

Anotaciones sobre las asociaciones ilícitas, tras la reciente reforma penal

LUIS RODRIGUEZ RAMOS
Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ALCANCE DE LA REFORMA: Cambios introducidos.—Motivaciones de la reforma.—Verificación de las motivaciones.—3. PROBLEMAS PENDIENTES: Factores de incriminación.—El galimatías sistemático.—El principio de legalidad.—Sustantividad de estos delitos y delimitación de injustos.—Las penalidades.—Autoría y participación.—El «iter criminis».—Problemas concursales.—4. CONCLUSIONES.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley 44/71 de 15 de noviembre («B. O. E.», del día 16) ha introducido modificaciones y adiciones en el vigente Código penal. La reforma ha afectado de modo inmediato a dos artículos relativos a las *asociaciones ilícitas* —173 y 174—, pudiendo influir levemente, también en dicho ámbito, las derogaciones totales y parciales previstas en la correspondiente disposición número dos (1). El objetivo de este boceto de investigación se centra en calcular el alcance de la reciente

(1) Veintiséis artículos del Código penal han sido reformados por la citada Ley, que también ha modificado las rúbricas del Capítulo primero del Título II del Libro II, de la Sección primera de dicho Capítulo y de la Sección tercera del Capítulo segundo del mismo título. También ha introducido dos nuevos capítulos: el noveno bis del Título XIII —«Del cheque al descubierto»— y el octavo del Título XII —«De los delitos contra la libertad y seguridad en el Trabajo».

La reforma ha derogado algunas leyes especiales: Decreto de 21 de septiembre de 1960 y las disposiciones que refunde (Ley de 2 de mayo de 1943 y Decreto-ley de 18 de abril de 1947), relativas a rebelión militar, bandidaje y terrorismo; Decreto-ley de 16 de agosto de 1968, sobre competencia de la Jurisdicción Militar; Ley de 9 de febrero de 1939, sobre responsabilidades políticas, «salvo lo dispuesto en su artículo segundo, que se declara expresamente vigente»; Ley de 1 de marzo de 1940, sobre represión de Masonería y Comunismo; Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre entrada clandestina en el territorio español; artículos primero y segundo de la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre Juzgado y Tribunal de Orden Público, y el artículo segundo del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, relativo a estafas y otros engaños.

reforma, en lo que a asociaciones ilícitas respecta, para terminar renunciando sumariamente algunos problemas técnicos inmersos en la vigente configuración de tales delitos, que reclaman un replanteamiento cara a futuras revisiones (2), sin intentar en ningún momento la exhaustividad en la descripción de planteamientos y soluciones, labor que exigiría un complejo, arriesgado y extenso estudio monográfico definitivo.

2. ALCANCE DE LA REFORMA

Cambios introducidos.

Las actuales versiones de los artículos 173 y 174 ofrecen las siguientes novedades, introducidas en la reciente reforma:

Versión derogada

Versión vigente

Artículo 173

Núm. 2

«unidad de la Nación española.
«promover o difundir actividades separatistas».

«unidad o independencia de la patria».
«la integridad de sus territorios».
«la seguridad nacional».
«el orden institucional».
(Se deroga el párrafo segundo de este número).

Núm. 5

«las formaciones con organización de tipo militar prohibidas expresamente por las leyes».

«las formaciones con organización militar que tengan por fin alguno de los señalados en el número 2 de este artículo o que se prohíban expresamente por las leyes».

(2) No hay que olvidar que la Ley de 19 de julio de 1944 limitó su propósito a «refundir con escasas modificaciones el Código penal de 1932 en espera de la posibilidad de reforma total del mismo». Si se considera que el Código de 1932 es una reformación del promulgado en 1870, que a su vez hundió sus raíces en el de 1848, cabe esperar la pronta realización de la renovación total anunciada en 1944 (en tal sentido ver DEL ROSAL, *Esquema de un anteproyecto de Código Penal Español*, Madrid, 1964, págs. 9 y sigs.). Sea en revisiones parciales, como las promulgadas en los años 1963, 1967 y 1971, o en la preconizada total, es deseable una próxima y profunda renovación en esta parcela del Código relativa a las asociaciones ilícitas que, como se muestra más adelante, debe su actual configuración a lo previsto en la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de mayo de 1941, que fue la fuente de inspiración más inmediata (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 1971, pág. 617), y que responde obvia y consecuentemente a una situación concreta de posguerra civil.

*Versión derogada**Versión vigente**Artículo 174**Núm. 1**Párrafo 3.º*

«los fundadores, organizadores o directores».
«los meros participantes».

«... el ataque, a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional...»

«los fundadores o directores»,
«los meros afiliados o participantes».

Párrafo 4.º

«podrá imponer (3) a los meros participantes la pena inferior en un grado o la de destierro y multa de 5.000 a 25.000 ptas.»

«podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado.»

Núm. 2

«Los que con su cooperación económica, aún encubierta, favorecieren... reconstitución...».

«Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase...».

Cabe, pues, destacar las siguientes novedades, ya patentes en la descripción comparativa que antecede :

1.º Una leve modificación terminológica y una ampliación, al menos aparente, de la esfera recriminatoria con la inclusión de nuevas realidades objeto de ataque por los fines de la asociación, en el número 2.º del artículo 173.

2.º La supresión del párrafo 2.º del citado número del artículo 173, que preveía la aplicación de una pena de multa, además de la que correspondiera de carácter privativo de libertad.

3.º Una inclusión de nuevas finalidades típicas relativas a las «formaciones con organización de tipo militar», antes tipificadas formal y exclusivamente por la expresa prohibición legal.

4.º Una ampliación, también de las finalidades típicas previstas, en los supuestos del párrafo 3.º del número 1.º del artículo 174.

5.º Supresión, en el mismo párrafo, del término «organizadores» e inclusión del de «afiliados», en equivalencia al de «meros participantes».

(3) Antes de la reforma de 1963 este párrafo vinculaba al Tribunal en el sentido de reducir la pena («El Tribunal *impondrá* la pena inferior...»), y por otra parte, no limitaba la benignidad preceptiva a los «meros participantes».

6.º La supresión, en el párrafo 4.º del número 1.º del mismo artículo 174, de la pena de destierro y multa que arbitrariamente podía imponer el Tribunal en vez de la privativa de libertad.

7.º Supresión de algunos términos y ampliación de las cooperaciones típicas, a otras de carácter no económico, en el párrafo primero del número 2.º, del artículo 174.

Motivaciones de la reforma.

En el párrafo inicial de la exposición de motivos, de la Ley de 15 de noviembre de 1971, se hace mención lematizada de los extremos de la reforma y de las razones que la oportunistan. Las asociaciones ilícitas no han sido objeto principal ni inmediato de la reforma, pues no se mencionan entre los ámbitos delictivos afectados de modo directo por las motivaciones del cambio (4). ¿Qué razones han jugado, a la hora de modificar estos artículos, si están excluidos de la descripción general prevista en el citado párrafo inicial? Para responder con propiedad al interrogante planteado, es preciso seguir leyendo la exposición de motivos que, en el apartado «seis», reza así: «Razones también de orden técnico han impuesto una atención detenida y, a consecuencia de ella, algunos *leves retoques* en los artículos 17, 173, 251, 262 y 264 (5), del Código, algunos de ellos prácticamente en desuso por efecto de las leyes especiales. Con ello se han adaptado los preceptos a las necesidades actuales, con la mira puesta en la derogación de las leyes especiales, cuya pervivencia ya no es necesaria ni procedente, comprendiendo la represión penal por parte del Código los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la *simple pertenencia* a éstos».

Al intentar completar la aludida laguna del párrafo introductorio de la exposición de motivos, con lo expresado en el número «seis» de la misma, parece evidente que la modificación de los artículos 173 y 174 es una mera consecuencia de la nueva regulación de los delitos de terrorismo (arts. 260 y 264), que asigna al Código penal la repre-

(4) El párrafo inicial de la exposición de motivos solamente hace referencia a la «Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado».

(5) Aun cuando sólo se trata de una omisión involuntaria, no se incluye en esta relación el artículo 174, que también ha sido modificado. Hay que destacar, a título de curiosidad, que *ninguna enmienda* fue presentada ante la Comisión de Justicia de las Cortes, haciendo referencia a estos artículos. Por otra parte, no es adecuado el calificativo de «leve» para los retoques introducidos, pues en algunos supuestos son «graves» y «radicales», como por ejemplo en los artículos 262 y 263, que tipifican como terrorismo conductas que difícilmente pueden considerarse como tal, pues más bien se trata respectivamente de infracciones de «coacción» o «amenaza» y de «desórdenes públicos» (el artículo 263 «es en realidad un delito de desórdenes públicos y no de terrorismo»). RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento de la cuarta edición. Derecho penal español. Parte Especial*, Madrid, 1972, pág. 72).

sión de «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a éstos», concretándose en esta *simple pertenencia* la asociación ilícita delictiva, que requería una nueva regulación que coordinase su ámbito represivo con la parcela no militar del terrorismo (6). A esta tesis, que parece irrefutable, se suma la circunstancia de que el mismo artículo 6.º modifique conjuntamente ambos ámbitos delictivos.

Verificación de las motivaciones.

¿Se trata, pues, de un mero retoque de las asociaciones ilícitas, para evitar incongruencias sistemáticas en el Código penal? La exposición de motivos así lo declara. Sin embargo, de inmediato destacan datos contradictorios desde los contenidos concretos modificados, que desdican la declaración programática y, profundizando, se difumina tal declaración casi hasta desaparecer.

La derogación del párrafo segundo del número segundo del artículo 173 (7) es un primer exponente de la incongruencia apuntada, pues nada tiene que ver con el terrorismo la desaparición de una pena pecuniaria; tampoco la supresión del término «organizadores» y la inclusión del vocablo «afiliados», en el párrafo tercero del número primero del artículo 174, suponen especificaciones de la genérica declaración de motivos. En igual sentido cabe destacar la desaparición de la pena de destierro y multa que, en régimen alternativo, podía imponer el Tribunal en los supuestos que contempla el párrafo cuarto del número primero del artículo 174, si no se pretende explicar tal endurecimiento en base a la simple inclusión de grupos terroristas en las asociaciones ilícitas, hipotética justificación que carece de fundamento, por ser el espectro de conductas típicas más amplio que la simple pertenencia a estos grupos. Otro tanto cabe apuntar respecto a la ampliación, a otras cooperaciones no económicas, del ámbito típico del número 2.º del artículo 174.

En las restantes modificaciones legales, relativas a las asociaciones ilícitas, sí se aprecia una coincidencia terminológica que, en principio, puede inducir a la aceptación de la declaración de motivos. Pero antes de analizar en profundidad tal apariencia, es preciso aludir a la trayectoria histórica de los delitos de terrorismo en su versión actual. La vigente Ley de Orden público otorgó especial autorización

(6) Por Ley 42/1971 de 15 noviembre, se adicionan al Código de Justicia Militar los artículos 294 bis a), b), c), d), y e), en el Título IX, Capítulo primero bis, sobre «Terrorismo».

(7) Hasta que no se publique el texto refundido del Código penal, tal y como preceptúa en la disposición final de la presente Ley de reforma, no se puede saber con absoluta certeza si el segundo párrafo ha sido derogado. Sin embargo, a tenor de los términos en que se expresa la reforma (arts. 173. «Los números 2.º y 5.º se redactan en la forma siguiente»): omitiendo toda referencia a la existencia de más de un párrafo en el referido número segundo, parece evidente tal derogación.

al Gobierno (8) para revisar y unificar la Legislación que atribuía a la Jurisdicción Militar competencia para conocer de determinadas infracciones (9). El decreto de 21 de septiembre de 1960 refundió lo establecido sobre delitos de rebelión militar, bandidaje y terrorismo (10), manteniendo su carácter de ley especial afecta al Código de Justicia Militar. Once años más tarde, la presente reforma coetánea de los Códigos penal y de Justicia Militar deroga la citada disposición especial, incorporando tales preceptos a los Cuerpos legales comunes (11), declarándose que, con tal motivo, se modifican los dos artículos ahora considerados, relativos a las asociaciones ilícitas.

Como se indicaba, existe un paralelismo terminológico entre las restantes modificaciones de los artículos 173 y 174 y las novedades ofrecidas por la versión «civilizada» del terrorismo (12). Suponiendo, en una primera aproximación, que exista la complementariedad apuntada por la exposición de motivos, cabe preguntarse hasta qué punto era necesaria tal reforma, para verificar a continuación si se han mantenido las mutaciones en los márgenes de pura complementariedad que se han expuesto. Respecto al primer interrogante, en términos genéricos la respuesta solamente puede ser negativa, pues, como se verá más adelante, difícilmente cabe un sistema penal recriminante de las asociaciones ilícitas más amplio y represivo que el vigente, y las conductas específicas, que se han tipificado recientemente, tenían ya varias posibilidades de encaje en la versión antigua de los artículos 173 y 174.

(8) Se recoge tal autorización en la disposición transitoria segunda de la Ley.

(9) Tales infracciones eran las contenidas en las Leyes de 1 de marzo de 1960 (sobre represión de la Masonería y del Comunismo, derogada en la presente reforma), de 2 de mayo de 1943 y Decreto-ley de 18 de abril de 1947, relativos respectivamente a rebelión militar y a bandidaje y terrorismo; esta última disposición derogó la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, ya modificada por las de 19 de febrero y 11 de mayo de 1942.

(10) Este decreto, que no refundió las normas establecidas en la ley de 1 de marzo de 1940, instrumentó del siguiente modo las dos disposiciones restantes:

<i>Ley 2.3. 1943</i>	<i>Decreto ley 18.4. 1947</i>	<i>Decreto 21.9. 1960</i>
Art. 1.º, núms. 1.º, 2.º y 4.º, párrafo 2.º. Arts. 1.º al 8.º	Art. 2.º. Arts. 3.º al 7.º.

(11) Dada la consideración doctrinal que recae sobre las Leyes penales especiales (ver, p. e., DEL ROSAL *Tratado de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1969, págs. 219-220), la introducción de tales normas en cuerpos legislativos comunes puede interpretarse, y así lo han formulado algunos autores, como un intento de *peremnizar* y *normalizar* lo que se consideraba *transitorio y excepcional*, tanto en lo relativo a la competencia de la jurisdicción militar como en la tipificación de preceptos y penas.

(12) «Seguridad del Estado» y «nacional», «orden institucional», «integridad de sus territorios», «unidad», etc., son términos existentes en los artículos 173, 174 y 260 del Código penal, y en el 294 bis, a) del Código de Justicia Militar.

¿A qué propósito pueden, pues, responder las novedades que se van a analizar? La respuesta se centra en la cualificación de determinados supuestos específicos, dentro del amplio mundo genérico de las asociaciones ilícitas (13), y solamente el deseo de incluir tales conductos de mera pertenencia a grupos terroristas, en la tipología agravada de las asociaciones ilícitas, puede explicar la renovación extensiva aludida. Mas aún resta comprobar si incluso en este planteamiento específico era necesaria la reforma, pues posiblemente en la versión derogada, menos profusa, existían ya moldes típicos suficientemente amplios; pero este tema se trata más adelante, al hacer referencia a los problemas pendientes de la configuración penal asociativa.

Por otra parte, aún aceptando provisionalmente que la reforma de los artículos 173 y 174, en los extremos ahora considerados, fuese necesaria, no cuadra tampoco con los motivos expresados en la exposición, porque las nuevas versiones no exigen en todo caso que ocasional o permanentemente tales asociaciones *practiquen métodos terroristas* (14), para ser castigadas.

Del análisis realizado se deduce:

1.º Que algunos supuestos legales reformados nada tienen que ver con los propósitos expresados en la exposición de motivos (15).

2.º Que en los restantes, la configuración ha traspasado los límites de la mencionada exposición, al no limitarse la nueva tipología a los casos de *simple pertenencia* a grupos terroristas (16).

(13) A modo de esquema notional, puede exponerse el siguiente sistema tipológico de las asociaciones ilícitas por su origen:

- 1) Tipos privilegiados: Art. 172, núm. 4 y 175 núm. 1.
- 2) Tipos básicos: Art. 172, núm. 1, 2.º y 3.º y 173, 174, núm. 1.º párrafo 1.º.
- 3) Tipos cualificados: Art. 172, núm. 1.º, 2.º y 3.º; 173 y 174, núm. 1, párrafo 3.º.

(14) Los artículos 260 y 261 del Código penal (los restantes no pueden considerarse propiamente terrorismo, como se ha mostrado en relación con los artículos 262 y 213, y el 264 se refiere a la tipificación de actos preparatorios o ejecutivos en grado de tentativa de delitos de terrorismo) y los artículos 294 bis a) y b) del Código Militar, tipifican tales delitos no sólo en función de los fines últimos («atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios», etc.), sino además y principalmente por los *finés inmediatos* —miedo o terror— («destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y ...») y por los *medios* empleados (utilizar «sustancias explosivas o inflamables o armas...»). En tal sentido ver RODRÍGUEZ DEVESA ot. cit. Parte Especial, pág. 744. También V. Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal, Madrid, 1933.

(15) Derogación del párrafo segundo del número 2 del artículo 173; cambios en el párrafo tercero y supresión de la pena de destierro y multa en el párrafo cuarto del número primero del artículo 174, y ampliación de los supuestos del mismo artículo.

(16) La tipificación de los *finés inmediatos* y de *medios* exigida por el terrorismo, a la que se ha hecho alusión anteriormente, no consta en relación con los grupos incluidos como asociaciones ilícitas, que sólo se describen con trazos formales o de fines mediatos (últimos).

3.º Que, en definitiva, la reforma ha resultado ser un endurecimiento del sistema anteriormente vigente, por la agravación y extensión de los supuestos cualificadores (17).

4.º Que se han derogado algunas leyes especiales, relativas parcialmente a las asociaciones ilícitas, sin repercusiones favorables para la sistemática y la praxis penal (18).

3. PROBLEMAS PENDIENTES

Los retoques introducidos en la tipología de las asociaciones ilícitas, por la reforma legislativa de 1971, no han pretendido ni mucho menos logrado una simplificación de su difícil sistemática, problematizada precisamente a raíz de la reforma de 1944 (19). Las asociaciones ilícitas en abstracto y con mayor razón en su actual construc-

(17) Concretamente:

1.º Tipificación de nuevos supuestos fácticos, en base a la finalidad de la asociación, en los números 2.º y 5.º del artículo 173, y el párrafo tercero, número primero del artículo 174.

2.º Inclusión de nuevas conductas participativas en el párrafo tercero del número segundo del artículo 174 («afiliados» y «cooperación... de cualquier otra clase» respectivamente).

3.º Supresión de la pena más benigna que preveía, en régimen alternativo, el párrafo cuarto del número primero del artículo 174.

(18) Las derogaciones aludidas no han significado modificación de las asociaciones ilícitas. El artículo segundo de la ley de responsabilidades políticas (9.2. 1939) sigue vigente, y enumera una serie de organizaciones declaradas expresamente fuera de la ley; parece sin embargo tal supervivencia superflua, dado que los Tribunales han aplicado en ocasiones la declaración genérica VIII.^a de la Ley Fundamental de Principios del Movimiento Nacional (17 de mayo de 1958) que reza así: «Toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo, será considerada ilegal». La ley de represión de masonería y el comunismo (1.3. 1940) estaba en situación de derogación material. Las restantes derogaciones no afectan de inmediato a la temática elegida.

(19) El Código de 1822, en sus artículos 316 a 320 sancionaba algunos supuestos de asociación y reunión, con penas benignas (multas de entre uno y cincuenta duros y privaciones de libertad que llegaban hasta un año de duración); la configuración de los tipos era excesivamente casuística. El texto punitivo de 1848, artículos 202 a 206, se refiere específicamente a las asociaciones ilícitas diferenciando dos categorías: «sociedades secretas» y «demás asociaciones ilícitas», centrandó la entidad punitiva de estas últimas en su formación «sin consentimiento de la autoridad pública» o en el incumplimiento de «las condiciones que ésta le hubiera fijado»; las sanciones, en relación con las sociedades secretas, se concretaban en destierro, inhabilitación absoluta y prisión mayor, según los casos, y en lo que respecta a «las demás asociaciones ilícitas», en multa de veinte a cien duros; en la reforma de 1850 se mantuvo la regulación con leves retoques (arts. 207 a 212). Pero es a partir del Código de 1870 cuando la regulación se simplifica (artículos 198 a 201) y, sin entrar ahora en actos ilícitos de «asociaciones ilícitas», admite solamente *dos supuestos de asociaciones ilícitas*: «1.º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública» y «2.º Las que tengan por objeto cometer alguno de los delitos penados en este Código» (art. 198). El texto de 1928 (arts. 268 y 856) eludió el propósito el tratamiento de esta temática. Finalmente, el Código de 1932 mantuvo la regulación prevista en el de 1870, con leves actualizaciones en las penas (arts. 185 a 189).

ción legislativa, ofrecen interesantes problemas que como se verá, llegan a poner en tela de juicio su sustancialidad delictiva. Al considerar lematícamente tales cuestiones con una intención más globalizadora que de análisis minucioso se tratarán de nuevo algunos aspectos relativos a la reciente reforma.

Factores de incriminación.

Para contemplar con cierta sistemática el campo elegido, cabe hacer la siguiente *clasificación*, en base a los factores que integran el núcleo preceptivo de los diversos tipos de asociación ilícita:

1. Por factores relativos a su *constitución* o a *elementos esenciales*:

1.1. Por sus *fin*es:

- 1.1.1. «Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública». (art. 172, núm. 1).
- 1.1.2. «La que tengan por objeto cometer algún delito». (art. 172 núm. 2).
- 1.1.3. «Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional» (art. 173, núm. 1).
- 1.1.4. «Los grupos o asociaciones constituidas dentro o fuera del territorio nacional, para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional» (art. 173, núm. 2).
- 1.1.5. «Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles, en grupos políticos o de clase cualesquiera que fueren» (art. 173, núm. 3).

1.2. Por *declaraciones formales* o por *circunstancias o requisitos de este carácter*:

- 1.2.1. «Las prohibidas por la Autoridad competente» (artículo 172, núm. 3).
- 1.2.2. «Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley, y cualesquiera de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso» (art. 173, núm. 3).
- 1.2.3. «Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin alguno de los señalados en el número 2.º de este artículo o que se hallen prohibidas expresamente por las leyes» (art. 173, núm. 5).
- 1.2.4. «Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley» (art. 172, núm. 4).

2. Por factores relativos a su *funcionamiento* :

- 2.1. «Los directores, presidentes y meros individuos de Asociaciones que no permitieren a la autoridad o a sus agentes la entrada o asistencia a sus reuniones» (art. 175, núm. 2).
- 2.2. «Los directores o presidentes de asociaciones que no levanten la sesión al requerimiento que con este objeto hagan la Autoridad o sus agentes, y los meros asociados que en el mismo caso no se retiren de la sesión» (art. 175, núm. 3).
- 2.3. «Las que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido prohibida por la Autoridad o sus agentes mientras no se haya dejado sin efecto la suspensión ordenada» (art. 176).

No se hace referencia al artículo 177 por estimar que se relaciona más directamente con la libertad de enseñanza que con la libertad de asociación. Por otra parte de ahora en adelante se omite toda referencia genérica a los tipos relacionados con el «funcionamiento» de las asociaciones, por estar estos problemas subordinados a los existentes en los restantes tipos (20).

Tratando de esquematizar, con la finalidad aludida, los *supuestos básicos, cualificados y privilegiados* de los preceptos agrupados en el primer epígrafe, resulta el siguiente cuadro :

1. *Tipo privilegiado* : «Incurrirán en la pena de arresto mayor : los fundadores, directores y presidentes de asociaciones comprendidas en el número 4 del artículo 172», (art. 175, núm. 1).
2. *Tipo básico* : «Incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 5.000 a 25.000 pesetas : Los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que estuvieren comprendidas en el artículo anterior y en los números 1.º, 2.º y 3.º del 172» (art. 174, núm. 1 párrafo 1).
3. *Tipo cualificado* : «Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional, serán castigados con la pena de reclusión menor, los fundadores o directores, y con la de prisión menor, los meros afiliados o participantes» (art. 174, núm. 1, párrafo 3).

El galimatías sistemático.

Una apreciación inmediata, provocada por la lectura de los artículos 172 y 173, determina la falta de congruencia entre ambos preceptos, máxime cuando el artículo 173 pretende ser una especifica-

(20) La problemática relativa a los supuestos agrupados en el punto «2» («Por cuestiones relativas a su funcionamiento»), tiene una entidad menor y, en ciertos aspectos, subordinada a la radicada en los restantes tipos (más adelante se alude a la tensión injusto penal —injusto administrativo). Además, como indica RODRÍGUEZ DEVESA (o. c., pág. 620), no se trata de asociaciones ilícitas, sino más bien de asociaciones lícitas con comportamiento ilícito.

ción del precedente («Se comprenden en el artículo anterior:») (21). Tal incongruencia se patentiza tanto en el solapamiento de las diversas figuras delictivas, que provocan continuos concursos ideales propios e impropios, como en la posterior diversificación de supuestos que realiza el artículo 174.

Al utilizar tan profusos y variopintos criterios clasificatorios, en una misma clasificación, la intersección de los distintos tipos es inevitable (22). Pero tales intersecciones no sólo se producen entre los conjuntos elaborados conforme a diversos criterios, sino incluso entre los subconjuntos que resultan dentro de los grandes grupos tipológicos (23). En los Códigos de 1870 y 1932 el problema era más simple, pero tras la revisión de 1944 los preceptos incorporados de la Ley de Seguridad del Estado complicaron la situación legal (24) en el sentido apuntado.

El principio de legalidad.

Pero el galimatías carecería de especial gravedad, si la frontera penal de la genérica figura «asociación ilícita» fuera clara. La tipicidad del principio «nullum crimen sine previa lege» es una conquista asentada, pero no se ha logrado que las leyes realicen íntegramente los imperativos de tal principio, que se refuerza a nivel doctrinal con el paso del tiempo (25). ¿Existe realmente la seguridad jurídica que proporciona una adecuada tipicidad, en el ámbito de las asociaciones ilícitas?; responder a esta pregunta exige diversas verificaciones que, en último término y como se verá más adelante, llegan a problematizar la viabilidad lógica del concepto penal de asociación ilícita; de momento, manteniendo el punto de mira a un nivel más superficial, bastará con plantear si la actual configuración preceptiva de tales tipos ofrece o no las debidas garantías de seguridad jurídica, previstas en las leyes constitucionales (26).

(21) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1948; pág. 119.

(22) Una asociación puede ser ilícita coetáneamente por sus «fines» y por «declaraciones formales o por circunstancias o requisitos de este carácter». En este sentido DEL ROSAL, *Derecho Penal de sociedades anónimas*, I, Madrid, 1971; págs. 483-484.

(23) Efectivamente la ilicitud puede estar enraizada, al mismo tiempo, en diversos tipos del mismo subconjunto: una asociación puede tener fines contrarios a la moral pública, tipificados como delito, tendentes a la relajación del sentimiento nacional, etc.

(24) Los artículos 28, 30, 32, 35, 36, 39 y 41 de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Seguridad del Estado) fueron transcritos, con leves retoques sistematizadores, en el nuevo Código penal de 1944. Tal ley se automotivaba en «la imperfección con que nuestras leyes penales, plagadas de prejuicios propios del momento en que fueron promulgadas, sancionan, cuando no olvidan, muchos de los delitos contra el prestigio y la seguridad del Estado...»

(25) En tal sentido DA COSTA, Jr. *Consideraciones acerca de la suprallegalidad en el Derecho penal*, «Estudios Penales», Deusto, 1965, págs. 213 y siguientes.— DEL ROSAL. «Esquema de un anteproyecto...» cit. págs. 44 y 45.— RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (Principio de)*, Enciclopedia Jurídica. Seix, 1971.

(26) Artículos 17 y 19 del Fuero de los Españoles.

A los efectos mencionados, la subfigura de asociación ilícita más claramente inmersa en un correcto planteamiento de la tipicidad, aun cuando no esté libre de otros problemas (27), es la prevista en el número 2.º del artículo 172 («se reputan asociaciones ilícitas: Las que tengan por objeto cometer algún delito»). Este tipo, de raigambre tradicional en los códigos españoles (28), agota su contenido en los ámbitos propiamente punitivos y sólo indirectamente, es decir, en base a las posibles inseguridades que planteen los «delitos» concretos que elijan como objeto de la asociación los asociados, puede incurrir en incorrecciones que afectan al mencionado principio de legalidad.

No menos tradicionales son las raíces que alimentan el número 1.º del mismo artículo («Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública») (29), pero no por ello ofrece las mismas garantías de seguridad que su coetáneo número 2.º, al no existir código alguno que delimite los preceptos de la «moral pública», y aun cuando GROIZARD exclame: «¡desgraciado país donde la moral pública para ser conocida necesite ser dogmáticamente explicada!» (30), la fuerza estética de la frase no proporciona la anhelada seguridad jurídica.

Antes de proseguir examinando, desde el presente ángulo, los restantes preceptos configuradores de las asociaciones ilícitas, es preciso advertir que en este ámbito, generalmente centrado en la categoría denominada «delitos políticos», la ciencia penal plantea mayores exigencias, ya desde CARRARA, por estimar que generalmente las tipificaciones son «superficiales» en el sentido de carecer de raíces éticas, pues miran más a la supervivencia de una situación política concreta que a la defensa de valores o bienes más estables y de mayor inmediatez para la persona. El mismo CARRARA ya dijo que «el delito político no se define por verdades filosóficas, sino más bien por la prevalencia de los partidos y de las fuerzas o por la suerte de una batalla» (31). Esta consideración incidental coadyuva a exigir mayores garantías de seguridad jurídica, a la hora de delimitar los preceptos que rozan con lo puramente político, y basta para localizar estos supuestos concretos el examen de los núcleos delictivos que varían con ocasión de las mutaciones histórico-legislativas.

(27) Más adelante se examina la posible superfluidad del precepto, en base a otras figuras delictivas, tanto del Libro I como del II del vigente Código.

(28) Como ya se indicó (ver nota 18) se remonta al Código de 1870, que aún era más escrupuloso en estos extremos, pues añadía: «... delitos penados en este Código».

(29) También se mantiene tal configuración desde el texto punitivo de 1870.

(30) *Código penal de 1870. Concordado y comentado*, Burgos, 1874; página 269.

(31) *Programa del curso de Derecho criminal*, Buenos Aires, 1948, vol. VIII, § 3926. En igual sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, «El trato de los delincuentes políticos en España, ante los textos de las Naciones Unidas», «El criminalista», T. XV, Buenos Aires, 1961, pág. 53.

Pero volviendo al hilo principal, corresponde ahora considerar el grado de certeza y exactitud de los restantes supuestos de asociación ilícita que, como se ha dicho, tienen su origen en la inclusión de preceptos a partir de 1944, contrarios a la tradición legislativa y provenientes de la Ley de Seguridad de Estado de 1941. En primer término surgen los números 3.º y 4.º del artículo 172 (32), que a estos efectos plantean escasos problemas, aun cuando puedan merecer abundantes críticas, desde otras perspectivas (33).

Las inseguridades surgen al examinar los supuestos del artículo siguiente —173— por tipificar las conductas prohibidas en términos penalmente indeterminados, que no ofrecen en consecuencia claras fronteras entre lo lícito y lo ilícito. «Destrucción o relajación del sentimiento nacional»; «atacar de *cualquier forma* la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional»; «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» (34); «Los que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fueren», y «las formaciones con organización de tipo militar...»; todas estas descripciones, en mayor o menor grado, son difusas y confusas, careciendo en consecuencia de las debidas garantías de seguridad a través de la certeza. Cabría la interpretación restrictiva de tales configuraciones, en el sentido de que las finalidades o comportamientos descritos tuvieran que corresponder a delitos tipificados en otros capítulos del Código (35), pero tal interpretación, desmentida por la jurisprudencia, haría absolutamente inútiles tales preceptos, al existir el número 2.º del artículo 172.

(32) «3.º Las prohibidas por la Autoridad competente». «4.º Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la Ley».

(33) Más adelante se alude al problema de delimitación de injustos penales y administrativos. Por otra parte, habría que verificar hasta qué punto los supuestos contemplados en el número 3.º no son más propiamente infracciones de «resistencia» o «desobediencia» a la autoridad (arts. 237 y 570, núm. 5 Código penal).

(34) Aún cuando pueda parecer que tales entidades «declaradas fuera de la ley» no incurrir en la mencionada inseguridad por inconcreta tipificación, ha de considerarse que también el presente tipo se refiere a «cualesquiera otras de tendencias análogas» y, por otra parte, que la declaración genérica del principio VIII de la Ley de Principio del Movimiento Nacional relativiza la aparente certeza, al declarar: que «toda organización política de cualquier índole, al margen de este sistema representativo», es decir, al margen de «la familia, el municipio, el sindicato y demás entidades con representación orgánica que a este fin reconozcan las leyes», «será considerada ilegal».

(35) Por ejemplo, otros delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado, consumados, en grado de tentativa o frustración, o en fase de preparación o de resolución manifestada.

Sustantividad de estos delitos y delimitación de injustos.

La materia de asociaciones está ampliamente regulada en el país, aun cuando existan lagunas importantes (36). Desde un punto de vista sancionador, están previstas multas y suspensiones administrativas (37) y penas; en este segundo ámbito —el penal— el sistema carece, como se ha visto, de coherencia interna y de las garantías de seguridad jurídica dimanantes de una correcta y estricta aplicación del principio de Legalidad; sólo los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 172 pueden considerarse cumplidores de requisito de legalidad así entendido. Pero surgen nuevos inconvenientes que se centran en el «derroche de medios legales» y en la «delimitación de injustos» penales y administrativos.

Si existe seguridad jurídica en el ámbito de las asociaciones ilícitas, cuando los fines se centran en la comisión de algún delito, el número 2.º del artículo 172 gozará de tal cualidad. Pero en ese supuesto, ¿no significa un derroche de medios legales la tipificación de tal figura? La «conspiración y provocación» para delinquir (38), al-

(36) Las principales disposiciones que pueden afectar a esta temática son: Fuero de los Españoles, art. 16. Código Civil, arts. 35 y ss. Código de Comercio, arts. 116 y ss. Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 y Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953. Concordato con la Santa Sede, de 27 de agosto de 1953, arts. II, VI, XII, XXI, y XXV. Ley de Libertad Religiosa, de 28 de junio de 1967 y Orden Ministerial de 5 de abril de 1968. Estatuto Orgánico del Movimiento, Decreto de 20 de diciembre de 1968, arts. 8 c), 11 y ss. y Disposición final 2.ª, párrafo 2.º. Ley Sindical, de 17 de febrero de 1971, arts. 13 y ss. *Ley de Asociaciones* de 24 de diciembre de 1964 y Decreto de 20 de mayo de 1965.

Como algunas legales pueden destacarse, por una parte, la ausencia de regulación —y de existencia— de las asociaciones políticas, preconizadas en el citado Estatuto Orgánico del Movimiento, y, por otra, la imprevisión de la vigente Ley de Asociaciones en lo relativo a la disolución de las mismas, extremo al que expresamente aludía la ley anterior —de 30 de junio de 1887— en su artículo 15, aun cuando el artículo 13 del vigente reglamento (D. 20 de mayo de 1965), haga referencia incidentalmente a la necesidad de un acuerdo social o de una sentencia judicial en tal sentido, *sin concretar la jurisdicción competente*. El artículo 265 del Código Penal alude también a la disolución de asociaciones, pero solamente en supuestos de depósito de armas o explosivos.

(37) Arts. 16 y 19 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, modificada por la Ley de 21 de julio de 1971.—Art. 10 de la Ley de asociaciones y 16 y 17 del Reglamento.

(38) «La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito o resuelven ejecutarlo» (Art. 4.º del Código penal). Según MIGUEL SERRANO (*El iter criminis*, Caracas, 1957, págs. 48 y 49), conspiración equivale a «resolución colectiva para la comisión de un delito». ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ diferencian la conspiración para delinquir de la asociación ilícita examinada (art. 172, núm. 2) «en la mayor estabilidad de ésta y en que la conspiración tienen por objeto un delito determinado y la asociación un número indeterminado de delitos» («Derecho penal», I, 1949, pág. 404). Atendiendo a que tal estabilidad es *de facto*, pues *de iure* no puede existir tal asociación, y a que el número indeterminado de delitos podría configurarse como una serie de conspiraciones, que irían cuajando o no en ejecuciones consumadas, frustradas o tentadas, podría plantearse la hipó-

gunas circunstancias agravantes (39), otras figuras de la parte especial (40) y todos los supuestos de autoría y participación (41), parece que pueden cubrir sin fôrceps los ámbitos ahora reservados a las asociaciones ilícitas, que tienen por objeto la comisión de algún delito, pues amparan tanto la fase de resolución manifestada como la preparatoria y la ejecutiva. Parece obvio, pero no inoportuno, aludir a la naturaleza ficticia de toda asociación que, precisamente en el ámbito penal, se concreta en la no inclusión de las personas jurídicas entre los posibles sujetos activos de delitos (42); ¿hasta qué punto una acción que consiste en asociarse, o agruparse, puede en sí constituir un delito?; ya se ha visto que el Código penal exige unas finalidades o ciertas circunstancias para que tal conducta asociativa sea típicamente antijurídica, y en el supuesto concreto del número 2.º del artículo 172, que tal asociación tenga por objeto la comisión de algún delito; la asociación en sí, además de un derecho, es un puro *acto formal* que admite multitud de *contenidos*, y tales *contenidos* son los

tesis de la superflua funcionalidad del número 2.º del artículo 172, en lo que a zona cubierta por este artículo 4.º respecta.

También la «provocación» puede cumplir un papel similar en la misma fase preparatoria.

Trata estos temas, en relación con la «resolución manifestada» JIMÉNEZ DE ASÚA en el Tomo VII de su Tratado (Buenos Aires, 1970, págs. 370 y ss).

(39) El artículo 10 del Código Penal, en su circunstancia 13, alude a «la cuadrilla», y en la precedente —12— a ejecutar el delito con «auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad». Sin entrar ahora en detalles exegéticos en cuanto al número de personas y otros extremos accidentales («Criminología de las asociaciones ilícitas», SERRANO GÓMEZ, Anuario de Derecho penal y C. Penales, enero-abril 1971, pág. 55), en supuestos de delito que hayan incurrido en fase ejecutoria podrían suplir tales circunstancias agravatorias, con leves retoques legislativos, el papel del citado número 2.º del artículo 172.

(40) La figura más destacada es la prevista en el artículo 513, que remite al número 2.º del artículo 172 «la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo» (GONZÁLEZ GARCÍA, «Asociación para cometer el delito de robo», Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, 1947. MARTÍNEZ VAL, «El Art. 513 del Código penal», Revista General de Derecho 1958.—RUIZ VADILLO, «Contribución al estudio de la reforma del Código penal», Madrid, 1962, separata de la Revista de Derecho Judicial); constituye esta figura una modalidad específica de conspiración para delinquir que, de estimarse funcional, podría agotar su contenido en sí misma sin remitir al vigente artículo 172 núm. 2, que no por ello supera la hipotética superfluidad.

También puede aludirse al núm. 3.º del artículo 121 («El español que dentro o fuera del territorio de la Nación reclutare gente, suministrare armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas, sediciosas o separatistas o para tentar contra la seguridad del Estado en cualquier otra forma»). En igual sentido cabe hacer referencia a los artículos 294 bis del Código de Justicia Militar, que alude a los que actúan «al servicio de Organizaciones o grupos».

(41) Los artículos 12 y ss. del Código penal regulan, como es sabido, lo relativo a las personas responsables como autores, cómplices o encubridores. La concurrencia de una pluralidad de personas supone, *de facto*, la existencia de una «asociación», más o menos transitoria, en la comisión de delitos.

(42) DEL ROSAL, «Derecho penal de las sociedades anónimas» cit. páginas 308 y ss.

que esencialmente pueden afectar al orden punitivo, siendo circunstancial el fenómeno asociativo o individual que los conforme. En tal sentido cabe decir que los delitos asociativos carecen de sustantividad, y no deben existir autónomamente, sino sólo como circunstancias de otros actos sustantivos (43).

Por otra parte, en un plano más positivo, el derecho español no reconoce la existencia de asociación o sociedad hasta que los actos formales —aprobación, inscripción en el registro, etc.— reglamentarios se cumplan (44). No es congruente, en consecuencia conceptuar penalmente las asociaciones mirando a la voluntad de los asociados, si en otros ámbitos jurídicos se conceptúan en base a requisitos formales.

Pero hay más. Se reconozca o no la falta de sustantividad de los delitos de asociación ilegal, es preciso delimitar los injustos penales y administrativos, y no exclusivamente en referencia al número 4.º del artículo 172. Aunque el tema genérico de tal delimitación no esté aún asentado en criterios definitivos (45), en este supuesto concreto se puede iluminar la problemática, suprimiendo la tipificación penal de algunas figuras, que carecen de entidad suficiente (46). Solamente los actos individuales tipificados como delitos, parecen merecer la consideración de tales en su versión de pluralidad de sujetos activos. Es decir, que al margen de la inseguridad jurídica ya referida, por deficiente claridad de fronteras, los contenidos totales o parciales de alguno de los preceptos pueden no merecer la tipificación penal que en la actualidad poseen.

(43) Tal postura parece haber adoptado el Código alemán de 1953, que en el párrafo 49 b), en el apartado relativo a la «complicidad», trata de la «Asociación para atentar contra la vida de otro», y en el 90, entre delitos de «Puesta en peligro del Estado» y sin aludir a unas genéricas asociaciones, ilícitas, se refiere a aquellas «cuyo objeto o actividad estén dirigidos contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos», estableciendo en el párrafo siguiente que «si la asociación es un partido político, la infracción no podrá ser perseguida si el Tribunal constitucional federal no ha constatado previamente la anticonstitucionalidad del partido».

(44) Concretamente, en la Ley de Asociaciones vigente, el acto de aprobación por parte de la autoridad gubernativa es el único eficaz, a la hora de dar existencia jurídica a la asociación (art. 3.º). En los Códigos de 1850 y 1932 (arts. 199 y 186 respectivamente) no se hablaba de «constitución» sino de «establecimiento» y, por otra parte, la legislación entonces vigente en materia de constitución de asociaciones no era tan heterónoma como la actual (Decreto-Ley de 20 de noviembre de 1868. Art. 2.º y Ley de 30 de junio de 1887, art. 4.º). Sobre este particular, ver «Las asociaciones no reconocidas por las Leyes», D. RUBINO, Madrid.

(45) RODRÍGUEZ RAMOS «Injusto penal e injusto administrativo en el marco del Derecho de la circulación», Revista de Derecho de la Circulación, marzo-abril 1967, págs. 121 y ss. CORREIA, *El Derecho penal de Justicia y el llamado Derecho penal Administrativo*, Madrid, 1972.

(46) Concretamente del número 4.º del artículo 172. Sin embargo, otros muchos supuestos atentatorios contra bienes jurídicos merecedores de protección administrativa, más que penal, reducirían el ámbito punitivo de la actual configuración de las asociaciones ilícitas.

Las penalidades.

Si se abogara decididamente por la supresión de la tipología penal de asociaciones ilícitas, las consideraciones precedentes y subsiguientes resultarían innecesarias. Como se trata solamente de una hipótesis, al igual que las restantes consideraciones que aquí se aducen en torno a los problemas que se plantean, es posible destacar nuevos puntos de conflicto, en el actual ámbito penal de las asociaciones ilícitas. Así surge la realidad de las penas previstas que oscilan, en lo que a privación de libertad respecta, entre el arresto mayor y la reclusión menor (sin considerar problemas de reincidencia). Los extremos de la escala están muy distanciados: veinte años. Tal amplitud espectral plantea, en sí, cierta perplejidad, pues la mera diferencia de grado que puede apreciarse entre unas y otras asociaciones acogidas todas ellas bajo el genérico calificativo de ilícitas, no parece que pueda merecer un reproche de tan desigual gravedad.

Por otra parte, si se comparan las penalidades previstas en este capítulo, con las que se establecen en los delitos contra las personas (núcleo más constante de los códigos punitivos), se aprecia que la intensidad del reproche se equipara, y en ocasiones supera, al homicidio, infanticidio, aborto, lesiones y mutilaciones, etc. Profundizar en este paralelismo llevaría a consideraciones éticas, que superan las fronteras de lo estrictamente jurídico, y que posiblemente invalidarían en su raíz estas tipificaciones conyunturales. Sí cabe apuntar, en cambio, que teniendo en este país la criminalidad asociativa un carácter predominantemente político, la pena aplicable a estos «delinquentes por convicción» cumplirá solamente una función represiva, pues no es concebible la eficacia «rehabilitadora» o «medicinal» de la sanción en tales ámbitos.

Autoría y cooperación.

Los preceptos examinados hacen las siguientes referencias expresas a supuestos específicos de participación y cooperación:

1. Tipo privilegiado: (No se hace alusión alguna a las asociaciones comprendidas en este tipo, desde el presente ángulo).
2. Tipo básico: «incurrirán en la pena de arresto mayor: los meros individuos de asociaciones comprendidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 y en el 173» (art. 175, núm. 4).
3. Tipo cualificado: «Si la asociación tuviere por objeto... serán castigados con la pena... de prisión menor, los meros afiliados o participantes» (art. 174, núm. 1, párrafo 3.º).
4. Cooperación: «Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase favorecieren la fundación, organización, o actividad de las asociaciones, grupos, organizaciones, entidades y formaciones mencionadas en el artículo anterior», «incurrirán en las penas de prisión menor, inhabilitación especial

y multa de 5.000 a 25.000 pesetas». «En este caso, cuando el caudal del culpable lo permita, podrán los Tribunales elevar la cuantía de la multa hasta 1.000.000 de pesetas, atendidas las circunstancias y consecuencias del hecho» (art. 174, número 2.º).

Tales referencias plantean conflictos con las previsiones generales del Código sobre el particular. Se alude a «directores», «presidentes», «organizadores», y «fundadores», por una parte, y a «meros individuos», «meros afiliados o participantes» y «a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase...», por otra. Tales configuraciones, ¿hasta qué punto desmontan la genérica clasificación de «autores», «cómplices» y «encubridores»?

De nuevo se topa con la falta de expresividad legal, a la hora de definir la extensión de tales figuras, lo cual exige acudir a la jurisprudencia, para comprobar las especies que el arbitrio judicial ha construido, y en tal quehacer se aprecia que la interpretación judicial ha sido más bien extensiva en favor de los peculiares «autores» y en detrimento de los «cómplices» (47). Pero, además, se plantea de nuevo la dificultad dimanante del concepto penal de asociación que, como se ha visto, rompe con las restantes construcciones del ordenamiento jurídico, porque ¿cuándo se organiza una asociación?, ¿cuándo se funda, si carece de existencia jurídica?; por otra parte, si una asociación ya «existente» trata de establecerse en otra provincia, por ejemplo, ¿realiza nuevos actos de «fundación», o más bien, desarrolla una labor normal de crecimiento, que compete a todos los asociados, sin que por ello dejen de ser «simples afiliados o participantes»?; la aludida interpretación extensiva del Tribunal Supremo destruye tal hipótesis, pero no por ello dejan de existir los problemas enunciados,

(47) El T. S. afirma que «la oposición... que realizan... los artículos 174 y 175 del C. p. entre meros participantes, asociados o individuos por un lado, y fundadores, organizadores, directores o presidentes por otro, requiere en defecto de definición directa legal determinar su diferencial condición, con arreglo a la realidad práctica y al concepto lógico y semántico de los propios términos enunciativos de la condición personal, en correlación de la inexistencia de situaciones intermedias; ...» (S. 30.10.67). Sobre esta base concluye, en distintas ocasiones, criterios como los siguientes: «los procesados tomaron contacto con individuos venidos de fuera de España, por lo que no se limitaron a cumplir simple y corrientemente sus deberes de afiliados» (S. 26.4.69), «si sus actividades como afiliados hubiesen estado limitadas al simple pago de cuotas e incluso, en ciertas condiciones, a la captación de adeptos, en lugar de rebasar estas poco importantes actividades, con las más destacadas y de mayor importancia de celebrar reuniones de carácter regional y sobre todo la de enlazar con miembros de mas relieve de Madrid, de los que recibían instrucciones, y el sufragar gastos de juicio de otros adeptos, y de desplazamientos de afiliados a la organización; pues estos actos comisivos son de indudable gravedad y no los asumen los simples afiliados sólo por esta circunstancia, sino que los realizan elementos que se destacan por su actividad» (S. 9.6.69). Sobre el tema general de la autoría y complicidad puede verse: «Autor y cómplice en el Derecho penal», GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1966.

que vienen a sumarse a los ya descritos en relación con la aporética existencia de estas entidades delictivas.

También resulta sorprendente que la figura del «cooperador» (artículo 174, núm. 2) sólo extienda su vigencia a los supuestos del artículo 173, sin incluir los del precedente, y que se conceda a los Tribunales un arbitrio tan amplio en lo relativo a la fijación de la cuantía de la multa. En este apartado de autoría y complicidad cuadrarían nuevas consideraciones, más detenidas y precisas, pero a los efectos enunciativos mencionados pueden bastar las reseñadas, no sin apuntar la dificultad técnica de encaje, a la hora de tipificar la participación de un delito que, a su vez, no es más que la punición de resoluciones más o menos manifestadas de delinquir, en la más benigna de las calificaciones.

El «*iter criminis*».

El vigente Código penal también tipifica especialidades relativas al «*iter criminis*» en la parcela de las asociaciones ilícitas. Concretamente se hacen las siguientes referencias :

1. Tipo privilegiado : (no existe alusión alguna a las asociaciones comprendidas en este tipo).
2. Tipo básico : «Si la asociación no hubiere llegado a constituirse, las penas serán de arresto mayor, suspensión y multa de 5.000 a 10.000 pesetas (art. 174, núm. 1, párrafo 2.º).
3. Tipo cualificado : «Cuando los hechos sancionados en el párrafo anterior carecieren de gravedad o la asociación no hubiere llegado a constituirse, el Tribunal podrá imponer a los meros participantes la pena inferior en un grado» (art. 174, núm. 1, párrafo 4.º).

Tales especialidades no sólo plantean problemas en orden a los preceptos generales relativos a la conspiración, tentativa y frustración, sino que en sí mismos replantean los temas esenciales de esta parcela: ¿cuándo se estima *constituida* una asociación, si legalmente existen requisitos formales constitutivos a tales efectos, que no suelen concurrir en estas asociaciones de hecho? Es lógicamente imposible distinguir entre resoluciones manifestadas, actos preparatorios, ejecutivos y de consumación, si también lógicamente es inconcebible en España una asociación sin reconocimiento jurídico. Este problema básico manifiesta una vez más la inseguridad jurídica, derivada de la deficiente tipificación legal, que pulula por estos ámbitos positivos.

Además, una conducta que, como se ha visto, sólo es en esencia una resolución manifestada de delinquir (ni siquiera ha comenzado la ejecución del delito sustantivo, que da pie a esta tipificación de la asociación), difícilmente puede a su vez recibir punición en fase preparatoria o ejecutiva incompleta, en buena técnica penal.

Problemas concursales.

Para que no falten problemas relativos a las asociaciones ilícitas en ningún capítulo de la teoría jurídica del delito (48), hay que hacer también una referencia sumaria a los confusos conflictos concursales que esta joyosa figura plantea. Por una parte, puede concurrir con otros delitos cometidos con anterioridad e, incluso, con motivo de su constitución; por otra, con los perpetrados posteriormente a la existencia (fáctica, que no jurídica) de la asociación. En el primer estudio concursal, en base al artículo 71, a veces se considera el delito no asociativo como «medio necesario para cometer» el de asociación ilícita, y es absorbido por éste (49). La absorción recíproca que parece igualmente técnica en los casos «ex post», no siempre se realiza, y la asociación ilícita mantiene su sustantividad como delito acumulable al cometido, sin que tampoco llegue a convertirse en una mera circunstancia del delito principal (50).

Una contemplación más reposada de todos los variantes concursales (tanto ideales —propios e impropios— como reales), evidenciarían unos problemas que, en definitiva, radican en la aporítica existencia lógico-jurídica de esos delitos, en su versión actual, y por ello no precisan mayores consideraciones.

4. CONCLUSIONES

De este rápido repaso a la reglamentación penal de las asociaciones ilícitas, pueden formularse las siguientes conclusiones:

PRIMERA.—La reciente reforma de los artículos 172 y 174 del Código penal, no goza de justificación fundada en la Exposición de

(48) No se han tratado temas de sumo interés, plenamente enraizados en la teoría jurídica del delito, por la sumariedad programática de este artículo, ya advertida al comienzo. En los cauces de la culpabilidad, por ejemplo, sería de gran interés lo relativo a la consciencia de la antijuricidad o, reconocida la existencia de la misma desde un punto de vista formal, la concurrencia de estados de necesidad putativos, o, en el peor de los casos, la constante presencia de motivos «morales, altruistas y patrióticos».

(49) Tal es el caso de la concurrencia de propaganda ilegal que «iba dirigida exclusivamente a captar los prosélitos necesarios para reorganizar la asociación ilícita... (y ambas actividades) están en la relación de medio a fin prevista en el párrafo 1.º del artículo 71 del Código penal» (T. S. 23.1.67; 27.1.65, etc.).

(50) Se estima que «el delito de asociaciones ilícitas es de naturaleza eminentemente formal y pasiva y que basta para existir alguna de sus diversas manifestaciones de la entidad ilegal, penándose su existencia por este solo hecho, sin que absorba las actividades delictivas de propaganda o desórdenes públicos, que la asociación realice, que por ser delitos de resultado, si son individualizados, deben sancionarse en concurso real» (T. S. 26.12.66; 11.5.70, etc.). En relación con la asociación para el robo, se ha declarado, en cambio, inaplicable el artículo 513, cuando el robo se ha intentado, frustrado o consumado, pues entonces entran en juego los preceptos sustantivos que a estos grados de la infracción penal se refieren (T. S. 15.11.74; 3.10.48, etc.), siendo esta postura más coherente con la configuración de la asociación ilícita como criminalización de actividades sólo en fase de «resolución manifestada».

Motivos de la citada Ley, y la explicación indirecta que puede captarse del mencionado preámbulo carece de base al verificar las novedades introducidas, máxime cuando significan un endurecimiento de los preceptos retocados, en lo relativo a su extensión temática e intensificación represiva.

SEGUNDA.—La actual tipificación penal de las «asociaciones ilícitas» es la más prolija de la historia de los Códigos hispanos, centrándose su origen inmediato en la Ley de Seguridad del Estado de 1941, típica ley especial promulgada en una época de posguerra, carente de raigambre tradicional y de la necesaria tónica de paz cívil.

TERCERA.—Existen evidentes incorrecciones lógico-sistemáticas, en la vigente reglamentación penal de las «asociaciones ilícitas», agudizándose tal torpeza por la ausencia de la ineludible seguridad jurídica dimanante de una idónea aplicación del principio de legalidad de los delitos, máxime cuando en el presente ámbito político no existen normas legales que determinen, en términos positivos y prácticos, el margen de «lo lícito».

CUARTA.—La amplitud temática del Código penal en este punto agrava el problema básico relativo a la sustantividad de tales infracciones, que quizá deban concebirse como meras circunstancias de otros entes delictivos tanto en fase de resolución manifestada como de preparación, ejecución y consumación.

QUINTA.—Existe una patente confusión de zonas administrativas y penales en la presente regulación jurídica de las asociaciones ilícitas, que multiplica la problemática enunciada. Podrían considerarse injustos administrativos (si se siguen estimando disfuncionales para la vida social) todos aquellos supuestos que, en su versión de individualidad activa, no estén tipificados como delitos.

SEXTA.—Las penalidades típicas, además de oscilar en un espectro excesivamente amplio, evidencian una gravedad desproporcionada en contraste con otros delitos claramente antisociales y de estable tipificación jurídico-penal.

SEPTIMA.—Las especialidades legislativas en este ámbito, relativas a la autoría y al *iter criminis*, están deficientemente especificadas y por otra parte replantean la dificultad nuclear de reconocer el momento «fáctico» en el que se constituye una asociación, cuando el orden legislativo general centra tal instante en un acto *jurídico formal* y no *ontológico*. También parece forzar los cauces doctrinales la tipificación de conductas participativas y en fases no consumadas, cuando las asociaciones ilícitas sólo parecen defendibles en base a su configuración como resolución manifestada de cometer otro delito principal.

Estas conclusiones, superficiales e hipotéticas, reclaman estudios minuciosos sobre las asociaciones penalmente ilícitas, que posiblemente exigirán una pronta reforma de la vigente legislación penal,

que incluso puede consistir en la abolición de tal figura genérica por superflua y contraria a las exigencias técnicas, en el presente estadio de la ciencia penal. Asimismo, la estadística criminal más reciente extiende el ámbito de exigencia a niveles pragmáticos, al evidenciar la vigencia material de los preceptos examinados (51).

(51) Según la Fiscalía del Tribunal Supremo, «las cifras relativas a la «delincuencia subversiva», fueron los siguientes... Asociación ilícita:

1968: 68
1969: 124
1970: 114».

(«Memoria elevada al Gobierno Nacional en la Solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1971, por el Tribunal Supremo», página 85). Por otra parte, cabe presumir una vasta zona de «criminalidad oculta».

Los términos «delito» y «falta» en el Código penal

SANTIAGO MIR PUIG

Prof. A. Derecho penal en la Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente trabajo intenta contribuir a la iniciación del análisis de una de las estructuras lingüísticas fundamentales del Código penal: los términos «delito» y «falta» (1) en su uso *normal* por parte del Código y en los preceptos que los definen (arts. 1 y 6). La perspectiva adoptada es ante todo *terminológica*. Se pretende, en primer lugar, desentrañar el significado de ese par de términos legales según el uso de la ley. Ello no significa, sin embargo, que este objetivo haya de ser alcanzado con independencia de la dogmática. Por el contrario, el esclarecimiento del sentido de los términos legales «delito» y «falta» debe efectuarse en estrecha relación con las categorías dogmáticas del hecho punible.

Primera cuestión a resolver será, en efecto, la de si el uso normal del Código y las definiciones de los arts. 1 y 6 emplean los términos «delito» y «falta» en el mismo sentido en que la ciencia lo hace del delito, y, puesto que la respuesta será negativa, qué notas de las exigidas por la construcción dogmática del hecho punible son requeridas por los términos «delito» y «falta» en el Código penal. Este problema se halla en íntima conexión con el del criterio, abstracto o concreto, para la calificación de un hecho concreto como «delito» o como «falta», que

(1) Aparte de las referencias necesariamente fragmentarias contenidas en los manuales, destinadas sobre todo a la interpretación del artículo 1 CP (así, J. ANTON ONECA, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, págs. 139 ss.; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 2.^a ed., Madrid, 1971, páginas 275 ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, 16.^a ed., Barcelona (Bosch), 1971, págs. 288 ss.; A. QUINTANO RIPOLLES, *Curso de Derecho Penal*, Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1962, págs. 208 ss.; J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a su traducción cast. del Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, 2.^a ed., Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1946, I, pág. 174), deben señalarse como contribución importante al estudio de la perspectiva terminológica de «delito» y «falta» las observaciones de J. CÓRDOBA RODA en sus *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de R. MAURACH, Barcelona (Ariel), 1962, I, páginas 151, 159 y 175; en J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona (Ariel), 1972, sobre todo págs. 22 ss., puede verse resumida su posición frente al artículo 1.