondientes; por último, en el artículo 177 se reprime la fundación de “establecimientos de enseñanza que, por su objeto o circunstancias, sean contrarios a las Leyes”. Posteriormente, la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, sobre reforma de Código Penal, modificaría los artículos 173 y 174, evidenciando la conexión existente, según el contexto histórico-político de la época, entre la asociación ilícita y los actos de tipo terrorista, reprimiendo en el primero a los grupos o asociaciones tanto de carácter nacional o internacional cuyo objetivo fuera “atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional”, así como a aquellas “formaciones con organización de tipo militar” cuyo finalidad fuese cualquiera de las anteriores o bien fueran contrarias por ley; en cuanto al artículo 174, amplía la represión de asociaciones ilícitas que, además de tener por objeto los elementos anteriores, tuvieran como fin “el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional” A. Quintano Ripollés 1963, 532-533, distingue en este artículo una “triple tipología”. La primera, de “estructura formal y en blanco”, se correspondería con el primer apartado del artículo, que en definitiva incrimina cualquier reunión no autorizada (cuya importancia reside en distinguir la asociación ilícita de los delitos de sedición y rebelión), mientras que la segunda y tercera “suponen una actividad específicamente criminal” (concretado en las armas portadas y la finalidad delictiva de la reunión).

como nexo de unión con la “célula” central (“responsable del Grupo de Santander como enlace con los de Madrid”).

Conforme a esta descripción y dados sus “efectos permanentes”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el delito, cuyo fin persigue la “mutación por la fuerza de la vigente estructura estatal”, se consuma desde el mismo momento en el que el individuo se afilia al definido como “ente asociativo antijurídico penal”, “célula” o “entidad clandestina”, hasta su cese en la actividad “orgánica”, basada en la captación e integración de “adeptos”, reuniones de “adoctrinamiento” e intercambio de información sobre los diversos problemas planteados, “actos externos y orgánicos”, fomento del “proselitismo”, el cobro de cuotas para su mantenimiento, o la lectura y difusión de escritos o propaganda ilegal. En definitiva, todo un conjunto de actividades que por su naturaleza “incluso” pueden desembocar en actos típicamente terroristas (luego en el comando del delito de terrorismo). El problema reside en las enormes dificultades de prueba que este delito presenta por la “clandestinidad de estas asociaciones”, y de ahí la problemática de la *constatación formal* del ingreso o cese.

STS 346/1975 de 14 de abril: Considerando que si bien la asociación ilícita constituye un delito continuado; de tracto sucesivo, y de efectos permanentes, que está consumándose desde el momento de la afiliación al ente asociativo antijurídico penal hasta que el agente cesa en la pertenencia al mismo o en las actividades consiguientes a su afiliación, dado que la clandestinidad de estas asociaciones no permite constatar formalmente el ingreso y ceses y siendo ello así, descubiertos los hechos que se incriminan en cuanto a este procesado el 17 de agosto de 1972, fecha y tiempo de la iniciación contra él de este proceso, no constatado en los hechos probados que en tal momento siguiera perteneciendo y actuando; [...]”.

STS 646/1975 de 23 de mayo: “[...] que tal encartado y Juan Ramón se distinguieron sobre los restantes –componentes de un grupo asociativo ilícito– por su ascendencia y actividades desplegadas, toda vez que, ciertamente, se especifica con anterioridad minuciosamente, su afiliación a la FUDE –Federación Universitaria Democrática Española– perteneciente al ilegal Partido Comunista, con fines subversivos, precisando sus actividades de hacer adeptos, integración en una célula, celebración de reuniones de adoctrinamiento, realización de consignas y celebración de actos externos y orgánicos, cotización de cuotas, lectura y distribución de publicaciones ilegales, que comentaban, e incluso realización de un acto de “comando terrorista”, en que fueron detenidos; todo lo que suponen unas actividades ciertas, dentro de la célula constituida, que podía ser calificada en orden a las relaciones personales de sus miembros a medio de la determinación de la ascendencia de unos sujetos sobre otros, y por la más importante participación en las actividades, tratándose de un hecho en su fijación, [...]”.

STS 1079/1969 de 3 de noviembre: “Considerando que el recurrente Juan Manuel, permaneció dos días más después de terminarse el Curso de Cuadros,

para completar su formación trotskysta, y cuando se le consideró suficientemente capacitado se le nombró responsable del Grupo de Santander como enlace con los de Madrid y al mismo recurrente estaban subordinados los integrados de aquella población, constituido en el buró político del Partido Obrero Revolucionario con las células técnicas y obreras; su condición de responsable se identifica con la de dirigente, por lo que calificó bien su conducta el Tribunal de Instancia [...]”.

STS 1413/1975 de 21 de noviembre: “Considerando que para otorgar efectividad á la anterior doctrina, ha de partirse del hecho probado que en síntesis proclama que los cinco inculpados se fueron afiliando dentro del año 1970, al Partido Comunista de España, entidad clandestina que persigue como objetivo final la mutación por la fuerza de la vigente estructura estatal, formando una célula que actuaba en Televisión Española en Madrid, donde prestaban sus servicios y trabajos, como técnicos, dos de ellos, ayudante de montaje de cine –otros dos–, periodista y realizador, respectivamente, acatando todos la disciplina del Partido, fomentando el proselitismo, recibiendo material de adoctrinamiento que estudiaban y criticaban y consignas de actuación, cotizando cantidades periódicas y celebrando frecuentes reuniones, en las que intercambiaban información sobre los problemas que se planteaban en de las distintas secciones en donde trabajaban para aprovechando las situaciones conflictivas que surgían, obtener consecuencias en orden a su actuación orgánica”.

La clandestinidad, como elemento distintivo de la asociación ilícita o ilegal, exige una continua *transformación* o “poliformismo” en orden a su mantenimiento en el tiempo, para evitar ser descubierta. Así, determinadas asociaciones delictivas de carácter político o ideológico, expresamente prohibidas por la Ley de Responsabilidades Políticas de 2 de febrero de 1939²⁰, mantienen cierta repercusión y persisten en el tiempo –obviamente ocultas, como la “Federación Anarquista Ibérica”–, fundan pseudomovimientos con una finalidad disimuladora que en realidad responden a una “nueva encarnación” de la “célula” principal y, por consiguiente, proclaman un “mismo ideario e idénticos procedimientos y medios de acción”. Se trataría de pequeños movimientos camuflados asentados desde el

²⁰ “Ley de 9 de febrero de 1939 de Responsabilidades Políticas”, *Boletín Oficial del Estado*, 13 de febrero de 1939, pp. 824-846, artículo 2.º: “Como consecuencia de la anterior declaración y ratificándose lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto número ciento ocho, de fecha trece de septiembre de mil novecientos treinta y seis, quedan fuera de la Ley todos los partidos y agrupaciones políticas y sociales que, desde la convocatoria de las elecciones celebradas en dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y seis, han integrado el llamado Frente Popular, así como los partidos y agrupaciones aliados y adheridos a éste por el solo hecho de serlo, las organizaciones separatistas y todas aquellas que se hayan opuesto al triunfo del Movimiento Nacional. / Se entenderá comprendidos en esta sanción 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 ilícito elemental (“Movimiento Ibérico de Liberación”) y que, utilizando como excusa su no inclusión en la citada Ley de 9 de febrero, reivindican en los recursos de casación su supuesta legalidad, cuando la verdadera intención reside en continuar alimentando sus proclamas e idearios políticos, desviando la atención al no proyectarse directamente a la finalidad ilícita principal. A este respecto, la doctrina legal del Tribunal Supremo entiende que, una vez probados los hechos y su similitud (ideológica y política), los actos que emanen de estos pseudomovimientos y los partícipes en ellos serán identificados con la asociación clandestina matriz y reprimidos como tales. Sea como fuere, es evidente la vinculación de la reunión o asociación ilegal con el terrorismo cuando entre sus “principales metas” reside el “derrocamiento de la vigente estructura estatal hispana” y sus miembros recurren al “empleo de acciones violentas”. Como deja entrever la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el terrorismo de comando (al que se podrían ajustar las “acciones violentas” que son realizadas en “grupúsculos”, aunque no se aclare explícitamente), nace de la pertenencia a la asociación ilícita y de su evolución como banda criminal armada y organizada.

STS 1388/1975 de 7 de noviembre: “Considerando que en el caso presente es claro que el “Movimiento Ibérico de Liberación” (M. I. L.), [...] es asociación de tendencia anarquista, que persigue, entre sus principales metas, el derrocamiento de la vigente estructura estatal hispana, mediante el empleo de acciones violentas que sus miembros realizan en grupúsculos denominados “de comando”, de lo que se colige que, con el poliformismo o transformismo que exige la clandestinidad, el “Movimiento Ibérico de Liberación”, no es otra cosa que una nueva encarnación o, al menos, una emanación de la Federación Anarquista Ibérica declarada expresamente fuera de la Ley por la disposición de 1939 tantas veces citada, con su mismo ideario e idénticos procedimientos y medios de acción, por que, sin necesidad de recurrir a la analogía, y aplicando tan sólo el inciso antes estudiado relativo a la reconstitución, se ha de concluir estimando que fue acertada la calificación del Tribunal inferior [...]”.

2.2. Terrorismo y propaganda ilegal

Aunque el derecho de libre emisión de ideas está reconocido en el artículo 12 del *Fuero de los Españoles*, siempre que no atente contra los principios fundamentales del Estado²¹, la propaganda ilegal formaba parte del conjunto de actividades delictivas que emanan de la asociación ilícita, según el capítulo XI del título II, “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, del libro II del Código Penal de 1944, entre sus artículos 251 y 253, en los que se pena la “propaganda

²¹ “Fuero de los Españoles”, cit., artículo 12: “Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”.

de todo género y en cualquier forma, dentro o fuera de España” que en sustancia atente contra la organización política, social, económica o jurídica estatal, la unidad y el sentimiento nacional, o bien incite a la proyección de atentados contra la seguridad del Estado, o fomente el desprestigio, el descrédito o la ofensa a la dignidad de la nación española (lo que incluye la circulación de “noticias o rumores falsos, desfigurados o tendenciosos”)²².

Como sucedía con el delito de terrorismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo justifica la represión de la propaganda ilegal como un acto delictivo que exige una determinación conceptual de los términos “propagar” y “propaganda” y que comprenda la determinación de su actividad, formas de comunicación, temáticas o medios empleados²³. De este modo, el Tribunal Supremo explica que, en términos actuales, “propagar” y “propaganda” son dos conceptos desvirtuados, alejados de lo que significaron semánticamente, y desde luego muy apartados de sus primitivos fines evangelizadores. En la actualidad, subraya el Tribunal Supremo, la propaganda engloba “cualquier actividad” (impresa, oral, escrita, pictórica, o relacionada con la actuación y la escenografía) que, con “propósito proselitista o de contagio intelectual”, pretenda la *transmisión, comunicación o extensión* de “criterios, opiniones, preferencias o programas de actuación” de forma individual o colectiva (“grupos o asociaciones”). Los mecanismos para que dicha *actividad difusoria* se produzca eficazmente siguen un orden exacto,

²² El artículo 251 del Código Penal de 1944 especificaba que “por propaganda se entiende la impresión de toda clase de libros, folletos, hojas sueltas, carteles, periódicos y de todo género de publicaciones tipográficas o de otra especie, así como su distribución o tenencia para ser repartidos, los discursos, la radiodifusión y cualquier otro procedimiento que facilite la publicidad”. La pena de la propaganda consistía en prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas. De acuerdo con los artículos 252 y 253, la discrecionalidad judicial podría elevar las sanciones económicas hasta 500.000 pesetas atendiendo a las “circunstancias del delincuente y especialmente su situación económica”, o imponer la inhabilitación absoluta o especial en función de las circunstancias personales del delincuente; del mismo modo, conforme también a las circunstancias personales, “si los hechos revistiesen escasa gravedad”, correspondería al tribunal valorar una reducción de la pena “a la de prisión menor o a la de destierro y multa de 2.000 a 20.000 pesetas”.

²³ A. Quintano Ripollés 1963, 547 señala que a falta de normas específicas anteriores al Código Penal de 1944, “ciertas actividades subversivas ideológicas fueron inculminadas a veces”, sobre todo en el ámbito militar, asimilándose a delitos que tendían o constituían una efectiva forma de provocación. Conceptualmente, en la propaganda ilegal es la publicidad “un elemento típico del delito, al menos en lo que afecta al destino final”, por lo que, entiende Quintano, según la legislación vigente, “la mera tenencia del objeto subversivo, no estando presumiblemente destinado a su reparto y difusión, no constituye tal delito”, y en consecuencia “en la acepción normal del vocablo” no podrá hablarse de “propaganda”. Subraya también con extrañeza la dureza con la que son penadas “otro tipo de propagandas”, fijadas en el artículo 252 (sobre la circulación de rumores o noticias falsas), a las que se atribuye “mayor gravedad que el de propaganda ilegal propiamente dicha”. Ante tal supuesto, plantea la posibilidad de que “esta forma indirecta de propaganda solapada” sea más peligrosa que la “propaganda abierta”, esto es, la propaganda real, no ficticia, “por medio de escritos o discursos”.

partiendo del ánimo “suasorio, atractivo y persuasivo” en la difusión de las ideas para que *fácilmente* se produzca su captación, asimilación e intercambio.

No obstante, merece mención especial la propagación o propaganda de sesgo político, la cual “no puede contemplarse con indiferencia por el legislador penal”, por su doble finalidad: además de la expresada anteriormente, otra camuflada u oculta, vinculada a delitos que atenten contra las bases del Estado, y que deriva del actual “desarrollo de sus técnicas”, facilitando la aportación “de medios tan poderosos” que incitan al “empleo de violencia en la consecución de los fines de trastornar la estabilidad del régimen político”. Esta finalidad concuerda evidentemente con la finalidad típica del terrorismo, y tiende a imponerse frente a la calificación de los contenidos propagandísticos. De esta manera, lo que parecía un intento de justificar, estrictamente, la penalidad de la propaganda de tendencia política, finalmente va a derivar en una manifiesta y más amplia exigencia de lealtad hacia el Nuevo Estado franquista, cuando la doctrina del Tribunal Supremo opta por aclarar que en el objeto de la propaganda, “política o no” (y aun reconociéndole “un signo o naturaleza positivos”), ha de prevalecer, en orden a su relevancia penal, la funcionalidad “negativa” de la constatación de su oposición al régimen y la ideología franquista en forma de “pensamientos, ideas, criterios u opiniones, convicciones o creencias o planes de actuación o de gobierno contrarios a otros preexistentes”.

STS 1422/1975 de 1 de enero: “Considerando que como declaró la sentencia de este Tribunal de 4 de noviembre de 1974, si semánticamente, propagar significa “extender, aumentar o dilatar una cosa o los efectos de ella” o “extender el conocimiento de la misma”, por propaganda se entendió, primitivamente, “congregación de cardenales de la Curia romana encargada de difundir la religión católica” (Sagrada Congregación de Propaganda FIDE), y, más tarde, “asociación cuyo fin es propagar doctrinas, opiniones, etc., o trabajo empleado con el mismo fin”, hoy día, podría definirse como cualquier actividad –palabra impresa, escrita o hablada, imagen (fotografía, caricaturas, dibujo), actuación o espectáculos– dirigida a transmitir, comunicar o extender las ideas, criterios, opiniones, preferencias o programas de actuación de un individuo, grupo o asociación a otro u otros individuos, grupos o asociaciones, con propósito proselitista o de contagio intelectual, y presentando tales ideas o criterios del modo más suasorio, atractivo y persuasivo posible para que obrando eficazmente, se facilite, en primer lugar, la recepción o captación de tales ideas, la asimilación de las mismas después y por último, el compartimento de ellas; siendo además de destacar: Primero, que cuando esta propaganda versa o se refiere a materias políticas, el desarrollo de sus técnicas actuales no puede contemplarse con indiferencia por el legislador penal ya que significa el aporte de medios tan poderosos como lo puede ser el empleo de violencia en la consecución de los fines de trastornar la estabilidad del régimen político de cualquier país; y segundo, que la propaganda, política o no, puede tener un

signo o naturaleza positivos, que son los antes descritos, u otros negativos, consistentes en la comunicación, extensión o transmisión a otras personas físicas o jurídicas, o al público en general, de pensamientos, ideas, criterios u opiniones, convicciones o creencias o planes de actuación o de gobierno contrarios a otros preexistentes, o por lo menos, contemporáneos o coexistentes, de tal modo, que se los presente y describe como perniciosos, nocivos o inconvenientes, denigrándolos, desprestigiándolos o vilipendiándolos, invitando a todos, o a algunos en particular, a apartarse de ellos y a repudiarlos”.

Son varios los factores a realzar en el delito de propaganda ilegal que van a ser considerados detenidamente en las sucesivas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, a saber: el “objetivo o material” (la propaganda en sí, junto con la “acción dinámica” de su distribución); la “mera tenencia”, calificada de “infracción de consumación anticipada” para evitar ser confundida con actos propios de la tentativa o frustración como formas de ejecución del delito; y el “subjetivo o espiritual” o *animus diffundendi* del “agente”, vinculado a una serie de elementos propios del fuero interno de la persona “susceptibles” y con “entidad suficiente” para la constatación de cualquiera de los fines fijados y concretados por el artículo 251 del Código Penal (subversión violenta, destrucción de la organización del Estado, relajación del sentimiento nacional, ataque a la unidad de la nación española, atentado contra la seguridad, el prestigio o el interés del Estado)²⁴, *independientemente* de que “se produzca o no el efecto apetecido” o de que “se alcance o no”. La relevancia extrema de la relevancia penal de la intencionalidad delictiva, a partir de la amplitud de la finalidad subversiva, solo se compensa por la circunstancia de que la efectiva difusión y propagación de la propaganda ilegal deba en su contenido ir más allá de “insinuaciones” que *manifesten* una “discrepancia” hacia un sistema de gobierno, teniendo que suponer un “verdadero ataque” al “crédito, prestigio y seguridad del Estado”. Pero parece entonces que la insinuación o la discrepancia no tiene una naturaleza propia, sino que puede alterarse o agravarse o adquirir sentido delictivo cuando la protección del Estado concluya en la existencia de dicho “verdadero ataque”. En definitiva, la finalidad en la represión de la propaganda ilegal va directamente encaminada a erradicar cualquier “excitación” que derive en un levantamiento o movimiento contrario al régimen, o que reclame la *destrucción* de la “organización política y social de España”, ya sea a través de proclamas que critiquen la desigualdad del

²⁴ Artículo 251 del Código Penal de 1944: “Se castigará con las penas [...] a los que realicen propaganda de todo género y en cualquier forma, dentro o fuera de España, para alguno de los fines siguientes: / 1.º Subvertir violentamente, o destruir, la organización política, social, económica o jurídica del Estado. / 2.º Destruir o relajar el sentimiento nacional. / 3.º Atacar a la unidad de la Nación española o promover o difundir actividades separatistas. / 4.º Realizar o proyectar un atentado contra la seguridad del Estado, perjudicar su crédito, prestigio o autoridad o lesionar los intereses u ofender la dignidad de la Nación española”.

sistema de clases sociales (“banqueros, terratenientes y patronos contra obreros, campesinos y otras capas populares”), o que denuncien la “violenta represión” ejercida por los funcionarios del Estado con los presos y detenidos (“tortura a los detenidos habiéndose llegado al asesinato”).

STS 743/1973 de 2 de noviembre: “Considerando que el delito de propaganda ilegal que define y sanciona el artículo 251 del Código Penal está compuesto por varios elementos: el objetivo o material integrado por la acción dinámica de distribuir publicaciones, o, simplemente, la mera tenencia o posesión para repartir, pues se trata de infracción de consumación anticipada; el subjetivo o espiritual, consistente en el «animus diffundendi» del agente, con la finalidad de lograr alguno de los concretos objetivos incorporados a la tipicidad y delimitados en los cuatro apartados que contiene el precepto sancionador, con independencia de que se alcance o no, y que prohíben en su conjunto atentar contra los intereses nacionales o el orden estatal, siendo necesario que dichos actos, de por sí, en su estricto contenido, sean susceptibles y tengan entidad suficiente para conseguir esos objetivos, con independencia de que se produzca o no el efecto apetecido”.

STS 795/1970 de 15 de junio: “Considerando que [...], salvando este defecto procesal que aquí es causa de desestimación según viene declarando esta Sala, conviene decir que tales insinuaciones no pueden ser acogidas, a saber: la primera porque basta la lectura de las octavillas para ver que no se trata de la manifestación de la discrepancia que dicen los recurrentes, sino de un verdadero ataque al crédito, prestigio y seguridad del Estado, y de excitación a un levantamiento para destruir la organización política y social de España, como se pone de manifiesto, entre otras, con las afirmaciones de que el régimen defiende a unas clases sociales contra otras –banqueros, terratenientes y patronos contra obreros, campesinos y otras capas populares–, llevándose aquéllas el beneficio del trabajo del pueblo, que se utiliza la represión violenta, que se tortura a los detenidos habiéndose llegado al asesinato, y que contra ese régimen se ha levantado una parte del pueblo español valenciano para que luche contra la presente situación, evidenciándose con ello que el reparto de octavillas con ese texto quede lleno dentro de los números primero y cuarto del artículo 251 del Código Penal antes citado, [...]”.

La libre emisión de ideas es un “derecho natural del hombre”, admite el Tribunal Supremo; derecho natural que, no obstante su reconocimiento, debe ser regulado y *coartado* por el legislador cuando entienda, conforme a su propia voluntad o *decisión*, que esa libertad de expresión es *perjudicial* para la “soberanía y seguridad del Estado y la comunidad”. Ahora bien, la doctrina jurisprudencial parece consciente de una implícita contradicción (¿cómo se puede *coartar* un derecho inherente al ser humano?) cuando determina el carácter delictivo en virtud de un “peligro simple” (inclinado a lo predelictivo) y de una “singular antijuricidad” (una criminalización en función de una antijuricidad extraordi-

naria). En efecto, la propaganda ilegal contemplada por la norma penal parece un residuo o forma impropia de delito que por su distancia *intermedia* respecto de la criminalidad impide a su vez la calificación de falta. La *peligrosidad simple* es la excusa en la que se ampara el poder legislativo y judicial para regular y reprimir la emisión libre de cualquier idea contraria al régimen franquista: la excusa utilizada para *simplemente criminalizar* un derecho natural. Los considerandos de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo acusan la artificiosidad de las categorías. Sustancialmente, la “singular antijuricidad” nace de la “conurrencia” de dos “requisitos componentes y esenciales”, el uno de carácter “objetivo” y “normativo”, y el otro de “condición subjetiva o ideal”. El primero está compuesto de un único elemento real y físico, la “propaganda subversiva” que, si bien su contenido se encuentra desarrollado en los cuatro supuestos contemplados por el artículo 251 del Código Penal, la jurisprudencia resume en un único fin “común y genérico”, que es el de “atentar contra la seguridad interior del Estado”. Más complejo es comprender el alcance de la condición ideal que “actúa como elemento subjetivo del injusto, dentro de la antijuricidad” y que atiende al pensamiento humano y a sus intenciones: el *animus diffundendi* o “ánimo difusorio” del autor en su empeño por “conseguir el proselitismo con la creación o difusión lograda o intentada”. De este modo, si objetiva o normativamente la antijuricidad del delito reside en la impresión, distribución o tenencia de propaganda subversiva, subjetiva o idealmente la antijuricidad emana de la conciencia delictiva hacia su *propagación*. Es en este ánimo delictivo tan temprano donde yace inmediatamente el “elemento intelectual del dolo”: la “previa conciencia del carácter y condición lesiva de la propaganda”. Una especie de tentativa mental que se compadece con el hecho de que la mera tenencia de la propaganda sea igualmente valorada como una conducta delictiva.

¿Y cómo se valora esa *futura difusión* de la propaganda? ¿Cómo se comprueba que su “destino es el de la publicidad”, para que *surja* el delito? Si es complicado medir el *animus diffundendi*, el grado de dificultad se acentúa cuando se trata de averiguar si la tenencia responde a una intención de difundir el material. La propia doctrina del Tribunal Supremo admite la necesidad de “diferenciar” entre “ambas situaciones” e incluso llega a afirmar, retomando el “ánimo difusorio” como eje, que es de “difícil inquisición por pertenecer a la interioridad psíquica del hombre”. Reconoce así, en el fondo, que el pensamiento no delinque y que, por lo tanto, no debería ser objeto de enjuiciamiento. Ahora bien, la imposibilidad de juzgar el pensamiento no implica que no sean perseguidos “actos externos y objetivos” que lo manifiesten. Más aún, la jurisprudencia franquista, aunque consciente de las dificultades de prueba, no se limita a valorar únicamente los “actos externos y objetivos” a los que hace alusión, sino que *toma en cuenta*, como si se tratara de uno más, “en lo subjetivo, la personalidad del imputado”. De manera que el Tribunal Supremo valora dos tipos de actos, subjetivos u objetivos, en los que se basa para reprimir la tenencia de propaganda

ilegal. Es la misma conexión objetivo-subjetiva de vasos comunicantes que pudo comprobarse en la definición de la intención y fines del delito de terrorismo. En los actos tipificados como subjetivos se atiende a factores que no dejan de tener referencia objetiva, como la “afiliación a partidos ilegales” o la “condición de agitador, activista o mero propagandista del ideario”. En los objetivos, se presta atención a criterios cuantitativos aun indeterminados (el “propagandista cierto” parece quedar definido por “el número de publicaciones que le fueron ocupadas en su poder”, o porque “actúa en el intercambio de material de forma numerosa”, o por anteriores “actividades materiales realizadas”), así como a la ausencia de una “causa justificativa de tan copiosa posesión” de ejemplares “que haga creer razonablemente en su tenencia para la difusión”; aunque de nuevo se comprueba su conexión con el factor ideal o subjetivo: la “potencia difusora” del material que determina la condición del tenente (“mero portador o receptor... en su aspecto pasivo”), o el uso o “conocimiento particular” en calidad de “simpaticante de la ideología”.

STS 657/1975 de 26 de mayo: “Considerando que el derecho natural del hombre a expresar libremente sus ideas lo coarta el legislador decidiendo cuándo las entiende perjudiciales para la soberanía y seguridad del Estado y la comunidad, a medio de su criminalización, lo que realiza a través de un delito de peligro simple o de tendencia en el artículo 251 del Código Penal, en el que típicamente su singular antijuricidad deriva de la necesaria concurrencia de dos requisitos componentes y esenciales: uno normativo y objetivo, constituido por la propaganda subversiva, ampliamente definida en el tipo, de manera auténtica, y que recoge tres diferentes actividades: la impresión del material, la distribución del mismo o su tenencia para ser repartido o divulgado, y todo ello para alcanzar –consígnese o no– alguna de las finalidades precisadas en el tipo, en sus cuatro diversos apartados numerados, y cuyo contenido común y genérico es el de atentar contra la seguridad interior del Estado; y otro supuesto, de condición subjetiva o ideal, que exige, de un lado, el “animus diffundendi” en el agente para conseguir el proselitismo con la creación o difusión lograda o intentada del material y que actúa como elemento subjetivo del injusto, dentro de la antijuricidad, porque se halla recogido en el nombre del delito y porque propagar supone llevar al conocimiento de distintas personas una cosa o idea, y que requiere en distinto aspecto también poseer el agente la previa conciencia del carácter y condición lesiva de la propaganda para dicha seguridad interior del Estado, que suponga la presencia del elemento intelectual del dolo, integrado dentro de la culpabilidad delictiva. / Considerando que si la tenencia del material subversivo no es para difundir, el hecho resulta atípico; pero si su destino es el de la publicidad, surge el delito, presentándose para diferenciar ambas situaciones el problema del conocimiento de la intencionalidad o presencia del “animus difusorio”, de difícil inquisición por pertenecer a la interioridad psíquica del hombre, que sólo podrá deducirse a medio de la valoración de los actos externos y objetivos

que son su índice, entre los que habrá de tomarse en cuenta, en lo subjetivo, la personalidad del imputado, sobre su afiliación a partidos ilegales o condición de agitador, activista o mero propagandista del ideario sometido a interdicción política, y en lo objetivo, sus actividades materiales realizadas previamente, y muy especialmente el número de publicaciones que le fueron ocupadas en su poder, como la condición de su potencia difusora, para determinar si era mero portador o receptor del material en su aspecto pasivo y lo tenía sólo, para su particular conocimiento, como simpatizante de la ideología, o se trataba de un propagandista cierto, lo que generalmente resulta cuando se conoce que actuó en el intercambio de material de forma numerosa, o también cuando posee un suficiente número de ejemplares de la misma publicación, sin causa justificativa de tan copiosa posesión, que haga creer razonablemente en su tenencia para la difusión posterior”.

Por lo tanto, a partir del *animus difundendi* es determinada la “mera tenencia” de propaganda ilegal como “modalidad” de delito con arreglo a su elemento “material u objetivo” y a su elemento de “carácter subjetivo”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo puede atender a criterios cuantitativos y cualitativos para identificar el componente real u objetivo de cara a su difusión (“variedad y número de ejemplares”, “contenido abiertamente subversivo”, “existencia de propaganda”), así como a factores *teleológicos* o *valorativos* que, de no ser *exteriorizados*, deberán ser *deducidos* judicialmente “como único modo de conocer el querer interno del agente”. En realidad, unos y otros (los vasos comunicantes de los factores objetivos y subjetivos) se alimenta recíprocamente, refuerzan la intención delictiva y, como en el delito de terrorismo, son criterios sujetos a la discrecionalidad judicial o “censura de la casación”. Que los factores objetivos, de acuerdo con los “hechos probados”, se antepongan al criterio subjetivo para esclarecer que el objeto principal consiste en la difusión de los “impresos aprehendidos”, no resta importancia ni disipa el *animus diffundendi*, sino que, al contrario, como advierte el Tribunal Supremo, lo *reafirma*.

A pesar de la trascendencia reconocida al componente personal o interno del “ánimo difusorio”, es cierto que la doctrina legal del Tribunal Supremo intenta no apartarse en exceso de su vertiente de la apreciación real u objetiva, obteniendo la información *valorativa* o *teleológica* del propio material requisado (“paquete, de unos dos kilos de peso”, “cinco folletos de uno de los fascículos del Movimiento Comunista Internacional”, “otros tantos de otro”, “diecisiete ejemplares del Mundo Obrero Rojo”, “el número de ejemplares del impreso subversivo”), o en función de circunstancias personales bien del sujeto activo, como posibles antecedentes penales por la participación en otros delitos afines, así la asociación ilícita, o los vínculos ideológicos (“antecedentes políticos del inculpado con anterioridad al hecho”, “coincidencia o no con la ideología del encartado”), bien del sujeto pasivo (“público al que van dirigidos estos escritos”), la secuencia temporal (“su contenido doctrinal... tiene permanente vigencia cro-

nológica”, “y si al tiempo que fueron confiscados habían sido difundidos otros de igual contenido”), la forma de reproducción del material (“casi siempre multicopiados y no impresos y que si lo están es en forma clandestina y sin pie de imprenta”) y por supuesto el contenido ilícito (“contenido del mismo”, “impreso subversivo hallado en su poder”). De este modo, parece objetivarse la extrema relevancia penal concedida a la intencionalidad criminal, así como en el delito de terrorismo la perturbación del orden y la paz pública causada materialmente reforzaba la intencionalidad dolosa delictiva. Esta conexión o refuerzo de lo subjetivo con la realidad de las circunstancias objetivas responde a la dificultad que implica la pretensión política de una inquisición de la “interioridad psíquica del hombre”, o bien a la convicción de que la “censura de la casación” sobre consideraciones teleológicas o *valorativas* propias exclusivamente de la mente humana *desmaquillaría* la apariencia de un poder judicial que se presenta regido por un principio de legalidad y de seguridad jurídica independiente aunque tácitamente prime el servicio político estricto al régimen franquista.

STS 355/1974 de 23 de diciembre: “Considerando que el primer motivo del recurso combate la existencia del delito de propaganda ilegal previsto en el artículo 251 primero del Código Penal, tanto por falta del elemento material u objetivo, como por ausencia del ánimo difusor que da todo su sentido a la modalidad de mera tenencia aplicada en la instancia; doble argumento que no puede prosperar, pues en cuanto a lo primero, la variedad y número de ejemplares que desde Sevilla fueron remitidos a Málaga al inculpado, no menos que su contenido abiertamente subversivo, abonan por la existencia de la propaganda, siendo tema ya distinto que será abordado en el siguiente motivo si el inculpado llegó a la efectiva tenencia o posesión del paquete que contenía el material y si, por tanto, se consumó el delito o el mismo quedó en simple conato; y en cuanto al segundo elemento, de carácter subjetivo, el mismo se desprende de los propios hechos probados cuando se afirma que el envío de los impresos luego aprehendidos se hacía al procesado para que los difundiera y si bien es cierto que tal elemento teleológico, en cuanto valorativo, queda sujeto a la censura de la casación, no es menos evidente que el conjunto narrativo, lejos de disipar, reafirma aquella expresión del «animus diffundendi», si se advierte que el paquete, de unos dos kilos de peso, contenía cinco folletos de uno de los fascículos del “Movimiento Comunista Internacional”, otros tantos de otro fascículo, diecisiete ejemplares del “Mundo Obrero Rojo”, así como dichos folletos de igual naturaleza, sin que quepa alegar que se trata de números de fechas atrasadas pues su contenido doctrinal, justamente el que se trataba de divulgar, tiene permanente vigencia cronológica; razones todas que llevan a desestimar este motivo”.

STS 1968/1975 de 2 de abril: “Considerando que con respecto al tercero de los motivos formulados en su escrito por el recurrente, único que tiene cierto fundamento, es necesario precisar que si bien es cierto que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo para la consumación anticipada del delito la tenencia de la propaganda ilegal con ánimo de difundirla o distribuirla,

este ánimo si no ha sido expresado o exteriorizado explícitamente, habrá de ser deducido por el Tribunal “a quo” de las circunstancias concurrentes en la conducta enjuiciada, único modo de conocer el querer interno del agente, como pueden ser los antecedentes políticos del inculpado con anterioridad al hecho, el número de ejemplares del impreso subversivo hallados en su poder, el contenido de los mismos y su coincidencia o no coincidencia con la ideología del encartado, público al que van dirigidos tales escritos, la forma de reproducción de los mismos, casi siempre multicopiados y no impresos y que si lo están es en forma clandestina y sin pie de imprenta; y si al tiempo que fueron confiscados habían sido difundidos otros de igual contenido, etc., indicios que apreciados en conjunto permite al Tribunal de instancia formar su libre convicción sobre la finalidad de la tenencia que en este caso parece acertado calificar de tenencia para ser repartidos, [...]”.

Por lo tanto, la tenencia de propaganda ilícita entendida como la “mera posesión de la propaganda”, junto con el “propósito difusor de la misma”, equivalen a la *perfección* del tipo delictivo aun sin que se haya procedido a su efectiva difusión. En estos casos, tenencia y consumación de propaganda son equiparables, si bien entonces la primera, que a priori podría apreciarse como una tentativa de delito de conformidad con el artículo 3.º del Código Penal de 1944²⁵, resulta compatible con una consumación “anticipada o de resultado cortado”. Empero, como la tenencia de propaganda ilegal constituye un acto delictivo consumado, cabría preguntarse si aún caben la tentativa y la frustración como formas ejecutivas del delito. La jurisprudencia del Tribunal Supremo deshecha la frustración al admitir, sin ningún tipo de explicación, su “difícil comprensión y encaje”: no se reconoce que lo cierto es que ha sido subsumida en la consumación anticipada. Se acepta la tentativa, si se manifiestan al exterior “los actos encaminados a lograr la efectiva tenencia de la propaganda sin llegar a conseguirlo por la interferencia policial u otra causa obstativa”. Desde luego, si la tentativa es viable respecto de una consumación *demorada* (practicados todos los actos necesarios para la ejecución del delito), no se comprende por qué no pueda serlo la frustración; por lo tanto, hay que entender la tentativa estrictamente respecto de la próxima tenencia o posesión (delito consumado) de la propaganda, esto es, cuando el procesado estuviera “a punto de lograr la tenencia o posesión de la propaganda”, y fuera interrumpida por causa externa (“fue conminado por funcionarios de la policía, antes de que firmara el oportuno recibí, para que les fuera dado el paquete en cuestión”). La explicación jurídica presupone una “necesaria autonomía” de la consumación “anticipada” de la mera tenencia de la propaganda.

²⁵ Código Penal de 1944, artículo 3, párrafo tercero: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”.

STS 355/1974 de 23 de diciembre: “Considerando que, por el contrario, el segundo motivo merece acogida, pues aun dado que los delitos de tenencia –entre los que se cuenta el de propaganda ilegal– son de consumación anticipada o de resultado cortado según expresión doctrinal consagrada, sobre todo en sus formas de mera tenencia, en que basta la mera posesión de la propaganda unida al propósito difusor de la misma para perfeccionar el tipo delictivo, no es menos verdad que pueden darse casos ya que no de frustración –de difícil comprensión y encaje– sí de tentativa, por haberse manifestado al exterior los actos encaminados a lograr la efectiva tenencia de la propaganda aunque sin llegar a conseguirlo por la interferencia policial u otra causa obstativa; que es justamente lo que aconteció en el presente caso, en que el procesado recurrente recibió aviso de la agencia de transporte para retirar el envío con la propaganda comunista que contenía y cuando se disponía a realizar tal operación, para lo cual ya había tomado el paquete y lo había entregado momentáneamente a su casual acompañante, fue conminado por funcionarios de la policía, antes de que firmara el oportuno recibí, para que les fuera dado el paquete en cuestión, orden que acató el ocasional tenedor del mismo, ignorante de lo que acaecía, pero no así el procesado, quien perfecto conocedor del carácter del envío, se dio a la fuga; pues de este contexto de acción se desprende que si bien el recurrente estuvo a punto de lograr la tenencia o posesión de la propaganda que le era remitida con fines de difusión, no lo consiguió con la necesaria autonomía para que pueda hablarse de la posibilidad de disposición de aquélla, gracias a la intervención policiaca que cortó ese proceso fáctico de la tenencia antes de que llegara su culmen, [...]”.

La mera tenencia de propaganda ilegal en cuanto delito de “consumación anticipada o cortada” es una creación legal y doctrinal que, como aclara el Tribunal Supremo, no cabe cohonestar con el régimen común del Código Penal de 1944. Como refleja el siguiente considerando del Tribunal Supremo, es el complemento “ideológico” del *animus difundendi* lo que justifica que la “mera tentativa” deba ser *elevada* para “reformular la punición a la consumación”; en términos realistas, para poder reprimir más severamente cualquier forma, ánimo o intención (“peligro simple”) de difundir y propagar ideas contrarias al régimen franquista más allá de la puramente real u objetiva y efectiva difusión del material. La jurisprudencia admite sin reparos la *criminalización* de la “libre expresión de ideas de los ciudadanos” en aquellos “supuestos” en los que el Estado *decide*, ambigua y discrecional si no arbitrariamente, que *perjudican* la estructura orgánica del sistema jurídico nacionalsindicalista, o que *afectan* al orden público, lo que puede alcanzar en la represión de la propaganda ilegal al mero “deseo de difundirla”, aun que el deseo no tenga éxito.

STS 3709/1972 de 26 de mayo: “Considerando que al criminalizar el Estado la libre expresión de ideas de los ciudadanos, en los supuestos que por su decisión las estima perjudiciales para su estructuración orgánica o por afectar

el orden público, a medio del delito de propaganda ilegal del artículo 251 del Código Penal, dota al tipo de una gran amplitud, por acoger no sólo a medio de un delito de tenencia las actividades de distribución efectiva del material que se determina en el párrafo penúltimo –elemento objetivo– actuando el agente con “animus difundendi”, dirigido finalísticamente, y consíggase o no alcanzar alguno de los objetivos incorporados a la tipicidad en sus cuatro números –elemento ideológico–, sino también, la tenencia de la propaganda para ser repartida, como expresamente determina dicho párrafo previo al final, porque el legislador construyó en tal infracción un delito doctrinalmente denominado de consumación anticipada o cortada, elevando la mera tentativa, para reformar la punición a la consumación y derogando las reglas de la fuerza física del delito de lo que deriva que la mera tenencia de propaganda antijurídica, para tratar de conseguir alguno de dichos fines, con deseo de difundirla, aunque no lo consiga, y quede la acción en la mera recepción, y posesión de la misma o en los primeros actos de ejecución, es ya la consumación de esta infracción criminal”.

La relevancia penal de la intencionalidad delictiva, desde el momento original de su formación y reforzada en su manifestación por factores objetivos y subjetivos, es una forma extraordinaria de responsabilidad criminal que se activa por la afinidad de la propaganda ilegal con los objetivos perturbadores presentes en el delito de terrorismo. El hecho de que esta represión excepcional se haya abierto camino en relación con una actividad que está directamente conectada con la libertad de expresión significa políticamente que esta libertad se encuentra absolutamente mermada, y significa también, jurídicamente, que ha vencido en ella, sobre su cualidad de derecho de los españoles, la afinidad con el delito de terrorismo.

BIBLIOGRAFÍA

- CERRADA MORENO, M. (2018). «Evolución histórica de la legislación antiterrorista en España: la lucha contra el terrorismo anarquista, el terrorismo subversivo y el terrorismo yihadista». *e-Legal History Review*. nº 26.
- CERRADA MORENO, M. (2018). *El terrorismo. Concepto jurídico*. Barcelona: Bosh penal.
- FRAMPTON M. (2021). «History and the Definition of Terrorism». En: ENGLISH R. (edit.). *The Cambridge history of terrorism*. Cambridge University. 2021. 31-57.
- LÓPEZ CALERA, N.M. (2008). «El concepto de terrorismo: ¿Qué terrorismo? ¿Por qué terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?». *Anuario de Filosofía del Derecho*. nº 19. 51-71.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2022). *El Derecho penal bajo la dictadura franquista. Bases ideológicas y protagonistas*. Madrid: Dykinson.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1963). *Curso de Derecho penal*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado.

