

# La problemática concursal en los delitos de asociaciones ilícitas<sup>(1)</sup>

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA

Profesor Adjunto interino de Derecho penal

## I. INTRODUCCION

La problemática concursal es siempre compleja, pero en los delitos de asociaciones ilícitas previstos en los artículos 172 y siguientes de nuestro Código reviste especial dificultad, fundamentalmente desde la reforma de 1944. En efecto, los Códigos de 1870 y 1932 (2) sólo conocieron, como asociaciones ilícitas, las contrarias a la “moral pública” y las que tuvieran “por objeto cometer algún delito” de los tipificados en el propio Código. La ilicitud de una asociación, por tanto, era ilicitud de su “objeto” y los únicos criterios que permitían fundamentarla (la Ley Penal y los postulados de la moral pública) exigían se constase, judicialmente y caso a caso, la contradicción entre el programa y fines de aquélla y el ordenamiento penal. Por el contrario, la reforma de 1944 ni se atiene exclusivamente al “objeto” social, ni acude sólo a la moral pública y a la Ley Penal para determinar la ilicitud de una asociación. Por ello, aunque conserva los pilares básicos del sistema tradicional —los hoy números 1.º y 2.º del art. 172— puede afirmarse que la complica y desvirtúa (3), al incorporar un prolijo y heterogéneo catálogo de figuras delictivas, inspiradas en otros criterios de política criminal y de muy distinta estructura técnica y “ratio legis”. Porque los nuevos preceptos, que proceden de la

---

(1) Este trabajo responde, esencialmente, al contenido del Capítulo VII de mi tesis doctoral (*La asociación para delinquir*, págs. 453 a 520), presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y que obtuvo la calificación de “sobresaliente cum laude”. Al director de la tesis, doctor don José María Rodríguez Devesa, y a los profesores doctor don Antonio Ferrer Sama (presidente), doctor don Marino Barbero Santos, doctor don Enrique Gimbernat Ordeig y doctor don Horacio Oliva García, que integraban el Tribunal, quiero expresarles mi agradecimiento por sus observaciones, críticas y sugerencias que he tenido en cuenta antes de redactar estas páginas.

(2) Arts. 198 y ss., y 185 y ss., respectivamente.

(3) A dicha “complicación” se refiere RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, 1975 (6.ª ed.), pág. 653.

Ley de Seguridad del Estado (4), persiguen, ante todo, reforzar penalmente las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de asociación; interesa el control riguroso de éste y evitar todo posible resquebrajamiento que conduzca a la impunidad, pretensión a la que se sacrifica cualquier otra exigencia, incluidas las de técnica legislativa. Prueba de ello son los catálogos de ilicitudes, previstos en los artículos 172 y 173, a veces reiterativos y superfluos. Por otra parte, el "objeto" de la asociación es ahora uno más de los factores que determinan su ilicitud, ya que ésta puede derivar también de la mera "prohibición" del grupo o partido, de su constitución o funcionamiento irregular, de su inclusión en los catálogos de asociaciones "declaradas fuera de la Ley" etc., etc., todo ello sin necesidad de que el objeto de la asociación concreta fuese constitutivo de delito o contrario a la moral pública, según constatación judicial. Nuestro Código adolece, por tanto, de una evidente falta de armonía interna, porque responde a dos sistemas que en sus premisas filosóficas, técnicas y de política criminal parecen irreconciliables. La difícil coexistencia de ambos, así como las finalidades y técnica legislativa de la reforma de 1944, hacen muy compleja la problemática que examino. A esto se une un explicable vacío doctrinal; pues sin duda la indiscutible conexión de nuestro Código con las soluciones políticas que le sirven de base han restado interés al tema (5). Por lo general, se señalan los efectos inherentes a la técnica del catálogo de los artículos 172 y 173 (interferencias, reiteraciones, yuxtaposiciones, etcétera), pero no se aborda con detenimiento el examen particularizado de la problemática concursal (6). Lo mismo sucede con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que es comprensible porque el argumento de la "pena justificada" (7) y el formalismo y limitaciones propias del cauce de la casación constituyen un marco demasiado rígido para la filigranesca temática del concurso (8): la correcta subsunción de los hechos en una u otra figura de delito parece tener un interés secundario si es obvia la ilicitud de la asociación concreta. En este sentido —y aunque

---

(4) Excepto, por ejemplo, los núms. 3.º y 4.º del art. 172. Aquí reside el problema que plantean algunos artículos, como el núm. 2.º del art. 174, que, al ser trasplantados literalmente, perdieron el sentido que tenían en la L. S. E.; o el de otros, como el 513, a los que sucede lo mismo, precisamente por la razón contraria: por ignorar el legislador los presupuestos lógicos y legales que les justificaba en aquella ley, pero no en el Código de 1944. El trasplante al que me refiero explica también la extraña conexión entre los arts. 172 y 173.

(5) En este sentido, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código penal*, III, Murcia (1948), pág. 120; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*, II Madrid (1946), pág. 59.

(6) Ferrer Sama apunta, por ejemplo, cómo la reforma de 1944 ha motivado la automática superación de algunas de las figuras delictivas que la precedieron —y que no obstante se conservan en el Código—: el núm. 1.º del art. 172 (*Comentarios*, cit., III, págs. 116 y 117).

(7) Vid. sentencia de 4 de octubre de 1968, Aranzadi, núm. 4001.

(8) Entre los fallos más recientes que plantean con absoluto rigor el problema concursal, cabe citar el de 29 de octubre de 1973 (Ar., núm. 3997): M. Ponente, Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos.

no sea fiel exponente de la doctrina jurisprudencial— es muy significativa la sentencia del 9 de diciembre de 1968, en la cual se llega a afirmar que el catálogo de ilicitudes del artículo 173 no es “exhaustivo”, sino “meramente ilustrativo”, reputándose ilícita la asociación del caso a tenor de los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 172 “o cualquiera de los cinco apartados del artículo 173” (9). El ingrediente político de la reforma de 1944 no pasa inadvertido al Tribunal Supremo (10), alguno de cuyos fallos invocan expresamente el mismo como criterio interpretativo (11), para excluir —por ejemplo— la aplicación del número 4.º del artículo 172. Y pesa, lógicamente, en la evolución y vicisitudes de una jurisprudencia flexible y progresiva, como lo demuestra la distinta calificación que con el tiempo merece a nuestros tribunales un mismo grupo o entidad ilegal (12). Pero los reparos que puedan oponerse a aquélla son consecuencia, ante todo, de una defectuosa, casuística y reiterativa fórmula legal, imputable sólo al legislador (13).

Anunciada una reforma de los artículos 172 y siguientes del Código, me parece oportuno llamar la atención sobre esta materia que es tal vez de las más necesitadas de una revisión profunda. Y no dudo que contaría con fácil consenso. Mi propósito es trazar y fundamentar, en lo posible, una delimitación de los tipos penales des-

---

(9) Aranzadi, núm. 5259. En esta línea cabe citar, especialmente, las sentencias de 23 de enero de 1967 (Ar., núm. 143) y la de 4 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4001).

(10) El C. P. “no hace sino trasladar a su peculiar antijuricidad la ilicitud previamente declarada en la normativa general”, afirma la sentencia de 15 de febrero de 1971 (Ar., núm. 623).

(11) La sentencia de 25 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5179) no aplica el núm. 4.º del art. 172 a una asociación, dado el marcado “cariz político” de la misma.

(12) Me refiero a las Comisiones Obreras. La sentencia de 16 de febrero de 1967 (Ar., núm. 719) las declara ilícitas al amparo del núm. 4.º del art. 174, incurriendo en responsabilidad sólo sus directivos. La posterior de 15 de octubre de 1968 mantiene igual doctrina, pero aplica el núm. 3.º del art. 172, reputándolas asociaciones “prohibidas” (incurren en responsabilidad, por tanto, también sus meros individuos). Dos fallos, de 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316) y de 9 de diciembre del mismo año (Ar., núm. 5259) estima correctamente aplicado a tales Comisiones Obreras el núm. 4.º del art. 172, no sin advertir que, “con mayor rigor, podrían haberse tipificado bajo el núm. 3.º de los arts. 172 ó 173”, como asociaciones “prohibidas”. La doctrina jurisprudencial más reciente las considera “filiales del Partido Comunista”, a todos los efectos. Una documentada exposición de dicha doctrina puede hallarse en la sentencia de 10 de noviembre de 1972 (Ar., núm. 4804).

(13) Entre estas imprecisiones, cito: el reputar “prohibidas” determinadas asociaciones, simplemente porque fueron declaradas ilícitas por vía jurisprudencial al amparo del núm. 3.º del art. 173 (vid. sentencia de 17 de octubre de 1968, Ar., núm. 4316); estimar “prohibidas” determinadas asociaciones a las que se aplica, sin embargo, el núm. 4.º del art. 172, es decir, asociaciones irregulares (sentencia de 15 de octubre de 1968, Ar., núm. 4286); invocación o aplicación a una misma asociación de una pluralidad —innecesaria— de figuras delictivas (vid. sentencia ya citada de 23 de enero de 1967 o la de 9 de diciembre de 1968); creación de discutibles relaciones de especialidad entre unas y otras figuras de delito (sentencia de 16 de enero de 1960, Ar., núm. 26 y 22 de diciembre de 1970, Ar., núm. 5546).

critos en los artículos 172 (núms. 1.º, 2.º, 3.º, 4.º), 173 (núms. 1.º a 5.º, ambos inclusive) y 174 (párrafos terceros y cuarto del núm. 1.º), objetivo no sólo viable, sino necesario y que constituye el presupuesto de este trabajo. Pretendo, en segundo lugar, demostrar que algunas de las figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944 son superfluas y deben suprimirse, sin menoscabo incluso para las metas que entonces se trazó el legislador. Prescindiendo de las modificaciones que una nueva óptica política imponga a la fórmula legal vigente, creo que, en todo caso, ésta ha de retornar a sus perfiles originarios, a los del Código penal de 1870, lo que potenciará necesariamente un precepto casi enigmático convertido hoy en letra muerta: el número 2.º del artículo 172.

Examino, para ello, los principales supuestos de concurso de leyes a que dan lugar los artículos antes relacionados, que plantean el problema de las fronteras de los respectivos tipos. También, las principales hipótesis de concurso de delitos, para el caso de la efectiva realización del programa criminal de la asociación ilícita por el miembro de la misma. Aunque sólo desde la temática del concurso, me referiré a los problemas que suscitan, entre sí, la asociación criminal, la conspiración para delinquir y la asociación para cometer el delito de robo, haciendo lo propio con los delitos de asociaciones ilícitas, reuniones no pacíficas y propagandas ilegales que, en la práctica, suelen aparecer íntimamente unidos.

## II. CONCURSO DE LEYES

A) *Fundamentación.* — Un eventual concurso de tipos penales puede ser sólo aparente, porque uno de ellos desplace o excluya a los otros. Esto sucede, a mi juicio, en los delitos de asociaciones ilícitas tanto en lo que se refiere a las diversas causas fundamentadoras de la ilicitud, como a las formas punibles de participación en la empresa criminal. Respecto a las primeras no cabe duda que las causas de ilicitud previstas en los artículos 172, 173 y 174 son conceptualmente distintas. Sin embargo, el legislador las equipara: cualquiera de ellas determina la ilicitud de la asociación y las penas en que incurrn los miembros y directivos de ésta son, respectivamente, las mismas, sea cual fuere el fundamento de su ilicitud (14). Podría hablarse, entonces, del carácter “alternativo” de los tipos aludidos, entendiendo por “alternatividad” (15) aquella técnica legislativa en virtud de la cual

(14) A excepción de las asociaciones previstas en el núm. 4.º del art. 172, cuyos meros individuos no incurrn en responsabilidad alguna, y aquellas otras a las que se refiere el párrafo tercero del art. 174, 1.º, por ser éste un tipo cualificado.

(15) Se trata, pues, de una alternatividad, pero “al revés”, de tipos o “leyes penales mixtas alternativas”, ya que se equiparan a efectos de pena comportamientos heterogéneos o que, en principio, revisten distinta gravedad. Lo que no tiene nada que ver con la relación de alternatividad, fundamentadora del concurso de leyes, que consiste en castigar con penas distintas

se equiparan, a todos los efectos, comportamientos heterogéneos o de distinta entidad que devienen fungibles: es indiferente cuál de ellos concurra, porque las consecuencias juridicopenaes son las mismas. Esta técnica, muy acorde con los objetivos del legislador de 1944 (16), descarta la posibilidad de un hipotético concurso de delitos, en el caso de que coincidieran en una misma asociación una pluralidad de causas que por sí solas hubieran podido fundamentar la ilicitud de la misma: éstas se excluyen, no se acumulan; solución que parece obligada desde el momento en que el Código establece las mismas penas y, por tanto, equipara en gravedad fines asociativos heterogéneos (17). Es claro que el legislador ha querido ofrecer un muestrario de ilicitudes, un catálogo de prohibiciones de muy distinta naturaleza; pero lo es también que ha equiparado todas ellas, por lo que no serían justificadas ulteriores discriminaciones (18). El problema se plantea en otros términos, sin embargo, a propósito de las asociaciones del número 4.º del artículo 172 y del párrafo tercero del artículo 174, 1.º, que tienen asignada una penalidad específica: pero tampoco aquí cabe el concurso de delitos, si bien no podrá invocarse el criterio de la "alternatividad", sino el de "especialidad" o "subsidiariedad" para resolver el concurso de "leyes".

Las formas de participación en la asociación ilícita, por el carácter exhaustivo y no comunicable con que se configuran, fundamentan también el concurso de leyes, en el caso de una hipotética concurrencia de varias de ellas. Parece que no se puede responder, por ejemplo, como "fundador" y "presidente" de una misma asociación; ni como "mero individuo" y "favorecedor" al propio tiempo. También aquí los respectivos títulos de participación ("fundador", "director", "presidente", "favorecedor") se excluyen entre sí (19). Creo que esto

---

hechos fundamentalmente idénticos. Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho penal español*, Parte General, 4.<sup>a</sup> ed. (1974), págs. 160, 161 y 353.

(16) El legislador de 1944 parte de la necesaria y automática comunicación de las limitaciones "administrativas" al ejercicio del derecho de asociación y las correlativas sanciones "penales". Sólo le preocupa pueda quedar algún resquicio que conduzca a la impunidad o a la falta de un control debidamente reforzado con la sanción penal. De ahí el derroche de fantasía y el casuismo de los catálogos —auténticos muestrarios— de los arts. 172 y 173, con las consiguientes repeticiones, yuxtaposiciones y superposiciones de normas.

(17) Un planteamiento semejante, para el ordenamiento italiano, en BOSCARRELLI, M., *Associazione per delinquere*, Enciclopedia del diritto, III, (1958), pág. 870.

(18) Compárense, por ejemplo, los núms. 2.º y 4.º del art. 172; o los núms. 1.º y 2.º del art. 173.

(19) El problema más complejo lo presenta el favorecimiento al que se refiere el núm. 2.º del art. 174, cuyo origen se encuentra en la Ley de Seguridad del Estado, de la que se transcribió defectuosamente (se limita ahora a ciertas asociaciones ilícitas, pero no a todas ni a las más peligrosas). Este precepto se concibió, sin duda, con carácter subsidiario, para incriminar la conducta de apoyo económico cualificado a organizaciones ilegales por quienes no eran miembros de las mismas. Pero al haberse señalado penas tan severas (más aún que las de los directivos de la asociación) y hecho extensible a "cualquier clase" de cooperación a la asociación, ha quedado desvirtuado. Que personas ajenas a la asociación, que realizan comportamientos "accesorios", reciban

es así incluso en casos en los que cabría delimitar comportamientos sucesivos, subsumibles en tipos también distintos: actividad “fundacional” seguida, por ejemplo, del ejercicio de funciones “directivas”, “dirección” efectiva de la asociación, precedida de un período de simple “militancia” —o, a la inversa—, etc. Esta tesis parece evidente cuando el Código establece las mismas penas para unas y otras formas de participación: es el caso de los “fundadores, directores y presidentes”, a quienes equipara el artículo 174, 1.º. Pero incluso cuando esto no es así (penas del mero individuo respecto a los directivos o favorecedores), la solución no debe ser otra: se ha de castigar el comportamiento previsto en el Código con una pena más grave, sin que importe la eventual concurrencia, simultánea o sucesiva, de otros igual o menos graves, respecto a la misma asociación. El principio de inherencia, el de consunción o el de impunidad de los actos preparatorios o posteriores resolverán, en cada caso, el concurso de leyes.

B) *Hipótesis de concurso de leyes y solución a las mismas.*—Las diversas causas de ilicitud de los artículos 172 y 173 se excluyen entre sí, al igual que los posibles títulos de participación en las asociaciones ilícitas (artículos 174, 1.º; 174, 2.º, y 175, 4.º), pero con esto no se prejuzga ni resuelve cuál es el tipo que prevalece. Para fundamentar el criterio, que, en cada caso, decide el concurso de leyes es necesario un examen particularizado de los respectivos tipos. Distingo tres grupos de casos, según la naturaleza y procedencia histórica de las normas en conflicto:

a) *Los números 1.º y 2.º del artículo 172 con relación a las figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944.*—Estas hipótesis concursales son las de más difícil solución, porque los preceptos citados, según dije, son el exponente de sistemas y concepciones irreconciliables. Se trata, además, de magnitudes en cierto sentido heterogéneas: los números 1.º y 2.º del artículo 172 se refieren a la delincuencia asociada, a la criminalidad común, mientras que los tipos incorporados con la reforma de 1944 van dirigidos, inequívocamente, a manifestaciones asociativas de carácter político. Todo ello hace muy problemática una solución técnicamente satisfactoria y, al propio tiempo, verosímil con arreglo a la “mens legislatoris”. Para simplificar este análisis tomo como único punto de referencia, de las primeras asociaciones, las previstas en el número 2.º del art. 172 (20):

1) *Número 2.º y número 4.º del artículo 172.*—Parto de la distinta “ratio legis” y estructura de cada tipo. El número 2.º hace referencia al “objeto” de la asociación: es su contradicción con la ley

---

penas, en su caso, más severas que los propios dirigentes de ésta, creo es cuestionable. Como lo es, también, que —por principio— el hecho de la afiliación, o el de ostentar cargos de presidente, director o fundador, excluya la aplicación del art. 174, 1.º, ya que este último impone penas más graves (art. 68) y no parece que la ley persiga fomentar la afiliación a asociaciones ilegales.

(20) En algunos casos parece que el legislador no reparó en que los números 1.º y 2.º del art. 172 hacían innecesarias algunas de las figuras que introdujo en 1944, por ejemplo: art. 173, núm. 2.º; en otros, los nuevos tipos cubren supuestos no subsumibles en los antes citados, vg.: art. 173, núm. 4.º

penal la que determina la ilicitud de aquélla. El número 4.º, sin embargo, contempla sólo la “constitución” o “establecimiento” —no el objeto— de la entidad, de modo que su ilicitud viene dada por la mera inobservancia de determinados requisitos y trámites exigidos en normas no penales. Cabe, pues, imaginar cuatro supuestos que resuelvo así. *Primer supuesto*: asociación, constituida irregularmente, que tiene por objeto cometer algún delito (hipótesis normal, porque esta clase de asociaciones lo lógico es que no pretendan siquiera una apariencia de legalidad formal). Procede entonces aplicar el número 2.º del artículo 172, careciendo de relevancia la natural clandestinidad de la asociación: prevalece el desvalor de la ilicitud material sobre el de la ilicitud formal, en todo caso a tenor de lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal. *Segundo supuesto*: asociación de fines ilícitos, que adquiere personalidad jurídica (forma civil o mercantil), ocultando su objeto real. Sólo cabe aplicar el número 2.º del artículo 172, porque el objeto social es delictivo, aunque haya adquirido fraudulentamente una apariencia de legalidad. Decide el “objeto”, no la “forma” que éste revista. Lo contrario, a mi juicio, es un prejuicio formalista que prima el fraude y desvirtúa la misión del propio ordenamiento jurídico, ya que las normas civiles o mercantiles no pueden ser una patente de corso que amparen a quienes se cobijan en ellas para delinquir impunemente. El Código reputa ilícitas “las” asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito, es decir, todas las que persigan tales fines, sea cual fuere la forma que adopten. Contra algún sector de nuestra doctrina (21), que excluye de la disciplina de las asociaciones ilícitas a aquéllas que se “constituyeron” legalmente, considero que tal restricción carece de apoyo legal. *Tercer supuesto*: asociación de fines lícitos, clandestina o irregular. Debe aplicarse el número 4.º del artículo 172. Evidentemente, podrá objetarse que la reacción penal —en cuanto a su alcance— es entonces desmedida; que se borran los límites del ilícito penal y el administrativo; e, incluso, que en tal caso no sería acorde con una sana política criminal criminalizar unos comportamientos de participación en asociaciones prescindiendo de la licitud o ilicitud del objeto de las mismas. Sin embargo, creo que no es otra la “ratio legis”. Lo corrobora, a mi juicio, un dato histórico: en los Códigos, mucho más técnicos, de 1870 y 1932, la constitución irregular de una asociación no determinaba su ilicitud, sino unas responsabilidades penales para los promotores. Pero la reforma de 1944 cambió inequívocamente de criterio, al incluir este supuesto en el propio artículo 172, junto con las demás asociaciones ilícitas, y equipararlo a éstas. Dicho cambio no es un giro estilístico (tampoco ahora responden los “meros individuos” de estas asociaciones), sino que es perfectamente coherente con las directrices de la mencionada reforma, ya que conduce a reforzar con la pena las restricciones al ejercicio del derecho de asociación y asegura el control del mismo. Otro argumento, lógico,

---

(21) La tesis restrictiva se mantiene por FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, pág. 118; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, cit., II, pág. 63.

conduce a la misma tesis: contando el legislador de 1944 con el número 2.º del artículo 172, que fundamenta la ilicitud de las asociaciones de objeto delictivo, sólo puede corresponder a este posterior número 4.º una finalidad supletoria y subsidiaria respecto al anterior, para comprender las asociaciones no subsumibles en el número 2.º. Si el número 4.º exigiera la ilicitud del objeto de la asociación, no hubiera sido necesaria su incorporación al Código, porque tales asociaciones son ya ilícitas al amparo del número 2.º del artículo 172. Entiendo, por tanto, que las críticas y restricciones que se suelen oponer a esta solución tienen sólo sentido “de lege ferenda” (22). *Cuarto supuesto*: asociación irregularmente constituida, que tiene por objeto alguna de las finalidades mencionadas en el párrafo tres del artículo 174, 1.º Prevalece, entonces, este tipo cualificado, ley especial respecto al número 2.º del artículo 172, pudiéndose reproducir, “mutatis mutandis” la argumentación expuesta a propósito del supuesto primero. La consecuencia es que incurrirán en responsabilidad también los meros individuos de estas asociaciones.

El Tribunal Supremo ha abordado en diversos fallos el problema de la naturaleza e interpretación del número 4.º del artículo 172 (23), afirmando expresamente que se trata de “una disposición en blanco” que se remite a la normativa legal sobre constitución y funcionamiento de las asociaciones (24); que “criminaliza” un ilícito puramente administrativo (25), y que no exige la ilicitud de los fines de la asociación, porque el número 4.º no entra en el problema de “fondo” del objeto social, sino en el meramente “formal” de la constitución de la entidad con arreglo a la Ley de Asociaciones (26). Su delimitación respecto al número 2.º no me consta se haya planteado, si bien en más de una ocasión y especialmente cuando las asociaciones examinadas contaban con gran número de miembros, ha aplicado el número 4.º del artículo 172, a pesar de que la ilicitud de los fines perseguidos hubiera autorizado una calificación más rigurosa (27).

2) *Números 2.º y 3.º del artículo 172.*—La estructura y “ratio legis” de ambos tipos difiere, también, pues el número 3.º fundamenta la ilicitud de la asociación en el mero hecho de haber sido “prohibida”, con independencia de que su objeto sea o no constitutivo de

(22) Para Rodríguez Devesa, el supuesto a que se refiere el art. 172, número 4.º, es “el más general y tácitamente subsidiario de todos los demás”. El autor propone un importante criterio restrictivo: los requisitos y trámites que aquél menciona son los establecidos por la Ley y no por normas de inferior rango jerárquico (ob. cit., pág. 658).

(23) Fundamentalmente: sentencias de 11 de marzo de 1964 (Ar., número 1412), 16 de febrero de 1967 (Ar., núm. 719), 15 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4286), 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316), 9 de diciembre de 1968 (Ar., núm. 5066), 25 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5179), 26 de mayo de 1972 (Ar., núm. 2759), 29 de octubre de 1973 (Ar. núm. 3997), etc.

(24) Así, sentencia de 26 de mayo de 1972, cit.

(25) Sentencia de 14 de octubre de 1969 (Ar., núm. 5066).

(26) Sentencia de 17 de octubre de 1968 (Ar., núm. 4316) y 20 de diciembre de 1974.

(27) Vid. sentencias de 23 de enero de 1967, cit., y de 25 de octubre de 1969, cit.

delito. Es obvio que no toda asociación criminal se halla prohibida por la autoridad competente (28), ni toda asociación prohibida ha de tener por objeto cometer algún delito. El problema se presenta cuando, aparentemente, una asociación es ilícita por ambos conceptos. ¿En favor de qué precepto —y por qué— se resuelve el concurso de leyes? Cabe mantener que el número 2.º del artículo 172 es tácitamente subsidiario respecto al número 3.º, esto es: que contempla no todas las asociaciones que tengan por objeto cometer algún delito, sino sólo aquéllas que, siendo éste su fin, no fueren ya de las prohibidas por la autoridad, a tenor del número 3.º del propio artículo 172. Pero puede esgrimirse la tesis opuesta: el número 3.º cumple una función subsidiaria con relación al número 2.º, en el sentido de que sólo pueden reputarse ilícitas —en cuanto prohibidas— al amparo de dicho número 3.º las asociaciones que no lo fueran ya por razón de su objeto. La tradicional inaplicación del número 2.º del artículo 172 parece corroborar la primera tesis: la flexibilidad y amplitud del número 3.º habría determinado —podría decirse— que el número 2.º, precepto más exigente, pero meramente subsidiario, no se estime por los tribunales. Sin embargo, me inclino por el segundo punto de vista, porque el número 3.º no es más que un añadido de la reforma de 1944. Lo lógico es que el legislador acudiera al mismo para hacer extensible la ilicitud a asociaciones que no hubieran podido declararse ilícitas al amparo de los números 1.º y 2.º del artículo 172 que seguían vigentes. En principio, pues, el número 3.º tiene carácter subsidiario respecto al número 2.º y debe reservarse para las asociaciones prohibidas no subsumibles en el número 2.º (29).

3) En términos muy semejantes se plantea el problema entre *los números 2.º del artículo 172 y 3.º del artículo 173*.—Evidentemente, no toda asociación criminal se halla declarada fuera de la ley, ni toda asociación de las declaradas fuera de la ley tiene por objeto cometer algún delito (no es ésta, al menos, la razón por la que se “prohíben” o “declaran fuera de la ley” los grupos y partidos). Entiendo, como en la hipótesis anterior, que el número 3.º debe reputarse tácitamente subsidiario respecto al número 2.º del artículo 172, de modo que si la asociación declarada fuera de la ley tiene por objeto la comisión de algún delito, procede aplicar el número 2.º del artículo 172 y no el 3.º del 173. Considero obligada esta solución, pues, en otro caso, habría que admitir que no se reparó en absoluto en el número 2.º del artículo 172 (precepto que se retocó convenientemente) o que se prescindió de todo rigor en la técnica legislativa adoptada. Lo discutible es, sin duda, la necesidad o conveniencia —desde

---

(28) Una asociación que tiene por objeto cometer delitos de “estafa”, por ejemplo, no es de las “prohibidas por la autoridad competente”, sino ilícita a tenor de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 172.

(29) Aunque no descarto la posibilidad de que el legislador, preocupado por otros objetivos, no se hiciera estos planteamientos. Tal vez no pensó más que en criminalizar todos los supuestos que imaginó, sin reparar en si ello era absolutamente imprescindible o no.

un punto de vista de política criminal— de este tipo subsidiario, pues no siendo constitutivo de delito el objeto de estas asociaciones (art. 173, 3.º), sólo mediante este precepto puede fundamentarse la responsabilidad penal de quienes participan en las mismas.

4) En igual relación de subsidiariedad tácita se encuentran, respecto al número 2.º del artículo 172, *los números 1.º, 4.º y 5.º del artículo 173*, que procederá aplicar siempre que las respectivas asociaciones no tuvieren por objeto cometer algún delito.

5) Distinto es, en parte, el problema que plantean las asociaciones constituidas para atacar la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, etc., del *número 2.º del artículo 173*. ¿Cabe suponer que estas asociaciones no son ya ilícitas, por razón de su “objeto” delictivo, al amparo del 172, 2.º? Parece que no. ¿Para qué se mencionan entonces? Técnicamente creo que carece de justificación este número 2.º, pues si algún sentido pudiese tener una referencia expresa a las mismas sólo sería el de configurar un tipo cualificado por la especial gravedad de los fines de tales asociaciones ilícitas, lo que no hace nuestro Código. Resulta entonces: 1.º Que se crea una hipótesis de concurso innecesaria, desde el momento en que todas las asociaciones del número 2.º del artículo 173 pueden subsumirse en el mismo número del artículo 172; 2.º Que se equiparan estas asociaciones a las que sólo tienden a relajar el “sentimiento nacional”, del número 1.º del artículo 173, lo que parece injusto por la menor entidad de estas últimas; 3.º Que, dada la gravedad de los fines de estas organizaciones puede suceder que el asociarse en las mismas para llevarlos a cabo merezca unas penas más benignas que las previstas para quienes intenten la comisión de los mismos delitos individualmente (30): porque las penas correspondientes a los meros individuos y directivos de las asociaciones ilícitas no se establecen en función de la mayor o menor gravedad del delito programado. La causa de todos estos inconvenientes deriva de la técnica de la “alternatividad” de la reforma y sus directrices de política criminal.

6) *El párrafo tercero del artículo 174, 1.º* (asociaciones subversivas) parece ser un tipo “cualificado” con relación al número 2.º del artículo 172, especialidad que determinaría la aplicación preferente de aquél, en los casos en que tales asociaciones tuvieren por objeto cometer algún delito. Es la tesis de la sentencia de 23 de enero de 1967, del Tribunal Supremo (31), que invoca además el artículo 68 del Código penal. La severidad de las penas establecidas en este párrafo tercero del artículo 174, 1.º, quedarían así justificadas. Ahora bien, la mencionada relación de “especialidad” no es siempre evidente. Lo es, por ejemplo, en el caso de las asociaciones que tienen por objeto la “subversión violenta”; pero deja de serlo con relación a las que persiguen sólo el “ataque” al “orden institucional”. pues

(30) Por ejemplo: una asociación que tenga por objeto cometer el delito previsto en el art. 121, 3.º, del C. P.

(31) Ar., núm. 143.

no parece que tales fines se encuentren tipificados en el Código como "delito", y, por tanto, falta esa "zona común" que tendría que darse entre el número 2.º del artículo 172 y este párrafo tercero del 174, 1.º Históricamente, por otra parte, puede argumentarse que el último precepto citado aparece con la reforma de 1944 para cualificar exclusivamente a las figuras, de signo político, que dicha reforma incorpora al Código, pero en modo alguno al número 2.º del artículo 172, tipo ignorado por afectar a asociaciones de otro carácter. En resumen: en la medida en que la asociación subversiva tenga por objeto cometer algún delito, procede aplicar, desde luego, el párrafo tercero del artículo 174, 1.º, como tipo cualificado; pero en aquellos casos en los que se admita que quiebra tal relación de especialidad, este párrafo tercero es inadmisibile, porque ni todos los fines sociales que relaciona merecen tan sustancial agravación, ni recoge todos los que realmente la merecerían (32).

b') Pero también *entre las propias figuras delictivas incorporadas con la reforma de 1944* se plantean complejos problemas concursales. Los diversos tipos se entrecruzan y yuxtaponen, algunos son claramente superfluos.

1) El concurso de leyes entre *el número 4.º del artículo 172 y el número 3.º del mismo artículo —y el del art. 173—* debe resolverse con arreglo a lo que se expuso en el apartado a' 1), "mutatis mutandis". Si la asociación clandestina o irregular es de las "prohibidas" por la autoridad o "declaradas fuera de la ley", habrá que aplicar los números 3.º de los artículos 172 y 173, respectivamente. El número 4.º del artículo 172 procede, subsidiariamente, respecto a las asociaciones no subsumibles en los artículos antes citados.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo parte de la neta diferenciación de los números 3.º y 4.º del artículo 172: el fallo de 10 de noviembre de 1972 ofrece una clara y completa visión panorámica de la misma (33). Su doctrina coincide, en líneas generales, con la aquí expuesta, si bien caben señalar tres puntos que no comparto: 1.º Las distintas calificaciones que merece una misma asociación, al amparo del número 4.º del artículo 172 o del 3.º, según los casos; 2.º La confusión o identificación de ambos preceptos, en algún fallo aislado; 3.º Los criterios del carácter "político" o no político de la asociación, o de la mayor o menor gravedad de los hechos concretos realizados, que se emplean para argumentar la aplicación del número 4.º o del número 3.º del artículo 172 (34).

2) Más difícil y problemático es el concurso de leyes entre los *números 3.º de los artículos 172 y 173*: asociaciones "prohibidas" y "declaradas fuera de la ley", respectivamente. Ambos proceden de la reforma de 1944, pero sólo el segundo de ellos se encontraba ya en la Ley de Seguridad del Estado, y persigue reconducir al Código penal

---

(32) Ni sólo los intereses políticos en los que ha pensado el legislador, ni todos los que describe este párrafo, merecen la cualificación que reciben.

(33) Ar., núm. 4804.

(34) Vid. sentencia de 25 de octubre de 1969, cit.

la ilicitud que una severa legislación "ad hoc" declaraba para ciertos grupos y partidos por su histórica oposición al Movimiento Nacional (35). Pero el número 3.º del artículo 172 carece de sentido y debe suprimirse, aun cuando —a efectos polémicos— se admitiera que los partidos "prohibidos" y los "declarados fuera de la ley" no son o no fueron los mismos, y que la distinción debe tener aún relevancia (36).

En efecto, por asociaciones "prohibidas" puede entenderse: las que, en su día, lo fueron; o bien: las que se prohíban en el futuro. En el primer supuesto, este número 3.º del artículo 172 queda automáticamente superado por el número también 3.º del artículo 173, en virtud de la cláusula analógica del último que no vincula al juez a ningún catálogo estricto. Pero la segunda alternativa creo debe rechazarse, porque faltan en nuestro ordenamiento los preceptos indispensables que hagan practicable el mandato de este número 3.º del artículo 172 (37), inconveniente del que tampoco adolece el mismo número del artículo 173. A mi juicio, no existe ya un sistema de catálogo cerrado desde la reforma de 1944, razón que hace superflua la distinción entre asociaciones prohibidas y declaradas fuera de la ley; o la polémica sobre quién, cuándo y cómo puede declararse ilícita o prohibirse una asociación. Es competencia del juez, y puede acudir al criterio analógico: el número 3.º del artículo 172 ha devenido superfluo.

3) *El número 4.º del artículo 173 y los números 3.º de los artículos 172 y 173.*—El número 4.º del artículo 173 es fiel reflejo de uno

(35) Como decía el Preámbulo del Decreto de 16 de septiembre de 1936 en relación a todos los partidos y agrupaciones políticas o sociales que integraron el Frente Popular desde la convocatoria de las elecciones de 16 de febrero.

(36) El sistema de catálogo se inicia con el citado Decreto de 16 de septiembre de 1936, que "declara fuera de la ley" una serie de partidos y grupos políticos y sociales; el Decreto de 25 de septiembre del mismo año declara "prohibidas todas las actuaciones políticas y sindicales, obreras y patronales..."; el también Decreto de 21 de abril de 1938, la orden de 28 de julio de 1939 y la del 26 de enero de 1940 completan el cuadro de restricciones. Deben de tenerse también en cuenta otras disposiciones que amplían el catálogo de asociaciones "prohibidas": la Orden de 6 de febrero de 1937 y el Decreto de 19 de abril de 1937, junto con la Ley de Responsabilidades Políticas, de 9 de febrero de 1939.

(37) En efecto: 1) Sólo fuera del C. P. existen preceptos relativos a la "suspensión" y "disolución" de asociaciones, pero no que autoricen a "prohibir" las mismas. Sería anómalo que tal habilitación se encuentre en el C. P., que ni siquiera dispone la disolución o suspensión de las asociaciones ilícitas; 2) No consta cuál es la "autoridad competente" para prohibir asociaciones. No puede serlo, desde luego, la gubernativa, porque falta la norma que la habilite, y, porque la ley reserva siempre la "disolución" a la judicial, siendo entonces un contrasentido que no pudiera "disolver", pero sí "prohibir" aquéllas. La autoridad judicial, por otra parte, no puede exceder los límites del caso concreto sin atribuirse funciones reservadas al legislativo; 3) Tampoco consta cuáles serían las "causas legales" fundamentadoras de la "prohibición" y el "procedimiento" para pronunciarla. El núm. 3.º del art. 173, sin embargo, no plantea dudas. Tampoco debe olvidarse que la modificación de los catálogos históricos exigía la "previa declaración oficial por parte del Gobierno".

de los postulados y exigencias del "Nuevo Estado". Con él no se pretendió declarar la ilicitud de ciertos partidos, por su oposición al Movimiento Nacional, sino estigmatizar el propio régimen de partidos. Por ello, debe reputarse subsidiario respecto a los números 3.º de los artículos 172 y 173, ya que fundamenta la ilicitud de los grupos o partidos que no pudieran subsumirse en los anteriores preceptos. La cláusula analógica, sin embargo, del artículo 173, 3.º, es tan amplia, que de hecho este número 4.º del artículo 173 resulta impracticable (38).

4) *El número 5.º del artículo 173* es otra de las figuras delictivas innecesariamente introducidas por la reforma de 1944. Podría pensarse que se trata de un tipo cualificado, por razón de la estructura "militar" de las asociaciones a que se refiere: pero hay que descartar esta hipótesis, ya que las penas en que incurrir sus miembros y directivos son las mismas que en las demás asociaciones. La necesidad de mencionar en el artículo 173 estas organizaciones paramilitares, no excluidas expresa ni tácitamente en los artículos anteriores, desaparece por completo al especificarse que han de tener por fines algunos de los relacionados en el número 2.º del propio artículo 173, o que han de haber sido prohibidas por las leyes de forma expresa. Parece, entonces, que tales asociaciones serían ya ilícitas, sin necesidad de este número 5.º del artículo 173, bien al amparo del número 2.º de este artículo, bien a tenor del número 2.º del artículo 172 o de las normas (que no existen hasta la fecha) que decretasen tal ilicitud. Procede su supresión (39).

5) *Los números 1.º y 2.º del artículo 173* son un exponente más de esa defectuosa y obsesiva técnica del muestrario. Los fines de unas y otras asociaciones, desde luego, no son idénticos, pero sí guardan cierta similitud. No todo lo "antinacional" o "antipatriótico" es "separatista", pero podría afirmarse bien que todo lo "separatista" es, por fuerza, "antipatriótico". En todo caso, no cabe duda de que las asociaciones del número 1.º revisten menor gravedad que las del número 2.º. Siendo esto sí, no parece justificarse el número 2.º del artículo 173. En primer lugar, porque una asociación de tales fines debe ya ser ilícita, al amparo del número 2.º del artículo 172, por razón de su "objeto", precepto este último a favor del cual hay que resolver el aparente concurso de leyes. En segundo lugar, porque si se castiga lo menos (asociaciones antinacionales), no tiene sentido castigar lo más con las mismas penas (asociaciones separatistas): de no configurarse un tipo cualificado, basta con el número 1.º del artículo 173.

c') Una última hipótesis de concurso de leyes se presenta entre *los números 1.º y 2.º del artículo 172* (asociaciones contrarias a la moral pública y asociaciones que tienen por objeto cometer algún de-

---

(38) Se ha aplicado en una sola ocasión (Sentencia de 17 de febrero de 1969, Ar., núm. 1030) y, a mi juicio, impropia.

(39) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, P. E., pág. 659: no consta la existencia de normas que prohiban, de forma expresa, tales asociaciones paramilitares, excepto la ley de 1939.

lito, respectivamente), pilares básicos de la fórmula legal, desde el Código penal de 1870, que conservó el legislador de 1944, en parte por inercia, en parte por respeto a la tradición, en la medida en que no pusieran trabas esenciales a sus designios (40).

El problema estriba en la interpretación del término "moral pública", oscuro ya en la mente del legislador de 1870 y difícil ahora de escrutar por su vinculación a alejadas concepciones históricas hoy no vigentes. A lo que se añade que sólo el número 1.º del artículo 172 se ha aplicado efectivamente, aunque en contadas ocasiones próximas en el tiempo a la aparición de este precepto (41). El concurso entre los números 1.º y 2.º del artículo 172 no se resuelve con una mera indagación histórica, pero ésta sí arroja luz sobre algunos datos que deben ponderarse. Ante todo, el siguiente: el legislador penal de 1870 no hizo más que trasladar al Código, por coherencia (?), los postulados de la Constitución de 1869, en cuanto al límite del ejercicio del derecho de asociación (42). Pero no pensó en asociaciones concretas (las contrarias a las moral pública), sino en unos límites abstractos al ejercicio de este derecho (43). Prueba de ello es que no se aplicaba el Código penal a las manifestaciones más representativas de la delincuencia asociada de la época, sino la legislación especial (44); y que, cuando por excepción sucedió lo contrario, fue siempre en

---

(40) De hecho, el núm. 2.º del art. 172 se adaptó por el legislador de 1944 a las necesidades de la reforma, suprimiéndose su inciso final: penados en este Código.

(41) Por ejemplo, sentencias de 28 de enero de 1884 (C. L., núm. 83), 8 de octubre de 1884 (C. L., núm. 100), 20 de diciembre de 1933 (C. L. número 143) y de 7 de octubre de 1935 (C. L., núm. 24), entre otras.

(42) El art. 17 de ésta declaraba que ningún español podría tampoco ser privado "del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública".

(43) De las discusiones parlamentarias del texto constitucional se desprende que los Diputados pensaron sólo en límites abstractos al ejercicio del derecho de asociación, y no en asociaciones concretas; de hecho, esta actitud meramente teórica, a nivel de principios, abstracta, era un freno al mutuo recelo y prejuicios recíprocos de los partidos políticos que tenían el uso que de cualquier precepto pudieran hacer sus rivales. Sólo me consta que Sánchez-Ruano y Godínez de Paz se refiriesen a asociaciones concretas (a asociaciones para robar y para estafar a la caridad pública: ejemplos poco polémicos); Cánovas del Castillo advirtió que las "limitaciones establecidas no se dirigen a estorbar o impedir las asociaciones liberales"; por ello, Río Rosas diría: "este artículo habla genéricamente contra las sociedades que comprometan la seguridad del Estado, contra todas, cualesquiera que fuera, no contra ninguna en particular, no contra ninguna especie de sociedades en particular. Este artículo protege más el derecho de asociación". Vid. MAÑAS, J. M.ª, *El libro del buen ciudadano* (Repertorio del Derecho político español), Madrid, 1869, págs. 545 (Sánchez Ruano), 1183 (Godínez), 642 a 647 (Cánovas), 678 (Río Rosas).

(44) Pienso en la legislación especial sobre anarquismo y terrorismo, dictada con posterioridad a la entrada en vigor del C. P. de 1870, algunas veces innecesaria si se hubiera pensado en aplicar éste; y, también en la legislación sobre bandidaje (especialmente el Decreto Ley de 18 de abril de 1821, de cuya vigencia con posterioridad a aquel Código da fe una R. O. de 12 de marzo de 1875, y las sentencias de 22 de junio y 28 de diciembre de 1875), no derogada y, de hecho, aplicada después de 1870.

virtud de expresas instrucciones o requerimientos de la Autoridad, lo que revela que, en otro caso, no hubieran aplicado los tribunales aquél. La imprecisión del concepto de “moral pública” es previa al designio del legislador penal, deriva de los mismos debates parlamentarios sobre la Constitución, en los que faltó el más elemental consenso respecto a su contenido. Baste con recordar que la “moral pública”, esto es: un conjunto de “principios fundamentales e inviolables de la vida civil”, se identificaba, para unos parlamentarios, con la “moral religiosa”, con la moral “católica”, más exactamente (45); mientras otros lo entendían en un sentido más amplio como sinónimo de “moral social”, de moral “universal” (46). Estas discrepancias básicas explican que cuando algún diputado manifestó que la moral pública constituye el único límite, por su objeto, al ejercicio de cualquier derecho (47), no faltaran voces que propugnaron su supresión del texto constitucional, por suponer que no hay más límite que el Código penal, y que éste protegía suficientemente los postulados de la moral pública (48).

La sentencia de 28 de enero de 1884, del Tribunal Supremo, declaró contraria a la moral pública una asociación que acataba principios colectivistas (49). En otro plano diferente, la circular de 16 de mayo de 1872 hacía lo propio con la Asociación Internacional (50); y la posterior de 6 de abril de 1892 mantenía igual doctrina a propósito de asociaciones de signo terrorista (51). Pero la más importante es la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1893

(45) En este sentido, Sr. Monterola (MAÑAS, *El libro del buen ciudadano*, cit., pág. 720); Sr. Monescillo (op. cit., pág. 794). Se argumentaba que el concepto de “moral universal” era una utopía, no siendo necesario acudir a la misma cuando se disponía ya de una moral “católica” conocida.

(46) Así, Sr. Robert (op. cit., págs. 1165 y 1167); en contra, el Sr. Vinader —que había propuesto sustituir el término “moral pública” por el de “moral católica”— pidió se hiciese constar que la redacción propuesta por la Comisión no perjudicaría a las asociaciones católicas (op. cit., pág. 1097). Vid. intervenciones al respecto de los Sres. Monterola, Monescillo, Godínez, Estrada, Romero Girón, Palanca, Olózaga, Robert y Castelar, en: op. cit., págs. 20, 24, 28, 29 y ss., 31 y ss., 36, 37 y ss., 43 y ss., y 729, respectivamente.

(47) Por todos, Sr. Godínez de Paz, op. cit., pág. 1170.

(48) En este sentido, Sr. Palanca, op. cit., pág. 1126. Otros parlamentarios estimaron superflua la referencia a la “moral pública”: el diputado Sr. Serrallara, por ejemplo, por considerar que los miembros de una asociación de tal naturaleza incurrían ya en responsabilidad a título de “conspiradores” (op. cit., págs. 1180, 1185 y 1186). La referencia a la “moral pública” se suprimió en la Constitución de 1876.

(49) Colección Legislativa, núm. 83. Se trataba de la asociación Federación del Júcar, que “acataba los principios anárquicos colectivistas, lucha del trabajador contra el capital, y de los trabajadores contra la burguesía”. El T. S. estima bien aplicado por la Audiencia el núm. 1.º del art. 198, porque tales fines “contradicen el principio más fundamental del orden social, cual es el de autoridad y propiedad industrial”. Y mantiene que la libertad de expresión de ideas contrarias a las leyes naturales o positivas no implican la de asociarse para llevarlas a la práctica con medios positivos.

(50) Vid. Colección Legislativa de España, CVIII, pág. 45 a 53.

(51) Boletín de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, núm. 91 (1892), págs. 523 a 525.

(52), que contiene dos principios doctrinales: en primer lugar, reitera la tesis generalizada de que las asociaciones anarquistas y colectivistas son contrarias a la moral pública, si bien advirtiendo que “en la medida en que persigan la realización de sus fines mediante la violencia”; en segundo lugar, apunta la idea de que en el ámbito de las relaciones familiares y matrimoniales, el concepto de moral pública se aproxima al de “moral sexual”.

Como el número 2.º del artículo 172, este número 1.º tampoco se ha aplicado desde la reforma de 1944, y no es fácil aventurar el campo de acción que haya podido quedarle reservado después de aquélla. En el marco de la delincuencia política, parece que la reforma ha introducido figuras que incriminan de manera específica formas de delincuencia que históricamente se subsumieron en este número 1.º, quedando, pues, superado (53). Por ello, entiendo que, a lo sumo, puede sólo cumplir una función subsidiaria respecto al número 2.º del artículo 172 para fundamentar la ilicitud de asociaciones que, sin tener por objeto la comisión de algún “delito”, persiguen metas contrarias a la “moral sexual” (54).

### III. CONCURSO DE DELITOS

A) *Su fundamentación.*—Premisa fundamental de este apartado —que ahora no fundamentaré— (55), es que los respectivos tipos penales no exigen la intervención del “mero individuo”, del directivo, o del favorecedor de la asociación, en la ejecución del programa delictivo de ésta. En el caso del primero, por ejemplo, el tipo se realizaría —sin más— con la mera “afiliación”, aunque el socio no tome parte en la posterior ejecución del plan criminal. De aquí se desprende que todo hecho delictivo del miembro de la asociación ilícita da lugar a una hipótesis de concurso de delitos, salvo que aquél haya de entenderse, de algún modo, inherente al comportamiento típico del mero individuo, directivo o favorecedor de la entidad (56). Pero esto no

---

(52) Apud, HIDALGO, J., *El C. P. conforme a la jurisprudencia del T. S.*, I, págs. 532 a 535.

(53) Así, FERRER SAMA, *Comentarios*, cit., III, págs. 116 y 117.

(54) Si los objetivos de la asociación pueden subsumirse en el delito de escándalo público, la asociación ya es ilícita al amparo del núm. 2.º, por lo que este núm. 1.º ha de tener carácter subsidiario. De “*lege ferenda*”, sin embargo, parece recomendable su supresión (de hecho no se ha aplicado desde la reforma de 1944) porque tales asociaciones o son ilícitas al amparo del núm. 2.º, o no tiene sentido declarar la ilicitud de las mismas, al no serlo los fines que persiguen.

(55) Lo hago en el Capítulo IV de mi tesis doctoral (págs. 217 a 323), al que me remito.

(56) El principio del concurso de delitos es el tradicional en nuestros Códigos y leyes históricas. El art. 339 del C. P. de 1822 lo recogía de forma expresa. En la legislación especial sólo cabe citar, como posibles excepciones al mismo, la R. O. de 11 de octubre de 1834 y la Ley de 10 de julio de 1894, en el sentido de que falta en ellas una cláusula que lo preceptúe expresamente. En el vigente Código italiano, el art. 416 precisa que las penas que

significa —contra lo que mantiene imprecisamente algún sector doctrinal— que proceda siempre dicho concurso, en perjuicio del asociado si llega a ponerse en práctica el programa delictivo de la asociación, aunque aquél no interviniese en el mismo (57). Sería contrario al dogma de la responsabilidad por el hecho, y a las exigencias del principio de culpabilidad, que el socio —por el mero hecho de serlo— resultara responsable de delitos cometidos por terceros, en los que no tomó parte: del mismo modo que el extraño a la asociación ilícita no puede convertirse en miembro de la misma por intervenir en la ejecución de su programa. El principio del concurso de delitos ha de entenderse, desde luego, sin perjuicio de las normas generales sobre participación criminal.

La tesis del concurso de delitos es casi unánime en la doctrina (58) y en la praxis jurisprudencial y encuentra claro apoyo en la estructura del tipo penal, en el bien jurídico que tutela y en consideraciones de política criminal. Estructuralmente, la asociación ilícita no es un acto preparatorio elevado a delito: los respectivos tipos prescinden en absoluto de una hipotética actividad delictiva del asociado distinta de la de “fundar”, “dirigir”, “presidir”, “favorecer” o “afiliarse” a la asociación; y las penas se establecen, por ello, en función del grado de responsabilidad que se ostenta en ésta, con independencia de la gravedad del delito o delitos proyectados. El miembro de una asociación que tiene por objeto, por ejemplo, delitos de estafa, incurre

---

en el mismo se consignan se imponen “por el sólo hecho” de pertenecer a la asociación.

(57) En el sentido criticado: SANTORO, A., *Manuale di Diritto Penale*, P. Sp., III (1965), pág. 192: “si tales delitos llegan a ejecutarse, los asociados deberán responder también por ellos”; VANNINI, O., *Manuale di Diritto Penale italiano*, P. Sp., Milano (1954), págs. 143 y 144: “de los delitos cometidos como consecuencia de la asociación, responden todos los asociados en concurso material con el delito de asociación ilícita”.

(58) En favor del concurso de delitos, en la doctrina italiana: CARRARA, *L'associazione a delinquere secondo l'abolito codice toscano*, en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, I, P. IV., pág. 118; SANTORO, *Manuale*, cit., pág. 199; MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, VI, 4.ª ed., pág. 193; RANIERI, S., *Manuale di Diritto Penale*, II, Padova, 2.ª ed., pág. 494; ANTONLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale*, II, Milano, 5.ª ed., pág. 631; MAGGIORE, G., *Diritto Penale*, Vol. II-I, Bologna, 4.ª ed., pág. 362; SINISCALCHI, A., *In tema di associazione per delinquere*, en *Giust. penale*, II, año 1950, pág. 29; VANNINI, O., *op. cit.*, págs. 143 y 144; SABATINI, G., *Istituzioni di Diritto Penale*, P. Sp., I, 3.ª ed., pág. 325; ZERBOGLIO, A., *Trattato di Diritto Penale*, Milano, 1935, pág. 51; DE RUBEIS, *Dell'associazione per delinquere*, en *Encic. del dir. pen. it.*, a cura di E. Pessina, VII, pág. 1043; COSTA, ST., *Associazione per delinquere*, en *N. Digesto italiano*, I, Turín, 1937, pág. 1034; PATALANO, V., *L'associazione per delinquere*, Napoli, 1971, pág. 117. En la doctrina española, a propósito de la asociación para cometer el delito de robo, lo propugna —con relación a la no transitoria— GONZÁLEZ GARCÍA, V., *Asociación para cometer el delito de robo*, *Rev. Gen. de Leg. y Jur.*, 1947, págs. 54 y ss. En Alemania, sin embargo, dos importantes Comentarios se pronuncian en otro sentido, para los casos en que el autor de los delitos sea condenado como “socio”. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1972, página 828 (“Idealkonkurrenz”) y *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 9.ª ed., entrega 11.ª, por Mösl, A (“Tateinheit”).

en responsabilidad porque es “mero individuo” (art. 175, 4.º) de una asociación que “tiene por objeto cometer algún delito” (art. 172, 2.º), pero no porque intervenga en la preparación o ejecución posterior de tales delitos, tema ajeno al tipo. En cuanto al bien jurídico, es obvio que los delitos de asociaciones ilícitas no persiguen la tutela de los singularmente amenazados por el programa delictivo de la entidad criminal, sino la de un bien abstracto y distinto de aquéllos. La lesión o puesta en peligro de éste es compatible con la de otros bienes jurídicos singulares que, al no haber sido contemplada en el tipo, da paso al concurso de delitos. Por último, éste parece obligado por razones de otra índole. Ante todo, porque es un contrasentido que reciban las mismas penas el mero “afiliado” (que realiza ya el tipo) y el socio que, además, tomó parte activa en la ejecución del programa criminal. En segundo lugar, porque el principio de “consunción” —coherente con la supuesta naturaleza “preparatoria” de la asociación ilícita— podría ser un auténtico aliciente para la efectiva ejecución del plan delictivo, un factor criminógeno, en los casos en que el Código establece una pena más benigna para el delito consumado en cuestión que para los directivos, por ejemplo, de una asociación criminal (59).

B) *Hipótesis de concurso de delitos.*—Pueden señalarse, entre otras, las siguientes:

1) El mero individuo, presidente, director o fundador de la asociación ilícita “conspira” con otros para ejecutar algún hecho delictivo de los que integran el programa social. Responden, entonces, como “meros individuos” (art. 175, 4.º) o directivos (art. 174, 1.º) de la asociación ilícita y como conspiradores del delito o delitos cuya ejecución hayan resuelto. La asociación ilícita es, en este sentido, una “fuente de conspiraciones”, como dijera Berner respecto a la banda (60).

2) El asociado —mero individuo o directivo— toma parte en la ejecución de los delitos en programa. También aquí debe señalarse un doble título de incriminación, pues concurre la derivada de la participación en la entidad ilícita (como “mero individuo”, “presidente”, etc.), con la que proceda en virtud de la intervención en el delito cometido, responsabilidad ésta distinta e independiente de la primera (el “director” de la asociación puede ser sólo “cómplice” del delito ejecutado y el “mero individuo”, “autor” del mismo) (61).

---

(59) Pero procede el concurso de delitos también en los casos en que las penas por el delito ejecutado sean iguales o más graves que las impuestas simplemente por pertenecer a la asociación. Porque ha de contemplar el ilícito total y la solución del concurso de leyes dejaría siempre de desvalorar uno de los ilícitos —si las penas son iguales— o el de menor gravedad (el mero hecho de participar en la asociación, si son más graves las penas que corresponden por los delitos ejecutados).

(60) *Die Lehre von der Theilnahme an Verbrechen*, Berlín, 1847, pág. 494. Vid. GEIB, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1861, I, pág. 366 y 367.

(61) Carrara ya advirtió que si los asociados inician la ejecución de un delito, responden por tentativa de éste en concurso con el de asociación ilícita (op. cit., pág. 1118).

3) El asociado “propone” o “provoca” a un tercero ajeno a la asociación a ejecutar algún delito.

4) Individuos o directivos de la asociación criminal que incurren en responsabilidad a tenor de lo dispuesto en los números 2.º y 3.º de los artículos 175 y 176: el concurso de delitos tiene aquí fácil justificación porque con estos últimos preceptos se castiga a quienes impiden a la Autoridad el ejercicio de ciertas potestades —o desobedecen a la misma—, hechos distintos e independientes de la responsabilidad que resulta de la mera participación en la empresa delictiva.

#### IV. ASOCIACIONES ILICITAS, REUNIONES NO PACIFICAS Y PROPAGANDAS ILEGALES

En la vida diaria, asociaciones, reuniones y propagandas son fenómenos que guardan una íntima conexión, que aparecen entrecruzados, porque —con frecuencia— la constitución de una asociación —lícita o ilícita— y su normal funcionamiento requieren una serie de actividades de promoción, impulso, organización y comunicación. Por ello parece oportuno un examen particularizado de las hipótesis concursales que suelen presentarse. Como se verá, parto de la necesidad de distinguir la naturaleza, fines y efectos de la reunión o de la propaganda, con relación a la asociación criminal, variando las soluciones según tengan carácter constituyente o preparatorio, meramente interno o sean el cauce de realización del programa criminal asociativo.

A) *Asociación ilícita y reunión no pacífica.*—Caben tres supuestos:

1) *Reunión cuyo único objeto es el constituir la asociación ilícita.* Dicha reunión ha de reputarse “no pacífica”, como todas las que se “celebran con el fin de cometer alguno de los delitos penados en la Ley” (art. 166, 3.º): y lo es el “fundar” una asociación ilícita (art. 174, 1.º, con relación al 172, 2.º). Pero se trata de un concurso de “leyes”, porque la reunión es un mero acto preparatorio, en este caso, o una actividad inherente a la “fundacional”, a la que se refiere el Código. Distingo, según que la asociación llegue o no a constituirse:

a) En el *primer supuesto*, el efectivo establecimiento de la entidad consume el eventual delito de reunión, por el carácter preparatorio de ésta. Los directores y promovedores de la reunión serán castigados, como fundadores de la asociación, al amparo del número 1.º del artículo 174: parece lógico —como sucede— que las penas entonces sean ligeramente más graves que las establecidas para los directores y promovedores de la reunión (art. 167), porque se llegó a cometer el delito objeto de aquélla. Descarto el concurso de delitos, pues el artículo 174, 1.º, incrimina a quienes “fundan” una asociación y en la actividad fundacional creo deben entenderse comprendidos todos los comportamientos orientados a este fin, entre otros, desde luego, las reuniones fundacionales. La primacía del 174, 1.º, sobre el artículo 167, puede fundamentarse también invocando el principio

de especialidad: reunirse para cometer un delito es una conducta tipificada en el artículo 166, 3.º (el art. 167 establece las penas para los directores y promovedores); pero reunirse para fundar una asociación ilícita, consiguiendo tal objetivo, es un delito previsto específicamente en el artículo 174, 1.º, tipo que establece unas penas más graves (art. 68) y que, como tipo cualificado, excluye al artículo 167 (62).

La aplicación del artículo 174, que propugno, plantea dos problemas, respecto a los promovedores o directores de la reunión fundacional que permanecen en la asociación, una vez establecida ésta, como afiliados o directivos; y, también, respecto al "asistente" a aquélla, que después de constituirse la asociación se incorpora como mero individuo. Ambos casos, a mi juicio, pertenecen al concurso de leyes. El primero, porque si bien la labor fundacional es compatible con posteriores y distintas aportaciones a la asociación, no parece lógico exigir al fundador que se retire de la asociación una vez coronado con éxito su propósito de constituir la: es, pues, irrelevante el comportamiento del fundador con posterioridad a la puesta en marcha de la entidad ilícita (actos posteriores impunes, inherencia). En cuanto al segundo, todo estriba en si debe aplicarse el artículo 169 o el 175, 4.º, cuestión sin trascendencia práctica porque las penas son las mismas: a mi juicio, procede aplicar el artículo 175, 4.º sólo si los asistentes a la reunión fundacional se incorporan a la asociación constituida, porque, en otro caso, debe aplicarse el artículo 169.

b') *Si la asociación no llega a constituirse*, concurren aparentemente el párrafo segundo del artículo 174, 1.º y los artículos 167 y 169: el primero se refiere a los fundadores, directores y presidentes de asociaciones que no hubieren llegado a constituirse (los "meros individuos" quedan impunes), y los artículos 167 y 169 a los promovedores y directores y a los meros asistentes de reuniones no pacíficas, respectivamente. El concurso de leyes debe resolverse a favor del artículo 174, 1.º, párrafo segundo, ley especial respecto a los artículos 167 y 169. Dicha especialidad tiene un doble fundamento: los artículos citados no contemplan el supuesto de la reunión que tiene por objeto precisamente el constituir una asociación ilícita; en segundo lugar, sólo el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, prevé la hipótesis de que la asociación no llegue a constituirse (resultado frustrado); a este doble fundamento corresponde el doble privilegio del párrafo segundo del artículo 174, 1.º, ya que los meros individuos quedan impunes, y las penas en que incurren los directivos son más benignas que las impuestas a los directores y promovedores de la reunión. Lo que es lógico, porque el delito objeto de la reunión no se consumó (63).

2) *Reuniones "domésticas"*. Entiendo por tales aquellas que discurren en el ámbito estrictamente interno de la asociación y que son el cauce normal de la vida corporativa (ante todo, las que se

(62) El art. 174, 1.º, prevé, además, la pena de inhabilitación especial.

(63) La mayor benignidad de las penas debe entenderse referida a las privativas de libertad, porque el art. 174, 1.º, párrafo segundo, contempla una pena de suspensión no prevista en el art. 167.

celebran, con arreglo a los estatutos, en el local social, con la intervención exclusiva de miembros de la entidad y para adoptar acuerdos relativos al objeto social). Por su vinculación necesaria al fenómeno societario estimo que carecen de relevancia penal: el mero afiliado que acude a las mismas responde sólo por su participación en la asociación, pero no por tomar parte en la reunión. Descarto el concurso de delitos, pues juzgo que en el desvalor inherente a las penas del miembro o directivo de la asociación comprende ya la ley el desvalor de una lógica y esperada participación eventual en esta clase de reuniones.

3) *Reuniones al objeto de planear o ejecutar el programa delictivo de la asociación.* Las reuniones no fundacionales ni estrictamente corporativas, si fueren no pacíficas e intervinieren en las mismas un miembro o directivo de la asociación, dan lugar a una hipótesis de concurso de delitos: asociación ilícita en concurso con reunión. Ambas responsabilidades son distintas e independientes: el presidente de la asociación puede responder como mero "asistente" a la reunión, y el simple "individuo" de aquélla, como "director de la reunión. No obstante, ha de repararse en que la reunión nopacífica, a su vez, puede ser un acto preparatorio con relación a posteriores delitos, o mera forma de exteriorización de comportamientos por otros conceptos punibles (conspiración), respecto al programa de la asociación.

B) Un planteamiento semejante se impone a propósito de los delitos de *asociaciones ilícitas y propagandas ilegales*:

1) Un primer supuesto es el de la *propaganda "constituyente"*, esto es, la que precede a la constitución de la asociación y va orientada a este solo fin. Distingo también aquí dos hipótesis:

a') *Constituida la asociación*, los autores de tal propaganda incurren en las penas previstas en el número 1.º del artículo 174, y no en las más graves del artículo 251, ya que una actividad fundacional estrictamente "propagandística" no puede merecer unas penas más graves que las de una labor fundacional pura a la que aquélla sirve como medio. Esta misma relación instrumental o carácter preparatorio de la propaganda excluiría, en todo caso, el concurso de delitos (64).

b') *Si la asociación no llega a constituirse* se presenta una hipótesis de concurso aparente entre el artículo 251 y el párrafo segundo del artículo 174, 1.º. Lo resuelvo a favor de este último (que impone penas más benignas) por la naturaleza específica de la propaganda (fundacional), contemplada solamente en el mismo (actividad fundacional) y porque el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, prevé e

---

(64) Lógicamente, una equiparación de la actividad propagandística dirigida a la fundación de una entidad y la propia actividad fundacional excluye aquellas que, aunque precedan a la constitución de la asociación y pretendan facilitarla, carezcan de la necesaria relevancia causal. Parto de ella. En cuanto a la apuntada mayor gravedad de las penas del art. 251, ciertamente se contrae a la pecuniaria que integra la pena compleja, porque el art. 174, 1.º, prevé la inhabilitación especial, a diferencia del art. 251.

incrimina la labor fundacional “frustrada”, lo que le convierte en ley especial respecto al artículo 251. También a favor de este párrafo segundo decido el eventual concurso de leyes entre el mismo y el número 2.º del artículo 174. No cabe duda de que la actividad propagandística, aun frustrada, podría entenderse constitutiva del favorecimiento de “cualquier clase” a que se refiere el artículo 174, 2.º. Pero, como dije, el párrafo segundo del artículo 174, 1.º, es ley especial que prevalece sobre cualquier otra que no contemple actividades fundacionales “frustradas”, y, además, dada la gravedad de las penas impuestas por el número 2.º del artículo 174, otra solución conduciría al contrasentido de castigar con mayor severidad la fundación frustrada de una asociación que su propia fundación efectiva, simplemente por calificar a la primera como constitutiva de favorecimiento.

2) *Propaganda en el ámbito interno de la asociación.* Sin el despliegue de un mínimo de actividades propagandísticas es difícil el propio contacto entre los miembros de cualquier entidad y el funcionamiento de ésta (65). Por ello, creo que siempre que discurran en este ámbito interno o corporativo, social, carecen de significación penal, aunque pudieren subsumirse en el artículo 251 del Código penal. El mero individuo o directivo de la asociación que difundan tal clase de propaganda, responden sólo por integrar una empresa delictiva, y en las penas que establece el Código para unos y otros se comprende ya el desvalor de posibles actividades propagandísticas internas propias y esperadas de todo socio o militante. Un caso límite lo ofrece el artículo 251, 4.º, al reputar constitutivo del delito de propaganda “el uso de símbolos o emblemas propios de organizaciones declaradas fuera de la ley”. Es claro que el asociado no responde aquí como mero individuo de una asociación ilícita, por propaganda ilegal y por reunión no pacífica, sino sólo por el primer concepto, si todo ello tiene lugar en el domicilio de la asociación (celebración de una reunión social en la que los asociados porten emblemas ilegales).

3) Sólo en cuanto a la *propaganda ilegal que no tenga finalidad fundacional o que exceda el ámbito puramente interno de la asociación* propugno el concurso de delitos.

El Tribunal Supremo, en una primera etapa de su doctrina jurisprudencial, admitió —si bien excepcionalmente— que la propaganda fuese “medio necesario” con relación al delito de asociación ilícita, aplicando en tales casos lo dispuesto en el artículo 71 del Código penal (66); después se ha impuesto la fórmula del concurso de delitos, estimando el Tribunal Supremo que se trata de “hechos

(65) En contra, sentencia de 14 de mayo de 1965 (Ar., núm. 2379).

(66) Esta doctrina se inició con la sentencia de 27 de enero de 1965 (Ar., n.º 208): se trataba de una propaganda de signo proselitista en la etapa prefundacional de un partido político. Un segundo fallo en este sentido es el de 12 de mayo de 1965 (Ar., núm. 2346) que admite la posibilidad de una propaganda en el ámbito interno, aunque de nimia entidad (hoja informativa). La sentencia de 23 de enero de 1967 (Ar., núm. 143) admitió también la relación de medio a fin (art. 71) en una actividad proselitista para la reorganización de un partido.

completamente distintos" (67), "cada uno con su propia intencionalidad y dolo específico" (68), diferenciables "tanto en su origen como en su desarrollo" (69). La sentencia de 26 de diciembre de 1966 apela a la peculiar estructura de los respectivos tipos: el delito de asociación ilícita es un delito "formal" y "pasivo", que no exige más que la mera afiliación, mientras que el de propaganda ilegal requiere la realización de ciertas conductas "materiales" (70).

## V. ASOCIACION ILICITA, ASOCIACION PARA COMETER EL DELITO DE ROBO Y CONSPIRACION PARA DELINQUIR

La asociación ilícita del número 2.º del artículo 172 plantea interesantes problemas concursales con la llamada asociación transitoria para cometer el delito de robo, prevista en el artículo 513 del Código penal, y con la conspiración para delinquir. Me referiré a ambos supuestos:

A) La referencia expresa del artículo 513 al número 2.º del artículo 172 obliga a considerar el tema de *las asociaciones para cometer el delito de robo*.

Como es sabido, el artículo 513, introducido con la reforma de 1944, tiene su origen en la Ley de Seguridad del Estado (71). El Tribunal Supremo viene equiparándolo —a efectos concursales— a la conspiración: se aplica el artículo 513 si los asociados no han dado principio a la ejecución del robo, pues, en otro caso, la responsabilidad inicial (art. 513) quedaría consumida por la que derivase de la participación en el delito de robo, intentado, frustrado o consumado (72).

El artículo 513 abre un primer interrogante: ¿era necesario reputar ilícita una asociación que tiene por objeto cometer el "delito" de robo, mediante la expresa remisión al número 2.º del artículo 172? Este planteamiento conduce a un sector de la doctrina a estimar superfluo y perturbador el artículo 513, pues no cabe duda que el robo es un delito y, por tanto, estas asociaciones serían ya ilícitas a tenor del número 2.º del artículo 172, aunque no lo dispusiera el artículo 513 (73). Creo, sin embargo, que el problema no es tan simple. A mi

(67) Sentencia de 25 de junio de 1966 (Ar., núm. 3204). La de 7 de julio de 1967 (Ar., núm. 3519) mantiene que se trata de la tutela de bienes jurídicos autónomos.

(68) Sentencia de 26 de abril de 1969 (Ar., núm. 2350).

(69) Sentencia de 10 de noviembre de 1969 (Ar., 5279).

(70) Ar., núm. 5777. Como exponente de la doctrina jurisprudencial, vid. sentencia de 7 de julio de 1967 (Ar., núm. 3519).

(71) Art. 54. La mera asociación se castigaba con penas de dos a seis años de presidio; y los jefes y promovedores, con prisión de cuatro a ocho años.

(72) Desde la sentencia de 15 de noviembre de 1947 (Ar., núm. 1411).

(73) En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso*, cit., II, pág. 212; PUIG PEÑA, F., *Derecho penal*, IV (1960), pág. 185; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, Barcelona, P. E. II (1972), pág. 87; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup>, *ob cit.* P. E., pág. 416.

juicio, el artículo 513 no se refiere a todas las asociaciones que tengan por objeto el delito de robo, sino sólo a “la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas”: a la asociación transitoria. La asociación (no transitoria) para robar se rige por las normas concursales antes expuestas: concurso de delitos, por ejemplo, si los asociados participan en la ejecución del robo. De este modo, el artículo 513 no entraña una declaración reiterativa ni superflua, porque permite homologar ciertos comportamientos que, por su transitoriedad, no hubieran podido subsumirse en el número 2.º del artículo 172, a juicio del legislador. Históricamente creo que esta tesis responde a los objetivos de la reforma de 1944, que no fueron otros, en el caso del artículo 513, que reforzar la protección de ciertos bienes jurídicos, ampliando el ámbito de tutela de los mismos. Estas directrices se frustrarían si equiparásemos la asociación para cometer el delito de robo con la constituida con cualquier otro designio delictivo, no necesitada de tal agravación, y si se sometiera al mismo tratamiento la asociación permanente y la transitoria, porque la especialidad sólo tenía sentido respecto a las últimas.

Pero la remisión del artículo 513 al 172, 2.º, no es afortunada, porque somete las llamadas asociaciones transitorias —que, estructuralmente, son genuinas conspiraciones— a la disciplina peculiar y no siempre adecuada de las asociaciones, ignorando las diferencias que separan a ambas figuras en nuestro Código (precisamente con la reforma de 1944 vuelve a incriminarse la conspiración). Por ejemplo: 1) *Si el delito de robo no llega a ejecutarse*. El artículo 513 impone una distinción entre “meros individuos” y presidentes”, “directores”, “fundadores” y “favorecedores”, contraria al tratamiento igualitario que reciben todos los conspiradores y que pudiera ser, al menos, artificiosa dada la estructura de tales asociaciones “transitorias”. Las penas en que incurrían estos asociados no se establecen, a diferencia de lo que dispone el artículo 52, párrafo segundo, en función de las que se prevén para el correlativo delito consumado, sino en base a un abstracto grado o jerarquía en la entidad criminal, criterio distinto al de la conspiración. Por último, no deja de ser incoherente que el hecho de que llegue o no a cometerse el delito de robo determine nada menos que el tratamiento discriminado o equiparatorio de los asociados: ejecutado el robo, el principio de consunción borra las diferencias precedentes, derivadas del grado de responsabilidad social, pasando todos por igual a la condición de autores de aquél. La hipótesis examinada se ha abordado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mereciéndose destacar el fallo de 21 de junio de 1971 (74),

---

(74) Aranzadi, núm. 2928. La particularidad de este fallo es que siendo tres los asociados para delinquir, y habiendo acordado cometer el delito de robo, condena a dos de ellos como “directivos” de la asociación, y, al tercero, como “mero individuo” de la misma. La solución parece artificial, precisamente porque existe una común resolución delictiva. Hasta esta sentencia se había estimado siempre que los asociados eran “meros individuos”, respondiendo todos por igual al amparo del núm. 4.º del art. 175. Por todas, sentencia de 15 de noviembre de 1969 (Ar., núm. 5306).

porque supone un claro cambio de doctrina, que no comparto. 2) *Si el delito de robo llega a ejecutarse*. Admito que deba acudirse entonces al criterio de la consunción, como hace el Tribunal Supremo, pero esta solución no está libre de reparos. En primer lugar porque es excepcional respecto al régimen de los delitos de asociaciones ilícitas, a los que remite el propio artículo 513, con lo que se crea, por vía interpretativa, una figura híbrida, mezcla de asociación y conspiración. En segundo lugar, porque el artículo 513 da lugar a un régimen discriminatorio complejo y contradictorio, en algunos casos; en efecto, incluso si el delito de robo llega a ejecutarse, parece que el principio de consunción no afectará al asociado (mero individuo o directivo) que no tomase parte en dicha ejecución, quien seguirá respondiendo sólo a título de “mero individuo” o “presidente”, “director”, etc., como dispone el artículo 513. Con lo que puede suceder, por ejemplo, que el “director” de la asociación transitoria, por intervenir en la ejecución del robo planeado reciba unas penas más benignas que si no hubiera tomado parte en dicho robo: o que no se beneficie de tal prima, por su pasividad. Esta consecuencia del principio de consunción puede ser un genuino factor criminógeno, debiendo reducirse su aplicación al máximo (en todo caso sólo a las asociaciones transitorias. Finalmente, si la asociación transitoria cuenta con un elevado número de miembros y depurada organización —lo que no es incompatible con el artículo 513—, el criterio jurisprudencial impide un tratamiento discriminado (directores, meros individuos) deseable y posible: lo que tampoco es justo, ni sucedería si la remisión del 513 al 172, 2.º lo fuera a todos los efectos.

A mi juicio, procede la supresión del artículo 513 porque plantea, entre otras razones, innecesarios problemas concursales. Las asociaciones para robar son ya ilícitas a tenor del número 2.º del artículo 172 aunque no lo declarase el artículo 513; y las “transitorias” son —como mantiene el Tribunal Supremo— conspiraciones, cuya incriminación no requería un precepto específico que —además— acude a criterios en pugna con la naturaleza de tales asociaciones, disloca y desvirtúa el régimen propio de la conspiración (número mínimo de tres miembros, criterios para establecer las penas, régimen no igualitario de los partícipes, etc.) y hace impracticables las pretensiones del legislador de 1944 de establecer un régimen más severo para determinadas clases de asociaciones, al reducirse las penas que para las mismas establecía la Ley de Seguridad del Estado y declararse, paralelamente, la punibilidad de la conspiración con la misma reforma de 1944. El hoy artículo 513 tuvo sentido en la Ley de Seguridad del Estado, porque entonces (C. p. de 1932) no era punible la conspiración y las penas que se asignaron a los que se asociaran transitoriamente para robar eran más severas que las establecidas en el Código penal de 1932 para los meros individuos o directrices de las asociaciones ilícitas. Al quebrar ambos presupuestos, su trasplante al Código penal de 1944 no fue afortunado.

B) Cuestión previa al análisis de los problemas concursales entre

“asociación” y “conspiración” es la de delimitar ambas figuras. Nuestra doctrina acude, fundamentalmente, para ello a dos criterios: el mayor o menor grado de “estabilidad” u “organización” de sus miembros, y el del número y determinación de los delitos programados (75). En consecuencia, unos autores mantienen que entre ambas se produce un concurso de leyes, que debe resolverse con arreglo al principio de alternatividad (76), afirmando otros que la coexistencia de la asociación y la conspiración es inviable, por la superflua duplicidad de incriminaciones a que ello conduce (77). Recientemente se ha propugnado, incluso, la supresión de la última, por estimarse más amplia y comprensiva de la misma, la incriminación del artículo 172, 2.º (78).

Mi punto de vista, que no pretendo ahora fundamentar, puede resumirse así: 1) Los criterios tradicionales, creo, no resuelven el problema. En cuanto a la “estabilidad” u “organización”, porque es un criterio sociológico extralegal: la “asociación” y la “conspiración” —en cuanto “organizaciones”— pueden no diferir (salvando el límite numérico mínimo que se exige sólo respecto a la conspiración) una de otra, ambas tienen una imprescindible base organizativa; nada impide en nuestro derecho una asociación de muy reducido número de miembros, defectuosa organización o escasa estabilidad; ni la conspiración deja de ser tal por el hecho de su perfecta organización o elevado número de adeptos; sin un mínimo de dos personas no puede existir la conspiración, mientras cabe una responsabilidad por asociación ilícita —en concepto de “fundador”, por ejemplo—, atribuible a una sola persona (art. 174, 1.º, párrafo segundo). Lo importante no es, pues, comparar las estructuras organizativas, sino los comportamientos típicos individuales de participación en las mismas. Por esta razón, tampoco parece convincente el criterio del número o determinación de los delitos programados: creo que nada se opone a una conspiración que tenga por objeto cometer varios delitos (la fórmula “un delito” del art. 4.º se refiere a la concreción del objeto, no al número de hechos criminales), pero tampoco me parece imprescindible que la asociación haya de tener por objeto una serie indeterminada de delitos (la expresión “algún delito” del art. 172 no implica necesariamente tal indeterminación, sino sólo indiferencia respecto a la clase y gravedad de hechos criminales perseguidos) (79);

(75) Así, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 1949, pág. 404; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *ob. cit.*, pág. 659.

(76) En este sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, I. *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, VII, pág. 373.

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Comentarios al C. P.*, Madrid, 1946, I, página 48. El propio autor propone, en otro lugar, resolver el concurso de leyes a tenor de lo dispuesto en el art. 68, *Curso*, cit., I, pág. 225. En este sentido, PUIG PEÑA, *ob. cit.*, II, pág. 290.

(78) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho penal*, cit., P. G. (1973), pág. 650.

(79) La expresión “algún delito” no era tan equívoca en el C. P. de 1870 o en el de 1932, porque en éstos rezaba así: “algún delito penado en este Código”. Pero la reforma de 1944, para evitar restricciones que pudieran afectar a la legislación especial política, suprimió este inciso (“penados en este Código”), con lo que la fórmula adquirió una cierta indeterminación.

2) Las diferencias deben buscarse en el bien jurídico y características de los respectivos comportamientos típicos individuales, que justifiquen plenamente el distinto emplazamiento de una y otra figura. En efecto, a) con la conspiración se pretende adelantar las barreras de protección penal, reforzando la tutela dispensada a los bienes jurídicos que, a su vez, salvaguardan las correlativas figuras de delito contempladas en el plan de los conspiradores. La conspiración carece, pues, de un objeto de tutela propio, autónomo y específico. La asociación ilícita, sin embargo, no persigue la tutela de los bienes jurídicos singulares amenazados, en cada caso, por su programa criminal; defiende un bien jurídico abstracto y diferenciable de aquéllos, lo que explica que las penas prescindan de la clase, gravedad y número de delitos proyectados; b) El “mero individuo” o el “presidente director”, etcétera de la asociación responden porque participan en ésta, porque la integran: no porque se presuma la intervención de los mismos en los delitos que constituyen el objeto social. Por eso las penas se articulan con arreglo a un abstracto criterio del rol social. El conspirador, sin embargo, no responde por “participar” en la conspiración (ni se distingue entre promotores u organizadores de la conspiración, partícipes y favorecedores a la misma, por ejemplo: todos reciben un tratamiento unitario), sino porque se “concertó” con otros “para” cometer un delito y “resolvieron” ejecutarlo. Este común designio criminal precisamente sitúa en plano de igualdad a todos los conspiradores, y explica que las penas se establezcan en referencia a las previstas para el correspondiente delito consumado cuya ejecución se acordó; c) La conspiración es, en definitiva, una “coautoría anticipada” (80). El dolo del conspirador, por ello, abarca los delitos objeto de aquélla; es necesario, además, resolver la ejecución de los mismos. El dolo del “mero individuo” o del “director”, “presidente” o “fundador” de la asociación ilícita tiene un contenido distinto, distinto respecto al del conspirador, pero distinto también en cada caso (difiere el del mero individuo del dolo del fundador). Es un dolo recortado: basta con saber que la asociación tiene por objeto cometer algún delito, y que se está formando parte de la misma, como director, presidente, mero afilado, etc. Nada más. El socio, por ejemplo, no es necesario que se afilie “para delinquir” ni que “resuelva” la ejecución de los delitos programados, o participe en la misma. El objeto de delinquir es objeto social, objeto de la asociación, no de sus miembros: tales delitos basta con que sean conocidos por el afiliado, en referencia a la asociación, y al sólo efecto de fundamentar la conciencia de la ilicitud de ésta. Asociarse “para delinquir” es un comportamiento “atípico” si la asociación no tiene por objeto cometer algún delito; afiliarse a una asociación de fines delictivos es siempre una conducta típica, aunque no sea “para delinquir”. Como consecuencia de esta distinta estructura, d) no caben formas imperfectas respecto a la conspiración, mientras

(80) Para RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “una forma de participación anticipada”, en: Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, I Barcelona, (1972), pág. 161.

el artículo 174, 1.º, párrafo segundo, contiene un precepto específico a propósito de las actividades frustradas de dirección, fundación, etc., según apunté antes, en materia de asociaciones ilícitas; e) Por último, en cuanto al régimen concursal, difiere también el de la asociación y la conspiración: debe apreciarse el concurso de delitos si el asociado toma parte en la ejecución del programa criminal, mientras que si el conspirador da principio a la ejecución del delito concertado responde sólo por éste, consumiéndose su inicial responsabilidad en la posterior y más grave que deriva de una fase más avanzada del "iter criminis".

De aquí deduzco que responsabilidad penal a título de conspiración y de asociación pueden darse con plena independencia, pero pueden también excluirse. Examino estos supuestos: 1) Dos o más personas se conciertan para ejecutar un delito y resuelven ejecutarlo: responden exclusivamente como conspiradores. La común resolución criminal, referida a uno o varios delitos, como consecuencia de un concierto previo, es lo que caracteriza a la conspiración y justifica el trato igualitario de todos los que intervienen en la misma. Todo ello con independencia del número de componentes, del grado de organización de que disfruten o del número de delitos cuya ejecución acordaron; 2) Los delitos concertados se ejecutan, pero no se disuelven los vínculos orgánicos que unían a los conspiradores, de modo que la primitiva organización trasciende a sus fines ya consumados: aparece una asociación. Los —antes— conspiradores responderán ahora según su grado jerárquico en la misma, como meros individuos, o como directores, presidentes, etc. En tal caso, cabría apreciar el concurso de delitos (el delito o delitos ejecutados en concurso con el posterior de asociación ilícita); 3) Incorporación sucesiva a una asociación ilícita o a una conspiración. Quien se adhiere a un plan criminal conocido, para que responda como conspirador es necesario que acuerde con los demás conspiradores la comisión de los delitos concertados: no basta con que se incorpore a la organización delictiva. Por el contrario, el mero individuo de una asociación ilícita sólo ha de pasar a formar parte de ésta, afiliarse, sabiendo —claro está— que la asociación es ilícita porque persigue la comisión de algún delito: pero no es necesario que se asocie para delinquir, para cometer los delitos que constituyen el objeto social; 4) Los meros individuos o directivos de la asociación resuelven la ejecución de alguno de los delitos en programa: concurre, entonces, una doble responsabilidad, por asociación y por conspiración.

## CONCLUSIONES

I. Admitiendo los presupuestos de la reforma de 1944, resultan, no obstante, superfluos los artículos 172, número 3.º; 173, número 2.º, y 173, número 5.º El artículo 513 debe también suprimirse.

Los números 1.º de los artículos 172 y 173 requieren una mayor concreción, porque, en otro caso, seguirían sin aplicarse.

El número 2.º del artículo 174 debe ser revisado: para hacerse extensivo su mandato a todas las asociaciones ilícitas, y para evitar el contrasentido de que comportamientos de ajenos a la asociación y de mínima entidad puedan castigarse con penas más graves que las previstas para los propios dirigentes de aquélla.

II. De *lege ferenda*, parece recomendable un retorno a la fórmula del Código penal de 1870, con el consiguiente protagonismo del número 2.º del artículo 172, precepto hoy olvidado que debe recuperar el lugar central que merece. El Código penal ha de significar el único límite al ejercicio de los derechos individuales, y no un mero refuerzo a las limitaciones de los mismos impuestas por normas de rango inferior a las que los proclaman.

Esto presupone, claro está, la efectiva aplicación en el futuro de este número 2.º del artículo 172 —aún letra muerta—, pero no sólo respecto a las asociaciones de fines políticos, sino a toda asociación que tenga por objeto cometer algún delito.

Carece, por ello, de fundamentación la ilicitud de asociaciones que no tengan por *objeto* inequívocamente la comisión de delitos y que responda a otra “ratio”: esto sucede, en todo caso, con el número 1.º del artículo 172, número 1 del artículo 173 y el 4.º del mismo artículo.

Sería conveniente la supresión del número 4.º del artículo 172, fruto de la creencia de que determinadas infracciones administrativas, por principio, han de contar con automática correlación en el Código penal, con lo que se olvida que éste debe ser la “última ratio” y no un efecto paralelo de naturaleza accesoría.

La excesiva simplicidad del esquema propuesto puede matizarse con la configuración de tipos “cualificados” por razón de la gravedad del delito en programa (terrorismo, separatismo).